

## ¿Es constitucional el matrimonio homosexual?

### 1. La respuesta homófoba al matrimonio homosexual

El reconocimiento legal del derecho a contraer matrimonio entre dos personas del mismo sexo, aprobado por ley 13/2005, de 1 de julio, ha provocado la enemiga de los sectores más conservadores del país, liderados en el ámbito ideológico por la Iglesia Católica y en el político por el Partido Popular. Utilizando expresiones más o menos gruesas<sup>1</sup>, la homofobia es la base común de los argumentos esgrimidos para descalificarla<sup>2</sup>, y, al igual que sucede con los empleados desde planteamientos racistas, xenófobos, sexistas o integristas religiosos, con ellos se trata de deshumanizar al diferente, pretendiendo hacernos creer que la abolición de los tratamientos jurídicos discriminatorios pone en peligro el ejercicio de esos derechos por parte del colectivo al que se le equipara legalmente<sup>3</sup>. A argumentos de este tipo responden los recogidos en documentos elaborados por significativas instituciones del Estado (principalmente el Consejo de Estado<sup>4</sup> y el Consejo

<sup>1</sup> Representantes de la Iglesia Católica no han escatimado epítetos contra la homosexualidad y la Ley. Han equiparado la práctica homosexual con el “robo o el asesinato” y, tras considerar que la normalización de la homosexualidad puede conducir a una “epidemia”, advierten sobre la legalización del matrimonio homosexual que, al ser un “virus” y “una falsa moneda”, viene a “corromper la institución del matrimonio” por tratarse de una “falsificación legal”. En la medida que alguna de esas manifestaciones constituyen incitaciones al odio hacia los homosexuales que pueden conducir no solo a actos discriminatorios sino también de violencia, no está de más recordar que pueden ser constitutivos del delito tipificado en el artículo 510 del Código Penal.

<sup>2</sup> Según expone BORRILLO, D., “como cualquier otra forma de intolerancia, la homofobia se articula alrededor de emociones (creencias, prejuicios, convicciones, fantasmas...), de conductas (actos, prácticas, procedimientos, leyes...) y de un dispositivo ideológico (teorías, mitos, doctrinas, argumentos de autoridad...)”. *Homofobia*, Barcelona, Bellaterra, 2001, pág. 37.

<sup>3</sup> Este argumento aparece recogido en el recurso contra la Ley interpuesto por el Partido Popular: “No es privando de derechos a quienes legítimamente los tienen para reconocer los nuevos derechos legítimos de otros como se respeta la Constitución y se progresa en nuestra democracia. Se avanza dando derechos a quienes no los tenían, pero sin perturbar ni disminuir a los que la constitución se los garantiza”.

<sup>4</sup> Dictamen 2628/2004, aprobado el 16 de diciembre de 2004. Admite la constitucionalidad de las medidas legales dirigidas a equiparar las parejas homosexuales reconociéndoles análogos derechos a las heterosexuales, pero regulándolas fuera de la institución matrimonial, esto es, con nombre distinto y ley aparte, porque la heterosexualidad del matrimonio responde a “una tradición de muchos siglos” y a “las concepciones existentes en los países de nuestro entorno”. LAPORTA, F. J., realiza una interesante crítica a los argumentos sobre los que se

General del Poder Judicial<sup>5</sup>) y que son reiterados, sirviéndole de argumentos de autoridad, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario del Partido Popular<sup>6</sup>. Con una retórica muy sibilina, no ausente de demagogia, se intenta disfrazar el heterosexismo subyacente en ellos. Afirman que la diferencia entre heterosexualidad y homosexualidad justifica un distinto tratamiento legal, intentándonos convencer de que esto no constituye discriminación alguna hacia los homosexuales<sup>7</sup>, a los que dicen respetar e incluso comprender hasta el extremo a veces de simpatizar con sus miembros y estilos de vida, pero consideran inaceptable, en cambio, que se les reconozca iguales derechos civiles a los heterosexuales, especialmente el derecho al matrimonio y a la adopción de menores. La exclusión de las personas de orientación homosexual de estas instituciones, que gozan de un amplio apoyo y prestigio social con un enorme valor simbólico (la prueba más evidente es el hecho de que el matrimonio haya

---

sustenta este Dictamen, basados en las tradiciones jurídicas y la jurisprudencia de conceptos. “El ornitorrinco y el Consejo de Estado”, en *El País* de 1 de febrero de 2005.

<sup>5</sup> Informe aprobado el 26 de enero de 2005 por 11 votos contra 9. Se señala que el anteproyecto de la Ley 13/2005 “adultera” y “desnaturaliza” la institución matrimonial, abriendo el camino al “matrimonio poligámico”, además de entender que se trata de una cuestión “no disponible por el legislador”.

<sup>6</sup> Presentado contra la totalidad de la Ley el 28 de septiembre de 2005 porque “se trata de una Ley que viene a modificar la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer”.

