

UNIONES HOMOSEXUALES Y CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE MATRIMONIO (*)

JULIO V. GAVIDIA SÁNCHEZ

Para que una unión pueda ser considerada generadora de relaciones jurídicas familiares, considero que ha de consistir en una comunidad de vida exclusiva y duradera, con cuidados y responsabilidades recíprocos, que vayan más allá del hecho de compartir un mismo hogar y unos gastos o tareas domésticas, con independencia del sexo, de la orientación sexual y de que mantengan o no sus integrantes relaciones sexuales entre sí (1). Si no se ha prestado consentimiento matrimonial en alguna de las formas previstas por la ley, no habrá quedado excluida la libre ruptura de la unión, de forma que ésta podrá ser disuelta por decisión de cualquiera de sus integrantes, sin necesidad de demostrar una justa causa. En tal caso, estaremos ante una unión libre (2). En este estudio se va a tratar de dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿podrá considerarse matrimonial cualquier unión, concretamente, la integrada por dos personas del mismo sexo, si la ley les autoriza a renunciar a la libre ruptura, asumiendo consciente y libremen-

(*) Este trabajo de investigación ha sido elaborado en el marco del proyecto PB98-0591 del programa sectorial de promoción general del conocimiento.

(1) Formulo este concepto a partir de los elementos objetivos —no los subjetivos—, que se enuncian como propios de las comunidades de vida similares a la matrimonial (*eheähnliche Lebensgemeinschaft*) en la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 17 de noviembre de 1992. Me remito a lo que sobre esta sentencia expuse en *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, 1995, págs. 23-26 y 33-35, y en «La unión libre en la jurisprudencia constitucional alemana de los últimos años», *Revista de Derecho Privado y Constitución (RDPyC)*, núm. 6 (1995), págs. 201-203.

(2) Sobre la libre ruptura como elemento esencial diferenciador de las uniones libres frente al matrimonio, me remito a lo que en extenso expuse al respecto en «¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 32 (1999), págs. 206-254.

te los derechos y deberes recíprocos, contenidos en el correspondiente estatuto legal, manifestando todo esto en alguna de las formas previstas por la ley? Dependerá del concepto constitucional de matrimonio, concretamente, de que en él deba considerarse incluida como uno de sus elementos la diferente identidad sexual de los contrayentes (3). En definitiva, ¿puede hablarse propiamente de matrimonio homosexual, a la luz de nuestra vigente Constitución?

Por plantearlo desde el primer momento en términos prácticos, tengamos en cuenta que si, de acuerdo con la doctrina, por el momento, claramente mayoritaria, el concepto constitucional de matrimonio, recogido en el artículo 32.1 CE, incorporase la diferencia en la identidad sexual de los contrayentes (4), una primera consecuencia, de hondo calado en los tiempos que corren, sería que sólo el

(3) Su orientación sexual puede ser o no la misma, sin consecuencias para la validez del matrimonio, salvo en los casos de error relevante sobre las cualidades del otro contrayente (art. 73.4.º C.c.), o falta de consentimiento matrimonial por imposibilidad de asumir realmente el deber de fidelidad (art. 73.1.º C.c.). Está fuera de toda duda que la orientación homosexual de uno o de ambos contrayentes no siempre llevará consigo esa imposibilidad, del mismo modo que la orientación heterosexual no garantiza que se esté en condiciones de asumir realmente ese deber de fidelidad. De esta cuestión me he ocupado en *La unión libre...*, cit., págs. 47-51, y «La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre», *RDPyC*, núm. 12 (1998), págs. 110-111.

Por esta razón, cuando empleo las expresiones «matrimonio homosexual» o «pareja homosexual» me estoy refiriendo a la identidad sexual de sus integrantes, que es la misma, y no a su orientación sexual. ¿A quién se le ocurriría a estas alturas pensar que matrimonio o pareja homosexual sea el o la integrada por dos personas homosexuales? Dos homosexuales pueden casarse entre sí, siempre que sean de sexo diferente, es decir, siempre que se trate de un hombre y una mujer, y ese matrimonio no será homosexual, sino uno más de los constitucionalmente garantizados. Dos homosexuales de sexo diferente pueden vivir en pareja sin contraer matrimonio, y esa no será una pareja homosexual, de las que sólo en Navarra pueden adoptar conjuntamente, sino una pareja de las que pueden adoptar en España desde que entró en vigor la vigente ley de adopción de 1987.

