

EL MATRIMONIO HOY: SUS PERFILES JURÍDICOS AD INTRA Y AD EXTRA*

Clara I. Asua González

Catedrática de Derecho Civil
Universidad del País Vasco

Sumario: 1. Reflexión inicial: sustancial separación normativa entre matrimonio y filiación. 2. Los perfiles internos del matrimonio. A propósito del acceso al mismo de las personas del mismo sexo: A) Previo. B) El derecho al matrimonio, el matrimonio y las relaciones entre ambos: posibles lecturas al hilo de la Constitución. C) Algunas reflexiones sobre el matrimonio, su función y contenido esencial. D) Apunte final sobre constitucionalidad. 3. El matrimonio hacia fuera: su posición en el actual marco de institucionalización de la pareja.

1. REFLEXIÓN INICIAL: SUSTANCIAL SEPARACIÓN NORMATIVA ENTRE MATRIMONIO Y FILIACIÓN

I.- Casi siempre que se habla de *nuevas* familias y de su tratamiento jurídico se está haciendo referencia sea a cuestiones sobre el estatus jurídico de la pareja o relativas al cuidado y potestades sobre menores. Es verdad que, enunciados con tal generalidad, estos asuntos no tienen nada de nuevos; pero lo que ha variado radicalmente son las situaciones personales sobre las que se proyectan y la perspectiva y actitud de los poderes públicos frente a tales situaciones.

Estas realidades o situaciones han emergido y proliferado en cuanto, en nuestro caso por efecto de la Constitución, desaparecieron los mecanismos jurídicos que constriñendo, prohibiendo y discriminando perfilaron una institución de pareja para toda la vida —no hablemos ahora del contenido de la misma—, aseguraron que la reproducción se realizara en el seno de la misma y desterraron cualesquiera otras situaciones a las sombras sociales y jurídicas. La igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su origen matrimonial o no, y la disolubilidad del matrimonio fueron un detonante al que se han sumado circunstancias de índole diversa como la reacción ante pautas morales y jurídicas provenientes de una reli-

* En los últimos tiempos, he participado en diferentes foros abordando el tema del matrimonio de las personas del mismo sexo, pero fue al hilo de mi intervención, en julio de 2005, en el Curso de Verano sobre *Nuevas familias* organizado por la UPV/EHU en colaboración con la institución del Ararteko, cuando se perfilaron de manera más acabada mis ideas al respecto. Sin embargo, como poco después acepté la solicitud de la revista *Orientaciones* para escribir sobre la cuestión y también tiene *secuela escrita* mi participación en las Jornadas organizadas por la Facultad de Farmacia de la UPV/EHU a lo largo de la primavera de 2006, conviene advertir que una parte de este trabajo (el relativo a los *perfiles internos del matrimonio*) coincide en lo sustancial con diversos textos publicados o pendientes de publicación y a los que se hace alusión en la relación bibliográfica.

gión mayoritaria estricta, controladora y nada compasiva, la interiorización de los principios constitucionales, el acceso de la mujer al mercado de trabajo, las nuevas técnicas de reproducción asistida, etc. El resultado de todo ello, esas nuevas realidades están a la vista: parejas no matrimoniales; familias monoparentales en las que la filiación —natural o adoptiva— se ha establecido sólo respecto de un progenitor; familias monoparentales en las que la filiación está determinada respecto de los dos progenitores; familias en las que un progenitor convive, además de con sus hijos, con una pareja (situación que puede tener sus variantes en cuanto que la filiación puede estar o no determinada respecto de otro progenitor), etc. Téngase en cuenta que, donde proceda, en los ejemplos anteriores ha de introducirse la variante de que podemos hablar de personas del mismo o de diferente sexo.

En muchos de los ejemplos anteriores están presentes los hijos, y ello no es sino muestra de que hoy el cuidado y las potestades sobre los menores centran buena parte de la reflexión que desde el Derecho privado y público afecta a la familia: desde las ya más clásicas cuestiones relativas a la patria potestad y en general a la guarda en los casos de progenitores que no viven juntos, a la eventual posición respecto de los menores de la pareja de un progenitor —ámbitos de autoridad, conveniencia o no de un replanteamiento en tema de adopción—, a los derechos de los abuelos, a la posibilidad de que quede determinada la filiación respecto de dos personas del mismo sexo, a la tutela administrativa y en general a la intervención de los poderes públicos, al complicado y traumatizante tránsito entre muchos acogimientos familiares y la adopción, etc.

II.- Mi participación en este Debate, sin embargo, se va a colocar en el plano de la pareja y del tratamiento jurídico de la misma.

Se ha dicho que la función social del matrimonio ha consistido y sigue consistiendo en ser el momento fundacional de una familia entendida como prole o sucesión de generaciones. O que la justificación histórica del reconocimiento del derecho constitucional al matrimo-

nio radica en que el matrimonio constituye el fundamento de la *familia* —pensando nuevamente en los hijos—. Tales consideraciones vinculan pareja y prole y podrían entenderse en el sentido de que la regulación de las relaciones de pareja está en función de la reproducción o, en términos más amplios, de la función progenitora (y es que en castellano ya la primera acepción oficial de *progenitor* es la de madre o padre). Perspectiva que entre nosotros ha resultado evidente a propósito de la de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. De un lado, porque en el debate sobre si las parejas del mismo sexo habrían de acceder o no al matrimonio se cruzaba permanentemente el de la procedencia de que se pudiera determinar la filiación al mismo tiempo respecto de dos mujeres o dos hombres, esgrimiéndose la respuesta negativa a esta segunda cuestión en argumento en contra del acceso al matrimonio. Y de otro porque el propio legislador, diciendo que actuaba en tema matrimonial, repárese en la denominación de la Ley, actuaba también sobre la filiación. A la vista de cómo se desarrolló el *iter* legislativo, parece claro que se pretendió que la atención quedara centrada en la cuestión del matrimonio, para lo que se contaba con un importante respaldo popular, y un tanto apartada del tema de la filiación adoptiva, cuestión ésta que se consideraba más polémica. Es cierto que la incidencia sobre la adopción se producía en buena medida de manera automática porque, al posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo, se configuraba ya el supuesto de hecho de la adopción por más de una persona del artículo 175.4 CC: que se tratara de cónyuges. Pero, amén de que este tema procuró soslayarse, se introdujeron modificaciones en el régimen de la adopción y así ahora, cosa que antes no se hacía, se especifica que se puede adoptar al hijo adoptado antes del matrimonio por el cónyuge.

Sin embargo, y a la vista de los datos legales, el matrimonio es hoy un objeto de atención para el Derecho, abstracción hecha del tema de la reproducción y de la función progenitora. La separación comienza cuando en el plano

jurídico se desvincula matrimonio y prole — ésta no se encuentra en la esencia o elementos definidores de aquél— y es finalmente un efecto inevitable del igual tratamiento de los hijos con independencia de su origen matrimonial o no. Además, y en un plano diverso, otras circunstancias han venido a incidir en la misma dirección y así el divorcio y la longevidad determinan que se establezcan e institucionalicen sucesivas parejas en las que la maternidad o paternidad no juegan ya ningún papel.

Es cierto que la reproducción es un fuerte impulso del emparejamiento; que buena parte de los hijos se tienen —aunque luego ya no se eduquen y cuiden— en pareja; que todavía éstas son mayoritariamente matrimoniales y que en todo caso es previsible que sigan siendo mayoritariamente institucionalizadas; pero la cuestión es que el tratamiento jurídico del matrimonio y de la pareja se hace casi con total abstracción de esta circunstancia.

No se trata de discutir lo obvio, que sin la reproducción no se hubiera instalado el esquema de pareja y producido la institucionalización de la misma, sino de poner de manifiesto que, a día de hoy, en el tratamiento jurídico se han dado los pasos suficientes para que las consecuencias de la filiación sean independientes de la relación de pareja y que, en gran medida por ello, en la visión jurídica de ésta no se tenga en consideración aquélla de un modo relevante. Los puntos de conexión, que los hay, aparecen más como variantes puntuales que como elementos estructurales. Veamos algunos ejemplos, advirtiendo que no se prende de la exhaustividad material ni normativa.

III.- Aunque las consecuencias de la filiación sean independientes de la relación de los progenitores, lo cierto es que tal relación sí es tenida en cuenta a la hora de establecer tal filiación. Así ocurre, por ejemplo, con las normas para determinar la filiación matrimonial (para establecer en caso de matrimonio, y en la filiación por naturaleza, quién es progenitor para el Derecho: arts.115 ss. CC o 87.2 y 89 ss. del Código de Familia catalán) o la posibilidad de adopción por más de una persona reconocida a los cónyuges en el art. 175.4 CC y que se re-

conoce también a la pareja estable de hombre y mujer en el Derecho Civil del Estado y en diversas Leyes autonómicas a las parejas que caigan bajo su ámbito con independencia del sexo de sus integrantes. En un sentido amplio pueden contemplarse estos extremos en perspectiva de efectos del matrimonio o de la pareja, pero podría haber matrimonio o pareja aunque el legislador entendiera que no debía determinarse la filiación respecto de dos personas del mismo sexo (se ha dicho que los menores son el único factor que justifica un debate público *ideológico* sobre los modelos de familia) o que algunas reglas para su determinación o establecimiento habrían de diferir (ahora, un claro ejemplo de esto se encuentra en la circunscripción de la presunción de paternidad marital al matrimonio de hombre y mujer: arts. 116 CC o 89 del Código de Familia catalán).

Pensemos ahora en qué incidencia tiene la filiación a la hora de disciplinar legalmente la pareja. La perspectiva será la del matrimonio, pero alguna referencia se hará a las regulaciones sobre parejas *estables* o *he hecho*.