<sup>7</sup> Así podemos leer en el recurso del PP: “Pero no se recurre la Ley porque amplíe los derechos de los homosexuales ni porque se persiga establecer en nuestro Derecho un cauce institucional suficiente para encauzar su relación de pareja con plenos efectos jurídicos. Los propios recurrentes pertenecen a un Partido que ha incluido en su programa electoral las uniones civiles estables y que ha presentado una iniciativa legislativa para institucionalizar las uniones homosexuales con igualdad de derechos, y ha contribuido a aquella ampliación en su trabajo como legisladores e impulsado abundantes reformas legales en materia civil, administrativa, sanitaria, social y penal para erradicar cualquier discriminación contra las personas homosexuales y para promover la plena igualdad jurídica y social de los mismos”. Sobre la insinceridad de estas afirmaciones en lo relativo a la actuación gubernamental y parlamentaria del PP, *vid.* TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A., *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Madrid, Dykinson, 1999, págs. 79 a 106. PÉREZ CÁNOVAS, N., “El derecho fundamental a la orientación sexual de las personas y la minoría homosexual”, en *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, I, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1999, págs. 174 a 181; “La crisis del Estado heterosexual: del derecho a la vida privada al derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 4, 2001, págs. 70 a 77. En el Dictamen del Consejo de Estado también queda patente esta variante de la homofobia conocida como el heterosexismo diferencialista: “Ahora bien, la remoción de toda discriminación por razón de la orientación sexual no requiere la inserción del nuevo modelo de pareja en la institución matrimonial; por una parte, porque la limitación del matrimonio a las parejas heterosexuales no supone un trato discriminatorio ni desde la perspectiva de la Constitución ni desde las Declaraciones Internacionales de Derechos, como se ha visto; pero, por otra, porque las discriminaciones que se puedan dar en el tejido social no se evita mediante la configuración legal de un matrimonio que dé cabida a dos realidades diferentes (solución que, incluso, podría dificultar el control de tales discriminaciones)”.

sido expresamente recogido en la Constitución), expresa la diferencia que para estos sectores existe entre las sexualidades. La minoría homosexual resulta tolerada debiendo la mayoría heterosexual ser condescendiente con ella; pero, como el presupuesto de partida es la hipótesis de que no es una sexualidad normal, no se considera, en consecuencia, que sea merecedora de la aceptación e integración plena en el marco normativo existente.

Defender la exclusividad heterosexual del matrimonio, incluso aunque se reduzca a una mera cuestión de *nomen iuris*<sup>8</sup>, sólo puede responder a planteamientos homófobos, aún cuando contara para ello con sustento y fundamento constitucional. Porque si así fuera habría que abogar por suprimir tal discriminación reformando la norma que la consagra, en absoluto redimida por haber alcanzado tan alto honor jurídico al quedar inscrita en la cúspide de la pirámide normativa. Muy al contrario, esto la convertiría en más oprobiosa y repugnante si cabe. Afortunadamente no es lo que se puede inferir de nuestra Ley de Leyes, calificada de iuspersonalista en cuanto instrumento al servicio de la persona, lo que implica el rechazo de cualquier opción que pretenda sacrificar el interés de un colectivo de personas, como los homosexuales y sus legítimas reivindicaciones de iguales derechos a los heterosexuales, en el altar de unas determinadas convicciones ideológicas o de un estatuto moral por muchos adeptos y apoyos con los que cuenta.

## 2. Dos interpretaciones de la Constitución

Ante la imposibilidad de obtener el requisito de la diferencia de sexo de los contrayentes matrimoniales de una interpretación literal del artículo 32.1 de la Constitución, la doctrina jurídica más conservadora lo deduce de una interpretación histórica, esto es, de los debates constituyentes en torno a la constitucionalización del matrimonio<sup>9</sup>, complementado de una

<sup>8</sup> En referencia a una de las denominaciones que se ha propuesto, indica VALLADARES RASCÓN, E., que “distinguir entre matrimonio y unión civil, según se celebre entre personas de distinto o igual sexo, conferiría a esta última un estatuto secundario, en cierto modo despreciativo: cuando no se es digno de contraer matrimonio, se celebra una «unión civil» que tiene los mismos efectos pero no el nombre institucional. No lo llamamos ya concubinato o barraganería, por la connotación despreciativa que estas expresiones tienen. Pero, en la práctica, la connotación se mantiene”. Más adelante, insiste: “Incluso desde el punto de vista semántico, me parece absurdo afirmar que es posible que coexistan dos instituciones que tengan exactamente la misma regulación y que produzcan idénticos efectos, con nombres completamente distintos. Tan absurdo como suponer que podemos denominar de forma distinta a la compraventa de bienes inmuebles realizada entre hombres, y a la realizada entre mujeres. El legislador puede hacer muchas cosas, pero no puede regular de manera igual dos supuestos idénticos y denominarlos de manera distinta. Si la unión civil entre homosexuales tiene los mismos efectos que el matrimonio, es un matrimonio”. “El derecho a contraer matrimonio y la Constitución”, en *Aranzadi Civil*, 2005, núm 9, págs. 29 a 38.

<sup>9</sup> Este planteamiento no es del todo claro si examinamos los avatares por los que transcurrió la elaboración del texto definitivo del artículo 32.1 de la Constitución y su pos-

interpretación sistemática, en cuanto el resultado de poner en relación la referencia a los sujetos del derecho al matrimonio empleado en el artículo 32.1 con los utilizados en los demás preceptos en los que la Constitución atribuye otros derechos. De la mención a «todos»<sup>10</sup>, «españoles»<sup>11</sup> y «todos los españoles»<sup>12</sup> o el empleo de una fórmula impersonal en esos preceptos<sup>13</sup>, se aparta el artículo 32.1 empleando la expresión «el hombre y la mujer», de lo que infieren la voluntad del legislador constitucional de excluir del derecho a contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo<sup>14</sup>.

