

## **Las familias en la Constitución cubana de 2019.**

### **Especial referencia al matrimonio y a la unión de hecho**

*The Families in the 2019 Cuban Constitution. Special Reference to Marriage and Common-Law Relationship*

Leonardo B. Pérez Gallardo<sup>1\*</sup> (ORCID ID: 0000-0002-8174-6773)

<sup>1</sup>Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

\*Autor para la correspondencia: gallardo@lex.uh.cu

*No hay nada más poderoso en el mundo que una idea a la que le ha llegado su tiempo*

VÍCTOR HUGO

#### **Resumen**

La nueva Constitución de la República de Cuba, proclamada el 10 de abril de 2019, se erige en el pórtico de un nuevo Derecho de las familias, más democrático, inclusivo, pluralista, eudemonista, tuitivo de los distintos modelos familiares. Los retos para el legislador ordinario son múltiples y variados. Si quiere estar a tono con los principios, valores y reglas que la Constitución ha consagrado en sus normas, tendrá entonces que dar cabida a las distintas opciones de vida que una sociedad pluralista reclama, de manera que permita una convivencia armónica de esas diferentes visiones, coexistentes en la sociedad cubana contemporánea.

**Palabras clave:** Afecto, Constitución, familias, institución jurídica, matrimonio, unión de hecho.

#### **Abstract**

*The new Constitution of the Republic of Cuba, proclaimed on April 10, 2019, stands on the porch of a new family law, more democratic, inclusive, pluralistic, eudemonist, protective of*

*the different family models. The challenges for the ordinary legislator are multiple and varied. If people want to be in tune with the principles, values and rules the Constitution has enshrined in its norms, then they have to understand the different life options that a pluralist society claims, in a way that allows a harmonious coexistence in contemporary Cuban society.*

**Keywords:** *affection, Constitution, families, legal institution, marriage, common law relationship.*

Recibido: 21/10/2019

Aceptado: 7/11/2019

## **EN OCASIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL, EL ÉNFASIS EN EL DERECHO DE LAS FAMILIAS**

Cuando el 2 de junio de 2018 la Asamblea Nacional del Poder Popular aprobaba la comisión que trabajaría el nuevo texto constitucional, nadie hubiera imaginado que uno de los asuntos más polémicos en la consulta popular –que se iniciaría unos dos meses después– fuera el relativo a los temas atinentes al Derecho familiar, sobre todo el concerniente al matrimonio. Sin dudas, la necesidad de una reforma constitucional era sentida, social, política y económicamente. En el ambiente académico, también existía cierta inquietud por una reforma que ya se hacía imprescindible para la nación cubana. Se imponía, pues, esa transformación de las bases del sistema de Derecho cubano a partir de una nueva Carta Magna.

En efecto, tras la consulta popular y la discusión en la Asamblea Nacional del texto constitucional –al cual se le incorporaron 760 enmiendas, resultantes de dicha consulta–, el pasado 10 de abril de 2019 fue proclamada la nueva Constitución de la República de Cuba, aprobada en el referéndum del 24 de febrero con el 86,85 % de los votos emitidos.<sup>1</sup> Como ya he anticipado, los temas familiares tuvieron una importante repercusión –demasiado mediática, desde mi punto de vista–<sup>2</sup> y, lamentablemente, se vieron teñidos de prejuicios

morales, que debieran haber sido superados en una sociedad como la cubana, así como de ciertos argumentos o razones de tinte religioso, a pesar de que el Estado cubano es laico (artículo 15, segundo párrafo):

Es necesario considerar que en una sociedad que se reconoce a sí misma como plural, que proclama el pluralismo como un valor de la convivencia y que sanciona positivamente la tolerancia como un principio del orden público democrático, las normas que rigen la convivencia social son estrictamente jurídicas, sin perjuicio de su fundamento religioso o moral. Por ello no puede ser alegado un argumento de base religiosa, como es la contravención de un precepto religioso para impedir la discusión en un sentido determinado de una regulación en materia civil. El legislador, quien por cierto puede adscribir a una determinada creencia religiosa, como en los hechos ocurre, no puede basar su voto en la coincidencia religiosa, sino en el marco que le proporciona la Constitución política y en particular los derechos fundamentales de la persona. (Del Picó, 2013, p. 57)

A fin de cuentas, las posiciones atrincheradas en pretensos fundamentalismos, incluidos los filosóficos,<sup>3</sup> desnaturalizan la esencia afectiva que impregna hoy a las familias de este nuevo siglo, que abrazamos en tiempo presente. Como expresa la profesora Marisa Herrera (2014), «el fundamentalismo conservador y tradicional [...] se resiste a que el derecho de familia caiga bajo las redes de la obligada perspectiva constitucional –convencional y por ende, humana» (p. 6). La vigente Constitución dedica un capítulo a la regulación de las familias y con ello sigue la tradición de sus predecesoras, en concreto de la Constitución de 1940 y de la recientemente abrogada Constitución de 1976.<sup>4</sup>

Vivimos tiempos de reformas en el ámbito constitucional, lo que supone sentar las pautas de nuestro Estado de Derecho. La supremacía constitucional (artículo 7), como principio que sustenta e informa el Derecho, impone el respeto a la Constitución y la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de conformidad con sus principios, dada la jerarquía que la Constitución tiene como pórtico del Derecho y la importancia de su aplicación directa, al dejar de ser vista como norma suprema con sentido programático para devenir en norma suprema con vocación normativa y de obligatorio cumplimiento por los operadores del Derecho. Y es cierto que en este orden se estremecen todos los subsistemas o ramas del

ordenamiento jurídico. La Constitución, como fiel reflejo de la sociedad cubana contemporánea, ha de expresar el Derecho que se defiende y se construye, de manera que las futuras normas infraconstitucionales –o normas jurídicas de desarrollo– deben responder a los principios, valores, derechos, deberes, garantías reconocidos en ella; en tanto aquellas ya vigentes han de ser interpretadas y aplicadas conforme con el espíritu que la letra constitucional encarna. Se trata de atemperar el dictado de sus normas a dichos principios, de modo que sus intérpretes, esencialmente los jueces, las apliquen con sentido evolutivo, con una visión sociológica del Derecho, para evitar su petrificación, por un lado, y superar la inconstitucionalidad sobreviniente, por el otro.

No cabe duda de que, entre las materias del Derecho que están más reflejadas en la regulación constitucional, destaca el Derecho de las familias, en tanto estas son destinatarias directas de las normas constitucionales. La constitucionalización del Derecho familiar ha supuesto un cambio de paradigma, a partir del interés marcado de la Constitución por regular los principios informantes de esta rama del Derecho, dotándolos de jerarquía constitucional, en tanto el papel que tienen las familias en la formación de generaciones –y con ello en la transmisión de valores, costumbres, tradiciones y patrones cívicos– es de importancia capital (Pérez Gallardo *et al.*, 2016).

## **EL PLURAL DEL CONSTITUYENTE; ¿POR QUÉ FAMILIAS Y NO FAMILIA?**

Llama la atención, en el lenguaje que han utilizado los constituyentes, el empleo del plural para regular una institución que, tradicionalmente, se ha concebido en singular, a saber: la familia –y de ello da cuenta el *nomen iuris* del Capítulo III del Título V y el tratamiento que en todo el articulado se ofrece de esta institución. Como arguye la profesora Kemelmajer de Carlucci (2010, p. 101), apoyándose en Remotti, «hablar de las familias en plural supone aceptar la tesis según la cual las sociedades humanas han conocido y conocen múltiples modelos de familia y, en principio, no hay razón para creer que el modelo jurídico de la tradición mencionada debe ser tenido como «más natural» que otros que se presentan en la realidad social». Según María Berenice Díaz (2013):

[Al] pensar en familia viene a la mente el modelo convencional: un hombre y una mujer unidos por el matrimonio y llenos de hijos. Mas esa realidad cambió. Hoy, todos ya están acostumbrados a las familias que se distancian del perfil tradicional. La convivencia con familias recompuestas, monoparentales, homoafectivas permite reconocer que ese concepto se pluralizó. De ahí la necesidad de flexibilizar igualmente el término que la identifica, de modo de albergar todas sus conformaciones. (p. 39)<sup>5</sup>

El lenguaje legislativo tiene, no solo un efecto jurídico-normativo, sino un poder simbólico que no puede pasar inadvertido. La supuesta neutralidad del lenguaje ha sido cuestionada desde hace muchos años; se considera que este puede contener cargas valorativas que perpetúan modelos sociales que, en determinados eventos, pueden redundar en la discriminación de las minorías. La lucha por la precisión del lenguaje no se reduce a un asunto de estética en la escritura o de alcance y eficacia jurídica de la norma. Se trata de revisar el uso de expresiones que reproducen y/o constituyen realidades simbólicas o culturales inconstitucionales.

