

# EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: ¿UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD?

Salvador Pérez Álvarez\*

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. II. LA INCIDENCIA DE LA HOMOSEXUALIDAD EN LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO. III. EL REQUISITO DE LA DIVERSIDAD SEXUAL DE LOS CONTRAYENTES EN LA HISTORIA DEL MATRIMONIO CIVIL EN ESPAÑA. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

El 1 de julio del año pasado fue aprobada la Ley 13/2005<sup>1</sup> que modifica el Código civil en materia matrimonial y, en concreto, extiende el derecho a contraer matrimonio a parejas del mismo sexo. La repercusión social de la anunciada reforma no se hizo esperar y, al margen de entrar ahora a valorar los juicios emitidos a favor o en contra de la Ley, lo cierto es que nos hallamos ante los albores del primer aniversario de su entrada en vigor y que, con carácter general, la opinión pública ha dejado en el tinte del olvido la tan, por aquel entonces, controvertida polémica acerca si una pareja del mismo sexo tiene derecho a contraer matrimonio en el Derecho español, tal y como aparece consagrado en el art. 32 del Texto constitucional de 1978.

La dicción literal de este precepto responde, atendiendo a la realidad social de aquel entonces, a la tradicional concepción del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, si bien, tenía como finalidad primordial resaltar que esta institución no podía suponer una restricción injustificada de la capacidad de obrar de la mujer que había contraído matrimonio “*con plena igualdad jurídica*” con otra persona de diferente

---

\* Profesor Ayudante Doctor de Derecho eclesiástico del Estado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. E mail: sperez@der.uned.es.

Colaboración elaborada en el marco del Proyecto I+D financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología: “Recepción de las minorías religiosas en Europa: España, Francia y países en proceso de adhesión”.

© Salvador Pérez Álvarez. Todos los derechos reservados.

<sup>1</sup> Vid. Boletín Oficial del Estado n. 157 de 2 de julio de 2005.

sexo<sup>2</sup>. Sin embargo, esta concepción institucional del matrimonio constituye el punto de partida del recurso de inconstitucionalidad de la Ley 13/2005 admitido a trámite por el Tribunal Constitucional<sup>3</sup>, en el que se afirma que esta norma ha dado lugar a un nuevo concepto “borroso” y “disponible” de matrimonio. En opinión de los recurrentes, nos hallamos ante “una institución de contornos precisos que responde a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie” [...] “formado por hombre y mujer casados entre sí”<sup>4</sup> y esta realidad se ha plasmado en el plano constitucional mediante la referencia expresa al hombre y a la mujer de la que “se deduce expresamente que la voluntad del constituyente ha sido preservar la configuración institucional del matrimonio a la unión heterosexual”<sup>5</sup>.

Sin embargo, frente a estas afirmaciones, el propio Preámbulo de la cuestionada Ley ha dejado claro que “la regulación del matrimonio en el derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales”. A este respecto, no podemos olvidar que su contenido ha ido evolucionando paulatinamente desde el Derecho romano hasta nuestros días<sup>6</sup>. Por su parte, la historia también ha puesto en evidencia que el “*ius connubi*” ha sido restringido a personas que, desde el punto de vista jurídico, poseían plena capacidad para contraer válidamente matrimonio<sup>7</sup> y a las que, gracias al reconocimiento del plano internacional de los derechos humanos y de las libertades públicas con vocación de universalidad, se les ha ido extendiendo el ejercicio efectivo del derecho a contraer matrimonio. El fundamento último de todos ellos son, al menos en Derecho constitucional español, los principios superiores del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana que, al mismo tiempo, operan como criterios hermenéuticos de interpretación de su contenido cuyo ejercicio efectivo puede ser ampliado por el legislador ordinario<sup>8</sup>. Por este motivo, entendemos con Fernández-Coronado que la proyección de ambos valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico a esta materia, determina la adaptación del contenido del

---

<sup>2</sup> Vid. Murillo Muñoz, M. “Matrimonio y homosexualidad. La constitucionalidad de la Ley 13/2005 de modificación del Código Civil español sobre derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, n. 5, vol. I, 2005, pp. 261-315, pp. 304-305.