Frente a este resultado interpretativo del artículo 32.1 de la Constitución, la doctrina más progresista ha propuesto otra interpretación atendiendo al sistema axiológico que la Norma Suprema recoge expresamente. Se trata de aplicar la interpretación constitucional y teleológica en cuanto que representan los cánones hermenéuticos más potentes y cuyo resultado ha de prevalecer sobre el obtenido aplicando cualesquier otros. A través de ellos es posible remover los obstáculos interpretativos que hacen entrar en contradicción el resultado de la aplicación de la interpretación histórica y sistemática con el modelo de sociedad hacia el que se pretende avanzar en la consecución del objetivo de hacer efectivo los valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo proclamados en el artículo 1.1 de la Constitución. La función hermenéutica que están llamados a cumplir los principios constitucionales que proclaman el derecho de toda persona a su dignidad y al desarrollo de su personalidad (art. 10.1) y la prohibición discriminatoria por cualquier condición personal (art. 14), despliegan una función transformadora y evolutiva del ordenamiento jurídico, y por tanto también de las normas constitucionales, siempre que no sea para que les haga decir algo distinto a lo que dicen en su estricta literalidad (*in claris non fit interpretatio*)<sup>15</sup>. La dicción literal del artículo 32.1 de la Constitución no especifica que el derecho al matrimonio en él reconocido sea el del hombre «con» la mujer o

---

terior debate de aprobación. Vid. PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, Comares, 1996, págs. 117 y 118. Recientemente ha sido cuestionado por uno de los 7 ponentes constitucionales, Gregorio Peces-Barbas, al declarar el 21 de enero de 2005 en una entrevista en Tele 5 que en la ponencia quedó abierta “de manera muy consciente” la posibilidad de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>10</sup> Vid. arts. 15.1, 24.2, 27.1, 28.1, 31.1 y 45.1 de la Constitución.

<sup>11</sup> Vid. arts. 19 y 30.1 de la Constitución.

<sup>12</sup> Vid. arts. 29.1, 35.1 y 47 de la Constitución.

<sup>13</sup> Vid. arts. 16.1, 18.1, 18.3, 20.1, 21.1, 22.1, 27.6, 28.2, 33.1, 34.1, 37.2, 38 y 43 de la Constitución; otras expresiones utilizadas son “toda persona” en los arts. 17.1 y 17.2 de la Constitución, “todas las personas” en el art. 24.1 de la Constitución y “nadie” en los arts. 16.2, 17.1, 25.1 y 33.3 de la Constitución.

<sup>14</sup> Esta interpretación fue recogida en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 1.988 y 2 de octubre de 1991, y reiterada en el recurso del PP.

<sup>15</sup> Esta interpretación es en la que se ampara la Ley, según recoge su Preámbulo. Vid. PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad...*, *op. cit.*, págs. 101 a 132.

el de éstos «entre sí», por lo que resulta más respetuoso con los principios enunciados su configuración como un derecho individual que forma parte del ámbito de libertad civil de las personas. En esta clave ha de entenderse como una situación de poder cuyo ejercicio queda al arbitrio de su titular para contraerlo con quien desee, y por tanto también con una persona de su mismo sexo si esa es su preferencia sexual. A esta conclusión, por último, conduciría la interpretación del reiterado artículo constitucional conforme al canon sociológico autorizado en el artículo 3.1 del Código civil (“Las normas se interpretarán según... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”). Es evidente el cambio que en los últimos años se ha producido en la consideración que de la homosexualidad existe en la sociedad. Con la despenalización, su visibilidad ha puesto de relieve que la imagen y los estereotipos difundidos sobre los homosexuales y la homosexualidad no eran más que falacias y prejuicios elaborados desde la ideología dominante con la finalidad de estigmatizarlos y mantener viva la repulsa social<sup>16</sup>. La opinión pública<sup>17</sup>, la actividad política institucional y la normativa producida equiparando las parejas homosexuales a las parejas casadas en determinados ámbitos jurídicos sectoriales y territoriales, tanto en el Derecho interno como en el Derecho europeo<sup>18</sup>, son un claro reflejo de esos cambios y de la realidad social presente.