El lenguaje es, a un mismo tiempo, instrumento y símbolo. Es instrumento, puesto que constituye el medio con fundamento en el cual resulta factible el intercambio de pensamientos entre los seres humanos y la construcción de cultura. Es símbolo, por cuanto refleja las ideas, valores y concepciones existentes en un contexto social determinado. El lenguaje es un instrumento mediante el cual se configura la cultura jurídica. Las dinámicas sociales han dado un impulso a las concepciones que, desde el Derecho, tradicionalmente se han tenido de la familia, a partir de un enfoque de pluralismo que permite ensanchar su concepto tradicional, todavía anclado a la familia nuclear. El concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de familia, que identifique a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. Como expresa la profesora brasilera María Berenice Días (2013, p. 33), ha operado un proceso de repersonalización en las relaciones familiares en la búsqueda de atender los intereses más valiosos de las personas humanas: afecto, solidaridad, lealtad, confianza, respeto y amor. Por ello las familias, y no la familia, han de entenderse a partir de la pluralidad que sus distintas construcciones ofrecen,

cada una con sus particularidades, con su entramado de relaciones, con sujetos definidos que merecen la visibilidad que hoy la Constitución cubana pretende darles con el empleo del término en plural.<sup>6</sup> Como nos ilustra Marisa Herrera (2014):

Pasar del singular al plural, de la familia a las familias, constituyó un quiebre ineludible en la regulación de las relaciones de familia. En otras palabras, no se trató de un simple agregado de una letra, la 's', al final de la palabra; implicó una revolución jurídica en el plano infraconstitucional, el ir avanzando en el reconocimiento de derechos a las personas para que éstas se puedan desarrollar en diferentes formas de organización familiar tomándose a modo de pilares o base estructural dos principios constitucionales-convencionales elementales: 1) igualdad y no discriminación y 2) libertad y autonomía. (p. 1)

## **A PROPÓSITO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL AFECTO**

Es el afecto el punto de reconocimiento e identificación de las distintas construcciones y estructuras familiares, su denominador común, cualquiera sea su naturaleza. «No hay cómo negar que la nueva tendencia de la familia moderna es su composición basada en la afectividad. Sabemos que el legislador no tiene cómo crear o imponer la afectividad como regla *erga omnes*, pues esta surge por la convivencia entre personas y la reciprocidad de sentimientos» (Vargas, s. f.). El afecto ha pasado el umbral de la Psicología para tener valor jurídico y reconocimiento constitucional. Se ha erigido como factor determinante para la constitución de vínculos jurídicos, esencialmente los familiares, lo cual permite constatar cómo el Derecho ha tenido que amoldar ese escenario de rigidez dogmática hacia una apertura a la flexibilidad y la interdisciplinariedad. «El afecto, antes excluido de las ponderaciones y deliberaciones jurídicas, hoy gana nuevas posiciones y ponderaciones, lo que antes era restringido a los intereses particulares e ignorado por los intereses jurídicos, hoy se muestra de interés público y como verdadero fundamento de constitución de vínculos jurídicos» (Pinto, 2016, p. 280). Como apunta la ya mencionada profesora brasilera María Berenice Días

(2013), «la búsqueda de la felicidad, la supremacía del amor y la victoria de la solidaridad muestran el reconocimiento del afecto como único modo eficaz de la definición de familia y de la preservación de la vida» (p. 58). De ahí la trascendente formulación del artículo 81 constitucional, donde se sustenta que los vínculos nacidos de las distintas construcciones familiares pueden ser jurídicos o de hecho, pero en ambos casos, de naturaleza afectiva. Ese vínculo afectivo afianza el comprometimiento mutuo en el proyecto de vida en común que construye cualquiera de los modelos familiares. Así, sobre la base de la protección de la dignidad humana, el Derecho de las familias hoy se sustenta en un nuevo orden constitucional, que vuelca la mirada a estas como unión de personas vinculadas por un lazo afectivo, psicológico, sentimental, que se obligan a una comunión de vida, de modo que se apoyen los unos a los otros. De esa manera, el afecto se afianza como valor jurídico, toda vez que alrededor de él, el Derecho pasa a centrar la atención en áreas antes inexploradas. El Derecho de las familias que construimos ha de estar basado más en la afectividad que en la estricta legalidad. La concepción jurídica de las familias ha de ser, además de plural, con sentido inclusivo, y esa pluralidad tiene –y recalco– un valor simbólico en el lenguaje del constituyente. El Tribunal Constitucional del Ecuador –en su Sentencia N.º 11-18-CN/19, de 12 de junio, relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo– al referirse al artículo 67 de su Constitución, fuente de inspiración del actual artículo 81 de la nuestra y, por lo tanto, traspolable a nuestra Carta Magna, plantea que «la Constitución ha adoptado una concepción social de la familia, que permite varias formas, dependiendo de las concepciones culturales y también de las expectativas personales. De este modo, la Constitución se aleja de una concepción tradicional o única de la familia». Se requieren pues, acercamientos, no solo desde el Derecho, sino también desde otras ciencias afines como la psicología, la sociología, la demografía, las estadísticas; pero no con una visión compasiva o meramente tolerante de los nuevos modelos familiares, sino con una vocación de ecumenismo, que el plural constitucional enaltece. En esta visión inclusiva, cada vez más pluralista, deben prevalecer el amor, los afectos, las emociones, la solidaridad, la responsabilidad, el sentido de convivencia, más allá de estereotipos sexistas, de presupuestos ideológicos, de requerimientos normativos.

# UN NUEVO DERECHO FAMILIAR, MÁS INCLUSIVO Y DEMOCRÁTICO

La Constitución cubana de 2019 es inclusiva, pluralista, eudemonista, en tanto refuerza el sentido y búsqueda de realización de la persona, de su felicidad –a partir del reconocimiento de la dignidad como valor supremo y fundamento del resto de los derechos constitucionales reconocidos en ella (artículo 40), entre estos el del libre desarrollo de la personalidad, con lo cual se busca también la autorrealización de cada persona, y de su propio proyecto de vida (artículo 47). Ese libre desarrollo de la personalidad reconocido en la Constitución, lleva implícito, entre otras dimensiones, el derecho que tiene toda persona a fundar una nueva familia (artículo 81), adoptando para ello el modelo que considere a bien, según ese proyecto de vida que se autodiseña, conforme con sus pretensiones, aspiraciones y anhelos. Se trata de «la construcción de una sociedad fundamentada en la celebración de las diversidades y no en la tolerancia a la diferencia, donde todas las facetas del comportamiento humano puedan convivir y dialogar sin demeritarse o agredirse mutuamente» (Rodríguez, 2018).

La nueva Constitución sienta las bases de un Derecho familiar más democrático, a la vez que solidario y responsable. Se trata de buscar el equilibrio entre los componentes público y privado del Derecho familiar, no de construir uno estatalizado, en el que el Estado controle todos los actos y negocios familiares. Resulta necesario, y diría que en ocasiones imprescindible, dar cabida a la autonomía privada en el ámbito del Derecho familiar, potenciar el poder de decisión de los sujetos en las relaciones jurídico-familiares –casarse o no; constituir, o no, una unión de hecho, ya sea hetero u homoafectiva; determinar el régimen económico del matrimonio o el de la unión de hecho; delegar, o no, ante situaciones excepcionales, y en los límites de la ley, el ejercicio de la autoridad parental, a favor de terceros; determinar de común acuerdo el orden de los apellidos de los hijos; el número de hijos e hijas y el momento en que se desea tenerlos; prever herramientas de autoprotección de la persona ante situaciones de discapacidad sobrevinientes. En resumen, se trata de potenciar la autonomía privada en las relaciones horizontales y de fortalecer la responsabilidad en las relaciones familiares verticales.

La Constitución cubana que hoy nos rige abre puertas y tiende puentes; no es rígida, y el enfático plural es una alerta para los legisladores. Los modelos familiares deben y tienen que



estar protegidos por las normas civiles, especialmente las sucesorias. No se concibe un cisma entre el Derecho de las familias y el de las sucesiones. Entre ellos hay que aplicar inexorablemente la ley de los vasos comunicantes. De igual manera, se abre un nuevo Derecho penal de las familias que supera el rígido modelo vigente hoy en el agónico Código penal de 1987, cuya mirada se centra en la familia matrimonial, con desdén hacia otros modelos familiares, incluidas las uniones de hecho, y con tipos penales y marcos sancionatorios que no superan un enfoque de género, pues abundan los trazos hematológicos y androcéntricos. Y no menos trascendente resulta, desde la familia, el reclamo constitucional hacia el ámbito laboral, que igualmente está permeado por fuertes prejuicios de género y de sexo. Tras la aprobación de nuestra flamante Constitución, no creo que ninguna norma cubana vigente supere un test de constitucionalidad; el listón que pone la Constitución en su Título V y, en concreto, en el Capítulo III, lleva a pensar a los operadores del Derecho que la mayoría de nuestras normas legales vigentes son, en el mejor de los casos, de «dudosa constitucionalidad».

