

# LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY QUE INSTITUYE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

María Victoria Jiménez Martínez  
*Universidad de Alcalá*

**Abstract:** I am going to analyse the Constitutional Court judgment of November 6, 2012 that Upholds Law 13/2005 of 1 July. This law allows the marriage between persons with the same sex.

**Keywords:** Marriage between persons with the same sex. Constitutional. Free personality development. Heterosexuality. Legal right. Institute's warranty. Homosexuality.

**Resumen:** En este trabajo se realiza un análisis de la STC del 6 de noviembre de 2012 que declara constitucional la Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo.

**Palabras clave:** Matrimonio entre personas del mismo sexo. Constitucionalidad. Libre desarrollo de la personalidad. Heterosexualidad. Derecho subjetivo. Garantía del Instituto. Cultura jurídica. Homosexualidad.

**SUMARIO:** 1. Introducción.- 2. La reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio.- 3. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional: la fundamentación del fallo desestimatorio.- 3.1. El contenido del artículo 32 CE.- 3.1.1 El matrimonio configurado como garantía institucional.- 3.1.2 El derecho constitucional a contraer matrimonio.- 3.2. La problemática de la adopción por los matrimonios integrados por personas del mismo sexo.- 4. Conclusiones.- 5. Bibliografía.-

## 1. INTRODUCCIÓN

El Pleno del Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha declarado la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>1</sup> en su sentencia de 6 de

---

<sup>1</sup> Publicada en el BOE de 2 de julio de 2005.

noviembre de 2012<sup>2</sup>. Como bien es sabido, esta ley introdujo, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que dos personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio, añadiendo al artículo 44 del Código Civil un párrafo segundo que disponía que *El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*. Se producía, así, la extensión del régimen jurídico previsto para el matrimonio tradicional, tanto en sus requisitos como en sus efectos<sup>3</sup>, a los supuestos en los que dicho matrimonio se celebrara entre personas del mismo sexo. En efecto, el legislador no ha establecido un régimen jurídico específico para el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que se ha limitado a aplicar en su conjunto el régimen jurídico del matrimonio a las parejas del mismo sexo que decidan acceder a él. Esto ha provocado una serie de problemas que se han tenido que ir solucionando paulatinamente y que quizá una regulación más meditada de este tipo de uniones hubiera podido evitar<sup>4</sup>.

Por ello, se planteaba una duda sobre la constitucionalidad de la ley y su adecuación al artículo 32 de la CE, que consagra expresamente en su apartado primero el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. En definitiva, se trataba de analizar si la heterosexualidad en el matrimonio es configurada por el constituyente como un requisito esencial de la institución matrimonial, indisponible para el legislador ordinario, en la medida el apartado segundo del artículo 32 le habilita para regular las formas del matrimonio, la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

El debate sobre la constitucionalidad o no de la ley, no solo fue monopolizado por la doctrina jurídica sino que provocó el planteamiento de varias

<sup>2</sup> Pleno, STC 198/2012, de 6 de noviembre. (BOE 28 de noviembre de 2012).

<sup>3</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: "El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional", en *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2005, p. 134. HERNANDEZ IBAÑEZ, C.: "Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual" en *Diario la ley*, (Sección Doctrina), 2006, Ref- D-153, La Ley 1596/2006, p. 2.

<sup>4</sup> Sirva de ejemplo el escaso reconocimiento internacional de este tipo de matrimonios y el problema que se plantea cuando la ley personal del cónyuge extranjero que celebra su matrimonio en España no admite este tipo de uniones. Un análisis de los problemas que surgieron tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005 lo realiza DÍAZ FRAILE, J.M.: "Exégesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio", en *Diario la Ley*, nº 6449 de 27 de marzo de 2006, y nº 64410 de 8 de marzo de 2006. Para dar respuesta a todos estos problemas la DGRN dictó la Resolución de 29 de julio de 2005 (BOE de 8 de agosto de 2005) *sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo* para declarar la validez de los matrimonios celebrados entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España aunque la ley personal de extranjero no permita o no reconozca la validez de este tipo de matrimonios. La DGRN impone la aplicación de la ley material española por motivos de orden público, fundamentado en que es

cuestiones de inconstitucionalidad por jueces encargados del Registro civil<sup>5</sup> y un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular<sup>6</sup>, siendo este último admitido por el TC<sup>7</sup>. Pues bien, después de 7 años de vigencia de la ley, finalmente el TC ha declarado su constitucionalidad en la sentencia de 6 de noviembre de 2012, si bien, su texto es reflejo de la polémica que existe en torno a la modificación de la institución matrimonial, al ser aprobada por la mayoría de sus miembros, con una abstención y cuatro votos particulares<sup>8</sup>.

A lo largo de este trabajo, trataremos de analizar los aspectos más importantes de la sentencia, haciendo referencia a las distintas posiciones doctrinales que han polarizado la discusión sobre el contenido de la ley 13/2005 y que en general se han visto reflejadas en mayor o menor medida en el pronunciamiento del TC.

## **2. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 13/2005, DE 1 DE JULIO**

La Ley 13/2005 de 1 de julio es una ley ordinaria de ámbito estatal<sup>9</sup> que introduce una modificación del Código civil permitiendo que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Se configura en nuestro ordena-

---

un principio básico e irrenunciable del ordenamiento jurídico español el hecho de que una persona pueda contraer matrimonio con otra del mismo sexo, con independencia de que el matrimonio se haya celebrado en España o en el extranjero. Un análisis de dicha resolución lo realiza ÁLVAREZ CONDE, S.: "Matrimonio entre personas del mismo sexo y la Doctrina de la DGRN: una lectura más crítica" en *Diario la Ley*, N° 6629 (Sección Doctrina), 15 de enero de 2007, Ref-12, La ley 5/2007.

<sup>5</sup> Estas cuestiones de inconstitucionalidad fueron inadmitidas por el TC (Autos de 22 de noviembre de 2005 y de 13 de diciembre de 2005) por falta de legitimación de los jueces encargados del Registro civil al no desempeñar una función jurisdiccional.

<sup>6</sup> El Grupo Parlamentario Popular interpuso el recurso de inconstitucionalidad N° 6864-2005 el día 30 de septiembre de 2005 contra la totalidad de la Ley por violación de los artículos 32, 10.2, 14, 39, 9 y 167 de la Constitución.

<sup>7</sup> Providencia de 25 de octubre de 2005.

<sup>8</sup> El Pleno del TC acordó aceptar la abstención formulada por el Magistrado don Francisco José Hernando Santiago por el Auto 140/2012. Los votos particulares fueron presentados por los Magistrados D. Manuel Aragón Reyes (voto particular concurrente con la mayoría), D. Ramón Rodríguez Arribas, D. Andrés Ollero Torrasa y D. Juan José González Rivas.