Dado que la prole no se encuentra entre sus elementos definidores, esa incidencia no existe propiamente a efectos constitutivos: la aptitud y/o la intención de reproducirse o de adoptar es irrelevante. Es cierto que, a propósito de nulidad, puede reflexionarse y discutirse sobre la relevancia de la esterilidad como cualidad personal determinante del otorgamiento del consentimiento. Pero en tal reflexión no se debe perder de vista el punto de partida normativo —no son estructurales la aptitud o la intención—, de suerte que en todo caso la eventual incidencia debería ceñirse a los casos en los que el proyecto reproductivo resulta perfectamente explicitado como determinante —elemento *sin el cual no*— y que, colocados ya en ese plano y a efectos constitutivos y por tanto jurídicos, que es de lo que estamos hablando, la prole *tiene* al matrimonio tanto o tan poco como otras circunstancias —cualidades— que en el caso se consideren esenciales. Por otra parte, y siempre a propósito de constitución o de momento inaugural, téngase presente que la reproducción tampoco es hoy, y a diferen-

cia del pasado, una circunstancia que desde los poderes públicos se conciba como impulsora del matrimonio y atenuante de la exigencia de suficiente juicio o madurez: a la vista de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre dispensa del impedimento de edad para contraer matrimonio, el embarazo de la menor no emancipada no suele considerarse justa causa *ex art.* 48 CC.

Llamativo es lo que ocurre en ciertas Leyes autonómicas sobre parejas; y es que en algunas, y por supuesto partiendo de que no resulte necesario, en cuanto constitutiva, una declaración expresa y/o inscripción en un Registro, una de las circunstancias que, unida a la convivencia, determina la aplicación de la normativa —y por tanto de ser pareja a los efectos de la Ley— es la de tener hijos comunes (así los arts. 1.2 Ley 10/1998 de Cataluña y 2.2 Ley 6/2000 de Navarra). No se trata de una cuestión de prueba de la convivencia sino de una circunstancia que se presenta como alternativa a la duración de la convivencia a lo largo de un periodo determinado de tiempo. Aquí la filiación sí es tenida en cuenta a efectos *constitutivos*.

En el plano de las obligaciones de los cónyuges y en lo que hace a las llamadas *obligaciones personales*, es lo lógico que las mismas se configuren al margen de terceros —también de la prole—: el respetarse, vivir juntos, guardarse fidelidad, ayudarse o socorrerse mutuamente es en unos casos un deseo del legislador y en otros una auténtica obligación que tiene como único universo de referencia a la pareja. No ocurre así, sin embargo, con la tradicionalmente *debidada* actuación en interés de la familia (arts. 67 CC, 1 y 3 Código de Familia catalán) y la nueva *obligación* de compartir el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo (art. 68 CC). Pero sólo en el primer caso, actuación en interés de la familia, y en tanto en cuanto las acciones u omisiones de un cónyuge perjudiquen a los hijos, estamos propiamente en plano de integrar la actuación respecto de la prole como un deber conyugal; en el otro supuesto se trata lisa y llanamente de no *abusar* del cónyuge (y eso es respeto, ayuda e igualdad). Con todo, no se debe

olvidar que en ambos casos se sigue tratando de un deseo del legislador y que, por lo que hace a los cónyuges y a la vista del actual sistema de separación y divorcio, su real relevancia jurídica se ceñiría en el primer supuesto y todo lo más —y aquí no se está realizando ahora un posicionamiento sobre el tema—, al ámbito de la responsabilidad civil, y en el segundo al plano de las consecuencias económicas de la separación, divorcio o nulidad.

En tema de relaciones patrimoniales, de cara a la determinación del régimen económico matrimonial no se atiende a consideraciones de prole. Sin embargo, y como representación de un esquema tradicional pero pragmático de orden familiar, en cierta medida —pues no se trata de un tema de determinación del régimen sino de dualidad en el seno del mismo al momento de la extinción— un ejemplo de excepción lo encontramos en la comunicación foral, el régimen económico del régimen legal supletorio en la zona aforada vizcaína (arts. 93 ss. Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco). En el mismo concurre un factor de alternatividad en virtud del cual, si el régimen se extingue por muerte de uno de los cónyuges con hijos comunes, se comunica la mitad de todos los bienes —cualquiera sea su procedencia y el momento de adquisición—; sin embargo, si la extinción se produce por muerte y sin hijos comunes o por divorcio aunque haya hijos comunes no se produce tal comunicación y sólo se harán comunes los bienes ganados durante la vigencia del régimen. La consideración a los hijos es innegable, pero con todo obsérvese que es un elemento necesario pero no suficiente: si se han tenido pero no sobreviven al causante no opera la comunicación y tampoco lo hace si la extinción del régimen se produce por causa distinta al fallecimiento.

No repasaremos, en fin, las normas que en varias legislaciones civiles, y en sede de *régimen matrimonial primario*, tienen en consideración los gastos en atención a los hijos (incluidos en las necesidades ordinarias de la familia) sea de cara a establecer la legitimación para actuar, y comprometer el patrimonio común, de cualquiera de los cónyuges, o sea para fijar

la responsabilidad en tal caso del no actuante (responsabilidad que también se establece en alguna Ley autonómica sobre parejas; así, por ejemplo, arts. 7 Ley 6/2000 de Navarra y 5.3 Ley 18/2001 de Baleares). Como tampoco especificaremos los preceptos que en regímenes de comunidad establecen los cargos provisionales o definitivos al patrimonio común de los gastos relativos a los hijos.

Por lo que hace al acceso a la separación o al divorcio (y evidentemente a la nulidad por cuanto ésta tiene en cuenta el *momento fundacional*) ninguna relevancia se otorga a nivel normativo a la existencia o no de hijos. No se ha hecho tradicionalmente en cuanto a restringir o ralentizar el acceso, que podía haber sido lo suyo (en el anterior régimen de separación y divorcio las actuaciones reprochables reiteradas o graves contra los hijos permitían tal acceso), y mucho menos se hace ahora que se establece un sistema de separación y divorcio no causal, donde aquélla en ningún caso es presupuesto de éste, de *acceso unilateral* y que prescinde de la duración del matrimonio (los tres meses pueden ser calificados como irrelevantes como lapso temporal y en cualquier caso soslayables en situaciones de riesgo entre otros casos para los hijos —nuevamente el *rasgo facilitador*—). En cuanto a los efectos patrimoniales, la dedicación a la familia puede tener incidencia a efectos de pensión compensatoria en caso de separación o divorcio o de indemnización en caso de nulidad.

Y no se olvida, para terminar, que en tema sucesorio es regla general que, mediando legítimas, los derechos sucesorios del cónyuge viudo se vean reducidos en caso de existencia de hijos y que, en el orden de la sucesión abintestato, el cónyuge esté detrás no sólo de los hijos sino de los ascendientes.

IV.- Reitero que no se trata de obviar lo determinante de la prole en el surgimiento de la institución y en el impulso personal al emparejamiento estable. Ni que la existencia de hijos pueda determinar la aplicación de determinadas normas para regular las relaciones entre cónyuges durante el matrimonio o cuando el mismo se extingue.

Lo que se ha procurado es poner de manifiesto que, una vez que se realizan determinadas opciones legales, la irrelevancia de la reproducción en el plano constitutivo y fundamentalmente el igual tratamiento de los hijos ante la Ley con independencia de su origen matrimonial o no, prole y matrimonio se separan estructuralmente. Por eso, y después se insistirá en esta idea, el *debate* jurídico sobre la pareja es *autónomo* y únicamente no debería serlo si las opciones legales respecto de la pareja perjudicaran —cosa que no parece que ocurra— la reproducción y la continuidad de la especie.

Otra es la discusión sobre la prole y filiación: en general —y no estoy expresando ahora ninguna posición personal— podría discutirse si conviene que una persona sola adopte, si procede que una mujer sola sea receptora de embriones o de gametos masculinos a través de técnicas de reproducción asistida, si la filiación debe quedar determinada respecto de dos personas del mismo sexo, cómo debe plantearse la adopción por parte de la nueva pareja de una madre o un padre, etc. En la mayor parte de estos casos el criterio de decisión es casi exclusivamente ideológico y creo sinceramente que por ese motivo quienes nos dedicamos al Derecho tenemos muy poco más que decir que cualquier otra persona. Pero, en lo que hace a los casos en los que la referencia es una pareja, hoy y por las razones expuestas, las decisiones sobre las cuestiones reseñadas, también las restrictivas, no deben condicionar el modelo legal de la misma (por poner un ejemplo de actualidad: el que la filiación no hubiera podido determinarse respecto de dos personas del mismo sexo ello de por sí no hubiera sido óbice para que hubieran podido casarse). Tengo además para mí que en este tema, el de la pareja, y en la actual coyuntura española, hay más ámbito para la reflexión jurídica y espero que así se ponga de manifiesto a lo largo de estas líneas. Es evidente que cualquier reflexión técnica viene condicionada por lo ideológico, de modo que no se interprete lo anterior como afirmación de un propósito de ser *aséptica*. Sólo quiero decir que en este trabajo se utilizan los *rudimentos* del oficio de jurista.

V.- Al anunciar y circunscribir el objeto de atención, se ha hecho referencia al tratamiento jurídico de la pareja y en las líneas anteriores se aludía tanto al matrimonio como a la pareja institucionalizada, entendiendo por tales a las parejas no matrimoniales reguladas. Ésta es, sin embargo, una reflexión que se pretende sea fundamentalmente sobre el matrimonio y que creo que efectivamente lo es. Ahora bien, hoy, y especialmente en España, no se puede hablar sobre el mismo sin mirar hacia fuera y calibrar su posición. Ahora fuera también hay institución y lo cierto es que, bien pensado y en puridad de términos, matrimonio y pareja institucionalizada pueden verse aquél como especie y ésta como género (que englobaría también a las parejas *de Derecho* no matrimoniales). Aunque, y yendo más allá de los términos, quizás terminemos pensando que todo es matrimonio.