Estamos, por tanto, ante una Constitución que ha tendido a visibilizar los sectores más vulnerables de la sociedad. En el campo del Derecho familiar cobran sustantividad las personas de la tercera edad (artículo 88), los niños y adolescentes (artículo 86), las personas en situación de discapacidad (artículo 89), los jóvenes (artículo 87), los parientes consanguíneos y afines que cumplen funciones de guarda y cuidado de niños y adolescentes (artículo 84) y, en este escenario se incluyen, entre otros, los padres y madres afines –tan protagónicos en la vida afectiva y familiar de miles de cubanos, y que hasta la proclamación de la Constitución eran seres fantasmagóricos para el Derecho en la República de Cuba. Asistimos hoy a un renacer del sistema de Derecho cubano. Sin embargo, el gran desafío de la Constitución de la República de 2019 es su propia aplicación, ya sea como norma suprema con eficacia directa, como cúspide de todo el ordenamiento jurídico –a partir de la supremacía constitucional (artículo 7), o a través de normas de desarrollo que actúen como venas que irrigen el torrente jurídico a partir de los postulados constitucionales situados en la arteria principal de todo el sistema jurídico del Estado. Entre esas normas de desarrollo se asienta el nuevo Código de las familias, que ha de ser expresión de los nuevos tiempos. Un Código abierto, inclusivo, que ha de recepcionar los derechos, principios y valores enarbolados por la Constitución vigente y que deseche fundamentalismos, prejuicios y estereotipos. Un

Código que sitúe el afecto, el amor, la solidaridad y la responsabilidad en el pedestal de los valores jurídicos iusfamiliares. Un Código basado en una interpretación axiológica del Derecho, con un enfoque de derechos humanos, que supere los estrictos cánones en que tradicionalmente se han visto concebidos los distintos modelos familiares, que permita su análisis desde un perfil pluralista, con otra mirada, mucho más abarcadora, que trascienda incluso los límites del Derecho. A fin de cuentas, las familias son para siempre, nos identifican –no solo como hijos, como padres, como hermanos, como esposos, como compañeros de hecho, como convivientes afectivos, sino también, y en esencia, como seres humanos, cualquiera sea el modelo o construcción familiar a la que pertenezcamos o construyamos– pues en el seno de ellas nacemos, nos alimentamos, nos educamos, crecemos, amamos, y desde ellas y por ellas escribimos nuestra propia biografía.

## **EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA Y SOCIAL, Y COMO UNA DE LAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DE LAS FAMILIAS**

Si bien las Constituciones que nos antecedieron, en una posición a mi juicio insostenible, definieron el matrimonio, la presente Constitución pasa de largo. Ello estuvo motivado, sin duda, por la polémica que durante la consulta popular generó el artículo 68.<sup>7</sup> Ciertamente, como han expresado al respecto autoridades gubernamentales, una parte importante de las objeciones a los preceptos del Proyecto de Constitución que se sometió a la consulta popular, estuvo centradas en él. Ese artículo, contenido en el primer Proyecto, que reproducía en sentido general el artículo 36 de la Constitución de 1976, salvo lo relativo a los sujetos entre quienes puede constituirse el matrimonio, desató una polémica llena de prejuicios sociales, sexistas y, sobre todo, de una enconada disputa de viso religioso.<sup>8</sup> Polémica que ocupó espacios importantes en los medios de comunicación, en las redes sociales, incluso en escenarios académicos. Se sabe que el tema ha sido controvertido en los distintos Estados que han regulado el matrimonio entre personas del mismo sexo por vía legal, y mucho más en aquellos que le han dado luz verde por vía jurisprudencial. En este último caso, sobre la

base de su discutida legitimidad, al entenderse que extravasa las funciones que los tribunales y cortes constitucionales tienen. Sin dudas, se trata de un tema de derechos humanos. La mirada constitucional ha sido clave en la legitimación del matrimonio entre personas del mismo sexo, y la interpretación evolutiva del Derecho ha sido esencial en su entendimiento. En la Sentencia C- 577/11, de 26 de julio (Magistrado ponente Mendoza Martelo), que abrió las puertas al matrimonio entre personas del mismo sexo en Colombia, la Corte Constitucional colombiana expresó:

No existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo.

[...] La protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, porque hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que, además, se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquiera otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituya familia. Los lazos del afecto están presentes en las familias que integran los tíos con sus sobrinos a cargo, los abuelos responsables de sus nietos, la madre o el padre cabeza de familia con sus hijos biológicos o no y, por lo tanto, procede sostener que esos lazos constituyen el común denominador de todo tipo de familia y que, existiendo entre los miembros de la pareja homosexual que conviven con vocación de permanencia, ha de concluirse que estas parejas también forman una familia que, como las demás, es institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad misma y del Estado.

La fórmula utilizada por el constituyente cubano ha sido salomónica, en medio del embate que ciertos sectores de la sociedad cubana protagonizaron tras la consulta popular del pasado año. Como ha expresado el profesor Cerdeira Bravo de Mansilla (2019):

La Constitución ha sido prudente: en general, se limita a reconocer una institución, sin definirla, como, por lo demás, debe de hacer con toda institución y con todo principio o valor que contenga (su función es reconocer la igualdad, la justicia, la dignidad, el derecho a la vida, [...] mas sin necesidad de definir cada uno de ellos, dejando que sea el legislador –de cada momento– el que así lo haga); y, en particular, por lo que afecta al posible matrimonio igualitario, ha habido también prudencia porque [...], el art. 82 de la Constitución cubana –también– se mantiene neutral, no abre ni cierra la puerta a dicha forma de matrimonio, dejando que sea el propio legislador ordinario quien tome tal decisión.

En efecto, se deja al legislador infraconstitucional la misión –nada fácil, por cierto– de regular la forma en que se constituye el matrimonio, determinar los sujetos entre los cuales puede contraerse, y su número, la autoridad competente para su formalización, impedimentos matrimoniales, documentos a aportar, y demás presupuestos o requisitos para su formalización y efectos jurídicos, según el dictado del artículo 82, párrafo segundo. Para ello, creo que el legislador cubano ha de tener en cuenta lo dispuesto en la Sentencia de 1 de diciembre de 2005 de la Corte Constitucional de Sudáfrica, cuando invalidó la cláusula heterosexual del matrimonio al afirmar que «conforme cambian las condiciones de la humanidad y las ideas de la justicia y la igualdad evolucionan, los conceptos de los derechos también adquieren una nueva textura y significado. El horizonte de los derechos es ilimitado como lo son los deseos y las expectativas de la humanidad. Lo que ayer era considerado como justo por el derecho, hoy es condenado como injusto».

Habrà que construir un estatuto jurídico familiar con esa visión de pluralidad y de sentido de inclusión que la Constitución enarbola e impone al legislador ordinario, desde la óptica de los derechos humanos.<sup>9</sup> Como en su día expresó el Magistrado Luiz Fux, en el Supremo Tribunal Federal del Brasil –en su Sentencia ADPF 132/RJ, dictada el 13 de octubre de 2011 y publicada un día después, Ministro relator: Ayres Brito– al admitir las uniones de hecho homoafectivas (luego extendido a los matrimonios homoafectivos, en virtud de la Resolución N.º 175, de 14 de mayo de 2013 del Presidente del Consejo Nacional de Justicia)<sup>10</sup>:

¿Qué es entonces lo que caracteriza desde el punto de vista ontológico una familia? Ciertamente no son los lazos consanguíneos, porque los cónyuges o los compañeros no los tienen entre sí, y lo mismo sin hijos, pueden ser una familia, entre padres e hijos adoptivos tampoco los habrá. De igual modo, la cohabitación no será necesariamente un requisito. ¿Una familia se desintegra si, por ejemplo, un hijo se va a estudiar al exterior? Es claro que no. Lo que hace a una familia es, sobre todo, el amor –no la mera afección entre los individuos, más el verdadero amor familiar, que establece relaciones de afecto, asistencia, y soporte recíproco entre los integrantes del grupo. Lo que hace a una familia es la comunión, la existencia de un proyecto colectivo y duradero de vida en común. Lo que hace a una familia es la identidad, la certeza de sus integrantes en cuanto a la existencia de un vínculo inquebrantable que los une y que los identifica frente a los otros y a cada uno de ellos frente a la sociedad. Presentes esos tres requisitos, se tiene una familia, incidiendo, con ello en la respectiva protección constitucional.

¿Qué quiso decir el constituyente con que «el matrimonio es una institución jurídica y social»? Con esta expresión, el constituyente se limita a situar al matrimonio como lo que es, una figura o materia de regulación del Derecho familiar,<sup>11</sup> con sentido de transversalidad en todo el ordenamiento constitucional y jurídico. Decía Ihering (Mesa Castillo, 2010, p. 65) que «las instituciones jurídicas son el esqueleto del Derecho, al cual se une toda su substancia que está compuesta de las reglas del Derecho». Desde una concepción iusfilosófica y sociológica, una institución es la comunión de las personas en una idea. Las personas mueren, las generaciones se suceden, pero la familia y la nación permanecen con su patrimonio, sus tradiciones y su destino. La familia y el matrimonio, históricamente, se han considerado instituciones, en tanto sirven a las personas para el cumplimiento de sus fines jurídicos en un ambiente comunitario, respondiendo a las exigencias del bien común. Así, ha sido definida la institución como «aquél cuerpo social, con personalidad jurídica o no, integrado por una pluralidad de individuos, cuyo fin responde a las exigencias de la comunidad y del que derivan para sus miembros situaciones jurídicas objetivas –o estatus– que los invisten de deberes y derechos estatutarios» (Rodríguez-Arias, s. f.). De esa manera, toda persona, en

mayor o menor medida, permanece durante su vida integrada a grupos sociales, que van a responder a una realidad social, la cual ha de ser tomada en consideración por el Derecho. Así, pertenece a una nación, a un Estado, a una iglesia, a instituciones públicas, a una familia. Empero, al calificar al matrimonio como una institución jurídica, el constituyente no necesariamente prevé, como por la tradición ha sido concebido, que este es un acto en el que poco importa la autonomía privada de los cónyuges. El constituyente tampoco impone los fines del matrimonio, ni pretende que esta institución –que no solo es jurídica, sino también de innegable sentido social– sea una camisa de fuerza para quienes, en ejercicio al derecho a fundar una familia, acudan a él. En este sentido, hoy día habría que matizar los criterios emitidos en su momento por la profesora Mesa Castillo (2010, pp. 64-66) sobre por qué el matrimonio es una institución jurídica.