En relación a estas dos interpretaciones la primera cuestión a resolver es la de saber si ha de prevalecer la interpretación subjetiva o la interpretación objetiva del artículo 32.1 de la Constitución. En otros términos, ¿qué valor cabe atribuirle actualmente al significado que históricamente ha tenido el concepto de matrimonio y que de alguna manera fue tomado en consideración por el constituyente de 1.978? En segundo lugar, en conexión con esta primera cuestión, hay que dilucidar cuál es la esencia o el contenido esencial de la institución matrimonial que ha respetar el legislador ordinario al regularla por imperativo del artículo 53.1 de la Constitución. Y en tercer lugar, ¿el respeto al contenido esencial significa en todo caso

<sup>16</sup> Tópicos como la consideración de la homosexualidad de “actos *contra natura*”, “inversión sexual”, “perversión sexual” o “enfermedad o trastorno de la personalidad” han quedado desmontados desde los distintos campos del conocimiento humano, y de lo que es un claro exponente la supresión de los listados de enfermedades de la prestigiosa Asociación de Psiquiatras Americanos (DSM) en 1987 y de la Organización Mundial de la Salud (CIE) en 1990, en los que hasta entonces venía incluida dentro de las desviaciones y trastornos sexuales. Vid. FRABETTI, C. “Los homosexuales: marginación y rebelión”, en *El Viejo Topo*, 1977, núm. 8, págs. 18 a 31; RODRÍGUEZ, J.A., “Homosexualidad: una enfermedad sin nombre”, en *Sistema*, 1985, núm. 64, págs. 83 a 101; PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad...*, *op. cit.*, págs. 27 a 37; HERRERO BRASAS, J.A., *La sociedad gay. Una minoría invisible*, Madrid, Foca, 2001, págs. 16 a 126. BORRILLO, D., *op. cit.*, págs. 45 a 112; GUASCH, O., *La crisis de la heterosexualidad*, Barcelona, Laertes, 2000, págs. 39 a 90.

<sup>17</sup> Vid. los datos del barómetro de junio de 2004 del Centro de Investigaciones Sociológicas.

<sup>18</sup> Vid. PÉREZ CÁNOVAS, N., “La crisis del Estado heterosexual...”, *op. cit.*, págs. 64 a 98.

que éste resultaría vulnerado cuando el legislador ordinario regulara el derecho ampliando o extendiendo su reconocimiento a otros sujetos sin que ello suponga limitación alguna para que puedan ejercitarlos los que se entienden señalados en su configuración constitucional?

### 3. *El contenido esencial del derecho al matrimonio*

Los argumentos a favor de la prevalencia de la interpretación objetiva sobre la subjetiva son abrumadores<sup>19</sup> y su superioridad es una consecuencia lógica e inevitable de la vocación de perpetuarse en el tiempo al que están llamados los textos constitucionales, lo que se hace aún más evidente a medida que se va alejando el momento de su promulgación. A la imposibilidad de determinar la *voluntas legislatoris* cuando la norma es el resultado de un legislador colectivo, tanto en su elaboración como en su aprobación, responde la existencia en la Norma Suprema de un sistema axiológico que ha de presidir el ordenamiento jurídico y a través del cual se trata de promocionar el modelo social al que se aspira en cuanto metas ideales de la comunidad.

Ahora bien, aún cuando el significado de las instituciones consagradas en la Constitución pueden evolucionar para adaptarse a la realidad social, guiados por ese conjunto de valores y principios constitucionales, el legislador encuentra un límite que le viene señalado por el artículo 53.1 de la Constitución para las normas contenidas en su capítulo II del título I, en cuya sede se encuentra ubicado el artículo 32 relativo al derecho a contraer matrimonio: junto a la reserva legal, el respeto a su contenido esencial. ¿Vulnera este límite la extensión legal a las parejas del mismo sexo del derecho a contraer matrimonio? Responder a esta cuestión implica descubrir en qué consiste el contenido esencial del matrimonio. ¿Dónde reside la esencia de una institución como el matrimonio que ha experimentado una considerable transformación en los últimos siglos, provocando continuas tensiones políticas con la Iglesia Católica y la derecha conservadora afín a su doctrina<sup>20</sup>?

<sup>19</sup> Así se deduce de los criterios de interpretación de las normas enumerados en el artículo 3.1 del Código civil. De un lado, al acoger la interpretación sociológica (atendiendo a “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”), se está indicando que si el intérprete ha de tener en cuenta la realidad social existente en el momento de aplicar la norma es porque con ella deben afrontarse unas situaciones que el legislador no previó, y por tanto la norma vive una existencia que no se vincula exclusivamente al supuesto que aquél contempló, por lo que cuando se aplica no se realiza su voluntad. Y de otro, al acoger la interpretación teleológica (“atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”) lo que se pretende encontrar es su *ratio*, y esto no puede ser más que una razón objetiva que, al ser el espíritu que anima a la norma, permite superar su tenor literal. *Vid.* DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, Tecnos, 2003, págs. 167 y 172.

<sup>20</sup> Los conflictos con la Iglesia Católica se han suscitado cada vez que el Estado ha planteado intervenir en la cuestión matrimonial, remontándose al proyecto de Código civil de

El matrimonio reconocido por el Estado ha pasado de ser exclusivamente el canónico, cuya competencia legal y jurisdiccional correspondía a la Iglesia Católica, a serlo el civil, aunque admita la forma canónica en su celebración; de crear un vínculo indisoluble entre los contrayentes a admitir su disolución a través del divorcio; de tener una estructura jerarquizada, dominada por el principio patriarcal, a ser igualitaria; y de ser el único capaz de generar un relación jurídico-familiar a compartir ese efecto con otros modelos de familia no basados en el matrimonio (parejas de hecho con o sin hijos y familias monoparentales). La conclusión a la que hay que llegar, después de estos cambios significativos en los que ha contribuido decisivamente la progresiva secularización del Estado, es que actualmente coexisten dos clases de matrimonio muy diferentes entre sí y que se mueven en planos distintos. El matrimonio religioso, por un lado, -que sin estar limitado al canónico no puede obviarse la referencia a éste en nuestro país al haber constituido el modelo único durante siglos y la referencia del que se ha ido apartando paulatinamente el matrimonio civil-, al que no cabe atribuirle valor jurídico alguno, quedando por tanto relegado al ámbito de