<sup>3</sup> En concreto, fue admitido a trámite mediante Providencia de 25 de octubre de 2005. Vid. Boletín Oficial del Estado n. 273 de 15 de noviembre de 2005.

Sobre el texto del recurso vid. <http://www.hazteoir.org/documentos/recursopp.htm>.

A este respecto, creemos de interés poner de manifiesto que el Tribunal no había admitido a trámite tres cuestiones de inconstitucionalidad de la Ley 13/2005 interpuestas por dos jueces encargados del Registro Civil debido a que no desarrollan unja actividad jurisdiccional en sentido estricto y que, por tanto, carecen de legitimidad para interponer este tipo de acciones legales. Vid. F.J. 7 y F.J. 8 de los AATC 505/2005 y 508/2005 de 13 de diciembre respectivamente y F.J. 7 del ATC 59/2006 de 15 de febrero.

<sup>4</sup> Cfr. Fundamento de Derecho 2º.1.

<sup>5</sup> Cfr. Fundamento de Derecho 2º.2.

<sup>6</sup> Sobre esta evolución vid. Regueiro García, M.T. “Reflexión en trono al matrimonio y la familia. Evolución hacia la Constitución Europea”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, n. 5, vol. I, 2005, pp. 189-209.

<sup>7</sup> Vid. Martín Minguijón, A.R. “Modelos de familia en España. Antecedentes históricos”, en *Revista General de Derecho Romano*, Iustel.com, n. 5, diciembre, 2005, pp. 1-27. vid. pp. 1-13.

<sup>8</sup> Vid. Martínez-Calzada, L. *La homosexualidad y el matrimonio*, Ediciones Académicas, Madrid, 2005, p. 141.

derecho consagrado en el art. 32.1 de la Constitución a una nueva realidad social como es la extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo<sup>9</sup>.

En la materia que nos ocupa, la cuestión de fondo es dilucidar si la orientación sexual de los contrayentes es un límite natural a su capacidad de obrar en el tráfico jurídico en general y, en particular, a su capacidad nupcial, pues, en caso afirmativo, ¿qué sentido tiene denominar de forma diferente al mismo instituto jurídico en función de la orientación sexual de las partes contratantes?<sup>10</sup> A este respecto, es significativo que, a diferencia de otros países de nuestro entorno<sup>11</sup>, la Ley 13/2005 se ha limitado a añadir un nuevo párrafo al art. 44 del Código civil y a sustituir los términos “*hombre*” y “*mujer*” por el más genérico de “*cónyuges*” en otros preceptos del mencionado cuerpo legislativo, sin alterar, lo que nos parece aún es más importante, el contenido y los efectos jurídicos derivados de su celebración e inscripción en el Registro Civil<sup>12</sup>. Se trata, por tanto, de un matrimonio, es decir, una relación jurídica personalísima y “*sui generis*” que aún mantiene un cierto grado de autonomía como categoría jurídica específica con respecto a las uniones de hecho<sup>13</sup>; y que, como el resto de los contratos y negocios jurídicos contemplados en el Código, puede ser contraída por todos los ciudadanos con independencia de su condición sexual.

---

<sup>9</sup> Vid. “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, en *Revista FORO*. (En prensa. Utilizado por cortesía de la autora.)

<sup>10</sup> Así se deduce del motivo del recurso: “*Infracción del artículo 14 de la Constitución, en relación con los artículos 1.1 y 9.2 del mismo texto constitucional, relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual*”. Vid. Fundamento de Derecho 4º.

<sup>11</sup> En Holanda no podemos olvidar que la reforma llevada a cabo por la Ley de apertura del matrimonio entre personas del mismo sexo de 21 de diciembre de 2000 del art. 227.2 del Código civil holandés ha restringido la adopción a estos cónyuges que hayan convivido durante, al menos, tres años ininterrumpidos desde que tuvo lugar la fecha de la celebración matrimonial. Sobre el texto de la Ley en holandés e inglés vid. [http://www.lemur.unisa.it/ITALIANO/LEMUR\\_3.htm](http://www.lemur.unisa.it/ITALIANO/LEMUR_3.htm).