La Corte Constitucional de Colombia, en su referenciada Sentencia C- 577/11, de 26 de julio, dejó sentado que:

La familia es una institución sociológica anterior al Estado que, por lo tanto, no la constituye, sino que se limita a reconocer su existencia y su evolución, lejos de encajarla forzosamente en alguna concepción específica o de tratar de detener su curso y esto sin perjuicio de la facultad de regulación que, por la incidencia social de la familia, en un Estado democrático, principalmente suele corresponderle al legislador, sujeto a límites que vienen dados por los derechos fundamentales.

A diferencia de otras Constituciones del continente, la cubana sitúa al matrimonio como una de las fuentes de organización de las familias, aunque no es la única, ni la principal, ni la primera. Ello, a mi juicio, supone que, de ser consecuentes con la fórmula constitucional reguladora del matrimonio, este deja de ser el pivote, en sentido jurídico, de las relaciones familiares. De ahí que pudiera ser cuestionado un Código de las familias que pretenda aplicar supletoriamente las normas del matrimonio a las de la unión de hecho; lo cual, además de desnaturalizar la segunda, negaría el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a fundar una familia, pues tal remisión carecería de sentido, cuando las personas han evadido el matrimonio como hecho fundante del modelo familiar que escogen. Si el matrimonio no ha sido una elección para ambos miembros de la pareja, resultaría un absurdo que el Derecho

impusiera como efectos de esa unión de hecho los que se destinan al matrimonio. Además, refuerza esta idea que, si el matrimonio es una de las formas de organización de la familia, es diferente a la unión de hecho, pero situadas ambas en un plano horizontal. El matrimonio supone un compromiso de vida con vocación de permanencia dentro de los márgenes del Derecho, para cuya disolución hay que acudir inexorablemente al divorcio. Por ello, el matrimonio que se sustenta en el libre consentimiento de sus miembros, no debiera ser fuente supletoria de regulación de efectos de la unión de hecho, que es su antípoda.

Ahora bien, ¿cuáles han de ser las bases del matrimonio que ha de regular el legislador infraconstitucional? En primer orden, la supresión de todo conato de definición del matrimonio en sede constitucional tiene una marcada intención, que no es solo evadir el fuerte impacto de la consulta popular. El constituyente abandona fórmulas constitucionales anteriores, y evita caer en definiciones. Parece que tuvo en cuenta la regla del Derecho romano, según la cual *omnis definitio in jure civili periculosa est*, por lo cual se erige en este orden una Constitución minimalista, dejando la propia definición de matrimonio al legislador ordinario. La familia generada por el matrimonio es una más de las protegidas por el artículo 81, aunque no es la única, ni es exclusiva, excluyente, ni preferente.

En segundo orden, no se regulan los fines constitucionales del matrimonio; estos, al menos, no están explícitamente determinados en la Constitución. El artículo 82 define el matrimonio –basado en el libre consentimiento y en la igualdad de derechos y obligaciones de sus integrantes– pero no menciona fin alguno, y ello es clave para entender que el matrimonio constitucional cubano no está sustentado en la heterosexualidad. Se puede añadir que, al seguir los derroteros de la Constitución, sobre todo en el plexo de derechos tutelados, y refrendarse así el principio-derecho de igualdad y no discriminación, se destierra toda manifestación discriminatoria por razón de sexo, género, orientación sexual e identidad de género –cuatro categorías sospechosas que pudieran sustentar un supuesto de discriminación, cuya probanza supondría el éxito de la demanda de amparo constitucional interpuesta bajo la cobertura de los artículos 40, 42 y 99. De ello se colige la poca posibilidad de triunfo que podría tener la tendencia que aboga por la regulación de un matrimonio heterosexual:

«existiendo diversos modelos de familia protegidos por la Constitución y considerando que el matrimonio no es la única forma de conformar una familia, no hay, entonces, razones para sostener que se afecta el deber del Estado de proteger a la familia si la ley restringe el

matrimonio sólo a personas de sexos diferentes». <sup>12</sup> Para el constituyente lo que importa es el proyecto de vida de la pareja que decida formalizar matrimonio, cualquiera sea el sexo de sus integrantes. A la vez que se suprimió la expresión «entre dos personas» –para hacer referencia a los integrantes del matrimonio, tal y como lo planteaba el Proyecto de Constitución que se sometió a consulta popular, aprobado por el Parlamento, y después por el pueblo en el referéndum constitucional del 24 de febrero de 2019– no solo se deja de constitucionalizar el sexo de los cónyuges, como lo hacían las Constituciones anteriores, sino incluso el número de personas que pueden formalizar el matrimonio, si bien no creo que se llegue a regular en la norma infraconstitucional el matrimonio poliafectivo. Pero, si así fuere en un futuro, no sería necesaria tampoco una reforma constitucional, pues los artículos 81 y 82 le darían permisibilidad.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional del Ecuador en la Sentencia de referencia, al interpretar el artículo 67 de su Carta Magna (párrafos 106, 107 y 108, respectivamente):

(E)n la Constitución no se encuentra fin alguno que justifique la exclusión de parejas del mismo sexo al matrimonio, (u)n fin constitucionalmente válido debe tener relación con el reconocimiento, desarrollo o garantía del ejercicio de derechos. En consecuencia, constituir una familia sin discriminación y gozar de la protección del Estado es un fin del matrimonio constitucionalmente válido [...] La Constitución permite y protege la diversidad en todas sus expresiones, siempre que no afecte el reconocimiento y el ejercicio de derechos [...] Debería entenderse que la exclusión del matrimonio de personas del mismo sexo persigue como fin la protección de la familia y esto, en una constitución que protege a la familia “en sus diversos tipos”, no podría considerarse un fin constitucionalmente válido. La Constitución, al garantizar la igualdad y prohibir la discriminación, no justifica la exclusión de las parejas del mismo sexo como un fin para proteger al matrimonio y a la familia.

Argumentación que hoy se encuentra en perfecta sintonía con la Constitución cubana, pues no sería concebible un Código de las familias que restringiera el derecho al matrimonio a personas heterosexuales en una Constitución que emplea el plural para referirse a esta institución, que «protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización» y que,



además, prohíbe cualquier forma de discriminación por las razones ya apuntadas y dispuestas en el artículo 40 constitucional. Como se dijo en uno de los votos particulares y concurrentes a la Sentencia de 3 de noviembre de 2011 del Tribunal Constitucional de Chile, «para regular la convivencia de personas del mismo sexo, el legislador debe considerar que todas las personas, más allá de su orientación sexual, gozan de dignidad y de la libertad necesaria para desenvolver su personalidad, así como de la protección que el Estado debe brindar a su vida privada personal y familiar».<sup>13</sup>

En tercer orden, ha de ser un matrimonio en el que determinados presupuestos, tradicionalmente vinculados con la institución, y esencialmente de contenido personal, no son obligatorios para su existencia, como la cohabitación o convivencia, pues no debe exigirse como requerimiento jurídico de orden personal, tal y como lo establece el artículo 25 del vigente Código de familia, a cuyo tenor «Los cónyuges deben vivir juntos»; es, incluso, una excepción –según lo establece el propio legislador en su artículo 25, segundo párrafo, *in fine*– que no tengan un hogar común. Nada priva a los cónyuges de tomar la decisión de vivir separados, o vivir juntos solo determinados momentos o épocas del año.<sup>14</sup> La migración ha hecho posible también que cientos de parejas mantengan el matrimonio viviendo juntos solo las veces en que, generalmente el emigrante, visite al cónyuge que mantiene residencia en Cuba. Es el proyecto en común de la pareja el que debe primar y el Derecho debe respetar tal proyecto, siempre que no conculque los derechos de terceros.

En cuarto orden, el matrimonio ha de ser formalizado, según los dictados que hoy imponen convenciones internacionales como la de los derechos del niño, entre personas adultas, o mayores de edad; ello en función del interés superior del niño, niña y adolescente, que es el principio rector en materia de Derecho de la niñez, enunciado además en el artículo 86 constitucional. No se justifica que al matrimonio se llegue en edades en las que aún no se ha madurado, por las consecuencias que ello trae para la familia que se constituya y, sobre todo, porque los hijos habidos a edades aún muy tempranas de la adolescencia pueden llevar a la deserción escolar de los noveles progenitores.<sup>15</sup>

En quinto orden, el constituyente establece que el matrimonio se funda, además, en la capacidad legal de los cónyuges –entiéndase dicha capacidad como la edad núbil para formalizar el matrimonio– elevada, tal y como debe hacer el legislador infraconstitucional, a los 18 años. Eso sí, debe comprenderse que el matrimonio regulado en el artículo 82 ha de

estar a tono también con convenciones internacionales, como la de los derechos de las personas con discapacidad (artículo 23.1 a) y, en consecuencia, responder al enunciado del artículo 89 que regula el deber del Estado, la sociedad y las familias en la protección, promoción, inclusión, participación social de las personas en situación de discapacidad, así como en el aseguramiento del pleno ejercicio de sus derechos. En tal orden, será atribución del legislador ordinario, tal y como ha recomendado el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, tras la reciente evaluación de Cuba en Ginebra, en marzo de 2019, derogar «las disposiciones jurídicas que prohíben a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial contraer matrimonio y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges»; ello, a partir de lo que aún dispone el artículo 4, apartado 1 del Código de familia –«no podrán contraer matrimonio: 1) los que carecieren de capacidad mental para otorgar su consentimiento»–, en franca contradicción con el artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por Cuba, y con lo dispuesto en el citado artículo 89 de la Constitución.