Para la mirada hacia adentro del matrimonio se ha escogido como perspectiva o hilo conductor la posibilidad de acceder al mismo por parte de las personas del mismo sexo. Al fin y al cabo, casi todo el debate sobre la materia se ha trasladado a si tal relación debía y/o podía ser matrimonio y a si el matrimonio ha resultado profunda e irremediamente desdibujado; esto es, a la *esencia* o al concepto del matrimonio.

Si pudiera por tanto sorprender que en un foro sobre nuevas familias se hable de matrimonio, creo que mi participación quedará convenientemente adaptada o integrada habida cuenta de que al fin y al cabo se abordan dos temas tradicionalmente englobados en ese ámbito temático: el matrimonio de los homosexuales y las parejas no matrimoniales.

2. LOS PERFILES INTERNOS DEL MATRIMONIO. A PROPÓSITO DEL ACCESO AL MISMO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

A) PREVIO

I.- En virtud de la Ley 13/2005, de 1 de julio, pueden contraer matrimonio entre sí las

personas del mismo sexo. Puede decirse, por tanto, que entre nosotros la diversidad sexual ha dejado de ser una nota característica o definitiva de la institución matrimonial. Otro tanto, como es sabido, ocurre en Holanda, Bélgica, Canadá y Sudáfrica. También pueden contraer matrimonio las personas del mismo sexo en el estado de Massachussets, Estados Unidos pues, tras la sentencia de la *Supreme Judicial Court* de Massachussets, *Hillary Goodridge and others v. Department of Public Health*, de 18 de noviembre de 2003, que estableció que era contrario a la Constitución del mencionado Estado el negar a las parejas homosexuales los efectos derivados del matrimonio, se han venido celebrando matrimonios *homosexuales*; sin embargo, actuaciones legislativas posteriores, en primer lugar de índole federal y posteriormente de los Estados federados, han determinado que en la mayoría de los Estados de la Unión no se reconozcan los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en Massachussets.

Formalmente, la reforma se ha realizado incluyendo un segundo párrafo en el artículo 44 del Código Civil; de manera que, si en este precepto antes sólo se señalaba que el *hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código*, ahora se añade que el *matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo*.

Esta sistemática ha sido criticada viendo en ella una diferenciación innecesaria y considerando que carece de sentido mantener ya la referencia al hombre y a la mujer. Es cierto que da la impresión de que la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo se refleja legislativamente como una especie de añadido al modelo tradicional, el matrimonio entre hombre y mujer. Pero puede que la opción formal del legislador tenga una justificación o, cuando menos, una motivación: mantener una continuidad con los términos que, a propósito del matrimonio, se utilizan en la Constitución y rechazar una determinada inteligencia de los mismos. En el artículo 32.1 CE se establece que *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer*

matrimonio con plena igualdad jurídica y, como luego veremos, la mención a ambos sexos se ha erigido en argumento de que la diversidad sexual es una exigencia constitucional. Pues bien, no es descartable que, manteniendo en el Código casi los mismos términos que la Constitución, pretenda hacerse patente que los mismos se tienen bien presentes, pero que no impiden el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo.

II.- En general en el debate —jurídico y extrajurídico— en torno a la *extensión* del matrimonio a las parejas homosexuales, uno de los elementos centrales de la discusión ha sido el modo en el que ello afecta a los perfiles del matrimonio, considerándose, desde posturas contrarias a tal extensión, que con ello se subvertiría la institución. Si este hubiera sido entre nosotros el único plano del debate, una aproximación a la nueva situación tendría mucho de mirada al pasado, aunque éste sea muy reciente; y ello porque cualquier reflexión y valoración sobre el eventual *cambio* operado en la institución matrimonial no podría obviar el dato de que el legislador ya ha decidido que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Sin embargo, en el caso español el asunto tiene un particular tinte constitucional cuya real intensidad va a ser finalmente determinada por el Tribunal Constitucional.

Ese *particular* tinte constitucional se debe a que, como ya se ha visto, en el artículo 32 I CE se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Como garantizándose el derecho al matrimonio se está garantizando al mismo tiempo la institución matrimonial, se ha defendido que la Ley 13/2005 vulneraría el mencionado precepto al modificar el concepto constitucional de matrimonio; y este es uno de los argumentos del recurso de inconstitucionalidad planteado el 28 de septiembre de 2005 por más de cincuenta diputados de Grupo Parlamentario Popular (admitido a trámite por providencia de 25 de octubre de 2005). De este modo, el tema del concepto de matrimonio, la valoración de cuáles son los perfiles del mismo que tienen garantía constitucional, y la determinación de quiénes son titulares

del derecho fundamental —aspectos en muy estrecha relación— cobran una importancia decisiva.

B) EL DERECHO AL MATRIMONIO, EL MATRIMONIO Y LAS RELACIONES ENTRE AMBOS: POSIBLES LECTURAS AL HILO DE LA CONSTITUCIÓN

I.- La perspectiva jurídica que alienta la opinión de que el matrimonio homosexual resulta incompatible con la Constitución parte de considerar que, al garantizarse el derecho del *hombre* y de la *mujer* a contraer matrimonio, la Carta Magna garantiza que sólo puedan contraerlo el hombre y la mujer entre sí. Y ello porque la garantía del matrimonio que se derivaría del artículo 32 I CE exigiría mantener la institución reservada a sus sujetos tradicionales. Sólo así se garantizaría el *contenido esencial* (cfr. art. 53.1 CE) del derecho. Una Ley que admitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo sería por tanto inconstitucional.

Esta es en resumen una parte importante de la línea argumental del recurso de inconstitucionalidad planteado (Fundamentos de Derecho primero y segundo) y, sin duda, el fundamento del criterio de la doctrina, claramente mayoritaria antes de la Ley 13/2005 y de número muy considerable en la actualidad, que considera que el matrimonio está reservado constitucionalmente a la pareja formada por hombre y mujer.

Como se ha visto, punto de apoyo para esta interpretación es que en el artículo 32 I CE se habla de hombre y mujer; mención que contrasta con los términos genéricos y neutros de *los ciudadanos*, *todas las personas* o *todos los españoles* que por doquier aparecen en el resto del articulado. Es cierto, se reconoce, que no se habla del derecho del hombre y la mujer a casarse *entre sí*, pero parece pensarse que ello hubiera sido redundante.

En la misma línea se insiste en que también se alude a *hombre* y *mujer* en los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por

España: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), Convenio de Roma (art. 12) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2). Circunstancia que, invocando el artículo 10.2 CE, suele utilizarse como argumento de refuerzo de la tesis de la garantía constitucional del matrimonio heterosexual; y, de hecho, en el recurso de inconstitucionalidad uno de los motivos alegados es el de la infracción del art 10.2 CE. Sin embargo, en el art. II-69 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se hace referencia al derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia de manera impersonal.

La predicada reserva constitucional del matrimonio para las personas de distinto sexo, parece erigirse propiamente en una *reserva de nombre* frente a otras realidades, porque entre nosotros prácticamente no se han alzado voces (*vid.*, sin embargo, el informe de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia) que reclamen como imperativo constitucional el que la institucionalización de las parejas homosexuales deba conllevar efectos distintos a los del matrimonio —e insisto en que al hablar de efectos o régimen del matrimonio me refiero estrictamente a la pareja—. Antes al contrario, pues en el propio recurso de inconstitucionalidad se habla de una coincidencia de todos los grupos parlamentarios para regular las convivencias homosexuales *con los mismos o similares efectos que para las parejas heterosexuales*.

Precisamente esta suerte de monopolio del nombre es lo que viene a subyacer en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 17 de julio de 2002: cuestionándose si la Ley para poner fin a la discriminación de las parejas del mismo sexo de 16 de febrero de 2001 vulneraba —al establecer una figura con contenido comparable al del matrimonio— la garantía de esta institución contenida en el artículo 6 I de la Constitución (*Familia y matrimonio quedan bajo la especial protección del Estado*), el Tribunal, que parte de que la diversidad sexual es una nota del matrimonio garantizado en la Constitución, considera que tal garantía no exige tratar peor a otras convivencias. Criterio que se alcanza por mayoría de tres votos a dos

y expresando los magistrados de la minoría su parecer contrario en sendos votos particulares. Votos particulares en los que se insiste en que la garantía constitucional del matrimonio se vulnera también si *bajo otro nombre* se regula la pareja del mismo sexo atribuyéndole los derechos y obligaciones que corresponden al matrimonio.

II.- La postura anterior se asienta en la idea de que el reconocimiento del derecho al matrimonio del hombre y de la mujer para casarse entre sí lleva necesariamente aparejado la garantía de que el matrimonio sólo puede ser entre dos personas de distinto sexo. Sin embargo, incluso dando por bueno que el derecho al matrimonio sólo se garantice en la Constitución al hombre y la mujer para contraer matrimonio entre sí, esto es que la diversidad sexual sea presupuesto del *ius connubii*, no necesariamente debe derivarse de ahí que la Constitución exija que sólo puedan acceder al matrimonio las personas de distinto sexo. Esto es, que garantice que el matrimonio sólo puede ser entre hombre y mujer.

¿Cómo compatibilizar la constitucionalidad del reconocimiento de la posibilidad de casarse a la parejas homosexuales con la idea de que la diversidad sexual es presupuesto del *ius connubii*? Ello pasa por entender que la Constitución exige reconocer el matrimonio entre hombre y mujer, pero que no pretende vetar el reconocimiento de esta posibilidad por parte del legislador ordinario a las parejas del mismo sexo. Si así se razonara, habría de entenderse que la diversidad sexual no se integra en el concepto constitucional del matrimonio sino que esa circunstancia se limita a ser un presupuesto del reconocimiento constitucional del derecho. Impedir el acceso al matrimonio por parte de las parejas homosexuales no sería una imposición constitucional. De aquí podría concluirse, sin más, que el matrimonio homosexual es perfectamente constitucional y disponible para el legislador ordinario. Pero también podría considerarse que, aunque se entienda que la Constitución no pretende excluir el matrimonio homosexual, para su constitucionalidad resultaría necesario, además,

comprobar que con ello no resulta *borrada* la imagen del matrimonio, vulnerándose así su garantía y el contenido esencial del derecho garantizado.