Por su parte, en la Ley de apertura del matrimonio a personas del mismo sexo de 13 de febrero de 2003 había restringido la adopción a cónyuges o a parejas de diferente sexo. Sobre el texto de la Ley en holandés e inglés vid. [http://www.lemur.unisa.it/ITALIANO/LEMUR\\_3.htm](http://www.lemur.unisa.it/ITALIANO/LEMUR_3.htm).

No obstante lo anterior, este derecho parece que va a ser finalmente extendido a parejas del mismo sexo en virtud de lo dispuesto en el art. 2 de Proyecto de Ley por el que se autoriza la adopción a parejas del mismo sexo de 1 de diciembre de 2005. Sobre el texto en francés del Proyecto de Ley vid. <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/51/0664/51K0664010.pdf>.

<sup>12</sup> Vid. Valladares Rascón, E. “El derecho a contraer matrimonio y la Constitución”, en *Aranzadi Civil*, Westlaw.es, n. 9, 2005, pp. 1-8, vid. p. 6.

<sup>13</sup> Y, ello, a pesar de que la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio, ha dado lugar a un nuevo concepto de matrimonio cuyo nacimiento es eminentemente voluntario, vaciado de todo contenido obligacional y cuya esencia gira en torno a la libertad de los cónyuges para poner fin a la convivencia en común. Caracteres estos últimos que, con anterioridad a la mencionada reforma, eran propios de las uniones de hecho frente al matrimonio.

Sobre el texto de la Ley 15/2005 de 8 de julio vid. Boletín Oficial del Estado n. 163 de 9 de julio de 2005. Sobre esta distinción vid. García Gómez, R. “El contrato de unión civil. Reflexiones sobre la conveniencia de una regulación de las uniones de hecho”, en Martínez Gallego, E.M. *Matrimonio y uniones de hecho*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 117-154, vid. pp. 118-119.

No obstante lo anterior, lo cierto es que, como acabamos de ver, el recurso de inconstitucionalidad de la Ley 13/2005 prescinde de este planteamiento inicial y responde indirectamente a este interrogante bajo la consideración de que la diversidad sexual de los contrayentes es una nota esencial del matrimonio que se halla constitucionalmente protegida bajo la tutela del art. 32.1 de la Constitución heredero, en su opinión de los antecedentes constitucionales y legislativos de este precepto<sup>14</sup>. Pero, ¿se puede afirmar con rotundidad que la diversidad sexual de los contrayentes ha sido un requisito esencial de la estructura ontológica del matrimonio tal y como ha sido regulado por el legislador español a lo largo de la historia?<sup>15</sup>

Pues bien, sentadas estas bases, lo lógico es pensar que el contenido del fallo del Tribunal Constitucional puede estar, en buena medida, condicionado por su pronunciamiento acerca estas cuestiones y que, por este motivo, son las que vamos a tratar de responder en este trabajo.

## II. LA INCIDENCIA DE LA HOMOSEXUALIDAD EN LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones enunciadas, creemos de interés poner de manifiesto que, con carácter general, toda persona posee capacidad de obrar para contraer matrimonio o, mejor dicho, para emitir un consentimiento matrimonial válido. Ahora bien, ello implica que el contrayente no padece una patología psicológica que anule sus facultades volitivas e intelectuales para entender, comprender y querer el acto que está llevando a cabo. En relación con la materia que nos ocupa en estos momentos, la cuestión consiste entonces en dilucidar si la homosexualidad es de por sí un trastorno de la personalidad que limite o restrinja directamente esta capacidad.