<sup>9</sup> El artículo 149.1.8° de la CE justifica la competencia exclusiva del Estado en la aprobación de esta ley, cuando se refiere a las *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio*, si bien no existe por parte de la Ley (disp. final 1ª) una explicación que profundice en esta expresión constitucional en relación con la ley aprobada, puesto que se limita a reproducir literalmente el contenido del citado precepto constitucional. Esta circunstancia ha provocado que algún autor atribuya a esta disposición un nulo valor jurídico. GARCÍA RUBIO, M.P.: "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", en *Diario la Ley*, N° 6359, Sección Doctrina, (La Ley 5090/2005), p. 9.

miento jurídico el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo como un derecho de secularización de segunda generación, como máximo exponente de la obligación que tiene el legislador ordinario de adaptar los derechos fundamentales a las nuevas necesidades que demanda la evolución de la sociedad<sup>10</sup>.

El espíritu de la reforma<sup>11</sup> se plasma en la Exposición de Motivos de la ley cuando justifica la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en los siguientes términos: *Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere ( artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.*

Por tanto, parece que son principalmente dos los fundamentos constitucionales que justifican la reforma: el principio de igualdad (tanto material como formal) y el libre desarrollo de la personalidad, desplazando una concepción del matrimonio como cauce para la procreación de la especie humana y orientándola a la concepción de la afectividad como base de la relación de pareja<sup>12</sup>.

Esta reforma en la institución matrimonial obliga a modificar distintos preceptos de nuestro Código Civil para adecuarlos a la nueva realidad. Se parte de la introducción del mencionado párrafo 2º del artículo 44 CC y de la

---

<sup>10</sup> FERNANDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual” en *Foro Nueva Época*, nº 3, 2006, p. 106.

<sup>11</sup> POLO SABAU, J.R.: *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Cuadernos Cívitas, ed. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 32.

<sup>12</sup> Un estudio de la evolución del sistema matrimonial lo realiza FERNANDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: “La evolución jurídica del sistema matrimonial español (...)”, loc., cit., p. 93 y ss. Por su parte, un análisis exhaustivo de la relación entre el matrimonio y la Constitución española lo realiza MARTÍN SÁNCHEZ, M.: *Matrimonio homosexual y Constitución*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

sustitución en este cuerpo legal de las denominaciones marido y mujer por la más genérica de cónyuges<sup>13</sup>.

Asimismo, en sede de relaciones paterno- filiales, se hace necesario sustituir las referencias al padre y la madre por las relativas a los progenitores (art. 154.1 y 160.1 CC) o a las personas que ejerzan la patria potestad (art. 164.2 CC). Esta modificación permite que matrimonios integrados por personas del mismo sexo tengan hijos comunes, bien adoptados conjuntamente o por uno de ellos o bien fruto de las técnicas de reproducción asistida recibidas por una de las mujeres con el consentimiento de su cónyuge<sup>14</sup>.

Finalmente, la Ley 13/2005, ha reformado los artículos 175.4 y 178.2 CC en sede de adopción para permitir que las personas del mismo sexo puedan adoptar conjunta y sucesivamente siempre que hayan contraído matrimonio. Así, ambos cónyuges podrán adoptar conjuntamente durante su matrimonio pero también el cónyuge podrá adoptar al hijo de su pareja, que lo adoptó estando soltera<sup>15</sup>. Al mismo tiempo, el artículo 178 CC ha eliminado el requisito relativo a que el adoptante sea una persona de distinto sexo al del progenitor legalmente determinado.

### 3. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA FUNDAMENTACIÓN DEL FALLO DESESTIMATORIO

El núcleo principal de la sentencia del TC está orientado a resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por vulneración del artículo 32 CE<sup>16</sup>. Como es bien sabido, el artículo 32 consta de dos apartados; el apartado primero establece que *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica* y el apartado segundo establece que *La ley*

<sup>13</sup> En este sentido cabe señalar el cambio introducido en los artículos 66 y 67 CC (dedicados a los derechos y deberes de los cónyuges), 637 CC (relativo a las donaciones realizadas a los cónyuges) y 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1365, 1404 y 1458 CC (referentes al régimen económico matrimonial).

<sup>14</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: "El matrimonio entre personas del mismo sexo (...)", loc. cit., p. 135.

<sup>15</sup> Parece que no sería posible que uno de los cónyuges adoptara individualmente durante el matrimonio y posteriormente se produjera la adopción por parte del otro. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: "El matrimonio entre personas del mismo sexo (...)", *ibidem*, p. 135.

<sup>16</sup> Como hemos expuesto anteriormente, el recurrente plantea la concurrencia de otros preceptos constitucionales posiblemente vulnerados por la Ley 13/2005. Concretamente, el recurso alega ocho motivos de inconstitucionalidad fundamentados en la infracción de los artículos 9.3, 10.2, 14 (en relación con los artículos 1.1 y 9.2), 32, 39.1, 2 y 4, 53.1 (en relación con el artículo 32) y 167 CE, si bien el TC considera que el motivo de inconstitucionalidad principal y el único que podría llegar a fundamentar la estimación del recurso en su totalidad es la vulneración del artículo 32. Es precisamente en el estudio de este precepto en el que hemos centrado el trabajo, si bien la respuesta que el TC ofrece al resto de los motivos de inconstitucionalidad aparece en el FJ2 a 5 de la sentencia.

*regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*<sup>17</sup>.

La Constitución admite el matrimonio civil como única forma de matrimonio e impone la igualdad de los cónyuges. Sin embargo, el problema al que se enfrenta el TC consiste en analizar si el legislador, haciendo uso del mandato del apartado segundo del artículo 32 CE, se ha extralimitado en sus funciones al incluir en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo en aparente contradicción con la literalidad del apartado primero del citado precepto, que solo permite deducir un concepto difuso del matrimonio, no exento de elementos calificadores de la institución<sup>18</sup>. En definitiva, se trata de analizar si la Constitución en su artículo 32 admite también el matrimonio entre personas del mismo sexo o si por el contrario solo consagra el matrimonio integrado por un hombre y una mujer.

### 3.1. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 32 CE

Para dar respuesta al motivo principal del recurso, el TC expone en el FJ 6 la interpretación que su propia jurisprudencia ha realizado del artículo 32 CE dotando al matrimonio de un doble contenido<sup>19</sup>. Por un lado, el matrimonio en la Constitución es una garantía institucional, por ser una institución garantizada por la Carta Magna<sup>20</sup> y, asimismo, es un derecho constitucional (derecho a contraer matrimonio), tal y como se deduce de su ubicación en la Sección 2<sup>a</sup>, Capítulo segundo del Título I de la Constitución. Este derecho constitucional debe ser desarrollado por una ley ordinaria (artículo 32.2 CE), que en todo caso debe respetar su contenido esencial (artículo 53. 1 CE).

Este doble contenido del matrimonio obliga al TC a desplegar una protección del matrimonio de carácter objetivo que garantice que el legislador no

<sup>17</sup> Este artículo 32 ha sido redactado conforme al artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y la Convención de Naciones Unidas de 15 de abril de 1969 sobre consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos.

<sup>18</sup> ROCA I TRÍAS, E.: *Derecho de familia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 58.