---

1851, al considerar aquella una injerencia intolerable -en lo que entendía que era monopolio suyo a través de los tribunales eclesiásticos- la atribución de la competencia judicial al Estado en las causas de separación de los cónyuges, convirtiéndose en uno de los motivos que lo hicieron fracasar. La reacción de la Iglesia volverá a producirse ante la Ley del Matrimonio Civil de 8 de junio de 1870 a través de la Exposición de los Cardenales, Arzobispos y Obispos asistentes al Concilio Vaticano I dirigida a la Asamblea y leída en Las Cortes el 21 de diciembre de 1.870, amenazando con los efectos perniciosos que tendrían para la familia y los inconvenientes subsiguientes para el poder político. Con la Restauración se deroga y modifica parcialmente este Ley mediante Decreto de 9 de febrero de 1875, estableciéndose por Real Orden de 27 de febrero de 1875 el matrimonio canónico con carácter obligatorio para los católicos y el civil para lo que no lo fueran o habiéndole sido renunciaron a su fe apostatando. El conflicto adquirirá tintes alarmantes durante la II República por la consideración que recibirá el hecho religioso en los artículos 26 y 27 de la Constitución aprobada el 9 de diciembre de 1931, proclamando la laicidad del Estado. El matrimonio junto a la familia se regulará en el artículo 43, instaurando la igualdad de derechos de ambos cónyuges y disponiendo que “podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa”. En desarrollo del precepto se aprobarán la primera Ley del Divorcio en la historia de España el 2 de marzo de 1.932 y la Ley del Matrimonio Civil de 28 de junio de 1.932. La Iglesia a través de los diputados católicos las presentó como una ofensa a la fe católica, pronosticando un brusco aumento del número de suicidios, del índice de criminalidad, de delincuencia juvenil, de conyugicidios, amén de la destrucción de la autodisciplina y de las costumbres ordenadas. Con el triunfo del golpe militar y la instauración del régimen franquista serán derogadas respectivamente por las leyes de 12 de marzo de 1938 y de 23 de septiembre de 1939. Por último, con la vuelta al sistema democrático tras la Constitución de 1978, el 7 de julio de 1.981 se aprobará la actual Ley del divorcio, a través de la que se reforma el Código civil (reformado a su vez recientemente por Ley de 8 de julio de 2005). La Conferencia Episcopal emitirá un comunicado creando un injustificado alarmismo social, declarando que “quedaría seriamente comprometido el futuro de la familia en España y gravemente dañado el bien común de nuestra sociedad”, provocándose, a instancias del Vaticano, una crisis dentro de la coalición gubernamental (UCD) por la hostilidad y el bloqueo al que sometieron el proyecto los cristianos-demócratas integrados en ella.

la moral individual. Y de otro, el matrimonio civil, el único con relevancia jurídica, que, pese a las diferencias con el canónico o tradicional, todavía comparte con éste algunas notas o rasgos comunes: la heterosexualidad de los contrayentes, la monogamia y la exogamia. ¿Podemos deducir de la continuidad de estas tres notas comunes que en ellas reside la esencia del matrimonio, de tal manera que la modificación de alguna, como ha sucedido ahora con la heterosexualidad, lo haría irreconocible vulnerando lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Norma Suprema?

El contenido esencial de una institución es un concepto jurídico indeterminado necesitado de una indagación más profunda y contextualizada, social y jurídicamente, que la superficial referencia a los elementos que tradicionalmente la han configurado, aunque algunos de ellos, como la heterosexualidad en el caso del matrimonio, hayan persistido más que otros. Ciertamente que el Tribunal Constitucional ha dado algunas directrices sobre lo que constituye o debe tomarse en consideración para la determinación del contenido esencial de un derecho concreto. Sin embargo, en las mismas, ya sea atendiendo a lo que denomina «la naturaleza jurídica de cada derecho» o a «los intereses jurídicamente protegidos» no encontramos ninguna referencia al elemento subjetivo o titular del derecho, por lo que poca luz arroja esta doctrina sobre el asunto que nos ocupa<sup>21</sup>.

Una vez constatado lo poco que tiene en común el matrimonio civil, al que se refiere la Constitución, y el matrimonio canónico, sí estamos en condiciones de asegurar que el distanciamiento de aquél respecto a este último es el resultado de un proceso de democratización de la institución matrimonial mediante la paulatina integración en su seno de los valores y principios que proclama el artículo 1.1 de la Constitución, y muy especialmente la libertad y la igualdad de los contrayentes. Estos principios o valores fuertes de nuestro ordenamiento son precisamente los que han provocado que la heterosexualidad haya dejado de ser un requisito esencial de la configuración legal del matrimonio al incidir sobre las funciones que tradicionalmente estaba llamada a cumplir la institución matrimonial, alterándola sustancialmente. El requisito de la heterosexualidad respondía y tiene como fundamento uno de los fines en los que históricamente se basaba la figura del matrimonio: la necesidad de una reproducción ordenada de la especie y la consiguiente asignación de derechos y obligaciones del grupo social en el que quedaba insertado el nacido. Sin embargo este