Hasta mediados del siglo XX, esta condición sexual había sido tratada por expertos en Psicología y en Psiquiatría como una enfermedad mental incluida dentro de las denominadas “*manifestaciones psicopatológicas de la vida sexual*” y que, por tanto, debía ser objeto de tratamiento médico<sup>16</sup>. Sin embargo, a partir de 1948 estos estereotipos fueron cambiando gracias, sobre todo, a los estudios desarrollados por Kinsey y sus colaboradores en los que se puso de manifiesto que la homosexualidad no era una patología de la personalidad y que los homosexuales tan sólo se diferencian de los heterosexuales en su orientación sexual hacia personas del mismo sexo<sup>17</sup>. No obstante lo anterior, hubo que esperar a inicios de la década de los noventa para que se abandonasen definitivamente estos planteamientos y, en concreto, a que la Organización Mundial de la Salud excluyera esta orientación sexual de su catálogo universal de enfermedades reconocidas.

<sup>14</sup> Vid. Fundamento de Derecho 2º.7.

<sup>15</sup> Vid. Fundamento de Derecho 2º.4.

<sup>16</sup> Sobre esta evolución vid. Murillo Muñoz, M. Op. cit., pp. 276-285.

<sup>17</sup> Vid. Bell, A.P. y Weinberg, M.S. *Informe Kinsey sobre la homosexualidad de hombre y de mujeres*, Editorial Debate, Madrid, 1978, p. 289.

En la actualidad, la homosexualidad es definida como “*aquella condición de la persona según la cual ésta se halla constitutivamente inclinada a relacionarse afectiva y sexualmente con personas de su mismo sexo, sea de modo exclusivo o preferente*”<sup>18</sup> y, al igual que acontece con la heterosexualidad, es debido a interacciones específicas acontecidas durante las primeras etapas de desarrollo de las hormonas sexuales y del cerebro<sup>19</sup>. De ahí resulta que los homosexuales sienten, desde la doble perspectiva genética y fisiológica, atracción física y sexual por personas de su mismo sexo y, a los efectos que más nos interesan, no puede defenderse en la actualidad la tesis de que dicha orientación sexual constituye un trastorno psicológico del comportamiento humano.

Esta condición forma parte inherente de su propia identidad personal<sup>20</sup> cuyo pleno desarrollo se plasma, entre otros ámbitos, en el establecimiento libre y voluntario<sup>21</sup> de relaciones afectivas con personas del mismo sexo, que poseen características idénticas a las que pueden establecer parejas de diferente sexo<sup>22</sup>. Por tanto, su condición sexual no es óbice para que puedan constituir una comunidad de vida con una vocación de permanencia en el tiempo similar a la del matrimonio, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en el auto 222/1994 de 11 de julio<sup>23</sup>. “*Así pues, desde la perspectiva del consensus ningún factor parece exigir esencialmente la heterosexualidad, ni tampoco oponerse a que la decisión de unir afectivamente dos vidas, pueda realizarse legítimamente por dos personas del mismo sexo*”<sup>24</sup>.

Por todo ello, concluimos que la orientación sexual de los contrayentes no incide en absoluto sobre su capacidad natural para emitir el consentimiento matrimonial e instaurar una comunidad conyugal fundada en una relación de afectividad “*inter partes*”<sup>25</sup>. De hecho, con anterioridad a la entrada en vigor de legislaciones aperturistas del matrimonio a parejas del mismo sexo, se ha demostrado la frecuencia con que los homosexuales contraían matrimonio con personas de distinto sexo<sup>26</sup>. A este respecto, es cierto que en algunos casos la homosexualidad de uno de los cónyuges dio lugar a la nulidad matrimonial, pero no lo es menos que la causa de nulidad apreciada por el juez en estos casos fue la existencia de un error en la identidad de la persona que, debido

---

<sup>18</sup> Vid. Documento CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud .

<sup>19</sup> Vid. Martínez-Calzada, L. Op. cit., p. 42.

<sup>20</sup> Vid. Vidal Gallardo, M. “El derecho a la identidad sexual como manifestación del derecho a la identidad personal”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, n. 3, 2003, pp. 385-418, vid. p. 392.

<sup>21</sup> Vid. Bravo de Mansilla, G.C. “¿Es inconstitucional hoy el matrimonio “homosexual” (entre personas del mismo sexo)?”, en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2005, pp. 37-56, vid. p. 39.