## **LA UNIÓN DE HECHO EN LA MIRA DEL CONSTITUYENTE DE 2019**

La unión de hecho es otra de las fuentes de constitución de la familia y, hoy día, uno de los modelos familiares más comunes, en el entorno internacional. Las estadísticas demuestran que una parte importante de las personas en Cuba optan por ella,<sup>16</sup> motivada por varias razones, entre ellas: por ser el proyecto de vida que se abraza, marcadamente intencional; por temor a todas las consecuencias que, en el orden patrimonial, el matrimonio importa; por la consiguiente tramitación en caso de un divorcio, con el viso de litigiosidad que suele llevar consigo; o, incluso en determinadas zonas rurales del país, por estereotipos sexistas discriminatorios contra la mujer, aun cuando esto último nos pueda resultar alarmante en esta época.<sup>17</sup> Llama la atención que el primer proyecto de Constitución debatido en la Asamblea Nacional los días 21 y 22 de julio de 2018, y que luego fuera ampliamente debatido en la consulta popular a partir del 13 de agosto y hasta el 15 de noviembre, no preveía la figura de la unión de hecho. Este primer Proyecto, en el polémico artículo 68, segundo párrafo,

reproducía el segundo párrafo del artículo 36 de la Constitución de 1976,<sup>18</sup> de manera que, al regular el matrimonio, dejaba claro que a la norma infraconstitucional –a saber: el Código de las familias– le competía regular no solo los requerimientos para su formalización, sino también para su reconocimiento.

Hay que recordar que en Cuba, hasta la fecha, el matrimonio no solo puede ser formalizado con efectos *ex nunc*, como es lógico, sino también con efectos *ex tunc*, ante notario o registrador del estado civil o del palacio de los matrimonios, competentes, o incluso ante cónsules o vicecónsules. De no existir acuerdo entre los miembros de la pareja, interesar su reconocimiento judicial, en caso de la unión matrimonial no formalizada, de modo que la sentencia que lo reconozca, en trámite de ejecutoria, dispondrá la inscripción del matrimonio –no de la unión de hecho– en la sección de matrimonios del registro del estado civil correspondiente al domicilio del demandado.

La Constitución rompe así con una larga tradición en Cuba, que data desde la Constitución de 1940, de intentar equiparar la unión de hecho al matrimonio (artículo 43 de dicha Constitución), o de concebir una unión de derecho, más que de hecho –al situar la convivencia entre personas de diversos sexos, con vocación de permanencia, o sea, estabilidad y singularidad, más aptitud legal de los miembros de la pareja– como matrimonio, aún inexistente el consentimiento matrimonial (artículo 36 de la Constitución de 1976). Ello, por nobles razones que nunca se han dudado, y que tienen un fin de protección social y familiar –esencialmente a la mujer, como sujeto tradicionalmente más vulnerable en las relaciones de pareja– pero que dan al traste con la naturaleza del matrimonio y, sobre todo, con el consentimiento marital como piedra angular de esta figura; amén de otros derechos, como el de constituir una familia seleccionando la pareja, el hecho fundante que más se aviene a su proyecto de vida, a saber: el matrimonio o la unión de hecho. Por esa razón –tal y como he explicado en otras ocasiones (Pérez Gallardo, 2015, pp. 5-54)– el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, ya sea *inter vivos* o *post mortem*, se basa en la existencia de una acción de estado que no tiene naturaleza personalísima, pero cuyo éxito no se limita a constatar una situación de hecho preexistente, sino a constituir una situación jurídica familiar, con trascendencia para los títulos de estado. Esto, a pesar de que la pareja durante la existencia de la unión no haya tenido intención de legalizar su estatuto familiar, dado que en su proyecto de vida el constituir formalmente un matrimonio no fuera una prioridad, y así, al menos se

haya hecho evidente. En cierto sentido, el éxito de la acción de reconocimiento transgrede el respeto a ese proyecto de vida, incluso atenta contra los actos propios<sup>19</sup> y, en caso de muerte de uno de sus miembros, conculca la memoria pretérita del fallecido, aunque hoy sean otros los argumentos que se sostienen. Como he explicado, la sentencia que reconoce la unión matrimonial en estas circunstancias constituye el matrimonio entre los miembros de la pareja. La unión matrimonial pretérita, extinguida –ya sea por decisión de uno de los miembros de la pareja, o por el fallecimiento de ambos o de uno de los miembros de la pareja–, se constituye así, por disposición judicial, en matrimonio.<sup>20</sup> La voluntad concorde de ambos cónyuges (consentimiento matrimonial), que se exige en el matrimonio formalizado legalmente, es prescindida en el reconocimiento judicial y se acude a una voluntad tácita –derivada del comportamiento público y notorio de los miembros de la pareja– que hace derivar al legislador en que su unión de hecho, que fue lo que realmente sostuvieron, vale como matrimonio. La constatación de tales datos fácticos que delatan la existencia de la unión matrimonial en sede judicial suple ese consentimiento matrimonial que nunca se va a manifestar expresamente.<sup>21</sup> Se trata, de hecho, de un matrimonio reconocido después que ha finiquitado, o incluso de un matrimonio *post mortem*, según el caso, pues la sentencia que en su momento se dicte reconoce la unión matrimonial, atribuyéndole los efectos de un matrimonio; efectos que, en verdad, tampoco se van a lograr, pues en este orden, es más la ficción que la realidad.

Precisamente, la nueva Constitución cubana deja sentado que el matrimonio no es el único hecho fuente de relaciones familiares. Al regular el derecho a constituir una familia, el constituyente deja abierta la posibilidad de la persona, a partir del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de elegir entonces el modelo familiar que se ajusta a su proyecto de vida o, simplemente, de no constituir una nueva familia, en tanto que el «ámbito de protección (de este derecho) comprende una faceta negativa, cual es el derecho a no constituir una nueva familia, aunque inevitablemente se pertenezca a alguna en condición distinta a la de esposo o padre» (Corte Constitucional de Colombia, 2011).<sup>22</sup> Se trata, en todo caso –como ha expresado el Tribunal Constitucional del Ecuador en la muy polémica Sentencia ya referenciada–, de un «derecho-fin al que toda persona puede aspirar sin discriminación alguna».<sup>23</sup> La unión de hecho se regula entonces como lo que es, una relación fáctica, a la que el Derecho le anuda consecuencias jurídicas. Y he ahí donde radica la clave para

solucionar el entramado de situaciones que la unión de hecho genera y que han de ser enfrentadas por los legisladores del nuevo Código de las familias.

La Constitución, al regular la unión de hecho en el artículo 82, tercer párrafo, lo hace con una visión de horizontalidad de los modelos familiares, o «formas de organización de las familias» como el párrafo primero del mencionado artículo deja sentado. Horizontalidad que viene dada porque, para el constituyente, todos los modelos familiares valen y, en consecuencia, son protegidos por el Derecho. Al regular en el artículo 81 el principio de pluralidad familiar –el cual, como se ha explayado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-875 de 2005), es «una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y, en concreto, de la libre expresión de afectos y emociones, ya que su origen se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida, que según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia»– se evita dar un trato jerarquizante a un modelo familiar en detrimento de otros. Si bien el matrimonio es una de esas formas de organizar las familias, siendo concretamente el hecho fundante de la familia matrimonial (artículo 82, primer párrafo), la unión de hecho, en el lenguaje del constituyente, «además» lo es. Ello quiere decir que la familia sustentada en la unión de hecho tiene tanta protección jurídica como la matrimonial, o cualquier otro tipo de modelo familiar, en tanto la protección jurídica de estos es igualmente regulada por ley, según lo dispone el tercer párrafo del artículo 81.

Ahora bien ¿qué implica –jurídicamente hablando– que el constituyente le dé el mismo valor, pero a su vez distinga, la unión de hecho del matrimonio? En primer orden, se visibiliza la unión de hecho, y se reconoce como tal, sin prejuicio alguno, y sin necesidad de que esta, para que tenga protección legal, se equipare al matrimonio –tal y como disponía el artículo 43 de la Constitución de 1940– o se reconozca como matrimonio, como lo regulaba el artículo 36, párrafo segundo, de la Constitución de 1976. Lo que a la postre demostraba cierta jerarquía constitucional a favor de la familia matrimonial, pues incluso con la Constitución de 1976, y el vigente Código de familia de 1975: para que la unión de hecho tenga protección, tiene que pasar por su «conversión» en matrimonio, tras el éxito de la acción de reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, o por la retroacción de los efectos del matrimonio que se formaliza en presente, pero se extiende al pretérito, precisamente en el período en que no se convivió como matrimonio, sino en unión de hecho.