<sup>19</sup> Vid. STC 184/1990, de 15 de noviembre (BOE n° 289 de 3 de diciembre de 1990).

<sup>20</sup> La categoría de la garantía institucional fue introducida por el TC en su sentencia 32/1981, de 28 de julio (BOE n° 193 de 13 de agosto de 1981) para proteger determinadas instituciones esenciales previstas en la Constitución, frente a la acción del legislador ordinario dirigida a eliminarlas o desnaturalizarlas. Se pretende preservar así la imagen que de las mismas tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (FJ 3). Son ejemplo de garantías institucionales la autonomía local, la familia o el régimen foral, tal y como ha puesto de manifiesto el TC en diversas sentencias.

elimine la “imagen maestra” que se tiene de la institución y una protección de carácter subjetivo, que garantice al titular o titulares del derecho a contraer matrimonio que su posición jurídica no quedará afectada por el trabajo del legislador. Por tanto, el TC analiza en la sentencia si la Ley 13/2005 perjudica al matrimonio como garantía institucional distorsionando la imagen maestra del mismo y decide si la ley restringe negativamente a sus titulares originarios el ejercicio del derecho a contraer matrimonio.

### **3.1.1 El matrimonio configurado como garantía institucional**

El matrimonio, como garantía institucional, simplemente es enunciado por la Constitución, que no incorpora una definición del mismo. En este sentido, el artículo 32. 2 CE configura el matrimonio como objeto de un derecho (*ius connubii*) y otorga un amplio margen al legislador ordinario para que se encargue de articular dicha definición, con el único requisito del respeto al reducto indisponible o núcleo esencial del matrimonio. Por tanto, el constituyente habría configurado al matrimonio como una de las instituciones básicas de la vida social<sup>21</sup> y por ello impondría una serie de límites indisponibles para el legislador ordinario que impedirían su actuación puramente discrecional en la configuración de la institución<sup>22</sup>.

La configuración del matrimonio como una garantía institucional obliga a analizar si la posibilidad que otorga la Ley 13/2005 de contraer matrimonio a las personas del mismo sexo desnaturaliza los perfiles de dicha institución hasta el punto de hacerla irreconocible. Si esto fuera así, el TC no tendría más remedio que declarar la exlimitación en las funciones del legislador ordinario y la inconstitucionalidad de la ley, por ser contraria a la garantía institucional del matrimonio.

El TC afirma en su sentencia que, haciendo una estricta interpretación literal de la norma, el artículo 32 CE únicamente identifica a los titulares del derecho a contraer matrimonio (el hombre y la mujer) sin que en ningún momento establezca con quien deben contraerlo (FJ 8). Parece que el TC sigue en este punto la opinión de aquellos autores que sostienen que la CE no expresa literalmente que el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio entre sí<sup>23</sup>, si bien olvida que si se realiza una interpretación sistemática del

<sup>21</sup> POLO SABAU, J.R.: *Matrimonio y Constitución (...)*, op., cit., p. 41. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “El matrimonio entre personas del mismo sexo (...)”, loc., cit. p. 144 y ss.

<sup>22</sup> GARCÍA RUBIO, M.P.: “La modificación del Código Civil (...)”, loc., cit., p. 6.

<sup>23</sup> Vid. GIMÉNEZ GLÜCK, D.: *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 251. LINACERO DE LA FUENTE, M.: “Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de Derecho a contraer matrimonio”, en *Foro, Nueva Época*, nº 2/2005, 424.

precepto, este artículo 32 es el único del Título I que se refiere expresamente al hombre y a la mujer como titulares de un derecho subjetivo. En el resto de los preceptos de dicho Título, la Constitución hace referencias genéricas a “todos”, “toda persona”, “los ciudadanos” u otras expresiones similares neutrales desde el punto de vista del género<sup>24</sup>, lo cual a mi juicio demuestra la voluntad del constituyente de configurar la institución del matrimonio en el marco de sus perfiles tradicionales; esto es, como la unión de un hombre y una mujer<sup>25</sup>.

Sin embargo, al mismo tiempo el TC considera que si se realiza una interpretación histórica de la norma, y teniendo en cuenta sus antecedentes legislativos, parece que en el momento de aprobación de la CE, no se pensó en ningún momento en el matrimonio como una institución a la que tuvieran acceso las personas del mismo sexo. En efecto, en aquel momento histórico el matrimonio se concebía unánimemente como la unión entre un hombre y una mujer y por ello la preocupación del legislador consistió fundamentalmente en garantizar la igualdad entre los cónyuges desde el punto de vista de su capacidad de obrar y la eliminación de restricción de la misma que suponía para la mujer su acceso a este nuevo estado civil<sup>26</sup>. Así, la mención a la igualdad en el artículo 32 es la manifestación concreta del principio de igualdad en la esfera intramatrimonial<sup>27</sup>.

En cualquier caso, el TC entiende que el hecho de que el legislador en el año 1978 no contemplara la posibilidad de construir el matrimonio sobre la base de la homosexualidad, no significa que la excluyera<sup>28</sup>.

El TC desea adaptar el contenido del artículo 32 a la realidad social actual y para ello utiliza el denominado criterio de “interpretación evolutiva”<sup>29</sup> (FJ9).

<sup>24</sup> GARCÍA RUBIO, M.P.: “La modificación del Código Civil (...)”, loc., cit., p. 5.

<sup>25</sup> En el mismo sentido, POLO SABAU, J.R.: *Matrimonio y Constitución (...)*, op., cit., p. 49. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO.: “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, en *Derecho Privado y Constitución*, n° 17, 2003, 65. Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ, B.: “Matrimonio, Género y Familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 91, enero-abril, 2011, p. 79.

<sup>26</sup> En esta idea ahonda el en su voto particular el Magistrado Manuel Aragón Reyes (FJ1). Vid. por todos FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema constitucional español*, ed. Dykinson, Madrid, 1997. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: “El matrimonio de los homosexuales (...)”, loc., cit p. 2. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: “Estudio crítico de la reforma del Código civil por la que se autoriza el matrimonio entre personas de igual sexo” en *Revista jurídica del Notariado*, n° 56, 2005, p.15.

<sup>27</sup> POLO SABAU, J.R.: *Matrimonio y Constitución (...)*, op., cit., p. 50.

<sup>28</sup> En el mismo sentido, LINACERO DE LA FUENTE, M.: “Ley 13/2005, de 1 de julio (...)”, loc., cit, p. 425. Critica este razonamiento del TC el Magistrado D. Andrés Otero Tassara en su FJ 3.