No puede decirse propiamente que el Auto del Tribunal Constitucional 222/94, de 11 de julio se alinee con la postura de que la Constitución no exige la diversidad sexual, pero tiene cabida perfectamente en la misma. Se trataba de un recurso de amparo, por vulneración del artículo 14 CE, planteado por un convivente, varón, al que se le había denegado una pensión de *viudedad* tras la muerte de su compañero, también varón. La base del recurso radicaba en que, al conectar la Ley el reconocimiento de la pensión a la existencia de un previo matrimonio, se colocaba a los homosexuales en una situación de desigualdad por no existir la posibilidad legal de contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo. En el Auto, que es desestimatorio, se hace un permanente esfuerzo por intentar equiparar este caso al de las parejas heterosexuales. En tal supuesto, como se sabe, el Tribunal Constitucional ha considerado repetidas veces que no vulnera la Constitución el no reconocimiento del derecho a pensión a un convivente, erigiéndose en argumento básico el que la Constitución, el artículo 14, no exige tratar igual a la pareja matrimonial y a la no matrimonial y que el matrimonio *puede* recibir por tanto una protección mayor que la unión extramatrimonial; y ese es también el argumento que se ofrece como punto de apoyo fundamental. Sin embargo, como el recurso de amparo, dando esto por supuesto, va más al fondo y plantea la imposibilidad de casarse, igualmente se señala, aludiendo a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial*. También se dice —y cabe pensar que ahora no se diría— que los miembros de una pareja del mismo sexo *no tienen un derecho constitucional a su establecimiento* o que los poderes públicos *pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual*, aunque finalmente se añade que ello *no excluye que por el legislador*

se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los conviventes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal y como propugna el Parlamento Europeo. Pero nótese que tales afirmaciones ni siquiera entonces, y se realizaban en un contexto social muy distinto del actual, resultan acompañadas de la consideración de que el texto constitucional *reserve* el matrimonio para la pareja heterosexual.

En el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto, se contienen párrafos que leídos aisladamente llevarían a ubicar aquí su posicionamiento: “...*el artículo 32.1 de la Constitución garantiza el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer, y no a las parejas del mismo sexo. Ahora bien, la referencia expresa al ‘hombre y la mujer’ no supone, por sí misma que se reserve a las parejas heterosexuales el acceso al conjunto de derechos y deberes que integran el estatuto matrimonial, sino que, entre las legítimas opciones de política legislativa, cabe la posibilidad de que el legislador lo extienda a las parejas integradas por personas del mismo sexo*”. Pero también se realizan consideraciones como la siguiente: “*El Anteproyecto no se orienta a limitar directamente unas u otras posibilidades de actuación inherentes al derecho a contraer matrimonio hasta ahora reconocido a las parejas heterosexuales. Sin embargo, el hecho de abrir la institución matrimonial a parejas del mismo sexo supone un cambio especialmente profundo en dicha institución, que delimita y afecta a esas posibilidades de actuación, hasta el punto de plantear si, con ello, no se está alterando la naturaleza jurídica del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 32 de la Norma Fundamental*”. Y es cierto que no termina de haber un posicionamiento al respecto, pero también es verdad que se desaconseja la vía matrimonial para la juridificación de las parejas homosexuales.

III.- Las dos posturas precedentes tienen en común la consideración de que en el artículo 32 CE sólo se reconoce el *ius connubii* al hombre y a la mujer para casarse entre sí. Sin embargo, cabe otra lectura sobre los perfiles constitucionales de la cuestión. La misma partiría de que el derecho al matrimonio se reconoce

al hombre y a la mujer con independencia de con quien lo contraiga e implicaría que la transformación de la base subjetiva tradicional de la institución venía impuesta constitucionalmente. Esto es, que el no permitir el acceso al matrimonio de las personas del mismo sexo sería contrario a la Constitución. En auxilio de esta interpretación vendrían los artículos 10.1 y 14 CE, entendiendo para ello que la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad exigen que las parejas del mismo sexo puedan configurar jurídicamente su relación exactamente igual que las personas de distinto sexo; igualdad que sería no sólo de contenidos sino de nombre.

IV.- Cualquiera de las dos últimas *lecturas* permite defender la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una diferencia entre ambas, sin embargo, resulta evidente: mientras que en la segunda se trata de una cuestión de legalidad ordinaria y sometida por tanto al albur de eventuales cambios de composición en el Parlamento, en la tercera la situación no tendría vuelta atrás porque el legislador no habría hecho sino cumplir con una exigencia constitucional.

Otra diferencia estaría relacionada con la eficacia del eventual derecho en las relaciones entre particulares. Un ejemplo que suele plantearse es el de las atribuciones gratuitas: un testador (o un donante) *penaliza* haber contraído matrimonio con una persona del mismo sexo, beneficiando o no a otros sujetos. Pero precisamente en el caso de las atribuciones gratuitas realmente poca diferencia habrá entre si se considera o no que contraer matrimonio con una persona del mismo sexo es un derecho garantizado constitucionalmente. Y es que, aunque se tratara de un derecho con reconocimiento constitucional (arts. 10.1 y 32 CE), en los actos gratuitos debe primar la autonomía de la voluntad. Por eso sería incuestionable jurídicamente la decisión de un testador que en el ámbito de su libertad —más o menos amplio en función de si goza de total libertad de disposición *mortis causa* o viene sometido a un sistema legitimario— decide, e incluso

así lo explicita, no atribuir nada a una persona por el hecho de haber contraído matrimonio con otra del mismo sexo. Y lo mismo habría de decirse si la mencionada no atribución fuera acompañada de una atribución a otra persona precisamente por haber contraído matrimonio con persona de diferente sexo. En este último supuesto hay, además, un trato desigual, pero el artículo 14 CE también debe ceder aquí ante la libertad. Los ejemplos anteriores giran en torno a nuestro objeto de estudio, pero a las mismas conclusiones llegaríamos en supuestos de heterosexualidad. Pensemos en un testador que, pudiendo disponer libremente, descarta una atribución por el hecho de que el eventual beneficiario se haya casado, lo haya hecho con una determinada persona o no se haya casado. Aunque nadie discuta que esa persona ejercita un derecho protegido en el artículo 32 I CE y conectado al artículo 10.1 CE, e incluso aunque estuviera presente el plano de la discriminación (porque se atribuye a quien no se casa, o a quien se casa con determinada persona o a quien se casa), en estos casos debe darse preferencia a la libertad.

En lo que hace a relaciones contractuales (y aquí se incluyen las societarias), ante situaciones en las que se brinda peor trato a un matrimonio homosexual que a uno heterosexual, o se excluye a quien haya contraído matrimonio con otra persona de su mismo sexo, teóricamente *sí podría* tener relevancia el que se trate o no de un derecho reconocido constitucionalmente. Pero no tiene por qué tenerla. Así en el caso del contrato de trabajo, ya a nivel de legislación ordinaria (*vid.* arts. 4.2,c y 17 ET) se contienen normas que prohíben la *discriminación* por razón de estado civil y sexo. Además cabe preguntarse sobre si aunque se concluyera que contraer matrimonio con una persona del mismo sexo no es un derecho garantizado constitucionalmente, en el caso podrían entrar en liza derechos fundamentales como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad o la igualdad e interdicción de la discriminación. Por otra parte, y aun estimando que se trate de un derecho protegido constitucionalmente, ya se dicho que en las relaciones entre particula-

res, el derecho que se pretende hacer valer se confronta con la libertad y la autonomía (arts. 9.1 y 10.1 CE); por ello, si no ha mediado el legislador ordinario como ha ocurrido en el ámbito laboral, a la vista de las circunstancias del caso, los intereses en liza y la posición en la que se encuentren los sujetos, su virtualidad podrá quedar neutralizada por tales derechos —de hecho es criterio generalizado que sólo en los supuestos en los que se trata de ámbitos socialmente relevantes o el sujeto que esgrime su autonomía se encuentra en una posición dominante en el mercado o en la sociedad, no ha de prevalecer tal autonomía—.

V.- Expuestas las posibles lecturas o posibilidades, resulta razonable esperar un posicionamiento de quien escribe estas líneas. Sobre mucho de lo dicho tengo, cómo no, criterio, pero antes de exponerlo considero útil realizar algunas consideraciones sobre el matrimonio, su contenido, función y posición. Y es que tales consideraciones no son ajenas a mi opinión sobre el tema que nos ocupa.

C) ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL MATRIMONIO, SU FUNCIÓN Y CONTENIDO ESENCIAL

I.- Cuando en obras generales de Derecho Civil se aborda el tema del matrimonio no es extraño que se aluda a su variabilidad. Variabilidad en el sentido de que su conceptualización y significado dependen de cada momento histórico. Sin embargo, siendo lo anterior evidente, y además no discutido, a veces, y nuevamente es un ejemplo de ello la polémica planteada al hilo de la aprobación y gestación de la Ley 13/2005, da la impresión de que se evoca una idea de matrimonio inmutable a lo largo de los siglos y casi prejurídica.