Quizás sería un prejuicio canónico, pero el Derecho cubano, hasta la actualidad –dado que la Constitución no tiene norma de desarrollo aún aprobada en este orden–, no protege la unión de hecho sino el matrimonio, siendo la convivencia *more uxorio* la base fáctica para el éxito del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada. Esta redención la ha logrado la vigente Constitución, que compele al legislador infraconstitucional a una regulación de la unión de hecho, despojada de los prejuicios que la inexistencia del matrimonio pudiera provocar.

En segundo orden, junto a los cónyuges, y distintos de estos, aparece en el escenario de pluralidad que el nuevo Derecho familiar abraza, la figura de los convivientes afectivos, compañeros de hecho, compañeros permanentes o, simplemente, convivientes, como quiera denominarle el legislador. A mi juicio, no debe incurrirse en el dislate técnico en el que han caído algunos legisladores al tratar de darle la misma denominación. Cónyuges son los que han adoptado el matrimonio como vía para encauzar su proyecto afectivo de vida, sean del mismo o de diferentes sexos. Los convivientes afectivos tendrán un estatuto jurídico disímil, incluso pudiendo tener su propio estado civil pues, aunque el tema es discutible técnicamente, apostaría por considerar que la unión de hecho crea un nuevo estado civil entre los miembros de la pareja, el de «unidos».

En tercer orden, se impone delinear el estatuto jurídico de la unión de hecho, y a ello se refiere el constituyente cuando en el artículo 82, tercer párrafo, *in fine*, deja sentado que las condiciones y las circunstancias para que una determinada unión de hecho tenga protección jurídica, o sea, genere derechos y deberes, serán determinadas por la ley esencial, pero no exclusivamente, por el Código de las familias. Ello supone que no todas las uniones de hecho estarán cobijadas por el Derecho. No es la unión de hecho sin más, sino una unión de hecho con vocación de permanencia, de singularidad, de estabilidad, de notoriedad, y con los requisitos de legitimación que para la pareja ha de exigir el Derecho, a los fines de extender su manto protector. Igualmente, se colige que en todo caso el reconocimiento no será constitutivo, sino meramente declarativo, ya sea en sede notarial o judicial. La unión de hecho como convivencia afectiva de una pareja, ya sea del mismo o de diferentes sexos, existe al margen de su reconocimiento legal. Solo que el reconocimiento generará los derechos y deberes que la ley establezca, los que, por demás, no tienen, ni deben ser idénticos a los del matrimonio. De serlos, no hay razón para que la Constitución distinga entre el matrimonio y

la unión de hecho como formas de organizar las familias. De admitir –tal y como ha acontecido en algunas normas familiares, incluso algunas de reciente «facturación»– que la unión de hecho tendrá idénticos efectos al matrimonio,<sup>24</sup> ello supondría un giro de 360 grados; o sea, quedarnos en el mismo lugar, pulverizar la autonomía privada y enervar el derecho a fundar una familia, cualquiera sea su tipo, tal y como preconiza el artículo 81, primer párrafo de la Carta Magna.<sup>25</sup>

Si la Constitución protege con alcance general, y con una fórmula integradora, los distintos modelos familiares es porque, con independencia de este, siempre que tenga recepción social y cumpla con los requerimientos mínimos en el orden ético-familiar, potenciará a la vez el derecho de toda persona a elegir el modelo de familia que se ajuste a su proyecto de vida, entre los que se puede encontrar la unión de hecho; esto implica el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la autonomía privada. Si ello es así, como estoy convencido, entonces no pueden asimilarse los efectos jurídicos, porque ello implicaría una absorción absoluta de la unión de hecho por el matrimonio. En ese afán de pretensa justicia, se da al traste con la autonomía de las personas, con los proyectos de vida, con la búsqueda de la felicidad de cada ser humano. La Constitución deja esclarecido que, si bien en el matrimonio será la ley la que, sin más, establezca las reglas sobre la forma de constitución y sus efectos (artículo 82, párrafo primero), en la unión de hecho será la ley la que determinará qué unión de hecho –sustentada en la estabilidad, singularidad, aptitud legal, y sobre la base de un proyecto de vida en común– generará los derechos y obligaciones que la propia ley determine. En tal sentido, la Constitución deja explícitamente dispuesto que será la ley la que estipulará además las condiciones y circunstancias en que tales requisitos deben cumplirse para hacer derivar de dicha unión los derechos y obligaciones que antes aludía (artículo 82, tercer párrafo), pero no aquellos con alcance general, como en materia de matrimonio hace el constituyente cuando se refiere a él, aludiendo a que la ley determinará, sin más, sus efectos. En materia de unión de hecho, el constituyente deja sentado que la ley será la que determinará qué derechos y obligaciones esta generará, pero no de manera estática, sino los que se haga preciso determinar en cada momento histórico, conforme con el interés del legislador. Mientras el constituyente es mucho más permisivo que el legislador infraconstitucional, al regular los efectos jurídicos del matrimonio, resulta muy precavido, y hasta receloso, en sede de uniones de hecho, marcando diferencias irreconciliables.

«Matrimonio y uniones de hecho son situaciones sustancialmente diferentes, asumiendo casados el compromiso de la vida en común, por la inclusión en un vínculo jurídico, mientras que los convivientes no lo asumen, ya que no quieren o no pueden hacerlo. El trato diferenciado en relación con el matrimonio es, por tanto, objetivamente fundado y es coherente con el principio de igualdad, que busca la igualdad de trato entre iguales y no de lo que es diferente» (Días, 2014, p. 72).

## **ALGUNAS IDEAS A MANERA DE EPÍLOGO**

Será largo el camino desde el cual se construya el nuevo Derecho de las familias en Cuba. Estoy convencido de que será pedregoso, angosto, cubierto de breñas, pero también estoy seguro de que podrá llegar a transitarse por él, sin tanta dificultad, algún día no muy lejano. Solo con un sentido de la justicia, la solidaridad familiar, le entereza y con mentes abiertas – cultivadas en los valores de la diversidad, la pluralidad, la inclusión– podremos construir ese Derecho de las familias al que política y constitucionalmente estamos abocados. Lo cual –tal y como decía el legislador argentino en los fundamentos del Anteproyecto del nuevo Código civil y comercial de esa nación, sancionado en 2014– «no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender» (Lorenzetti, 2012, p. 581).

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ARQUEROS, CLAUDIO (2013): «Nociones fundamentales para el debate sobre uniones civiles entre homosexuales», Cristian Lepin Molina (coord.), *Parejas homosexuales ¿Unión civil u homosexual?*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 31-69.
- CÁNOVAS, DAIMAR (2019): «Familias, matrimonio y herencia en el futuro de Cuba: la reforma constitucional», en Leonardo B. Pérez Gallardo (coord.), *Hacia un nuevo Derecho de sucesiones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá.



- CERDEIRA, GUILLERMO (2019): «Familia y Constitución: su interpretación evolutiva», *Revista Cubana de Derecho*, n.º 54, Unión Nacional de Juristas de Cuba, juliodiciembre.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2011): Sentencia C-577, Magistrado ponente: Mendoza Martelo.
- DEL PICÓ, JORGE (2013): «La pareja homosexual y su reconocimiento civil: tolerancia social, pactos jurídicos de convivencia y matrimonio entre personas del mismo sexo», Cristian Lepin Molina (coord.), *Parejas homosexuales ¿Unión civil u homosexual?*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 31-69.
- DÍAS, CRISTINA A. M. (2014): «Uniones de hecho: la posición sucesoria del conviviente supérstite en Portugal», *AFDUC*, n.º 18, pp. 65-78.
- DÍAS, MARÍA BERENICE (2013): *Manual de Direito das Famílias*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo.
- HERRERA, MARISA (2014): «Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar», *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, 17 de noviembre, n.º 39.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA (2010): «El Derecho de las familias en la jurisprudencia argentina», *El nuevo Derecho de familia – Visión doctrinal y jurisprudencial*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, pp. 101-131.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA (2014): «La autonomía de la voluntad en el Derecho de familia argentino», en *Derecho de las familias, infancia y adolescencia*, Infojus, Buenos Aires.
- LAGEYRE RAMOS, TATIANA; TANIA SÁNCHEZ PÉREZ (2003): «Las uniones matrimoniales de hecho: ¿una alternativa al matrimonio tradicional?», *Santiago*, edición especial, pp. 136-154.
- LORENZETTI, RICARDO L. (2012): «Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», *La Ley*, Buenos Aires.
- «Mensaje de los obispos católicos en relación con la nueva Constitución de la República de Cuba que será sometida a referendo el próximo 24 de febrero»,

<<https://www.ipscuba.net>> [16-9-2019].

MESA CASTILLO, OLGA (2001): «El tratamiento jurídico de la unión de hecho en Cuba», *Revista Cubana de Derecho*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, n.º 18, juliodiciembre, pp. 4-20.

MESA CASTILLO, OLGA (2010): *Derecho de familia*, Editorial Félix Varela, La Habana.