<sup>22</sup> Vid. Verdia y Beamonte, J.R. “Principio de libre desarrollo de la personalidad y “*ius connubi*”. (A propósito del ATC 222/1994)”, en Martinell, J.M. y Areces Piñol, M.T. (Eds.) *Uniones de hecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Lérida, Lérida, 1998, pp. 477-495, vid. p. 483.

<sup>23</sup> Vid. F.J. 2 del ATC 222/1994 de 11 de julio.

<sup>24</sup> Cfr. Talavera Fernández, P.A. *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Dykinson, 1999, Madrid, p. 50.

<sup>25</sup> A este respecto, como aprecian Reina y Martinell, el hecho de que un ordenamiento jurídico determinado prohíba contraer matrimonio a una persona con otra determinada si, en el caso concreto, concurren los requisitos previstos en la ley, ello no implica que carezca de capacidad para acceder válidamente al matrimonio con un tercero. Vid. *Las uniones matrimoniales de hecho*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 39-40.

<sup>26</sup> Vid. Bell, A.P. y Weinberg, M.S. Op. cit., pp. 209-222.

precisamente a su orientación homosexual, no podía convivir afectivamente con el otro cónyuge de diferente sexo<sup>27</sup>. Ahora bien, en ningún caso se puede afirmar que la causa de nulidad era la homosexualidad entendida como un trastorno psíquico del comportamiento que limita su capacidad de obrar o, lo que es lo mismo, su voluntad para contraer con una persona concreta y determinada siempre que, eso sí, sea del mismo sexo<sup>28</sup>. Esta voluntad de contraer es la que, en definitiva, constituye la esencia del consentimiento matrimonial tal y como había sido concebido por el legislador español de 1981 y posteriormente ratificado por la Ley 15/2005 de 8 de julio<sup>29</sup>.

### III. EL REQUISITO DE LA DIVERSIDAD SEXUAL DE LOS CONTRAYENTES EN LA HISTORIA DEL MATRIMONIO CIVIL EN ESPAÑA.

Analizada, pues, la primera de las cuestiones que nos habíamos planteado con anterioridad, veamos a continuación el papel que ha ocupado la diversidad sexual de los contrayentes en los antecedentes históricos y legislativos del art. 32 de la Constitución y que, para algún autor, constituye el núcleo objetivo del matrimonio tal y como ha sido garantizado institucionalmente en este precepto<sup>30</sup>. Éste es, asimismo, el fundamento principal del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley sometida a debate<sup>31</sup>.

Los orígenes de la regulación del matrimonio por el legislador estatal en el Derecho español se cifran en el denominado proceso de secularización. En la actualidad este término designa, siguiendo a Fernández-Coronado, el proceso jurídico a través del cual el Estado se independiza de la iglesia, adopta una postura de neutralidad frente al fenómeno religioso adquiriendo, por tanto, la categoría de Estado laico. En la materia que nos ocupa, se plasma en la asunción por el legislador estatal de la competencia para legislar el negocio jurídico matrimonial<sup>32</sup> y, en el caso español el inicio formal de este proceso<sup>33</sup> tuvo lugar en el último tercio del s. XIX mediante la promulgación de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 21 de junio de 1870<sup>34</sup>.

A los efectos que ahora nos interesan, la Exposición de Motivos de la Ley considera el matrimonio como el fundamento social de la familia, y lo concibe íntimamente relacionada con las convicciones religiosas de los cónyuges y, sobre todo, inspirado en

<sup>27</sup> Así, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005, el TS había declarado nulo el matrimonio entre dos personas del mismo sexo biológico, alegando este capítulo de nulidad matrimonial. Vid. F.J. 11 de la STS de 15 de julio de 1988 y F.J. 3 de la STS de 19 de abril de 1991.

<sup>28</sup> Vid. Verdia y Beamonte, J.R. Op. cit., p. 495.

<sup>29</sup> Debido a que, como indica el Preámbulo de la Ley, “*persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial*”.

<sup>30</sup> Vid. Polo Sabau, J.R. *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2006, pp. 76-77.