<sup>21</sup> Vid. sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril y 32/1981, de 28 de julio. En esta última se advierte que “la garantía institucional no asegura un contenido concreto y fijado de una vez por todas”, sino “la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”. Y parece ser, si nos atenemos al barómetro de opinión del Centro de Investigaciones Sociológicas de junio de 2004, que esa conciencia social en los tiempos presentes en España refleja que la exclusión del derecho al matrimonio de las parejas homosexuales es considerada una discriminación injustificada e intolerable, según expresan un 66,2% (en una muestra de 2479 personas) frente a un 26,5% de los encuestados.

fundamento tradicional del matrimonio heterosexual no solo perdió todo apoyo jurídico con la Constitución de 1978 sino que su exigencia vendría a erosionar otros principios en ella recogidos. De un lado, la posición familiar de los nacidos no depende ya de que nazcan dentro o fuera del matrimonio una vez que ha quedado proclamado el principio de igualdad de los hijos en la Constitución (arts. 14 y 39.2), posibilitándose la investigación de la paternidad para su efectividad (art. 39.2 *in fine*). De otra, tampoco la Constitución ni las normas civiles establecen exigencia ni control alguno respecto a la procreación de las personas casadas. El Código civil no establece en ningún precepto que el matrimonio en él regulado deba ser fértil, aunque presuponga en varios de ellos que lo será. Actualmente un matrimonio civil puede excluir absolutamente la procreación de entre sus fines sin que se resienta la estructura legal del mismo. Sería válido incluso el matrimonio entre personas impotentes para la unión sexual. En conclusión, la progresiva disminución del control sobre las relaciones carnales de lo cónyuges no debe ser entendido sino como un reconocimiento de la libertad individual y del respeto que esta libertad merece, avalada hoy sin duda por importantísimas normas constitucionales. La relación sexual, la procreación, la organización de la esfera íntima de cada persona son aspectos de las relaciones personales que van ganando peso como opciones libres enmarcadas en la más estricta voluntariedad del sujeto<sup>22</sup>.

Al no encontrar ya justificación alguna el requisito de la diferencia de sexo de los contrayentes ni en base a la procreación ni a la reproducción ordenada de la especie, desvinculadas del matrimonio constitucionalizado, ¿cuál sería entonces su contenido esencial? De la configuración que recibe el matrimonio en el artículo 32 como derecho constitucional, puesto en relación con las garantías que le otorga el artículo 53.1, se puede deducir que contraer matrimonio es un aspecto de la libertad del individuo; por tanto

<sup>22</sup> Vid. GÓMEZ, Y., *Familia y matrimonio en la Constitución de 1978*, Madrid, 1990, págs. 190 a 194. Publicaciones del Congreso de los Diputados. En el recurso del PP, después de referir entre otros que el matrimonio, según los sociólogos, es “la célula capital por su aptitud natural para la generación” y, según los demógrafos, hay que resaltar “su importancia para la perpetuación de la especie”, concluye que “pocas realidades sociales como la unión entre el hombre y la mujer para, entre otras cosas, propiciar la continuación de la especie”. Señala HERRERO BRASAS, J.A, mencionando a otros autores, que, “al referirse a la curiosa objeción de que autorizar los matrimonios gays interferiría con el interés del Estado en promover la procreación, se preguntaban con ironía si es que de autorizarse los matrimonios homosexuales dejarían las parejas heterosexuales de tener hijos. Otros apuntaban que, si la política matrimonial va dictada por el loable propósito de fomentar la procreación, es un contrasentido prohibir la bigamia y la poligamia... se preguntaban si se deberían autorizar aquellos matrimonios en los que de antemano se sabe que, por razones de salud, edad u otras, serán incapaces de procrear”. *Op. cit.*, págs. 152 y 153. BORRILLO, D., señala al respecto: “Ahora bien, nada nos permite pensar que los homosexuales pondrían en peligro la supervivencia de la especie. Existen desde siempre y eso no ha impedido la población (e incluso la superpoblación). Habida cuenta del estado actual de las técnicas de la procreación, ¿quién puede suponer todavía que la reproducción de la especie depende únicamente del coito heterosexual?”. *Op. cit.*, pág. 102.