Y no creo que alguien pueda entender que matrimonio o pareja homosexual sea el o la integrada por personas que orientan su sexualidad hacia personas de un mismo género. Un matrimonio entre un hombre homosexual y una mujer heterosexual, o a la inversa, no sólo es uno de los constitucionalmente garantizados, sino que está en el más puro estilo del matrimonio tradicional. Dígase otro tanto de las parejas no casadas, salvo que su reconocimiento, como sabemos, no está constitucionalmente garantizado.

(4) M. ALBALADEJO GARCÍA (*Curso de Derecho civil*, vol. IV, 7.ª ed., Barcelona, 1996, pág. 38) considera que, si bien en el artículo 32.1 CE no se exige la diferencia de sexo en el matrimonio, pues no dice «el hombre y la mujer entre sí», ni «uno con otra», éste es su espíritu y está es la esencia del matrimonio. M. ALONSO PÉREZ («La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil», *Actualidad civil 1998*, núm. 1.º, pág. 26) afirma, no sé si como parte del pasado o de la modernidad, que el matrimonio y la unión libre requieren la heterosexualidad, porque las uniones entre personas del mismo sexo no son familia. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «Las parejas de hecho», *Ar. Civ. 1993*, vol. I, pág. 1835. A. BERNÁRDEZ CANTÓN: *Elementos definidores del matrimonio implícitos en las causas de nulidad y separación*, V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Pamplona, 1990, pág. 3.

Estado sería el competente para regular las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas [civiles o religiosas] de matrimonio», es decir, de las uniones sin libre ruptura entre dos personas de sexo diferente, pudiendo algunas Comunidades Autónomas regular no sólo las uniones libres, sino también las otras uniones no libres pero tampoco matrimoniales, es decir, aquellas entre dos personas del mismo sexo, en las que tampoco exista libre ruptura. Es decir, esas Comunidades Autónomas podrían aprobar leyes de partenariado como las escandinavas y la holandesa. En tal caso, si las leyes autonómicas sobre parejas no casadas no garantizaran su libre ruptura, sólo serían inconstitucionales, por invasión de una competencia exclusiva del Estado, en lo relativo a aquellas de sus disposiciones que impidiesen esa libre ruptura en las parejas integradas por personas de sexo diferente, pues sólo éstas serían matrimonios, pero no serían inconstitucionales por falta de competencia (5) esas mismas disposiciones u otras que fueran aplicables a las parejas integradas por personas del mismo sexo (6).

L. H. CLAVERÍA GOSÁLVEZ: «Lo que es y lo que no es el matrimonio», *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado (ADFE)*, vol. XII (1996), pág. 275. A. DE LA HERA: «La definición del matrimonio en el ordenamiento jurídico español», *ADEE*, 1992, pág. 33. L. DíEZ-PICAZO y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 6.ª ed., Madrid, 1992, pág. 63. C. M. ENTRENA KLETT: *Matrimonio, separación y divorcio*, 3.ª ed., Pamplona, 1990, pág. 20. G. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. II, Madrid, 1982, págs. 15-16, 58 y 63; *La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de familia*, en el V Congreso Internacional de Derecho eclesiástico del Estado, Pamplona, 1990, págs. 10 y 15. I. C. IBÁN: «El matrimonio en la Constitución», *Revista de Derecho privado*, 1980, pág. 139. R. NAVARRO VALLS: *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, pág. 90. L. PRIETO SANCHÍS: «Relaciones Iglesia-Estado y Constitución», en *La Constitución española de 1978*, dirigida por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2.ª ed., Madrid, 1981, pág. 350. V. REINA y J. M. MARTINELL: *Curso de Derecho matrimonial*, Madrid, 1995, pág. 21. F. DE A. SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, vol. IV, Barcelona, 1984, pág. 129. P. J. VILADRICH: *La agonía del matrimonio legal*, 3.ª ed., 1997, págs. 70, 75, 79, 82.