<sup>31</sup> Vid. Fundamento de Derecho 2.

<sup>32</sup> Vid. *El proceso de secularización del matrimonio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 14-15.

<sup>33</sup> Secularización formal o aquella “*orientada a mantener los matrimonios confesionales extramuros de los ordenamientos civiles*”. Cfr. Navarro Valls, R. *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 110-111

<sup>34</sup> Vid. Gaceta de Madrid n. 172 de 21 de junio de 1870.

el matrimonio canónico al definirlo como la bendición nupcial entre un hombre y una mujer orientada, por su propia naturaleza, a la generación de la prole. Así, la impotencia aparecía contemplada en el art. 4.3 de la Ley como límite a la capacidad física de los contrayentes para contraer matrimonio, de donde resulta que, indirectamente, la diversidad sexual de los contrayentes, íntimamente ligada al fin de la procreación, constituía un requisito esencial de la capacidad para emitir el consentimiento matrimonial y, por ende, formaba parte integrante de la estructura oncológica del, por aquel entonces, contrato matrimonial.

Como bien es sabido, esta Ley no tuvo el éxito esperado y fue modificada por obra de un Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 9 de febrero de 1875<sup>35</sup> cuyo art. 1 restablecía la eficacia civil del matrimonio canónico en el Derecho español, al tiempo que su art. 6 permitía a quienes demostrasen no pertenecer a la iglesia católica acudir, subsidiariamente, al matrimonio civil regulado por la Ley de 1870<sup>36</sup> que estuvo vigente hasta la promulgación del Código civil de 25 de julio de 1889<sup>37</sup>, cuyo art. 42 confirmó expresamente este sistema de matrimonio civil subsidiario para quienes no profesaran la fe católica.

Este cuerpo legal se limitó a regular vínculo civil caracterizado por las mismas notas y propiedades esenciales del matrimonio canónico y, en este sentido, supuso un retroceso en el proceso formal de secularización del Derecho matrimonial. Sin embargo, a los efectos que más nos interesan, creemos que el Código supuso un pequeño paso adelante con respecto a la regulación civil del matrimonio, pues, el art. 83.3 ya no contemplaba la impotencia como un límite inherente a la capacidad de obrar para emitir el consentimiento matrimonial, sino, más bien, como una prohibición legal<sup>38</sup> para contraer válidamente o, lo que es lo mismo, como un impedimento matrimonial. Por tanto, podría afirmarse que ni la procreación y, lo más importante, la diversidad sexual de los contrayentes ya no era considerada como un elemento esencial de la capacidad para emitir y llevar a término el objeto del consentimiento, sino que su establecimiento respondía, en realidad, a la propia concepción del matrimonio del legislador español de 1889.

Esta normativa estuvo en vigor hasta la Segunda República y, en concreto, hasta la promulgación de la Ley de matrimonio civil obligatorio de 28 de junio de 1932<sup>39</sup> que, como aprecia Suárez Pertierra, delimitó su contenido con arreglo a principios y técnicas

---

<sup>35</sup> Vid. Gaceta de Madrid n. 41 de 10 de febrero de 1875.

<sup>36</sup> Lo que, como ha puesto de manifiesto García Cantero, fue especificado por la Real Orden de 27 de febrero que establecía que sólo podían acudir a esta clase matrimonial quienes habían manifestado ostensiblemente no pertenecer a la iglesia católica. Vid. *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español*, CESIC, Roma-Madrid, 1959, p. 14.

<sup>37</sup> Vid. Gaceta de Madrid n. 206 de 25 de julio de 1889.

<sup>38</sup> En efecto, el artículo 83.3 del Código establecía que: “No pueden contraer matrimonio: Los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetúa e incurable”.

<sup>39</sup> Vid. Gaceta de Madrid n. 185 de 3 de julio de 1932.

propias del ordenamiento jurídico estatal<sup>40</sup>, prescindiendo de algunas de las notas que lo identificaban con el Derecho canónico. Sin embargo, el legislador de 1932 continuó con la tradición instaurada en 1870 de concebir el matrimonio como la unión entre dos personas de distinto sexo orientada a la procreación, toda vez que mantuvo el impedimento de impotencia, tal y como había sido redactado en el Código civil de 1889.