En la historia pueden encontrarse hitos, de distinta trascendencia y significado, que ilustran esa transformación (véase, al respecto, la ilustrativa monografía de COONTZ). Alguno de ellos es, cuando menos para nosotros, bastante reciente. Así, y sin ningún orden concreto, puede aludirse a su consideración como una institución exclusivamente civil y por tan-

to sometida sólo a las leyes del Estado, a su desconexión; y en ella se ha hecho ya especial incidencia, en el plano jurídico respecto de la procreación, la disolubilidad y la progresiva facilitación de la misma, o la igualdad de los cónyuges. Hoy en día, además, en el imaginario social y en la percepción individual, el matrimonio, sin que se obvien su trascendencia y efectos económicos, se contempla —y a ello no es ajeno el cambio de las condiciones económicas, la potenciación de la autonomía personal y la igualdad de la mujer— como un medio de satisfacción emocional y sexual y no con un carácter cuasicomercial. Y no conviene obviar, en fin, que se está produciendo una cierta pérdida de centralidad del mismo. Entre las causas se encuentra un cierto rechazo de la figura —sea por lo que el nombre evoca o sea porque implica una institucionalización—, pero ello ha venido claramente posibilitado por la aceptación de las relaciones no matrimoniales y por la igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su origen matrimonial o no (que ha determinado que el matrimonio no se busque como un medio *legitimador*). Pero es que, además, esa pérdida de centralidad viene de alguna manera impulsada por los poderes públicos a través de la regulación de instituciones de pareja que tienden y atienden a los mismos intereses que lo que denominamos matrimonio.

II.- En el Derecho Civil no suele dedicarse mucho esfuerzo a conceptualizar el matrimonio. Ciertamente en cualquier Manual o Tratado puede hallarse una definición. Lo que ocurre es que, superada ya la etapa de mimetismo con el modelo canónico, en esas definiciones los términos de *unión estable*, *comunidad de vida*, *comunidad plena* que se utilizan (de *institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja* habla el Preámbulo de la Ley 13/2005) a duras penas permiten intuir los elementos que en el plano jurídico se puedan ofrecer como estructurales.

Esta es la razón por la que, cuando se habla de consentimiento matrimonial (*no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*, reza el art 45 I CC), la reflexión sobre el *contenido* o

tipo legal —del que se dice es extraordinariamente amplio— que ha de ser asumido y querido para entender que hay consentimiento y por tanto matrimonio, se realiza en términos muy amplios y no definidos más allá de formulaciones generales. Y así se dice que los contrayentes deben tener la voluntad específica de realizar entre sí los fines asignados a la institución o que matrimonial es el consentimiento dirigido a alguna de las posibles concreciones de la relación que genéricamente se configura en los arts. 66 ss. La tónica de la generalidad es no sólo comprensible sino difícilmente evitable, y es que no sólo se debe a la *falta de práctica* derivada de la sustracción tradicional de la materia al Derecho Civil —en un sistema de matrimonio civil subsidiario, la misma era monopolizada por el Derecho y jurisprudencia canónicos— sino a la ya mencionada indefinición de cuáles serían los elementos esenciales que definirían el matrimonio de suerte que su exclusión determinara que no haya consentimiento matrimonial; ello (y son palabras tomadas casi textualmente del maestro LACRUZ) en estrecha relación con una mayor cautela por parte del Derecho Civil de cara a indagar en las representaciones de los contrayentes y la ponderación de las exigencias de la seguridad jurídica en las relaciones de estado civil.

Es cierto que en los artículos 67 y 68 CC se proporcionan, bajo la fórmula de deberes, unas directrices que implican una comunidad de vida y de algún modo la perfilan (*vid.* también art. 1 Código de Familia catalán), pero sencillamente resulta estéril por imposible precisar en abstracto la posición o relevancia de cada uno de ellos en la configuración jurídica del matrimonio. Es extraño al mundo jurídico hablar de instituciones intuitibles pero difícilmente definibles con rigor y precisión, pero algo de esto es lo que ocurre con el matrimonio. Y es que, y ya colocados en el plano del incumplimiento, repárese en la evidente imposibilidad de constreñir al cumplimiento de los deberes que dibujan la institución (excepción hecha, por supuesto, de la obligación de alimentos. En el recurso de inconstitucionalidad planteado, sin embargo, se considera que el

matrimonio es, en su núcleo central y básico, una institución *de contornos precisos* que responde a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie.

Pues bien, resulta que en este panorama de *transformaciones* y de *indefinición*, la diversidad sexual ha sido hasta ahora uno de los datos claramente caracterizadores del matrimonio. De ahí que no pueda negarse la magnitud y trascendencia del cambio introducido por la Ley 13/2005. Para unos implicará una variación objetiva de la institución y para otros, dado que no resulta alterado el contenido, se tratará de una modificación subjetiva. En todo caso ha determinado que en el mundo jurídico español —y no sólo en la civilística— vuelva a hablarse del concepto de matrimonio, ciertamente casi siempre para poner de manifiesto que se altera una institución milenaria o se traiciona la esencia de la institución.

III.- El matrimonio se identifica con una unión estable, constituida por la voluntad de dos personas, basada en la atracción sexual y el afecto y determinante de un proyecto vital conjunto y a la que se accede a través de la expresión, formal, de un consentimiento.

Semejante atracción y afecto sólo se ha predicado del hombre y la mujer entre sí. Pero resulta que se ha hecho evidente que las parejas homosexuales se colocan en un escenario similar: impulsados también por la atracción sexual y el afecto, establecen uniones estables que implican un proyecto vital conjunto. Ya nadie discute que tales uniones deben ser reguladas jurídicamente (de hecho, en las Leyes autonómicas de *parejas*, y a ello se hará referencia en breve, reciben la misma regulación que las uniones heterosexuales; cfr., sin embargo, la estructura de la Ley catalana 8/1998); e incluso se llega a dar por bueno ello es exigencia de los artículos 10.1 y 14 CE.

Tampoco entre nosotros hay oposición a que esa regulación sea similar o igual que la del matrimonio (las reservas se plantean siempre respecto de la filiación, pero lo relativo a ésta propiamente no forma parte del núcleo del estatuto matrimonial). Pero, ¿por qué no puede

ser la del matrimonio? Sin duda, para muchos, la respuesta sería porque la Constitución lo impide. Sin embargo, olvidémonos por un momento del artículo 32 I CE —aquí todavía no se ha hecho ningún pronunciamiento al respecto— y coloquémonos sólo en el terreno de lo que se considera más *conveniente*.

No creo aventurado decir que, en el escenario que se acaba de diseñar, el argumento fundamental en contra del matrimonio homosexual sería el de su diferencia respecto del matrimonio entre hombre y mujer, y que en ello subyace la consideración que dos hombres y dos mujeres *son algo distinto* a un hombre y mujer.

Ciertamente dos hombres o dos mujeres, amén de no ser lo mismo entre sí, no son tampoco un hombre y una mujer; pero la clave reside en si sus parejas deben ser distintas para el Derecho cuando tiene en cuenta esa vida en común para perfilar una institución jurídica. Yo creo que sólo deben ser distintas si hay una razón que lo justifique.

A menudo la razón que se esgrime para la diferencia es la reproducción, pues un hombre y una mujer pueden reproducirse entre sí y sin embargo no lo pueden hacer dos hombres o dos mujeres. Y ciertamente esta sería una razón atendible si la prole —la aptitud y la intención de procrear— formara parte del *contenido esencial* del matrimonio, o, incluso si, aun no formando parte —como no lo hace—, el que se tratara jurídicamente de modo distinto a las parejas heterosexuales y homosexuales fuera un factor claramente favorecedor de la reproducción —y aceptando pues que ese favorecimiento es algo deseable—. *Pero las normas sobre el matrimonio no privilegian las relaciones heterosexuales procreativas, no requieren capacidad o intención de concebir niños, ni la fertilidad es una condición del matrimonio, y además la comunidad facilita la procreación sin mirar el estado civil ni la orientación sexual de los padres* (tales ideas corresponde a la sentencia, ya aludida, de la *Supreme Judicial Court* de Massachussets, *Hillary Goodridge and others v. Department of Public Health*, de 18 de noviembre de 2003).

IV.- Sentado lo anterior, y a mayor abundamiento, no debe olvidarse que la sencillez, cuando va acompañada de la necesaria precisión, es un valor importante en un sistema jurídico (en el dictamen del Consejo de Estado se dice, sin embargo, que la *diversidad de modelos de pareja llevaría, en consecuencia, a una especialización y a un enriquecimiento jurídico y lingüístico*). Si la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad exigen la institucionalización de las parejas homosexuales y tal juridificación conlleva el mismo contenido por lo que hace al estatuto de la pareja, ¿qué sentido tiene diferenciarlas por el nombre? Francamente, no habiendo una razón atendible que justifique la diferencia, es difícil no ver en ella un claro perfil de desvalor hacia la pareja homosexual. Puede apelarse a la tradición, pero la tradición —que, por cierto, en el Derecho de Familia muy a menudo no es merecedora precisamente de homenajes— sólo se debe mantener si lo que nos ha llegado del pasado es útil de cara al futuro, y no parece que, en el caso, esa prueba de utilidad resulte superada.

Pero volvamos a la realidad: en la Constitución se alude al matrimonio y esa alusión se articula a través del reconocimiento del derecho al mismo al *hombre* y a la *mujer*. Las consideraciones anteriores se han hecho desde la perspectiva de lo que se considera mejor, pero no siempre un texto constitucional permite lograr lo que, en perspectiva ciertamente subjetiva, se considera bueno. En tal caso, aun no compartiendo la regla de juego y propugnando su modificación, no queda sino acatarla ¿Es éste el caso? Yo creo, por lo que se dirá a continuación, que no.

D) APUNTE FINAL SOBRE CONSTITUCIONALIDAD

I.- El artículo 32 I CE está redactado de forma que evidencia el claro propósito de expresar la igualdad entre los cónyuges como concreción, innecesaria en lo jurídico pero efectiva como gesto (habida cuenta del terrible panorama legal de discriminación hacia la mujer con el que la Carta Magna dio al traste),

de lo establecido en los art. 9.2 y 14 CE. Un aspecto trascendente, y no discutido, del precepto es que el matrimonio se consagra como un derecho y que tal consagración extiende un manto de garantía sobre la institución. De modo que la polémica queda centrada en la repercusión constitucional de la referencia al *hombre* y a la *mujer*: determinante o configuradora del perfil de la institución garantizada, sólo circunscrita a señalar quiénes son los titulares del derecho constitucional, o irrelevante a uno y otro efecto.