<sup>29</sup> El concepto de interpretación evolutiva que maneja el TC es el principal motivo de discrepancia por parte del Magistrado Manuel Aragón Reyes (FJ2). A su juicio lo que ha realizado el TC en su sentencia es interpretar la Constitución en función de un criterio generalmente acuñado de garantía institucional, que va cambiando a lo largo del tiempo, pero que se distingue la denomi-

Este criterio de interpretación permite que el legislador ordinario pueda aplicar los principios constitucionales a supuestos no previstos originariamente por el constituyente, para dar respuesta a los nuevos problemas de la sociedad y asegurarse así, de que la Constitución se adapta a las nuevas realidades de la vida moderna<sup>30</sup>. En todo caso, esta actuación del legislador estará sujeta al control del TC, que, como máximo garante de la Carta Magna, velará porque estas actualizaciones legislativas no sean contrarias al texto constitucional. Se trata, en definitiva, de interpretar la CE de acuerdo con la nueva realidad social, para poder dar respuesta a las necesidades de la sociedad. Consecuentemente, este criterio de “interpretación evolutiva” permite configurar el Derecho como un fenómeno social directamente relacionado con la sociedad en la que se desarrolla, tal y como articula la noción de “cultura jurídica”.

Así, el artículo 32 y el concepto de matrimonio, según el TC en esta sentencia, deberán analizarse teniendo en cuenta la denominada “cultura jurídica”, integrada por una serie de elementos enunciados por el propio Tribunal. De estos elementos no se predica fuerza normativa, si bien a juicio del Alto Tribunal reflejan un cambio en el concepto tradicional del matrimonio<sup>31</sup>. El TC enumera los siguientes elementos integradores de la cultura jurídica: la respuesta de la sociedad ante la modificación introducida en el matrimonio, la opinión de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos del país, la evolución de normas de Derecho comparado y la actividad internacional de los Estados mediante la firma de Tratados Internacionales, la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales que los interpretan, así como los dictámenes de los órganos consultivos también de carácter internacional.

El primer elemento integrador de la cultura jurídica viene determinado por la observación de la sociedad y su respuesta a la modificación de la institución del matrimonio, analizando si la apertura del matrimonio a las personas

---

nada interpretación evolutiva que consiste en adaptar el sentido de las normas constitucionales a las nuevas realidades sociales, respetando siempre el tenor literal del precepto constitucional. En este sentido afirma que si la letra constitucional se queda obsoleta, la datación a los nuevos cambios sociales pasan por la reforma de la Constitución, que es un procedimiento previsto en el propio texto constitucional. En la necesidad de reforma constitucional para incluir el matrimonio de personas del mismo sexo ahonda también el voto particular del Magistrado D. Andrés Ollero Tassara (FJ1).

<sup>30</sup> Con este criterio interpretativo se aparta de la aplicación de los criterios clásicos de interpretación previstos en el artículo 3 del CC, lo que a juicio del Magistrado D. Andrés Ollero Tassara refleja una incapacidad del TC para fundamentar su fallo haciendo uso de los mismos (FJ5).

<sup>31</sup> El Magistrado Manuel Aragón Reyes no comparte el criterio de cultura jurídica manejado por el TC al considerar que se equipara a una “especie de sociologismo jurídico” (FJ1). Por su parte, el Magistrado Ramón Rodríguez Arribas tampoco está de acuerdo con el hecho de que la imagen maestra de una garantía institucional se someta a la evolución de la denominada cultura jurídica ya que el único que puede decidir que el legislador ordinario ha vulnerado la Constitución es el TC.

del mismo sexo supone una distorsión de la imagen que del matrimonio tiene dicha sociedad. El TC parte de una definición genérica del matrimonio como *comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, presutando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento*<sup>32</sup>.

Lo verdaderamente relevante de este primer elemento integrador es que el TC enumera los requisitos esenciales del matrimonio y excluye de los mismos la heterosexualidad<sup>33</sup>. En este sentido, considera que son elementos esenciales la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona que se elija y la manifestación de esa voluntad<sup>34</sup>. Se observa, por tanto, como la supresión del requisito de la heterosexualidad y la pérdida del papel primordial que cumplía la procreación en el matrimonio<sup>35</sup> colocan en un primer plano la simple relación de convivencia o afectividad, que refleja la nueva concepción del matrimonio como comunidad de vida creada por los cónyuges<sup>36</sup>. Estas dos circunstancias unidas explican la posibilidad de

---

<sup>32</sup> Al hilo de esta definición algún autor limita la finalidad del matrimonio a la constitución de una comunidad de intereses identificada con la forma societaria, olvidando de todo punto la vertiente personal que del mismo se deriva. LÓPEZ HERNÁNDEZ, C.V.: “La nueva noción del matrimonio: vista por el Tribunal Constitucional” en *Actualidad Civil*, n.º 5, Sección A Fondo. La ley 1904/2013, p. 9.

<sup>33</sup> En su voto particular, el Magistrado Ramón Rodríguez Arribas critica esta definición por excluir expresamente el tema del sexo de los contrayentes cuando este componente es el que ha caracterizado al matrimonio desde los primeros tiempos. Así, el matrimonio integrado por personas de diferente sexo tiene de forma genérica, entre sus muchas finalidades, la de perpetuar la especie humana. (FJ1). Sin embargo, el Magistrado Manuel Aragón Reyes, también en su voto particular, manifiesta que el núcleo esencial de la garantía institucional del matrimonio es históricamente cambiante, lo que ha llevado a que actualmente, tanto para la conciencia social como para la cultura jurídica, la heterosexualidad no sea unánimemente considerada como un elemento esencial del matrimonio (FJ1).

<sup>34</sup> La exclusión de la heterosexualidad como elemento esencial del matrimonio desnaturaliza la institución a juicio del Magistrado Juan José González Rivas (FJ2), que comienza afirmando que el matrimonio es una institución preexistente a nuestra Constitución. Por su parte, el Magistrado Juan José González Rivas considera que esta circunstancia atenta contra uno de los principios estructurales del matrimonio (FJ4). En el mismo sentido, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: “Estudio crítico de la reforma del Código civil (...)”, loc., cit., p. 14.

<sup>35</sup> Efectivamente, la reforma operada por la Ley 30/1981 de 7 de julio Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE de 20 de Julio de 1981) suprime la impotencia sexual de entre las causas de nulidad matrimonial.

<sup>36</sup> POLO SABAU, J.R.: *Matrimonio y Constitución* (...), op., cit., p. 34-35.

configurar el matrimonio como la unión entre dos personas del mismo o de distinto sexo.

El TC también sustenta este primer elemento integrador en una serie de datos, (fundamentalmente estadísticos) para manifestar la opinión relativa a que la imagen del matrimonio no se ha visto distorsionada con la modificación de la institución matrimonial. Así, estos datos reflejan que un alto porcentaje de la sociedad no considera que se distorsione la imagen de la institución del matrimonio por el hecho de que se contraiga por personas del mismo sexo (FJ9)<sup>37</sup>.

Asimismo, el TC expone que el concepto de cultura jurídica se articula con las opiniones doctrinales y de los órganos consultivos previstos por el propio ordenamiento jurídico. Actualmente, no existe una posición unánime en torno a la configuración del matrimonio. Sin ánimo de profundizar en una cuestión que ha sido objeto de un profuso estudio<sup>38</sup>, solo quiero mencionar que nos encontramos con dos posturas contrapuestas en torno a la configuración de la institución del matrimonio. Por una parte, se encuentra aquel sector de la doctrina que predica la esencialidad del requisito de la heterosexualidad en el matrimonio y que es concebido como la unión estable con vínculos afectivos entre un hombre y una mujer para crear un proyecto de vida en común<sup>39</sup>. Esta

<sup>37</sup> La interpretación de estos datos desde una óptica contraria pone de manifiesto que aproximadamente la otra mitad de la población no concibe el matrimonio como la unión de dos personas del mismo sexo.