(5) Podrían serlo por vulneración de la libertad de elección entre uniones con libre ruptura y sin ella, que es exigencia del libre desarrollo de la personalidad, y del respeto a la autonomía de la voluntad (art. 10.1 CE), o por penalizar el matrimonio, si reconociesen a las uniones sin libre ruptura entre personas del mismo sexo los mismos derechos que a los matrimonios y fuese más fácil su disolución que la de los matrimonios (arg. arts. 14 y 32 CE).

(6) La ley catalana 10/1998, de uniones estables de pareja (LUEP), parece, en alguna medida, informada por este criterio. Ténganse en cuenta los siguientes datos: primero, que sólo para su aplicación a las parejas integradas por personas del mismo sexo exige la declaración formal y solemne de los compañeros o compañeras (arts. 19 y 21.1); segundo, que prevé prestaciones económicas por ruptura, que no está nada claro que no permitan conseguir más de la compensación por enriquecimiento injusto (art. 31), aunque en esto no hay diferencias con las prestaciones previstas para la ruptura de las otras parejas; tercero, que se reconocen mayores derechos sucesorios al conviviente superviviente del mismo sexo que el fallecido, de los que corresponden al que lo sea de sexo diferente (comp. arts. 18 y 33-35); y, cuarto, que, *casualmente*, en el artículo 1.1 pr. del Código de familia ca-

En cambio, si se considera que el concepto constitucional de matrimonio no ha incorporado la diferencia de sexo entre los contrayentes, sino que se ha limitado a garantizar la institución matrimonial entre dos personas de sexo diferente, sin excluir que el legislador pueda optar por extenderla a otros supuestos, de manera que puedan contraerlo personas del mismo sexo (7), la cosa cambia. Y es

talán, aprobado el mismo día que la LUEP, se define por primera vez el matrimonio como «una institución que da lugar a un vínculo jurídico, que origina una comunidad de vida en la que *marido y mujer* deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia» (la cursiva es mía, claro está). Esta definición de matrimonio sólo puede salvar su constitucionalidad, en lo relativo al requisito de diferencia de sexo, si se parte de que el concepto constitucional de matrimonio, contenido en el artículo 32.1 CE, incorpora ese mismo requisito, pues en otro caso se habría invadido la competencia exclusiva del Estado sobre «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio» (art. 149.1.8.ª CE), así como sobre «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos [...] constitucionales» (art. 149.1.1.ª CE).

(7) Y. GÓMEZ: *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1990, págs. 189 y 193. J. M. ESPINAR VICENTE: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1996, págs. 32-35. J. L. IBARRA ROBLES: «El reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones de hecho en el ordenamiento español: su evolución y aspectos a considerar en la actual iniciativa legislativa», en *El Derecho europeo ante la pareja de hecho*, Barcelona, 1996, págs. 32-33 y 35, de una claridad meridiana en sus planteamientos, muy estimable.

En cambio, L. F. SAURA (*Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de familia*, Valencia, 1995) afirma que el concepto de matrimonio «es tan multívoco que podría abarcar desde las uniones libres hasta las religiosas más solemnes» (pág. 61), tras lo cual ya no sabe uno cómo entender sus consideraciones sobre que el artículo 32.1 CE no excluye el matrimonio entre personas del mismo sexo (pág. 58). ¿Se refiere a la posibilidad de regular las uniones libres entre personas del mismo sexo, o al matrimonio, como unión en la que está excluida la libre ruptura? Si el concepto de matrimonio comprende también las uniones libres, la única legislación autonómica posible sería la relativa a los aspectos patrimoniales, siendo inconstitucionales en todo lo demás las leyes catalana, aragonesa y navarra, en lo relativo a la legislación civil.