Instaurado el régimen franquista y aún en plena guerra civil se derogó la Ley sobre el matrimonio civil por obra de una Ley de 12 de marzo de 1938<sup>41</sup>, cuya disposición transitoria establecía que [...] “*hasta tanto se dicten nuevas normas, se declaran vigentes el Título IV del Libro I del Código civil, y todas las demás normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de la publicación de la Ley que se deroga*”. En este sentido, la entrada en vigor de esta norma si bien supuso un nuevo retroceso en el proceso de secularización de la regulación civil del matrimonio<sup>42</sup>, no alteró, en cambio, la configuración dada por el Código Civil de 1889 a la exigencia legal de la diversidad sexual de los contrayentes cuyo establecimiento se traducía, en sentido contrario, en la prohibición legal impuesta a las parejas del mismo sexo para acudir al matrimonio.

Ello implica, en conclusión, que en los antecedentes legislativos del art. 32.1 de la Constitución de 1978, excepción hecha de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870, el requisito de la diversidad sexual de los futuros esposos no formaba, en nuestra opinión, parte integrante de la esencia de la estructura ontológica del matrimonio. En este sentido, la identidad sexual de los contrayentes tan sólo era, desde el punto de vista técnico-jurídico, un impedimento matrimonial o, lo que es lo mismo, una limitación impuesta, implícita e inconscientemente, a su capacidad para contraer matrimonio en cada uno de los períodos históricos en los que se ha acometido la regulación civil de la relación jurídico-matrimonial.

#### **IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.**

Desde la promulgación del Código civil de 1889, la diversidad sexual de los contrayentes no constituye, en nuestra opinión, un requisito esencial de la estructura ontológica del matrimonio civil. Su establecimiento respondía, más bien, a la concepción social de la institución matrimonial en un momento histórico dado y, por este motivo, no creemos que constituya parte del núcleo objetivo, esencial y, por ende, inmutable del matrimonio. A este respecto, también hemos visto que, como consecuencia del proceso secularizador del Derecho matrimonial, el legislador estatal ha ido depurando paulatinamente esta institución de otras notas que, desde el punto de

---

<sup>40</sup> Vid. “El sistema matrimonial”, en Suárez Pertierra, G. (Coord.), *Derecho matrimonial comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 15-36, vid. p. 33.

<sup>41</sup> Vid. Boletín Oficial del Estado n. 516 de 21 de marzo de 1938.

<sup>42</sup> En este sentido coincidimos con la opinión de que “*la legislación preconstitucional provocó situaciones de convivencia marital que podríamos tildar de impuesta, uniones no legalizadas pero no por voluntad de los convivientes*”. Cfr. Rodríguez Moya, A. *El Tribunal Supremo y la religión en la España democrática*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 91.

vista técnico-jurídico, tampoco formaban parte integrante de su estructura ontológica y que, en realidad, no hacían otra cosa que identificar el matrimonio civil con otra clase matrimonial de indudable trascendencia socio-jurídica en la historia española: el matrimonio canónico.

En realidad, éste es el concepto de matrimonio que, en opinión de los recurrentes, está garantizado institucionalmente en el art. 32.1 del Texto Constitucional ya que definen esta institución como “*la unión entre el hombre y la mujer para, entre otras cosas, propiciar la continuación de la especie*”<sup>43</sup>. Sin embargo, el recurso no toma en consideración el hecho de que a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, la relación jurídica matrimonial, de conformidad con la doctrina mayoritaria, no está orientada al fin de la procreación, pues la impotencia no aparecía contemplada como impedimento matrimonial<sup>44</sup>. Asimismo, creemos de interés destacar que los recurrentes, a pesar de que citan una abundante jurisprudencia a favor de sus pretensiones, omiten toda referencia al significativo auto 617/1984 donde el Tribunal Constitucional dejó fuera de dudas que, en la actualidad, si bien el Estado español aún reconoce eficacia civil al rito matrimonial canónico, “*tal reconocimiento no supone la asunción por el Estado de las características y propiedades que la iglesia católica asigna al matrimonio en su fuero propio*”<sup>45</sup>. Por tanto, llegamos a la conclusión de que el art. 32.1 de la Constitución no garantiza institucionalmente este concepto de matrimonio.