<sup>38</sup> Un estudio de las distintas posturas lo realiza GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: "El matrimonio entre personas del mismo sexo (...)", loc., cit. p. 138 y ss.

<sup>39</sup> Los fundamentos en los que se apoya esta corriente doctrinal son los siguientes: el matrimonio es configurado por la Constitución como una garantía institucional indisponible para el legislador ordinario, quien no puede modificar su contenido esencial, y por ello no puede introducir en nuestro ordenamiento jurídico un matrimonio integrado por personas del mismo sexo. Además, una interpretación gramatical y sistemática del artículo 32 pone de manifiesto que es el único precepto del Título I de la CE que se refiere expresamente al hombre y a la mujer. Asimismo, una interpretación histórica de la norma refleja que la Constitución española no ha creado *ex novo* la figura del matrimonio sino que ha incorporado una figura que históricamente ha sido configurada como la unión de un hombre y una mujer. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, en los Tratados firmados por España se define el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer. Por otra parte, no supone una vulneración del artículo 14 de la Constitución el no reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, motivado por el distinto papel que cumplen los integrantes de la pareja en relación con los menores cuando aquéllos tienen distinto o igual sexo. Finalmente, este sector doctrinal se apoya en la idea relativa a que la adopción conjunta en el caso del matrimonio pretende asimilarse a la filiación biológica y esta asimilación no se produce si los integrantes del matrimonio tuvieran el mismo sexo. En cualquier caso, la posibilidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo pasa por una reforma del texto Constitucional. Vid. entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: "El matrimonio de los homosexuales" en *Aranzadi Civil-Mercantil*, (Tribuna), n° 15/2004, p.2. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: "Estudio crítico de la reforma del Código civil (...)", loc., cit, p. 15. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: "El matrimonio entre personas del mismo sexo (...)", loc., cit. p. 151.

posición doctrinal sostiene, por tanto, la inconstitucionalidad de la Ley 13/2005 y la pérdida de la oportunidad de incorporar un nuevo régimen jurídico aplicable a las parejas integradas por personas del mismo sexo.

Por otra parte, nos encontramos con aquel sector doctrinal que afirma la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005, dictada en virtud de la habilitación que al legislador ordinario le confiere el apartado segundo del artículo 32, y la posibilidad de articular un nuevo modelo de matrimonio<sup>40</sup>. En este sentido esta segunda postura pretende garantizar la igualdad de derechos entre las personas, con independencia de su orientación sexual, permitiendo así el matrimonio entre personas del mismo sexo. Dicha posición doctrinal pone el acento en la protección del individuo y el desarrollo de la personalidad, en consonancia con lo establecido por la posición mayoritaria de la actual sentencia del TC y en la necesidad de adaptación del espíritu de la Constitución a la evolución de las concepciones sociales<sup>41</sup>.

Por lo que se refiere a los órganos consultivos hay que señalar que en este caso sí ha habido uniformidad de criterio puesto que tanto el Dictamen del Consejo de Estado<sup>42</sup>, el del Consejo General del Poder Judicial<sup>43</sup>, así como el

---

<sup>40</sup> Los argumentos que justifican esta posición son los siguientes: la interpretación literal del artículo 32 no impone una obligación al hombre y a la mujer de contraer matrimonio entre sí. Asimismo, parece que la Constitución no ha establecido un concepto cerrado de matrimonio y permite que el legislador sea quien configure este concepto, tal y como se refleja en la Exposición de motivos de la Ley 13/2005. El artículo 32 debe ser interpretado de forma sistemática por lo que en cualquier caso hay que tener en cuenta el artículo 14 y la no discriminación de las personas por motivos de orientación sexual y el artículo 10.1 y el libre desarrollo de la personalidad. También se alude a una interpretación sociológica de la Constitución y a la necesidad de interpretar sus preceptos conforme a la nueva realidad social y a la evolución que sobre la institución del matrimonio se ha experimentado. Vid. entre otros, VALLADARES RASCON, E.: "El derecho a contraer matrimonio y la Constitución", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 9/2005 (Estudio) BIB 2005/1388.

<sup>41</sup> FERNANDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: "La evolución jurídica del sistema matrimonial español (...)" loc., cit., p. 96.

<sup>42</sup> El Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de ley, emitido por la Comisión Permanente, en sesión de 16 de diciembre de 2004. El Dictamen del Consejo de Estado gira en torno a dos presupuestos: El artículo 32.1 CE reconoce el derecho al matrimonio entre hombre y mujer y no entre personas del mismo sexo, lo cual no impide que el legislador pueda extender a las parejas integradas por personas del mismo sexo los plenos derechos y beneficios del matrimonio, mediante un sistema de equiparación. El Consejo de Estado considera en definitiva, estamos ante una garantía institucional que es indisponible para el legislador ordinario. Un análisis de este Dictamen lo realiza RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: "Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo" en *Diario la Ley* (Sección doctrina), n.º 6170, enero 2005.

<sup>43</sup> El Consejo General del Poder Judicial se pronunció en su *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, aprobado por el Pleno del Consejo general del poder Judicial el 26 de enero de 2005.

emitido por la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia<sup>44</sup> exponen sus dudas acerca de la constitucionalidad de la Ley y ponen en el acento en el carácter esencial de requisito de la heterosexualidad de sus integrantes, exigiendo por la Constitución.

Entiendo que a la opinión de dichos órganos cabría añadir la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que en su Resolución de 21 de enero de 1988 (RJ 1988/215) o en la Resolución de 2 de octubre de 1991 (RJ 1991/8611)<sup>45</sup> ha defendido la heterosexualidad como uno de los requisitos del matrimonio y, como no puede ser de otro modo, la jurisprudencia del propio TC en su interpretación de la garantía institucional del artículo 32.

En efecto, el TC en su Auto 222/1994, de 11 de julio ha manifestado en su fundamento jurídico 2 que *la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990) y que se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual.*

Sin embargo, a renglón seguido, el propio Tribunal defiende en este Auto, que la anterior consideración *no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo.* Y es precisamente a esta idea a la que se acoge el TC en la sentencia objeto de estudio cuando afirma (FJ10) que *la interpretación del Auto 222/1994 no puede entenderse como consagración constitucional de la heterosexualidad en el seno del matrimonio, aunque tampoco puede entenderse que esta opción, como única posible, quede absolutamente excluida. Lo que hace, sin lugar a dudas, es asumir el principio heterosexual del matrimonio como una opción válida del legislador contenida en el marco de la Constitución y dar cabida constitucional a una eventual regulación de la convivencia more uxorio para los homosexuales. Pero de ello no puede colegirse de forma automática que el matrimonio heterosexual sea la única opción constitucionalmente legítima, debiendo determinarse si la opción del legislador aquí enjuiciada también cabe dentro de la norma cons-*

<sup>44</sup> Dictamen emitido en la sesión de 21 de febrero de 2005.