OSSORIO, MANUEL (s. f.): *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Datascan, Guatemala.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (2015): «Reconocimiento *post mortem* de la unión matrimonial no formalizada: la realidad supera al mito», *Revista Cubana de Derecho*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, n.º 45, enero-junio, pp. 5-54.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.; CARLOS VILLABELLA ARMENGOL Y GERMÁN MOLINA CARRILLO (coord.) (2016), *Derecho Familiar Constitucional*, Grupo Editorial Mariel, México.

PINTO, ANDERSON DE SOUSA (2016): «O valor jurídico do afeto e sua demonstração como fundamento para constiuição de vínculos familiares e novas famílias», *Revista Aporia Jurídica*, Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Cescage, 5ª edição, vol. 1, jan/jul, pp. 269-282.

RODRÍGUEZ-ARIAS, LINO (s. f.): voz «Institución», *Enciclopedia Jurídica Omeba* (versión en PDF).

RODRÍGUEZ, MAIKEL RENÉ (2018): «Matrimonio igualitario en Cuba. Papá y... ¡papá!», *La Jiribilla*, año XVI, La Habana, n.º 847, <<http://www.lajiribilla.cu/articulo/papaypapa>> [16-9-2019].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR (2019): Sentencia N.º 11-18-CN/19, 12 de junio, Juez ponente: Ávila Santamaría, dictada por el Pleno del Tribunal.

VARGAS, THIAGO FELIPE (s. f.): «La familia afectiva. El afecto como formador de la familia», <<http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a19.pdf>> [27-3-2017].

#### Notas aclaratorias

1. Del total de boletas depositadas en urnas, 7 522 569 fueron válidas (95,85 %), 127 100 nulas (1,62 %) y 198 674 en blanco (2,53 %); 6 816 169 electores votaron «sí» (86,85 %) y 706 400 optaron por el «no» (9,0 %).

2. Se ha destacado, al aludir a la discusión motivada por los debates del matrimonio entre personas del mismo sexo, reconocido en el artículo 68 del Proyecto que fuera sometido a consulta popular –y como criterio que comparto– «el desconocimiento de estos temas por parte de los periodistas, los cuales, movidos por muy nobles intenciones, no siempre seleccionan los criterios más lúcidos para ilustrar los debates generados en un proceso que nos afecta a todos. Asimismo, el excesivo énfasis puesto en el asunto pareciera que es el único a tratar, cuando el nuevo proyecto de Constitución abarca otras problemáticas igualmente importantes, o incluso más» (Rodríguez, 2018).

3. Desde Chile, en posición muy discutible desde el terreno de los derechos humanos, Claudio Arqueros (2013) sostiene: «la pregunta que debiésemos formularnos respecto de la posibilidad de legislar sobre matrimonio homosexual es si éste contribuye o no al bien común. Ciertamente, la respuesta es negativa por cuanto este tipo de uniones se opone y niega el bien común [...] (como orden intrínseco se la sociedad). Pues, si el Estado aceptase regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, con ello atentaría contra la libertad moral y religiosa de aquellas personas que creen y adhieren a la visión conyugal del matrimonio. Esto es traducible a la consideración de que todo aquello que alguna vez tuvo el valor natural, verdadero, es finalmente una postura primitiva que fue sólo parte de la evolución hacia progreso positivista» (p. 20).

4. La Constitución de 1940 le dedicaba la Sección primera del Título V (artículos 43 al 46), la Constitución de 1976 el Capítulo IV del Título I (artículos del 35 al 38).

5. Traducción del autor.

6. Desde la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T 070-15, Magistrada ponente: SÁCHICA MÉNDEZ) se ha dicho al respecto que: «El pluralismo y la evolución de las relaciones humanas en Colombia, tiene como consecuencia la formación de distintos tipos de familias, diferentes a aquellas que se consideraban tradicionales, como lo era la familia biológica. Por lo que es necesario que el derecho se ajuste a las realidades jurídicas, reconociendo y brindando protección a aquellas relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, las cuales surgen en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia. La protección constitucional a la familia se extiende tanto a las familias conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad, como a aquellas que surgen de facto, “atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia” donde conceptos como la convivencia, el afecto, la protección, el auxilio y respeto consolidan el núcleo familiar, por lo que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger a los integrantes de tales familias».

7. Este precepto fue el más debatido en las encuestas y reuniones populares (en el 66 % de ellas), resultando que de las 192 408 opiniones recogidas sobre tal cuestión, un total de 158 376 sugirieran cambiar la redacción propuesta.

8. El mensaje pastoral de los Obispos Católicos de Cuba, en ocasión del proceso de consulta del Proyecto de Constitución de la República de Cuba, dejaba clara la preocupación del clero cubano sobre la fórmula empleada en el artículo 68 del Proyecto de Constitución, al referirse a la regulación del matrimonio entre dos personas, sin hacer referencia a la diferencia de sexos. Tómese en consideración que en el exergo del mensaje de los obispos se toma la frase bíblica: «Y creó Dios al hombre a su imagen. A imagen de Dios los creó. Hombre y mujer los creó» (Génesis 1, pp. 26-27), mientras que en el párrafo 19 se expresa: «Los obispos consideramos mal fundado y erróneo que aparezca en el proyecto constitucional (art. 68) una definición del matrimonio como “la unión de dos personas con aptitud para ello, a fin de hacer vida común”. Al expresar este criterio no pretendemos desconocer, y en modo alguno menospreciar, la dignidad de ninguna persona, pues, a todas se les debe respetar su condición y su participación social. La enseñanza de la Iglesia siempre ha sido clara: el amor recíproco y complementario entre el hombre y la mujer fundamenta la vocación al matrimonio y a la familia, estableciendo una unidad que no puede equipararse a ninguna otra. Distinción no significa discriminación».

9. Tal es así que interpretar lo contrario sería, hoy día, francamente inconstitucional. O sea, no dar cabida a los distintos modelos familiares que con vocación de pluralidad y de cierto «ecumenismo» la Constitución protege. Hasta en el mensaje de los obispos católicos cubanos, en relación con la nueva Constitución de la República de Cuba, previo al referéndum del 24 de febrero de 2019, se deja sentado –si bien, obvio, a modo de preocupación en lo que refiere a uno de los modelos familiares más polémicos y mediáticos: la familia homoafectiva– que «en los artículos 81 y 82 del texto actual, se abre el camino para que, en el futuro se reconozca como matrimonio la unión de personas del mismo sexo con todas sus prerrogativas».

10. En virtud de esta Resolución se dispuso la habilitación, celebración de matrimonio civil, o conversión de la unión estable en matrimonio entre personas del mismo sexo y, en consecuencia, se prohibió a las autoridades competentes la abstención para celebrar matrimonios civiles o la conversión de uniones estables en matrimonio entre personas del mismo sexo. Dicha Resolución tuvo como fundamento jurídico la Sentencia ADPF/RJ y la ADI 4277/DF, que reconocieron la inconstitucionalidad de la distinción de tratamiento legal de las uniones estables constituidas por personas del mismo sexo y la decisión contenida en la Sentencia proferida en el juzgamiento RESP 1.183.378/RS que decidió la inexistencia de óbices legales respecto de la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo.

11. Según el diccionario de Manuel Ossorio [s. f.], en su cuarta acepción, el término evoca «cada una de las materias de las diversas ramas del Derecho», y se da como ejemplo, precisamente, el matrimonio.

12. Del voto particular concurrente de los señores ministros Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, respecto de la Sentencia de 3 de noviembre de 2011 del Tribunal Constitucional de Chile, que no acogió la acción de inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil de ese país, que regula como presupuesto del matrimonio la heterosexualidad de los cónyuges.

13. Del voto particular concurrente de los señores ministros Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino.

14. Nos habla la profesora Marisa Herrera (2014) de «las llamadas en el derecho anglosajón [...] parejas ‘LAT’ (siglas en inglés: *living apart together*, traducido como parejas con domesticidad común), que son aquellas parejas –matrimoniales o no– con un proyecto en común, respeto mutuo, fidelidad, cooperación y asistencia, pero que deciden no convivir o no comparten la misma vivienda. Como también se dice, parejas que viven juntas, pero separadas» (p. 5).

15. Ciertamente, varias legislaciones del continente han sido modificadas, en materia familiar, para estar a tono con los dictados de la Convención de los derechos del niño en este orden. Así, solo a modo de ejemplo, Guatemala, por Decreto N.º 13-2017 del Congreso de la República, publicado en el *Diario de Centro América (Diario Oficial)* el 13 de septiembre de 2017, reformó el Código Civil, al regular la aptitud para contraer matrimonio, prohibiendo el matrimonio de menores de 18 años de edad. Igualmente, se modificó el artículo 83 del Código Civil a tal fin (según lo dispuso el artículo 3 de Ley N.º 0, publicada en *Registro Oficial*, Suplemento 526 de 19 de junio de 2015).

16. El Informe del Censo Nacional de Población y Vivienda, realizado en el país en el año 2012 (ONEI, 2012), arrojó que, del total de personas que declararon mantener una pareja estable, el 52 % manifestó estar casados y el 48 %, estar unidos. El comportamiento por sexos fue idéntico.