F. PANTALEÓN PRIETO («Régimen jurídico civil de las uniones de hecho», en *Uniones de hecho*, coord. por J. M. MARTINELL y M. T. ARECES PIÑOL, Lleida, 1998) considera que, como el artículo 32 CE habla de hombre y mujer, el legislador ordinario «puede restringir la institucionalización jurídica a la convivencia heterosexual» (pág. 70), habiendo antes advertido que prefiere esta expresión a la de matrimonio, a los efectos de procurar una mayor serenidad al debate (pág. 69). Pero lo cierto es que en la cuestión acerca de si la competencia es sólo estatal o también autonómica para regular las uniones sin libre ruptura, dependiendo de que sean o no matrimonios, resulta perturbador no emplear el término matrimonio, si se considera que el concepto constitucional de matrimonio no está circunscrito a las uniones sin libre ruptura entre dos personas de sexo diferente. Téngase en cuenta que la institucionalización puede referirse también a la regulación de las uniones entre personas del mismo sexo, manteniendo su libre ruptura, pero dotándolas de un estatuto propio, eventualmente diferenciado de las otras uniones libres y de los matrimonios. Téngase en cuenta que el mismo autor antes había sostenido que la convivencia homosexual no es familia a los efectos del artículo 39.1 CE, y que carecía de cualquier reconocimiento jurídico, a pesar de lo cual entendía que la Constitución no impone ni impide institucionalizar la convivencia homosexual («Compañero/compañera», en *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, t. I, págs. 1161-1162).

que, en tal caso, por matrimonio, al que se refiere tanto el artículo 32.1 como el 149.1.8.^a CE, habría de entenderse toda unión familiar en la que se excluya la libre ruptura, con independencia de la identidad sexual de los que puedan contraerlo en cada momento, conforme a la legislación vigente. Si esto fuera así, ninguna Comunidad Autónoma podría regular uniones familiares a las que no se reconociese realmente la libre ruptura, en los aspectos en los que sólo el Estado es competente para regular el matrimonio. Serían, por tanto, inconstitucionales todas las disposiciones de las leyes autonómicas que impidiesen la libre ruptura de todas las uniones no matrimoniales, con independencia de que estuvieran integradas por personas del mismo o de diferente sexo. Según esto, sólo el Estado podría optar por la solución escandinava para las parejas homosexuales.

El concepto constitucional de matrimonio se ha buscar en el artículo 32.1 CE, y nada nos permite dudar de que ese mismo es el concepto de matrimonio, que emplea el artículo 149.1.8.^a CE, al reservar al Estado, en todo caso, la competencia exclusiva sobre «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio». Y tales formas, a su vez, no son otras que las que prevea la ley que ha de regular el matrimonio sin remisiones a ordenamientos propios de confesiones religiosas, como ordena el artículo 32.2 CE, interpretado a la luz de los artículos 53.1, 14 y 16.1 CE.

Antes de entrar en el análisis de la cuestión de si ese concepto incorpora la diferencia de sexo entre los contrayentes, creo conveniente advertir que de esto no depende que el legislador tenga libertad para prever y regular uniones entre personas del mismo sexo, excluyendo su libre ruptura. Que el legislador pueda hacerlo sólo depende de que la Constitución no se lo impida, y está claro que en su artículo 32.1 no hay, ni por asomo, prohibición alguna de este tipo. Es decir, que el legislador deba seguir admitiendo el matrimonio, como institución constitucionalmente garantizada para dos personas de sexo diferente con plena igualdad jurídica, sólo implica, a los efectos que ahora nos interesan, que el derecho a contraer matrimonio únicamente está garantizado constitucionalmente entre dos personas de sexo diferente, sin que puedan establecerse distinciones por razón de sexo entre los que van a contraerlo, ni entre los ya casados. Ahora bien, nada de esto impide que el legislador pueda prever uniones entre dos personas del mismo

N. PÉREZ CÁNOVAS («El derecho de las parejas gays y lesbianas a la vida familiar», *Jueces para la Democracia*, núm. 30, pág. 25) va más allá y considera no sólo que el artículo 32.1 CE no prohíbe literalmente contraer matrimonio a personas del mismo sexo, sino que afirma que «con la Constitución en la mano, cuanto menos es cuestionable el requisito de la heterosexualidad de sus miembros para acceder al derecho a contraer matrimonio», al poner ese precepto en relación con el libre desarrollo de la personalidad y la prohibición de discriminaciones por razón de sexo (arts. 10.1 y 14 CE).