<sup>45</sup> No obstante, la DGRN reorienta su criterio al autorizar el matrimonio con transexuales. Vid. Resolución de 8 de enero de 2001 (RJ 2001/2568) y Resolución de 24 de enero de 2005 (RJ 2005/1954).

*titucional vigente*<sup>46</sup>. En este sentido, no parece razonable tratar de distinta forma a los convivientes *more uxorio* por razón de su orientación sexual<sup>47</sup>.

Sin embargo, parece que el Constitucional en su Auto 222 no está pensando en la posibilidad de ampliar la aplicación del régimen matrimonial a las parejas del mismo sexo, sino más bien en la creación de figuras paralelas que permitan a sus integrantes beneficiarse de los derechos inherentes al matrimonio. Si no fuera así, no tendría sentido que el Tribunal hablase de “sistema de equiparación” como cauce de reconocimiento de derechos.

En tercer lugar, el TC, en la sentencia estudiada, señala como elemento configurador de la cultura jurídica el Derecho comparado, refiriéndose a ordenamientos jurídicos integrados en la cultura jurídica occidental que han ido admitiendo paulatinamente la existencia de matrimonios entre personas del mismo sexo. Sirvan de ejemplo Holanda (Ley 2000), Bélgica (Ley 2003), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (Ley 2009), Suecia (2009), Portugal (Ley 9/2010), Islandia (2010), Argentina (2010), Dinamarca (Ley de 2012), Uruguay (2013), Nueva Zelanda (21013) y Francia (Ley 2013)<sup>48</sup>. No obstante, sería conveniente aclarar cuáles de estos países han configurado el matrimonio como una garantía institucional garantizada por la Constitución y cuáles no, a los efectos de que la comparación con nuestro ordenamiento jurídico fuera lo más fidedigna posible<sup>49</sup>.

Finalmente, se completa el concepto de cultura jurídica, según el TC, con el elemento relativo a la actividad internacional de los Estados mediante la firma de Tratados Internacionales, la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales que los interpretan, así como los dictámenes de los órganos consultivos también de carácter internacional. Entiende el TC que se observa en las decisiones de órganos internacionales una ampliación progresiva del concepto tradicional del matrimonio para posibilitar la inclusión de personas del mismo sexo tal y como refleja la Sentencia del TEDH en el asunto Schalk y Koft c.

<sup>46</sup> El Magistrado Ramón Rodríguez Arribas, en su voto particular, pone de manifiesto su disconformidad con la interpretación que el TC realiza de esta Auto, que en su opinión deja claro que la unión entre personas del mismo sexo biológico no está jurídicamente regulada y que no existe un derecho constitucional a que se regule, al contrario de lo que ocurre con el matrimonio entre un hombre y una mujer que sí es un derecho consagrado en la Constitución. Sobre este Auto del TC vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.C. “Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)” en *Revista de Derecho Privado*, Vol.: 82, Num.: 10, 1998, pp. 683-736.

<sup>47</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 127.

<sup>48</sup> Un estudio del tratamiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho comparado lo realiza CAÑAMARES ARRIBAS, S.: *El matrimonio homosexual en el Derecho español y comparado*, ed. Iustel, Madrid 2007.

<sup>49</sup> En este sentido el voto particular del magistrado Manuel Aragón Reyes.

Austria de 22 de noviembre de 2010 en una interpretación del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no excluye la posibilidad de los Estados de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>50</sup>. Por tanto, según este artículo 12 será cada Estado el que decida si permite o no este tipo de matrimonio, lo cual dependerá de lo que establezca su ordenamiento jurídico y, en su caso, su norma suprema<sup>51</sup>.

En conclusión, a juicio del TC, la Ley 13/2005, siguiendo el mandato otorgado por el constituyente en el artículo 32.2, amplía la institución del matrimonio a las personas del mismo sexo conforme a nuestra cultura jurídica, sin que ello suponga menoscabo alguno de la imagen maestra que la sociedad actual tiene de la institución. Por ello, desde el punto de vista de la garantía del instituto, el TC considera que la Ley 13/2005 no incurre en un supuesto de inconstitucionalidad.

### 3.1.2. El derecho subjetivo constitucional a contraer matrimonio

Según el TC el derecho a contraer matrimonio también es un derecho subjetivo contenido en la Sección segunda del Título I de la Constitución<sup>52</sup>. Por ello, el desarrollo de este derecho constitucional está sometido al principio de reserva de ley, que necesariamente deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE). Por tanto, este precepto constitucional impone un límite a la actividad del legislador que en el desarrollo del derecho a contraer matrimonio debe respetar su contenido esencial. Será el TC el que deberá dilucidar si la Ley 13/2005 en la regulación de este derecho, ha respetado o no su contenido esencial<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Sin embargo, cabe destacar, tal y como lo hace el ATC 222/1994, de 11 de julio que la jurisprudencia del TEDH en otras sentencias anteriores (caso Rees, de 17 de octubre de 1996 y caso Cossey de 27 de septiembre de 1990) ha declarado que los Estados que no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo no violan el artículo 12 del Convenio de Roma, y que utiliza un concepto tradicional de matrimonio al referirse a la unión entre un hombre y una mujer.

<sup>51</sup> Es en este punto en el que hace hincapié el voto particular del Magistrado Ramón Rodríguez Arribas cuando afirma que en el ordenamiento jurídico español sería necesario acometer un procedimiento de reforma del artículo 32 de la Constitución que permita dar cabida a los matrimonios integrados por personas del mismo sexo.

<sup>52</sup> Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: "El matrimonio entre personas del mismo sexo (...)", loc., cit. p. 146. Este autor considera que *el ius connubii* no es un derecho subjetivo sino que más bien expresa la capacidad para contraer matrimonio, de modo que si los contrayentes cumplen con los requisitos de capacidad impuestos por la ley, la persona competente para autorizarlo no puede denegar su celebración.

<sup>53</sup> Vid la STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25 de abril de 1981) en la que se aclara la noción de contenido esencial de un derecho (FJ10). Así, «*contenido esencial*» será *aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga.*

El TC considera que el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio se encuentra definido por las siguientes circunstancias: En primer lugar, los titulares del derecho a contraer matrimonio lo ejercerán con plena igualdad jurídica, lo cual se deduce de la literalidad del artículo 32.1 CE y es una manifestación específica del principio de igualdad jurídica del artículo 14 CE. En este sentido, hay que recordar que la celebración del matrimonio ya no supone una restricción de la capacidad de obrar para ninguno de los contrayentes. En segundo lugar, el derecho a contraer matrimonio es un derecho de titularidad individual pero cuyo ejercicio requiere la confluencia de dos consentimientos, tal y como establece el artículo art. 45 Cc<sup>54</sup>. En tercer lugar, la celebración del matrimonio impone a los contrayentes una serie de derechos y deberes enumerados en los artículos 66 y ss del Cc<sup>55</sup>. Y finalmente, el contrapunto del derecho a contraer matrimonio es la libertad de no hacerlo, lo que justifica que el TC haya permitido la existencia de dos regímenes de convivencia jurídicamente diferenciados; el matrimonio y la convivencia *more uxorio*, consecuencia de la elección que hayan podido realizar las personas que efectivamente quieren contraer matrimonio.