La consideración de que el matrimonio entre homosexuales es inconstitucional parte de que el contenido esencial del derecho (cfr. art. 53.1 CE) exige que se reserve al hombre y a la mujer (entre sí); y ello porque si se permitiera casarse a las personas del mismo sexo se habría mutado la institución —configurada en la Constitución como exclusivamente heterosexual— y por tanto el aludido contenido esencial.

No se trata de discutir que en la representación del matrimonio que se pudo hacer el legislador constitucional los sujetos eran el hombre y la mujer (¡era la España de 1978!), ni de afirmar que el legislador quiso *conscientemente* dejar el tema abierto. Pero de lo mismo no hay que inferir que los constituyentes que, ni a duras penas podrían hacerse cabal representación de que hoy la juridificación de las parejas homosexuales sería no sólo unánimemente aceptada sino considerada por muchos exigencia de la propia Constitución —y recuérdese que este extremo era negado, todavía en 1994, por el propio Tribunal Constitucional—, tuvieran el decidido y firme propósito del excluir del matrimonio a las personas del mismo sexo.

Podría pensarse que participando de lo anterior, y yo lo hago, se da por despejado todo posible obstáculo a la constitucionalidad. Pero puede no ser exactamente así, porque una cosa es considerar que no estaba entre las preocupaciones del legislador constitucional erigir la diversidad sexual como configuradora del matrimonio, y otra que *hoy* tal característica no lo sea realmente, en cuanto que exigida por la propia garantía del instituto *matrimonio* —pre-

supuesto de la efectividad del *contenido esencial* del derecho—. Y así sería caso de que se pensara que el matrimonio deja de ser reconocible como tal, que ha mutado hasta desdibujarse realmente su imagen, o que ha transformado su valor fundamental en la sociedad por el hecho de que se casen dos personas del mismo sexo. Sin embargo, yo tampoco creo que sea así: la percepción social del matrimonio —en cuanto institución exclusivamente civil— no parece que haya variado, ni que se haya diluido su imagen o que no pueda cumplir las funciones que hasta ahora cumplía. Antes al contrario, y ya se ha dicho, de alguna manera queda reforzado. Por eso creo que se acierta en el diagnóstico de la situación cuando en el Preámbulo de la Ley se dice que se respeta la *configuración objetiva* de la institución. El cambio es revolucionario, pero no para los sujetos tradicionales del matrimonio —el contenido esencial de su derecho no resulta afectado—, sino para las parejas homosexuales.

II.- Lo dicho supone un posicionamiento a favor de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero decir que es constitucional porque no se lesiona la garantía del matrimonio y, por tanto, no resulta afectado el contenido esencial del derecho al mismo, deja sin resolver todavía la cuestión de los sujetos a los que se garantizaría constitucionalmente el derecho. La interpretación que daría alguna utilidad a la mención del hombre y la mujer sería entender que es a estos, para casarse entre sí, a quienes se garantiza el derecho, y que su extensión a las parejas homosexuales es una opción —a mi juicio muy acertada— del legislador ordinario. Y es que la otra lectura, la de que el matrimonio homosexual es exigencia constitucional, prescinde de dar cualquier tipo de trascendencia a la referencia al hombre y la mujer: sólo serviría a efectos del *gesto* —irrelevante en el plano jurídico— al que se aludía al principio de este epígrafe.

¿Cuál es mi postura al respecto? Hace un tiempo —cuando en el horizonte no era imaginable la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales—, me mostraba proclive a la más *contemporizadora* de las dos lecturas: no se

trataba de una exigencia constitucional, pero posibilitar que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio era perfectamente disponible por parte del legislador ordinario. Pero ahora, y es una impresión muy subjetiva, tengo para mí que, a medida que pasa el tiempo y se normaliza el acceso al matrimonio de las parejas homosexuales, es más difícil no terminar viendo la situación como exigencia constitucional.

3. EL MATRIMONIO HACIA FUERA: SU POSICIÓN Y SIGNIFICADO EN EL ACTUAL MARCO DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PAREJA

I.- El matrimonio ya no es entre nosotros el único modelo jurídico de pareja o de institucionalización de la misma. Cuando, a finales de los años setenta, se incorporó a los programas de Derecho de Familia el estudio de las parejas no matrimoniales todavía se consideraba necesario incidir en la validez de los pactos entre convivientes, apartando la sombra de la causa ilícita. Ahora, sin embargo, ya nos encontramos con que la regulación de las parejas no matrimoniales, ha generado un *nuevo producto jurídico* (a pesar de la diversidad normativa se utiliza el singular para definirlo como género frente al matrimonio) de creciente aceptación; y ello obliga a reflexionar en conjunto sobre la institucionalización de la pareja y, en definitiva, sobre la posición del matrimonio. Tal y como al comienzo de este trabajo se señalaba, ahora fuera del matrimonio también hay institución.

II.- No creo equivocarme si digo que en la civilística española está muy extendida la opinión crítica respecto del sentido de la regulación de la pareja no matrimonial y, como se verá a continuación, yo comparto esa crítica. El hecho de que entre nosotros la regulación de las parejas no matrimoniales se haya realizado por parte de Comunidades Autónomas *trufa*

el debate de aspectos competenciales. Sin embargo, conviene advertir que la posición crítica es de fondo y que, aun siendo de enjundia los temas de competencia, tal posición no se conecta en lo sustancial con la diversidad legislativa en España. Por eso, lo mismo se diría si el Estado legislara sobre las mal llamadas parejas *de hecho* o si (y esto es puramente una hipótesis, dada la interpretación pacífica que se hace de la reserva al Estado en el artículo 149.1, 8ª CE de la competencia sobre *relaciones jurídicociviles relativas a las formas de matrimonio*) en una Comunidad Autónoma se legislara definiendo los requisitos de constitución de un modelo de pareja matrimonial y otro modelo de pareja paralelo.

Hoy no se acierta a ver un interés, que resulte atendible desde los poderes públicos, en esa institución paralela.

Se debe respetar la libertad de las personas de cara a mantener su relación de pareja al margen de un modelo institucionalizado —y esto, por cierto, no resulta respetado en aquellas normativas que se aplican sin una declaración de voluntad de los miembros de la pareja—. Pero lo que no debe hacerse, y ya está hecho, es precisamente diseñar desde los poderes públicos esa suerte de institución paralela, que cubre las mismas necesidades y expectativas que el matrimonio, cuyo contenido se parece mucho y *que cuando no se parece se percibe por los afectados como un déficit*.

Es posible que se piense que así se concede más ámbito de libertad a las personas o que de ese modo se da satisfacción a quienes no desean acomodarse a un modelo que se percibe *caduco y patriarcal*. Pero la libertad exige que una pareja pueda elegir entre acomodarse o no a un modelo institucionalizado, pero no que pueda elegir entre varios modelos cuando éstos se parecen tanto entre sí —incluso la tradicional diferencia respecto de la disolución, pierde relevancia después de la Ley 15/2005—. Y es que la similitud es inevitable, no sólo porque a menudo es buscada a propósito sino porque, además, habida cuenta del contenido de lo que hoy es propiamente el estatuto matrimonial, aunque se quisiera sería casi imposible marcar

diferencias. No me refiero, por supuesto, a diferencias en cuanto a la regla para solucionar un tema en concreto (diferencias que en España también existen respecto del matrimonio habida cuenta de la diversidad legislativa), sino respecto a los extremos o ámbitos (constitución, extinción, obligaciones entre la pareja, efectos sucesorios, etc.) a regular.

¿Qué decir, en fin, del rechazo no a la institucionalización sino a que ésta se produzca a través del matrimonio? Pues que aceptar la relevancia de tal *percepción* o *sensibilidad* supone falta de reflexión y, en definitiva, desconocimiento de lo que *hoy* es el matrimonio. Falta de reflexión y desconocimiento que resulta especialmente grave en los poderes públicos en lo que suponga falta de conciencia de los logros de una sociedad democrática y ausencia de pedagogía al respecto. Y es que, dando relevancia a esa *sensibilidad*, se está admitiendo implícitamente la existencia de razones objetivas que la justifican; esto es, que el matrimonio es lo que era (basado en la desigualdad, de inspiración religiosa, etc.) y que es un modelo cuyo rechazo ha de ser atendido. Es curioso, pero se trata siempre de una *lucha en torno al nombre*: unos quieren lograr un estatuto matrimonial, pero que no se llame así y en el caso de las parejas homosexuales, que querían que se llamara así, se aceptaba que lograrán tal estatuto, pero no que recibiera el mismo nombre.

III.- Vaya por delante que no se desconoce que es imposible poner freno a la institucionalización de un comportamiento social aceptado y reiterado, pues comenzarían, de un lado, a aparecer normas jurídicas aisladas y sectoriales y, de otro, a reiterarse criterios jurisprudenciales que en algún momento se plasmarían en normas. Desde una posición crítica con la regulación de relaciones de pareja se ha insistido, y yo también lo he hecho, en que esa no regulación es perfectamente compatible, no podría no serlo, con que la pareja pueda regular su relación a través de pactos, con que, ante los conflictos, los tribunales diriman los mismos a la vista de lo acordado y de la aplicación de los institutos generales (responsabilidad civil, enriquecimiento injusto, sociedad, comunidad de bienes, etc.)

y que en ello tengan cabida consideraciones de protección a la *parte más débil*. Ello de por sí ya implica un nivel de institucionalización de *baja intensidad*, que se incrementaría en la medida en la que los poderes públicos o instituciones privadas tuvieran en cuenta la situación —recuérdese que el propio Tribunal Constitucional consideró imperativo constitucional que los convivientes recibieran el mismo tratamiento que los cónyuges en tema de subrogación arrendaticia—. Es evidente que esto es lo que comenzó a ocurrir a lo largo de los años noventa con las *parejas de hecho*, pero hubiera sido un proceso con otro ritmo y cuya real intensidad y trascendencia hubiera habido que ir calibrando en función, cómo no, de su extensión y trascendencia social.