interesa destacar que la vinculación de los poderes públicos que establece el artículo 53.1 de la Constitución no implica más que el respeto a tal derecho y, en su caso, la eliminación de las circunstancias que impidiera su libre ejercicio<sup>23</sup>. En coherencia con esto, el contenido esencial del derecho al matrimonio se condensa en dos aspectos. Uno, como libertad positiva, en la obligación del legislador ordinario de asegurar su existencia en nuestro ordenamiento jurídico mediante un estatuto jurídico unitario al que quedan sometidos los que voluntariamente deseen contraerlo, vinculándose a un plexo de derechos y obligaciones mutuas que configura el estado civil de casados en contraposición al de solteros. Y dos, como libertad negativa, el Estado ha de garantizar que todas las personas puedan acceder a ese derecho sin que ninguna condición o circunstancia personal se eleve a la categoría de impedimento legal, excluyendo a un sector de la ciudadanía. Se trata por tanto de avanzar más allá de las prohibiciones discriminatorias expresamente señaladas en el artículo 14 de la Constitución (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión) para abarcar a cualquier otra, como la orientación sexual, y de esta manera ir dotando de contenido específico a la cláusula general y abierta con la que se cierra el catálogo del mencionado artículo (“por cualquier condición o circunstancia personal o social”). Salvo que se considere tal cláusula superflua o carente de todo significado, su inclusión en el artículo 14 de la Constitución solo puede significar que el legislador constitucional fue consciente de que las prohibiciones discriminatorias expresamente mencionadas no agotaban el cupo de las posibles situaciones discriminatorias que todavía persistían en el momento constituyente, así como de otras que podrían surgir en el futuro. La ley 13/2005 ha venido a profundizar en este aspecto del contenido esencial del derecho al matrimonio, eliminando la prohibición legal existente por la condición personal que supone la orientación homosexual en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, en el que se le ordena “a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo... sean reales y efectivas” y a “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”. Y esto sólo era posible abriendo el derecho al matrimonio a las personas de orientación homosexual, hasta ese momento privadas de acceder al mismo. No es, por lo tanto, totalmente cierto lo declarado por la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>24</sup> y

<sup>23</sup> Vid. GÓMEZ, Y., *op. cit.*, págs. 179 y 180; TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, Comares, 2001, págs. 126 a 144.

<sup>24</sup> Vid. resolución de 21 de enero de 1988, reiterado en el recurso del PP: “En otros términos, los derechos reconocidos y garantizados por la Constitución no sólo afectan a quienes los disfrutan, sino que la sociedad entera se configura conforme a ellos. Desde esta perspectiva, no resulta admisible que el legislador apele a fundamentos tan inconsistentes como poco convincentes como el de que se trata de extender derechos fundamentales a quienes no los tienen reconocidos, pues además de que a nadie por ser homosexual se le ha impedido nunca el contraer matrimonio, la sociedad entera se ve afectada por la eliminación de que desde siempre y hasta ahora ha sido un elemento esencial y básico del matrimonio

algunos autores afirmando que las personas de orientación homosexual tienen derecho al *ius nubendi* porque nada impide que puedan contraerlo con una persona de sexo distinto al suyo. Además de la alta dosis de hipocresía y cinismo que encierran estas declaraciones, desde una estricta técnica jurídica lo más probable es que ese matrimonio fuera nulo, ya sea por falta de consentimiento matrimonial al existir simulación absoluta o reserva mental (art. 73.1 del Código civil en relación al 45.1 del mismo cuerpo legal), ya sea por vicio en el consentimiento prestado al haberse incurrido en error en las cualidades personales del otro contrayente (art. 73.4 del Código civil). Resultan muy perversos argumentos de este tipo si lo que se quiere proteger, por parte de aquellos que lo utilizan, es la esencia de la institución matrimonial evitando la «desnaturalización» a que conduciría la admisión del matrimonio homosexual, de lo que tan alarmados se muestran. De aceptarse tal argumento, se estaría cursando una invitación a que se cree una mera apariencia matrimonial con fines, en la mayoría de los casos, fraudulentos para beneficiarse de los efectos que la ley le atribuye, pero excluyendo la relación vincular por una o por ambas partes. No puede obviarse que el consentimiento matrimonial va dirigido a crear un proyecto de vida en común en el que su *leiv motiv* es la afectividad sexual o conyugalidad en el momento constitutivo del mismo, el cual estaría ausente, por lo menos psicológicamente, en estos casos.

#### 4. A título de conclusión

Según acabamos de exponer, en nuestra opinión hay razones y argumentos sobrados no solo para sostener que la diferencia de sexo entre los contrayentes no forma parte del contenido esencial del derecho al matrimonio constitucionalizado en el artículo 32, sino para preconizar, por el contrario, que en los momentos actuales lo que realmente lo estaría vulnerando sería la existencia de una normativa infraconstitucional que excluyera el acceso de personas del mismo sexo por chocar frontalmente con el sistema axiológico recogido en la Carta Magna. La Ley 13/2005 ha venido precisamente a salvar esta inconstitucionalidad en la que venía incurriendo desde hace ya algún tiempo la normativa del Código civil antes de su reforma. No obstante, es preciso concluir, a los efectos de reforzar aún más la constitucionalidad de esta Ley, que tampoco la conclusión opuesta es justificación suficiente para fundamentar su inconstitucionalidad. En todo caso, su significado no sería excluyente del colectivo de personas con orientación homosexual, o para ser más exacto de la facultad del legislador para hacer extensivo el acceso a la institución matrimonial a dos personas del mismo sexo. Tan solo representaría un límite a la actuación del legislador en la regulación

---

(la heterosexualidad), entendido en su doble condición de derecho fundamental e institución jurídica”.