sexo, en las que quede excluida la libre ruptura. Otra cosa es que tales uniones puedan ser calificadas como matrimoniales, o que ese legislador pueda ser también el autonómico, o qué límites ha de observar el legislador para no incurrir en discriminación de los casados, esto es, en la penalización del matrimonio (arg. arts. 14 y 32 CE), ni violar la libertad de elección entre uniones con libre ruptura y sin ella (arg. art. 10.1 CE, libre desarrollo de la personalidad, en relación con el art. 32.1 en negativo CE, como derecho a no contraer matrimonio, aunque se conviva, mientras no se haya prestado consentimiento matrimonial en alguna de las formas legalmente previstas). Para resolver estas otras cuestiones sí es relevante saber si el concepto constitucional de matrimonio incorpora el requisito de la diferencia de sexo entre los contrayentes.

Resolver esta cuestión pasa, necesariamente, por interpretar la disposición contenida en el artículo 32.1 CE, conforme a la cual, «[e]l hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Siendo la diferencia de sexo una de las notas del concepto legal de matrimonio, que incorporaba la legislación vigente al tiempo de ser elaborada y entrar en vigor la Constitución (8), así como del concepto normal o general de matrimonio (9), llama la atención que el constituyente no se limitara a reconocer el derecho a contraer matrimonio, sino que expresamente sacara del concepto legal y normal de matrimonio entonces vigente una de sus características, como es la relativa a la diversidad de sexo de los contrayentes. La referencia a la «plena igualdad jurídica» se explica por el propósito de dejar claro, sin lugar a dudas, que el marido y la mujer tendrían los mismos derechos y obligaciones, frente a una historia de discriminación y sometimiento de la mujer, especialmente, la casada. Puede, mejor aún, debe entenderse que esa exigencia de plena igualdad jurídica permite considerar inconstitucionales cualesquiera diferencias de trato por razón de sexo en relación al matrimonio (tanto *in fieri* como *in facto esse*, es decir, tanto en la regulación del ejercicio del *ius connubii*, como en el estatuto matrimonial de los ya casados), sin que proceda plantearse si está o no suficientemente justificada, como procedería, de aplicar la norma del artículo 14 CE, donde se contiene la prohibición general de discriminar por razón de sexo. De tener que recurrir sólo a esa prohibición general, la diferencia de trato entre

(8) Aunque no había un precepto como el del artículo 44 C.c. actualmente vigente, que claramente limita el derecho a contraer matrimonio a dos personas de sexo diferente, había preceptos que hablaban no sólo de cónyuges en general, sino de marido y mujer, normalmente, para discriminar a ésta (art. 59 C.c., por ejemplo).

(9) La primera acepción de matrimonio, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, es la «[u]nión de hombre y mujer concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales» (20.^a ed., 1984).

marido y mujer se salvaría si superase el escrutinio más estricto —alternativa menos gravosa, para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo—, o si favoreciera a la mujer, esto es, como una medida de discriminación positiva. En cambio, al imponer el artículo 32.1 CE la plena igualdad en relación al matrimonio, sin distinción por razón de sexo, son inconstitucionales, sin necesidad de examen de ningún tipo, cualesquiera diferencias de trato por razón de sexo, esto es, sin tener que acudir a lo que pudiera resultar de la aplicación de la prohibición general de discriminaciones por razón de sexo.