17. No obstante, a juicio de Tatiana Lageyre Ramos y Tania Sánchez Pérez (2003), «en Cuba esa tipología de uniones consensuales en estos tiempos ha experimentado un auge en las zonas urbanas y más cerca de la clase intelectual que tiene una vida más libre, más lejos de los principios de la Iglesia. La manera de vivir es profundamente cultural. Por lo que creemos que al menos en la realidad social cubana de principios del nuevo siglo, el bajo nivel cultural de las personas

- no condiciona, al menos en la mayoría de los casos, que estas se unan de manera informal con su pareja sin contraer formalmente» (p. 143).
18. En realidad, el tan controvertido artículo 68 de ese Proyecto reproducía el artículo 36 de la Constitución de 1976, salvo que suprimía la heterosexualidad como presupuesto del matrimonio.
19. En buena medida, al ejercitarse la acción de reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada como matrimonio, la parte actora actúa intencionalmente contra el comportamiento o conducta que tuvo de no acudir al matrimonio, de modo que, como expresa Cánovas González (2019), «cualquier intención posterior de legalización sería un auténtico *venire contra factum proprium*» (p. 318). Incluso, en el supuesto caso de que el acto probara que fue partidario de formalizar como matrimonio la convivencia *more uxorio* que compartía con la otra persona, no puede obviarse que el matrimonio es obra de dos –al menos por el momento– y no de uno solo. No habría nunca matrimonio si ambos, durante la existencia de esa convivencia, no apostaban por ese tipo de unión.
20. Según la profesora Mesa Castillo (2001), «Cuba sí reconoce la unión de hecho que la unión no formalizada es para nosotros, el concubinato que tiene vida en la realidad social como hecho sociológico y jurígeno, si este hecho se legaliza y se convierte en acto jurídico, como una crisálida que se vuelve mariposa, el concubinato, unión no formalizada, se vuelve matrimonio civil» (p. 13). Es cierto, pero el terreno fáctico que la unión aporta es solo un presupuesto para reconocer judicialmente el matrimonio. En el vigente Derecho cubano lo que se protege es el matrimonio, a tal punto que, si se recaba protección jurídica por los convivientes afectivos, a los fines esencialmente patrimoniales, estos dejarán de ser crisálidas para necesaria e imperativamente convertirse en mariposas, parafraseando a la propia profesora.
21. En su Sentencia N.º 8 de 7 de marzo de 1978, único Considerando (ponente Cisneros Ponteau), se deja esclarecido que: «Al resolver la sentencia sin lugar la demanda por el solo hecho de que los miembros de la expresada unión al haber fallecido no pueden prestar su consentimiento, es visto que exige para el reconocimiento judicial un requisito que es exclusivo de la formalización, sin que quepa dudar que acreditado que la actora es hija y universal heredera de su madre, uno de los excónyuges de la unión matrimonial cuyo reconocimiento judicial se pretende, tiene un interés legítimo en la declaración interesada sin que exista precepto legal alguno que prive a los hijos de la acción para reclamar el reconocimiento de una unión matrimonial sostenida por sus padres».
22. Como expresa la profesora Kemelmajer de Carlucci (2014), «(e)xiste un derecho a no contraer matrimonio; o sea, al lado de la libertad positiva (casarse) se ubica la libertad negativa, de manera que contraer matrimonio no es un deber u obligación. La libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir el estado civil de casado ni las radicales consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales que este conlleva contra su voluntad» (p. 17).
23. Sentencia N.º 11-18-CN/19, de 12 de junio (matrimonio igualitario), Juez ponente: Ávila Santamaría, dictada por el Pleno del Tribunal. Recuérdese lo ya expresado acerca de que el artículo 67 de la Constitución del Ecuador es un antecedente ineludible del actual artículo 81 de la recientemente proclamada Constitución cubana.
24. Así, artículo 53 del Código de familia de Panamá, artículo 45 del Código de familia de Honduras, artículo 90 del Código de familia de Nicaragua. El Código de familia de Costa Rica matiza más, y en su artículo 242 iguala los efectos patrimoniales de la unión de hecho con los del matrimonio. El Código de familia de El Salvador, por su parte, aunque reconoce un abanico importante de efectos a la unión no matrimonial, no establece expresamente que estos sean idénticos a los del matrimonio (artículos 118 al 126). El nuevo Código de las familias y del proceso familiar de Bolivia asombra en su regulación de la unión libre, al darle tratamiento de cónyuges a los convivientes, y hablar en dichas uniones del trato conyugal (artículo 164 y siguientes).

25. Resulta sumamente interesante el estudio del tracto histórico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en torno a la necesidad de diferenciar la unión de hecho del matrimonio. La jurisprudencia de esta Corte ha señalado reiteradamente que la discriminación se presenta cuando la diferencia de trato se hace sin fundamento constitucional que tenga un carácter objetivo y razonable, razonabilidad que se predica de la finalidad y efectos del tratamiento diferenciado. Por tanto, la disposición que crea el trato diferencial no solo debe tener un fundamento constitucional legítimo, sino que su aplicación no puede vulnerar los intereses jurídicos de otras personas. En el evento en que ello ocurra, debe ser en forma mínima. En consecuencia, el juez constitucional debe efectuar un test estricto de constitucionalidad de las medidas que introduzcan tratos diferenciados, en donde lo primero que debe examinar es que los supuestos de hecho que sean objeto de comparación sean comparables, por cuanto no se puede exigir un trato igual para extremos que no son objeto de equiparación. Así, en la sentencia C-174 de 1996, dejó sentado que el matrimonio y las uniones maritales no son susceptibles de ser comparadas, por tratarse de fenómenos o instituciones diferentes. En sus diversos análisis, la Corte ha sostenido que el matrimonio y la unión marital ostentan una naturaleza jurídica distinta, que justifica que el legislador otorgue tratamiento diverso a una y otra. Así, desde sus primeros pronunciamientos, ha afirmado que la naturaleza de las instituciones complejiza el equiparar derechos y obligaciones. En su Sentencia C-239 de 1994 (Magistrado ponente: Arango Mejía) concluye que «sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre». En su Sentencia C-014 de 1998 (Magistrado ponente: Cifuentes Muñoz), al analizar si el establecimiento de un régimen de bienes para la constitución de la sociedad patrimonial desconocía el derecho a la igualdad frente a la sociedad conyugal conformada por el matrimonio, sustentó que: «El matrimonio y la unión de hecho comparten la característica esencial de ser instituciones creadoras de la institución familiar. Como tales es claro que las dos figuras merecen una misma protección constitucional. Sin embargo, ese idéntico trato no puede aplicarse enteramente a los asuntos relacionados con los derechos patrimoniales que se derivan de las sociedades conyugal y patrimonial. Tanto las condiciones en que surgen las dos sociedades como las pruebas por aportar acerca de su existencia son diferentes y ello puede generar consecuencias distintas en este campo, siempre y cuando, como se ha expresado reiteradamente por esta Corporación, las diferencias sean razonables, es decir, se puedan sustentar con una razón objetiva».

En la Sentencia C-533 de 2000 (Magistrado ponente: Naranjo Mesa) en la que se planteó la siguiente interrogante: «¿cuál es la diferencia esencial entre el matrimonio y la unión marital de hecho, si las dos dan origen a una familia, si ambas suponen la cohabitación entre el hombre y la mujer, e incluso, si las dos dan origen hoy en día a la conformación de un régimen de bienes comunes entre la pareja?», se dejó claro que: «Las diferencias son muchas, pero una de ellas es esencial y la constituye el consentimiento que dan los cónyuges en el matrimonio al hecho de que la unión que entre ellos surge sea una unión jurídica, es decir, una unión que en lo sucesivo tenga el carácter de deuda recíproca. La unión que emana del consentimiento otorgado por ambos cónyuges, hace nacer entre ellos una serie de obligaciones [...] las cuales son exigibles por cada uno de ellos respecto del otro, y que no terminan sino por la disolución del matrimonio por divorcio o muerte o por su declaración de nulidad. Entre ellas, las más relevantes son las que se refieren a la comunidad de vida y a la fidelidad mutua. Algunas de las obligaciones derivadas de este vínculo jurídico comprometen a los cónyuges incluso después del divorcio, como las que conciernen a la obligación alimentaria a favor del cónyuge inocente. Así, este consentimiento respecto de un vínculo que es jurídico, es lo que resulta esencial al matrimonio. Por lo tanto, sin consentimiento no hay matrimonio y el principio formal del mismo es el vínculo jurídico [...] El matrimonio no es pues la mera comunidad de vida que surge del pacto conyugal; esta es el desarrollo vital del matrimonio, pero no es lo esencial en él. La esencia del

matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges. De lo anterior se deducen conclusiones evidentes: en primer lugar, que el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas. La unión libre, en cambio, sí se produce por el solo hecho de la convivencia y en ella los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja. En el matrimonio, en cambio, las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuges, es menester lograr la declaración judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia».

Por tanto, se ha considerado que cada vez que se pretenda un tratamiento igual entre una y otra unión, debe demostrarse que se está ante una situación equiparable y que, por tanto, un trato distinto es discriminatorio.

### **Conflictos de intereses**

El autor LEONARDO PÉREZ GALLARDO, del manuscrito de referencia, declara que no existe ningún potencial conflicto de interés relacionado con el artículo.