del matrimonio en cuanto que dicha regulación no puede establecer entre los requisitos para contraerlo la exclusión de dos personas de sexo distinto o, si se prefiere, del matrimonio heterosexual para instaurar el contraído por dos personas del mismo sexo o matrimonio homosexual como el único válido legalmente. Luego, en relación a los sujetos éste sería por tanto el contenido mínimo e inviolable de la institución matrimonial reconocido constitucionalmente y al que se encuentra vinculado el legislador ordinario. Sólo a esta conclusión debería llegarse si se admite que la referencia al «hombre y la mujer» del artículo 32.1 de la Norma Suprema viene referida a la diferencia de sexo de los contrayentes. *Mutatis mutandi* la misma lógica jurídica cabe aplicar a los derechos que los artículos 14, 19, 29.1, 30.1, 35.1 y 47 de la Constitución reconocen expresamente a los españoles. No habría duda en señalar la inconstitucionalidad de cualquier norma que los regulara excluyendo a los españoles de su titularidad, pero ¿significaría esto que su extensión a los extranjeros que residan en España convertiría estas normas en inconstitucionales? El artículo 30.1 de la Constitución reconoce el derecho, junto al deber, de los españoles de defender a España, lo que no ha sido ningún óbice para que el legislador haya regulado el acceso de extranjeros a nuestras Fuerzas Armadas, ¿podría plantearse la inconstitucionalidad de dicha norma que viene a reconocer a esos extranjeros el derecho y el deber de defender a España mientras formen parte de las Fuerzas Armadas a las que voluntariamente se han incorporado?

Al margen de lo declarado por el Tribunal Constitucional en el auto 222/1994, de 11 de julio, sobre lo que existe interpretaciones divergentes<sup>25</sup>, esta posición doctrinal que defiende la habilitación potestativa del legislador para abrir el matrimonio heterosexual recogido en la Constitución a las parejas del mismo sexo, eliminando el tratamiento discriminatorio que ello representa para las personas de orientación homosexual, es la que se desprende tanto de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de normas y resoluciones de la Unión Europea, y que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, han de tomarse en consideración como criterio de interpretación de “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce”. Así se evidencia por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de una jurisprudencia evolutiva en la interpretación del artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, en el que se establece, en términos similares al artículo 32.1 de la Constitución en cuanto a los sujetos titulares del derecho, que, “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y fundar una

<sup>25</sup> El recurso del PP se apoya en esta sentencia para justificar la inconstitucionalidad de la Ley. En cambio, otra es la conclusión a la que llega la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 “sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”.

familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. Tras haber mantenido en múltiples sentencias que la referencia al hombre y la mujer en este precepto viene referida al matrimonio tradicional entre personas de sexo biológico opuestos<sup>26</sup>, en las sentencias de 11 de julio de 2002 (asuntos I. y Christine Godwin c. Reino Unido) reconoció el derecho de las personas transexuales a contraer matrimonio con personas de su mismo sexo biológico, abandonando la interpretación anterior en base a señalar, entre otros argumentos, que “el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea adoptado recientemente se aparta –y ello no puede ser sino deliberado– del artículo 12 del Convenio (CEDH) en cuanto a que excluye la referencia al hombre y a la mujer”. Repárese que, sin embargo, esa referencia al hombre y a la mujer se mantiene en el artículo 12 del Convenio que es el que el Tribunal aplica en estas dos sentencias. Efectivamente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 7 de diciembre de 2000, en su artículo 9 establece “el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las leyes nacionales que rigen su ejercicio”. Y en esta dirección también ha querido avanzar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuyo artículo II-69 obvia cualquier mención al hombre y la mujer, remitiéndose a lo que establezcan las leyes nacionales en el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, prohibiendo expresamente en el artículo II-81 toda discriminación por la orientación sexual. Finalmente, desde la primera resolución en la que el Parlamento Europeo hace referencia a la homosexualidad, aprobada el 8 de febrero de 1994, se aboga asimismo por la eliminación de toda discriminación por la orientación sexual existente en los ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea y entre las que se incluye el que se reconozca a las parejas homosexuales “contraer matrimonio” o “acceder a regímenes jurídicos equivalente”. En el informe sobre los derechos humanos en la Unión Europea, aprobado el 29 de febrero de 2000, insiste en que los países miembros adapten su legislación “a fin de de reconocer la convivencia registrada de personas del mismo sexo confiriéndoles los mismos derechos y obligaciones que a las modalidades de convivencia registradas de parejas formadas por un hombre y una mujer”, incluido “el matrimonio legal entre personas del mismo sexo”. En términos similares vuelve a pronunciarse el informe aprobado el 15 de enero de 2003.

Amparados en unos fundamentos o en otros, el modelo de Estado heterosexual acaba de recibir con esta Ley su certificado de defunción, situándose el Estado Español en la avanzadilla de un proceso que ha de

<sup>26</sup> Vid. sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 1986 (asunto Rees c. Reino Unido), 27 de septiembre de 1990 (asunto *Cossey c. Reino Unido*) y 30 de julio de 1998 (asunto *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*). Vid. PÉREZ CÁNOVAS, N. “Transexualidad y matrimonio”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 5, 2002, págs. 423 a 437.

conducir a la extinción de la única causa de discriminación que aún persiste formalmente inscrita en los ordenamientos jurídicos de los países democráticos. Un hito histórico trascendental a cuya altura confiamos que esté nuestro Tribunal Constitucional.

**Nicolás Pérez Cánovas**

*Profesor de Derecho civil de la Universidad de Granada*