Según el criterio del TC, esta delimitación del contenido esencial del derecho a contraer matrimonio otorga al legislador un amplio margen de libertad para delimitar las formas de matrimonio, la capacidad para contraerlo o los derechos y deberes de los cónyuges, así como para configurar regímenes de convivencia *more uxorio* diferenciados del régimen matrimonial. En este sentido, la apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo convive con otras figuras, reguladas de forma más o menos similar por las Comunidades Autónomas, que institucionalizan las relaciones entre personas del mismo sexo. En efecto, actualmente no existe una regulación estatal de las parejas de hecho y dicha regulación ha sido desarrollada por las Comunidades Autónomas. En líneas generales, todas las leyes autonómicas imponen una serie de requisitos a la pareja tanto en sus relaciones con la Administración como en el ámbito estrictamente privado<sup>56</sup>. Lo normal es que todas estas

<sup>54</sup> El artículo 45 del Cc establece que “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”.

<sup>55</sup> Los artículos mencionados imponen a los cónyuges la obligación de respeto y ayuda mutua, la obligación de actuar en interés de la familia, la obligación de vivir juntos y guardarse fidelidad, reitera la obligación de socorro mutuo e incluso añade un deber de corresponsabilidad en el hogar familiar respecto de las labores domésticas y el cuidado de los familiares a su cargo. La reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio (BOE n° 163, de 9 de julio) que reforma el Código civil introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de solicitar la separación y el divorcio por la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges, deja a estos derechos y deberes vacíos de contenido ante un posible incumplimiento. Es más, resulta paradójico que en la propia reforma se introduzca un deber nuevo (la corresponsabilidad en las tareas del hogar y mantenimiento de la familia) y este deber nazca sin una sanción ante su incumplimiento.

<sup>56</sup> Es precisamente la regulación de aspectos civiles de las parejas de hecho por parte de CCAA

normas tiendan a equiparar a los convivientes con los matrimonios al objeto de disfrutar de los beneficios que les atribuyan las administraciones autonómicas<sup>57</sup>, lo cual ha llevado a algún autor a afirmar que, debido a esta ingente regulación, nos encontramos ante verdaderos matrimonios<sup>58</sup>.

Finalmente, el TC manifiesta en su sentencia que el desarrollo de la ley no vulnera el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, cuyo ejercicio faculta a contraer matrimonio con cualquier persona del mismo o diferente sexo<sup>59</sup>. Esta posibilidad de contraer matrimonio con personas del mismo sexo no desnaturaliza el derecho y no afecta negativamente al ejercicio de este derecho por parte de las parejas heterosexuales, quienes pueden contraer o no matrimonio entre sí<sup>60</sup>. Además, la reforma del matrimonio operada por la ley 13/2005, no restringe el ámbito de libertad de estas parejas heterosexuales puesto que, al igual que ocurría antes de la fecha de entrada en vigor de la ley, podrán contraer matrimonio cumpliendo los requisitos legalmente establecidos.

Por su parte, las personas homosexuales sí han visto ampliado su ámbito de libertad puesto que a partir de esta ley disponen de una opción hasta la fecha inexistente para ellas como es la de contraer matrimonio. En definitiva, el TC entiende que el legislador ordinario lo único que ha hecho con la ley 13/2005 ha sido modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional

---

sin competencia en la materia lo que ha llevado al TC a declarar la inconstitucionalidad de preceptos que regulaban aspectos civiles. Vid. al respecto la última STC, Pleno, 81/2013, de 11 de abril por la que se declara la inconstitucionalidad de los artículos 4 y 5 la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho.

<sup>57</sup> Esta aproximación entre ambas realidades se acentúa si tenemos en cuenta que la Ley 15/2005, de 1 de julio ha eliminado la separación y el divorcio causal de nuestro ordenamiento jurídico, lo que ha dejado vacío de contenido las obligaciones personales de los cónyuges a pesar de haberlas ampliado en su redacción. JORDÁN VILLACAMPA, M.L.: "Particularidades del sistema matrimonial español en el seno de la Unión Europea", en *Cuadernos de Integración Europea*, diciembre de 2006, p. 37 Sin embargo, este no es el sentir de otro sector de la doctrina que afirma que estas relaciones *more uxorio* no son ni pueden ser matrimonios al carecer de las características que lo definen. GARCÍA RUBIO, M.P.: "La modificación del Código Civil (...)", loc., cit., p. 15.

<sup>58</sup> VALLADARES RASCON, E.: "El derecho a contraer matrimonio (...)", loc., cit. p. 4. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Ed. Bercal, Madrid, 2007, p. 44. En el mismo sentido, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo", en *Revista General de legislación y Jurisprudencia*", nº3, 2005, p. 361.

<sup>59</sup> El Magistrado D. Andrés Ollero Tassara manifiesta, en su voto particular, que la preponderancia de los derechos individuales sobre las instituciones jurídicas convierten a las segundas en irrelevantes para los primeros (FJ2). Así, entiende que este radicalismo individualista no reconoce al matrimonio otra función que la de otorgar reconocimiento social a conductas injustamente discriminadas, lo cual en definitiva supone cambiar el matrimonio mismo que es la unión entre personas de distinto sexo.

<sup>60</sup> Resalta esta idea DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Argumentos a favor de la posible constitucionalidad (...)", loc., cit. p. 363.

al matrimonio sin afectar a su contenido ni al régimen de ejercicio por la personas heterosexuales. Así, la propia institución matrimonial y el derecho individual a contraer matrimonio serán respetuosos con la orientación sexual de las personas dispuestas a contraerlo. En consecuencia, la ley 13/2005 cumple un mandato constitucional dirigido a garantizar la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1) (FJ10).

#### **4.2. La problemática de la adopción por los matrimonios integrados por personas del mismo sexo**

El efecto más importante que se deriva de la extensión del régimen jurídico del matrimonio al celebrado entre personas del mismo sexo radica en la posibilidad de adoptar conjunta o sucesivamente, tal y como dispone el artículo 175.4 CC. El legislador ordinario es consciente de esta circunstancia cuando admite en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 que “los efectos del matrimonio se mantienen en su integridad con independencia del sexo de los contrayentes lo que permitirá a todos los cónyuges ser parte en un procedimiento de adopción”<sup>61</sup>. Por tanto, en España se admite sin límite alguno la adopción por parte de dos personas del mismo sexo. No obstante, conviene destacar que no es la primera vez que en nuestro ordenamiento jurídico se introduce la posibilidad de la adopción conjunta por parte de personas del mismo sexo, ya se previamente ya se había reconocido a parejas estables homosexuales a las que la legislación autonómica correspondiente les otorgaba esta posibilidad<sup>62</sup>.