En relación con este particular, la delimitación del “*régimen jurídico*” del derecho a contraer matrimonio, como también ha reiterado el Tribunal, “*corresponde a la Ley por mandato constitucional*”<sup>46</sup>, lo que, a su vez, implica que el legislador ordinario debe adecuar el alcance y contenido de la relación jurídica matrimonial habida cuenta de la realidad social del tiempo en el que ha de ser aplicada<sup>47</sup>. Así, la apertura de la relación jurídica matrimonial a parejas del mismo sexo que, como dijimos, poseen plena capacidad de obrar para contraer matrimonio<sup>48</sup> e instaurar una convivencia conyugal

---

<sup>43</sup> Cfr. Fundamento de Derecho 2º.1.

<sup>44</sup> Vid. Fernández-Coronado, A. “La evolución jurídica del sistema matrimonial...”, op. cit.; Gaviria Sánchez, J.V. “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 61, enero-abril, 2001, pp. 11-58, vid. p. 40; del mismo autor, “El matrimonio del transexual II. El marco constitucional y conclusión”, en *Revista de Derecho Privado*, septiembre, 2002, pp. 649-679, vid. p. 670; Sánchez Martínez, M.O. “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y pluralidad de estructuras familiares”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 58, enero-abril, 2000, pp. 45-69, vid. p. 64; Carrión Olmos, S. “Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio”, en *Diario La Ley*, 19 de julio de 2005, pp. 1-5, vid. p. 2; Valladares Rascón E. Op. cit., p. 6; Tirapu Martín, D. “La evolución del matrimonio occidental”, en VV. AA. *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. José María Díaz Moreno, S.J.*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Comillas, Madrid, 2000, pp. 123-128, vid. pp. 127-128.

<sup>45</sup> Cfr. F.J. 5 del ATC 617/1984 de 31 de octubre.

<sup>46</sup> Cfr. F.J. 6 del ATC 47/2004 de 9 de febrero. En sentido similar vid. F.J. 3 de la STC 184/1990 de 15 de noviembre.

<sup>47</sup> Lo que constituye, a tenor de lo dispuesto en el art. 3.1 del Código civil, uno de los criterios generales de la interpretación de la ley para ajustar su contenido a las nuevas demandas sociales.

<sup>48</sup> De hecho, es al menos muy paradigmático el hecho de que los propios recurrentes reconocen, implícitamente, que la homosexualidad no es un límite de la capacidad conyugal al afirmar que “*de que a*

idéntica a la de las parejas de diferente sexo, es una nueva realidad social<sup>49</sup> que debe ser atendida por los poderes públicos a la luz de los valores superiores de libertad, de igualdad y de no discriminación que son los que informan el ejercicio efectivo del derecho sometido a debate, a tenor de la doctrina del Tribunal<sup>50</sup>. La realización efectiva de las exigencias derivadas todos ellos en esta materia es la que, en nuestra opinión, constituye la verdadera garantía institucional del derecho a contraer matrimonio en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es el Estado español y es la que, precisamente, constituye el fundamento constitucional de la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2005<sup>51</sup>.

---

*nadie por ser homosexual se le ha impedido nunca el contraer matrimonio*". Cfr. Fundamento de Derecho 2º.6.

<sup>49</sup> Realidad que, en el ámbito de la Unión Europea fue reconocida expresamente por el Parlamento Europeo mediante la Resolución A.3-0028/94 de 8 de febrero de 1994 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea en la que el Parlamento solicitó a la Comisión de la Comunidad Europea que presentase una Propuesta de Recomendación que ponga fin, entre otras medidas, "*a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales*".

<sup>50</sup> Vid. F.J. 7 del ATC 64/2004 de 26 de febrero.

<sup>51</sup> Vid. Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 de 1 de julio.