Pero lo que ha ocurrido en España es que ese proceso ha sido estimulado, impulsado y acelerado desde los poderes públicos y en concreto desde la Comunidades Autónomas, pues en la agenda de todos los gobiernos autonómicos y/o de la oposición, tuviera o no la Comunidad competencia en tema civil, se colocó en lugar prioritario el legislar en tema de parejas *estables* o de *hecho*. No había Comunidad Autónoma que pudiera dejar de hacerlo sin dar la impresión de desatender los intereses de la ciudadanía y vulnerar todo un rosario de derechos constitucionales. Y así en los últimos diez años han visto la luz un importante número de Leyes sobre parejas. De todas ellas, sólo las de las Comunidades Autónomas con competencia en tema de Derecho Civil entran a regular en estatuto jurídico privado de la pareja, limitándose el resto a cuestiones de Derecho Público, ciertamente con alguna extralimitación: y es que, si se obvia el carácter civil de las normas que establecen la posibilidad de realizar pactos entre los miembros de la pareja habida cuenta de que es un necesario colofón de la libertad y autonomía personal, no puede hacerse lo mismo ante una norma como el artículo 7 de la Ley 5/2003 de Extremadura, que establece una obligación de compensación económica al cese de la convivencia.

No se puede negar que la actuación autonómica venía a cubrir una necesidad real y una

demanda más que legítima: la de ofrecer un marco institucional para las parejas del mismo sexo que entonces no podían contraer matrimonio. Algunas de estas leyes, además, posibilitaron desde el principio que, vía adopción, la filiación quedara determinada al mismo tiempo respecto de dos personas del mismo sexo; posibilidad que posteriormente incorporaron las que inicialmente no lo habían hecho. Pero lo cierto es que, ofreciéndose un modelo institucional para la pareja con independencia del sexo de sus integrantes, ha resultado que esas leyes fundamentalmente han *afectado a* (o han sido *utilizadas por*, expresión que conviene más a aquellos casos en que su aplicación viene determinada por una declaración de voluntad) parejas heterosexuales.

Resulta lógico el empeño autonómico en construir un entramado jurídico propio. Va en la propia esencia del sistema. A la luz del criterio del Tribunal Constitucional (SSTC 88/1993, de 12 de marzo y 156/1993, de 6 de mayo) sobre la determinación del ámbito material de la competencia autonómica en tema civil (recuérdese: que lo nuevo guardara una conexión con lo anteriormente regulado) podía discutirse, y se ha hecho, si las cuestiones reguladas en las Leyes autonómicas de Comunidades con competencia en tema civil guardaban la *conexión* necesaria con materias ya reguladas en el respectivo ordenamiento. Pero éste parece hoy un debate no se sabe si dormido o periclitado (así y cuando menos hacia el futuro lo parece claramente respecto de Cataluña habida cuenta de que en el art. 129 de su nuevo Estatuto de Autonomía se consagra lo que se vino a llamar la tesis de máximos: se puede legislar sobre cualquier materia civil con el límite de las materias reservadas al Estado en el art. 149.1.8ª CE). El recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 2/2003 del País Vasco, que en buena medida se centraba en este aspecto (en la interpretación de los términos *conservar*, *modificar* y *desarrollar*), ha sido retirado. Es cierto que siempre está abierta la cuestión de constitucionalidad, pero hoy, y por lo menos respecto del tema que nos ocupa, la regulación de parejas, parece que el

punto de mira se traslada a la *última frontera*: a las materias en todo caso reservadas al Estado en virtud del artículo 149.1.8º CE. Así ocurre con las *normas para resolver los conflictos de leyes*. Tema, como se sabe, especialmente problemático en algunas Leyes (al margen del recurso de constitucionalidad 5297/2000, presentado por ochenta y tres parlamentarios del Grupo Popular contra la totalidad de la Ley 6/2000 de Navarra, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha planteado una cuestión de constitucionalidad, la 228-2003, contra el art. 2.3 de la Ley, que establece su aplicación cuando al menos uno de los miembros de la pareja tenga la vecindad civil navarra). Y quizás ocurra en el futuro, y en breve hablaremos de ello, con la reserva en tema de *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*.

La situación respecto de la institucionalización de la pareja es en buena medida el resultado de una cuestión de tiempos (se adelantó a la reforma de legislación estatal respecto del matrimonio y la adopción) y de reafirmación autonómica.

Es verdad que las Comunidades Autónomas no han incurrido en la incoherencia de duplicar *recursos jurídicos* (matrimonio y pareja no matrimonial) de los que dispusieran en exclusiva: a pesar de la competencia autonómica para regular las relaciones entre los cónyuges y los efectos sucesorios del matrimonio, el matrimonio en cuanto a su forma, requisitos y establecimiento —es decir, determinar cuándo hay matrimonio— es una competencia estatal. Y es verdad también que el Estado tampoco lo ha hecho —incurrir en semejante incoherencia— porque no ha legislado regulando el establecimiento de una institución de pareja no matrimonial. Yo espero, por lo que se dirá después, que no lo haga. Pero se han empezado a oír voces que denuncian la situación de *asimetría* y *discriminación* en la que viven los españoles que *no disponen* de la opción que tienen otros: elegir entre el matrimonio o una pareja con efectos civiles. Y no sé si se aguantará la previsible presión. Es fácil resolver el tema de la determinación de la filiación respecto de

dos personas del mismo sexo que no están casadas: la sede de la norma, por referencia, sin más, a la pareja no casada ha de estar en el Código Civil a propósito de la adopción (ya que ésta es la vía que hoy por hoy el legislador ha establecido para que en todos los casos la filiación pueda determinarse respecto de dos personas del mismo sexo). Esta es una cuestión de filiación respecto de la que es legislador estatal ya se ha pronunciado, en distintos tiempos, respecto de los dos aspectos que lo circunscriben ideológicamente: que las parejas no casadas pueden adoptar (disp. adic. 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre) y que la filiación puede quedar determinada respecto de dos personas del mismo sexo casadas. Ahora le corresponde arreglar y centralizar en sede de adopción todos los flecos pendientes por una reforma no acabada y que por esa razón arroja resultados incoherentes. Pero quedan otros asuntos, propiamente del estatuto de la pareja, y que son de los que pueden aparecer en los titulares de los periódicos: compensaciones en caso de ruptura, derechos sucesorios o incluso eventuales derechos de los acreedores. Piénsese que se trata de parejas que se percibirían en un plano ya institucionalizado no sólo porque se les aplicaría la normativa de Derecho público, brindándoles el mismo trato que al matrimonio, de su Comunidad Autónoma, sino porque incluso habrían pasado frecuentemente por el requisito de inscripción en un Registro. Depende de la presión mediática, del programa electoral de determinados partidos, de las Comunidades Autónomas donde se hagan oír estas voces (piénsese, por ejemplo, en el peso electoral de Andalucía), etc.

Quede sentado, pues, lo evidente: que si los procesos normativos a menudo adolecen de la falta de planificación y estudio suficiente no sólo en el plano técnico sino en cuanto a las situaciones a las que se quiere atender y a la realidad que se pretende conformar, en el caso español la dificultad se acrecienta porque los actores legislativos son distintos Parlamentos. Pero a partir de este dato, y comprendiendo las causas, no puede dejar de decirse que el resultado final es desconcertante y la situación,

contemplada en perspectiva general de institucionalización de pareja, incoherente.

IV.- El hecho es que hoy el matrimonio convive con otras instituciones de pareja con contenido similar. Recuérdese que esa similitud la predicamos de los ámbitos regulados (constitución, extinción, obligaciones de la pareja, efectos sucesorios, etc.) y no siempre de la concreta regla para regular un aspecto y solucionar un conflicto. Ahí la diversidad existe también dentro del matrimonio por efecto de la diversidad legislativa autonómica. Y existe, cómo no, entre los diversos modelos autonómicos de pareja. De todos modos repárese en que, a menudo y luego incidiremos en ello, el propio legislador autonómico, al regular la pareja, les *extiende* normativa autonómica inicialmente prevista para el matrimonio.

Si el órgano de producción normativa fuera el mismo, si se tratara de normas estatales, no habría sino que reiterar lo anterior y esperar y reclamar un momento refundador. Refundación que en realidad supondría el mantenimiento de una institución de pareja que a buen seguro se seguiría llamando matrimonio. Es el poder de los conceptos arquetípicos. Cabría incluso especular sobre si en tal refundación habría de reflexionarse sobre la trascendencia del consentimiento y de la forma. Ahora respecto del matrimonio se trata de elementos esenciales: sólo están casados los que quieren casarse y para estarlo su consentimiento se tiene que expresar de determinada forma. Pero no es así en diversas Leyes autonómicas de parejas pues en unas cuantas de ellas se configura una institución de pareja —se aplica el régimen civil de la Ley— aunque sus miembros no hayan expresado ningún consentimiento al respecto.

Lo que en el matrimonio nos parece evidente, que nadie puede considerarse casado si no expresa su consentimiento y, por razones de seguridad, lo hace de determinada forma, parece que ha dejado de ser tan importante en las instituciones de pareja no matrimonial. En el caso del matrimonio se consideraría que se vulnera la Constitución (el derecho a casarse implica también el de no casarse y ello se conecta con el libre desarrollo de la personalidad)

y no se acierta a ver la razón por la que no ocurre lo propio en las parejas no matrimoniales. Y así se hizo evidente en Baleares y País Vasco donde la inscripción en un Registro resulta constitutiva —como lo resulta finalmente en Galicia—. Es verdad que la exclusiva competencia estatal en tema de Registros Públicos fue un importante elemento disuasorio (claramente tomado en consideración por Aragón, cfr. art. 2 Ley 6/1999, y a lo que parece, cfr. disposición final segunda Ley 10/1998, por Cataluña). Pero, amén de que podía haberse exigido manifestación en escritura pública (así lo exige la Ley catalana para las uniones homosexuales), lo cierto es que el Derecho va *a la caza* de la pareja e institucionaliza a partir de lo que considera hechos concluyentes. Las parejas son ciertamente *de hecho* en la medida en la que el Derecho las entiende constituidas sin una declaración de voluntad.