El TC considera que la admisibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de que, como el matrimonio heterosexual, pueda adoptar conjunta o sucesivamente no supone un atentado a la protección a la

---

<sup>61</sup> Merece la pena destacar, como ya ha hecho la profa. GARCÍA RUBIO que la Ley 13/2005, no ha modificado la Disposición adicional 3ª de la ley 21/1987, de 11 de noviembre (BOE nº 275, de 17 de noviembre) que equiparaba los efectos de la adopción realizada por los cónyuges a la realizada por “*el hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*”. Una interpretación literal de la norma impide a las parejas de hecho integradas por personas del mismo sexo la adopción conjunta siempre que esta adopción se realice según normas de Derecho común. Por el contrario, si la adopción se realiza al amparo de normas forales como por ejemplo la Navarra, Cataluña o el país Vasco las parejas del mismo sexo sí pueden adoptar. GARCÍA RUBIO, M.P.: “La modificación del Código Civil (...)”, loc., cit., p. 26.

<sup>62</sup> Vid, el artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio de Navarra. También el artículo 8 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo del país vasco. En Aragón, la Ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre parejas estables no casadas, que si bien inicialmente no autorizó este tipo de adopción, incluyó esta posibilidad en el artículo 10 en una reforma de 2004 (Ley 2/2004, de 3 de mayo) Por su parte, en Cataluña, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, tampoco la preveía, pero sí posteriormente como consecuencia de la modificación operada por la Ley 3/2005, de 8 de abril.

familia en general y a los hijos en particular (art. 39 CE) puesto que el procedimiento de adopción en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra presidido por la tutela del interés del menor y será el juez quien en cada procedimiento concreto decidirá si este interés del menor se encuentra protegido o no<sup>63</sup>.

En cualquiera de los casos, es preciso señalar que este principio de libertad de adopción por personas del mismo sexo realmente es solo aplicable en los supuestos de adopciones realizadas en el territorio español. En los casos de adopciones de niños procedentes de países extranjeros será necesario acudir a lo que establezca la ley personal del niño (art. 9.5 CC) y al contenido del Convenio de la Haya de 29 de marzo de 1993, de protección del niño y de cooperación en materia de adopción internacional. En líneas generales los países en los que actualmente los españoles realizan un mayor número de adopciones internacionales no permiten la adopción de niños por personas del mismo sexo.

#### **4. CONCLUSIONES**

En esta controvertida sentencia, el TC declara la constitucionalidad de una ley que introduce en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio contraído entre personas del mismo sexo, realizando una interpretación extensiva del artículo 32 CE. Esta interpretación, basada fundamentalmente en el criterio de “cultura jurídica” resulta contradictoria no solo con el tenor literal del precepto sino también con sus antecedentes históricos y legislativos. En este sentido, lo más adecuado para la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo habría sido la modificación del artículo 32 CE, siguiendo el procedimiento constitucionalmente previsto, y su redacción en términos más genéricos, excluyendo toda referencia explícita al sexo de los integrantes. No obstante, razones de oportunidad política e ideológica parecen justificar una reforma que entiendo ha operado al margen de los cauces legalmente establecidos para ello.

---

<sup>63</sup> El Magistrado Ramón Rodríguez Arribas, en su voto particular, tacha de simplista la afirmación esta afirmación y considera que desde el punto de vista del menor, que es a quien hay que proteger, no es lo mismo tener un solo padre o una sola madre (recuérdese que en nuestro ordenamiento jurídico se permite la adopción por cualquier persona, con independencia de su orientación sexual), que dos padres y ninguna madre o dos madres y ningún padre o haya que convertir a una mujer en un padre y a un hombre en una madre. En definitiva, considera este Magistrado que en este tipo de supuestos se coloca al Juez que es quien tiene la facultad de conceder la adopción en una situación muy comprometida socialmente y en ocasiones de difícil salida. En el mismo sentido el Magistrado Manuel Aragón Reyes.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, S.: “Matrimonio entre personas del mismo sexo y la Doctrina de la DGRN: una lectura más crítica” en *Diario la Ley*, N° 6629 (Sección Doctrina), 15 de enero de 2007, Ref- 12, La ley 5/2007.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, en *Derecho Privado y Constitución*, n° 17, 2003.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: “El matrimonio de los homosexuales” en *Aranzadi Civil- Mercantil*, (Tribuna), n° 15/2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Ed. Bercal, Madrid, 2007.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S.: *El matrimonio homosexual en el Derecho español y comparado*. ed. Iustel, Madrid. 2007
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *Revista General de legislación y Jurisprudencia*”, n°3, 2005.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.C. “Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)” en *Revista de Derecho Privado*, Vol.: 82, Num.: 10, 1998.
- DÍAZ FRAILE, J.M.: “Exégesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio”, en *Diario la Ley*, n° 6449 de 27 de marzo de 2006, y n° 64410 de 8 de marzo de 2006.
- FERNANDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual” en *Foro Nueva Época*, n° 3, 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema constitucional español*, ed. Dykinson, Madrid, 1997.
- GARCÍA RUBIO, M.P...: “La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, en *Diario la Ley*, N° 6359, Sección Doctrina, (La Ley 5090/2005), ed: La Ley.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional”, en *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 13, 2005.
- GIMÉNEZ GLÜCK, D.: *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, ed. Bosch, Barcelona, 2004.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- HERNANDEZ IBAÑEZ, C.: “Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual” en *Diario la*

ley, (Sección Doctrina), 2006, Ref- D-153, La Ley 1596/2006.

JORDÁN VILLACAMPA, M.L.: “Particularidades del sistema matrimonial español en el seno de la Unión Europea”, en *Cuadernos de Integración Europea*, diciembre de 2006.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: “Estudio crítico de la reforma del Código civil por la que se autoriza el matrimonio entre personas de igual sexo” en *Revista jurídica del Notariado*, nº 56, 2005

LINACERO DE LA FUENTE, M.: “Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de Derecho a contraer matrimonio”, en *Foro, Nueva Época*, nº 2/2005.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, C.V.: “La nueva noción del matrimonio: vista por el Tribunal Constitucional” en *Actualidad Civil*, nº 5, Sección A Fondo. La ley 1904/2013.

MARTÍN SÁNCHEZ, M.: *Matrimonio homosexual y Constitución*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

POLO SABAU, J.R.: *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Cuadernos Cívitas, ed. Aranzadi, Navarra, 2006.

ROCA I TRÍAS, E.: *Derecho de familia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, J.: “Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo” en *Diario la Ley* (Sección doctrina), nº 6170, enero 2005.

RODRÍGUEZ RUIZ, B.: “Matrimonio, Género y Familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*”, nº 91, enero-abril, 2011.

VALLADARES RASCON, E.: “El derecho a contraer matrimonio y la Constitución”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9/2005 (Estudio) BIB 2005/1388.