Cuanto se ha manifestado aquí parece haberse asumido por el legislador gallego. En la redacción originaria de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia, se extendían a las *relaciones maritales* los derechos y obligaciones reconocidos a los cónyuges y se consideraba que tal relación existía por el hecho de convivir un año o tener hijos en común. Sin embargo, un año después, en virtud de la Ley 10/2007 se modifica tal disposición adicional y pasa a requerirse inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia y expresión de voluntad de equiparación de efectos a los del matrimonio. La Exposición de Motivos invoca para la modificación el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad ante la ley y la salvaguarda de la seguridad jurídica.

Pero las leyes son autonómicas y desde luego no van a ser derogadas. Se ha dicho que la regulación sustantiva —con contenido civil y no puramente administrativo— de las parejas de hecho contenida en las leyes de la Comunidades Autónomas con competencia en tema de Derecho civil debe ser considerada inconstitucional pues constituyen una *clase* de matrimonio y entendiendo que ello quedaría vetado por la competencia exclusiva del Estado en

tema de *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio* (art. 149.1.8ª CE).

¿Puede hablarse realmente de clase de matrimonio? La respuesta negativa necesariamente ha de pivotar en torno a la idea de que se trata de instituciones distintas y de que no se expresa un consentimiento matrimonial ni se observan las formas exigibles al matrimonio. En esta línea, además, se ubicarían quienes justifican la existencia de otra institución de pareja como algo distinto del matrimonio. Sin embargo, la cercanía es evidente y lo es más en aquellas Comunidades que extienden su regulación, civil, sobre el matrimonio a las parejas institucionalizadas no casadas. Es cierto que una cierta *extensión* hay siempre que una regla prevista para el matrimonio se establece también para las parejas no casadas, pero la misma se realiza sin paliativos cuando toda la legislación autonómica sobre el matrimonio se aplica a las parejas (*vid.* art. 13 y disposición adicional segunda Ley 18/2001 de Baleares y art. 9 y disposición adicional primera de la Ley 2/2003 del País Vasco). La mencionada extensión se realiza en sede de específica regulación de parejas, pero puede hacerse también *desde fuera* y así en la ya mencionada disposición adicional tercera de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia se extienden a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que tal Ley reconoce a los cónyuges.

Nótese que es en los tres Derechos en los que se establece la inscripción constitutiva donde se produce la equiparación en bloque. Incluso en Galicia se requiere la expresión de la voluntad de equiparación. No será matrimonio, pero se le da el mismo tratamiento. Sólo el modo de establecimiento (la forma) y la extinción —ahora extraordinariamente facilitada en el matrimonio— son distintos. Es cierto que pueden existir diferencias porque la equiparación es a efectos de la legislación autonómica y no de la legislación estatal que sea aplicable supletoriamente, pero en tal caso se trata de materias que entran dentro del ámbito competencial autonómico. En realidad, y por lo que hace a las Comunidades con competencia civil, la competencia exclusiva del Estado

parece limitarse a la constitución y extinción del vínculo matrimonial. En estas condiciones es difícil no ver una suerte de matrimonio autonómico.

Pero, al margen de lo anterior, las dudas de constitucionalidad pueden venir de la mano de la garantía institucional del matrimonio. Ha sido habitual decir que tal garantía impide que al matrimonio se le trate *peor* que a las parejas no matrimoniales. Al respecto yo he afirmado que determinadas cargas o restricciones no deben enjuiciarse aisladamente sino en el conjunto del régimen específico del matrimonio; régimen al que también se aparejan especial protección y beneficios. Incidía, además,

en que de tener razón al respecto era consciente de que sólo la tendría a término pues el plano de la comparación —y, por tanto, del trato discriminatorio— se haría más evidente en la medida en la que se avanzara en la institucionalización de las convivencias estables y su régimen se fuera pareciendo o identificando con el del matrimonio. Pues bien, cuando menos en algunas Comunidades, estamos francamente cerca de esa situación. Podrían ponerse ejemplos varios de situaciones *más gravosas* para el matrimonio, pero señalemos, porque es de habitual referencia, la necesidad de declaración judicial para su disolución (y ello aunque ahora tal disolución se haya facilitado extraordinariamente).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- I.- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de; “Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2005, pp. 351-368. ASUA GONZÁLEZ, C.; “Comentario al artículo 44 CC”, *Comentarios al Código Civil* —dirigidos por J. Rams—, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 484-494; “Matrimonio y derecho a contraer matrimonio. Reflexiones al hilo de la Ley 13/2005”, *Orientaciones*, 2005, pp. 27-50; “Matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Reflexiones sobre homosexualidad*, Servicio Editorial de la UPV/EHU, Leioa, 2006, pp. 79-95. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho Privado y Constitución*, 17, 2003, pp. 61-88. BILBAO UBILLOS, J.M.; *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. BUSTO LAGO, J.M.; “Elementos para una interpretación no perturbadora de la equiparación al matrimonio de las relaciones ‘more uxorio’ realizada por la Disposición Adicional 3ª de la LDCG/2006”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 726, 2007. COONTZ, S.; *Historia del matrimonio. Cómo el amor conquistó el matrimonio*, Gedisa, Barcelona, 2005. CARRASCO PEREIRA, A.; “Por qué existe el Derecho de Familia?” y “El matrimonio. Matrimonio homosexual. Inmigrantes. Turismo matrimonial”, *Derecho de familia. Casos. Reglas. Argumentos*, Diles, Madrid, 2006, pp. 19-37 y 39-48. CUENA CASAS, M.; “Uniones de hecho y abuso de Derecho: acerca de la discriminación en contra del matrimonio”, *La Ley*, 2, 2005, pp. 1571-1584. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H.; “Lo que sí es y lo que no es el matrimonio”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 12, 1996, pp. 259-280. DÍEZ-PICAZO, L. M.; *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005; “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *InDret*, 3, 2007. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.; “Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del Código Civil de julio de 2005”, *Libro Homenaje al Profesor Amorós Guardiola*, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2, Madrid, 2006, pp. 1461-1484. FERRER I RIBA, J./ SALVADOR CODERCH, P.; “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada* —coordinador P. Salvador—, Civitas, Madrid, 1997. GARCÍA CANTERO, G.; “Sobre el llamado ‘matrimonio homosexual’. Análisis de algunas cuestiones debatidas”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España 1, Madrid, 2006, pp. 1561-1579. GARCÍA RUBIO, Mª P.; “La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *La Ley*, 5, 2005, pp. 118-1131; “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Francisco Serrano García*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005, pp. 35-63. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.; “El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 13, 2005, pp. 133-164. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.; “Matrimonio y uniones libres; El matrimonio homosexual”, *La Ley*, 7, 2001, pp. 1499-1508; La unión libre: familia, no matrimonio, *La Ley*, 3, 2004, pp. 1871.1883; “La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y la unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado ‘divorcio express’)”, *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 21-75. GONZÁLEZ PORRAS, J.M.; “El matrimonio y la familia

en la sociedad actual”, *Revista de Derecho Privado*, 3-4, 2003, pp.147-165. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.; “Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, 1, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 1605-1626. HUALDE SÁNCHEZ, J. J.; “La adopción y las parejas homosexuales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 26, 2005, pp. 269-316. JACKSON, G. L.; “Deshojando margaritas: un recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América”, *InDret*, 2, 2006. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L.; “Ley 3/2005 de 1 de julio sobre homosexualidad y el matrimonio”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, 1, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, 1679-1709. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.; “Una posible concepción del matrimonio en el Código Civil. El estado de la cuestión” *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, 1, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 1651-1677. MOLINER NAVARRO, R.; “Las uniones homosexuales en el Derecho español”, *Revista de Derecho Comparado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 4, 2001, pp. 131-169. OBERMEYER, S.; “La garantía constitucional del matrimonio y la regulación legal de la pareja” —traducción de Ignacio Gutiérrez—, *Teoría y realidad constitucional*, 14, 2004, pp. 391-414. PANTALEÓN PRIETO, F.; “Régimen jurídico civil de las uniones de hecho”, *Uniones de Hecho*, Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economia, Universitat de Lleida, 1998, pp. 67-77. PÉREZ ÁLVAREZ, S.; “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006. PÉREZ CÁNOVAS, N.; “El matrimonio homosexual”, *Actualidad civil*, 20, 2005, pp. 2442-2451. RAMS ALBESA, J.; “El concepto de matrimonio y su crisis”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4033-4050. REY MARTÍNEZ, F.; “Homosexualidad y Constitución”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 73, 2005, pp. 111-156. ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999. RUIZ-RICO RUIZ, J.M./CASADO CASADO, B.; “Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspecto registrales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, pp. 2307-2376. SALVADOR CODERCH, P.; “Comentario al artículo 45 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, t. I, Tecnos, Madrid, 1984. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O.; “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 58, 2000, pp. 45-69. TALAVERA FERNÁNDEZ, P.; *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001. TORRALBA SORIANO, V.; “¿Qué matrimonio?”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, 1, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 1817-1824. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.; “La encrucijada de la familia”, *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2414-2442. VALLADARES RASCÓN, E.; “El derecho a contraer matrimonio y la Constitución”, *Aranzadi Civil*, 2005, II, pp. 2063-2072. VERDA Y BEAMONTE, J. R. de; “Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (a propósito del Auto de Tribunal Constitucional 222/1994)”, *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 683-736; “Comentario a la STS 8-12-2001”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 59, 2002, pp. 463-484; “El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 29-53.

II.- Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el derecho a contraer matrimonio (<http://www.consejo-estado.es>). Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es>). Informe de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia (<http://rjyl-insde.es>)