Así las cosas, hay ya que plantear una primera cuestión: ¿la referencia al hombre y la mujer se explica sólo como aclaración de la exigencia de plena igualdad jurídica, o cumple (también) otras funciones? Aun antes de entrar en el análisis de los datos que nos ofrece el proceso de elaboración del precepto, está claro que la referencia al hombre y la mujer no era imprescindible para aclarar que la plena igualdad jurídica se refería a la prohibición de distinciones por razón de sexo entre los cónyuges, ya que también podría haber quedado claro con una redacción como la siguiente: «se reconoce el derecho a contraer matrimonio, con plena igualdad jurídica entre los cónyuges», que, partiendo de un concepto de matrimonio que incluyera la diferencia de sexo entre los contrayentes, dejaba claro que el marido y la mujer serían iguales en derechos y obligaciones. Una objeción podría hacerse a esta explicación, y es que el constituyente quiso con la exigencia de plena igualdad jurídica, referida al hombre y a la mujer, proscribir no sólo cualquier diferencia de trato entre marido y mujer, esto es, entre quienes ya están casados (estatuto matrimonial igual para ambos), sino también entre quienes van a contraerlo, esto es, entre el hombre y la mujer solteros, impidiendo así el establecimiento de diferencias por razón de sexo en la edad para poder casarse, como sucedía en la legislación entonces vigente (10). Pero, en tal caso, habría que ver si la exigencia de plena igualdad jurídica fue introducida con el objeto de comprender toda la regulación legal del ejercicio del derecho a contraer matrimonio, o sólo la regulación legal de los derechos y deberes de los cónyuges. Si lo primero, la referencia al hombre y la mujer podría entenderse, a falta de otros datos, como una mera aclaración de que esa exigencia de igualdad, mayor que la que resulta de las cláusulas generales de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE, se limitaba a proscribir diferencias por razón de sexo. Si lo segundo, la referencia al hombre y la mujer no podría ser explicada sólo como una aclaración de la proscripción de diferencias de trato por razón de sexo entre cónyuges.

Un primer elemento a tener en cuenta, por lo que pudiera valer, es la ubica-

(10) Catorce años el varón, doce la mujer (art. 83.1.º C.c.).

ción de la exigencia de igualdad en el primero de los párrafos del artículo 32 CE, y no en el segundo, que es en el que se encuentra la referencia a los derechos y deberes de los cónyuges, esto es, al estatuto matrimonial. Es decir, si en el primer párrafo sólo se dijera que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio», mientras que en el segundo se dijera que «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges con plena igualdad jurídica, las causas de separación y disolución y sus efectos», estaría claro que la referencia al hombre y la mujer no se podría explicar como una aclaración de que la exigencia de igualdad entre los cónyuges en la configuración del estatuto matrimonial se refiere a la proscripción de diferencias por razón de sexo. Lo que sucede es que, de haber sido ésta la redacción del artículo 32 CE, habría quedado abierta la posibilidad de que la ley estableciese diferencias por razón de sexo en la regulación de las otras cuestiones mencionadas en su párrafo segundo (edad y capacidad para contraer matrimonio, causas de separación y disolución y sus efectos), que quedarían sometidas sólo a la cláusula general de no discriminación por razón de sexo, contenida en el artículo 14 CE, con las consecuencias antes expuestas: una, la posible discriminación positiva a favor de la mujer; y otra, la no exclusión *ab initio* de diferencias de trato, dependiendo su constitucionalidad de la aplicación de un escrutinio, más o menos estricto, según los casos, es decir, según la interpretación que se hiciera de esa cláusula general. Entiendo que, llevando al primero de los párrafos la exigencia de plena igualdad jurídica, se abarcaba toda la regulación del matrimonio, excluyendo cualquier diferencia de trato por razón de sexo, y no sólo entre los que ya son cónyuges (derechos y deberes, causas de separación y disolución y sus efectos), sino también entre quienes puedan llegar a serlo (edad y capacidad para contraer matrimonio). ¿Significa esto que habría dado lo mismo no incluir en el primero de los párrafos del artículo 32 CE la referencia a la igualdad, sino en el segundo, pero sin referirla sólo a los derechos y deberes de los cónyuges? Así, si en el artículo 32.2 CE se hubiera dicho «la ley regulará con plena igualdad jurídica 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», ciertamente, la proscripción de cualquier diferencia de trato por razón de sexo alcanzaría a todas las cuestiones allí mencionadas, y no sólo al estatuto matrimonial. Pero, entonces, quedarían fuera de esa exigencia y, por lo tanto, sólo cubiertas por la cláusula general de no discriminación por razón de sexo, contenida en el artículo 14 CE, aquellas cuestiones de Derecho matrimonial que no estuvieran mencionadas o comprendidas en la reserva de ley del artículo 32.2 CE, por ejemplo, la nulidad del matrimonio, o aquella parte de la nulidad que no es incluíble en tal reserva. Esto se evita llevando la exigencia de plena igualdad jurídica al primero de los párrafos del ar-

título 32 CE; así, todo lo relativo al matrimonio queda cubierto por la proscripción de cualquier diferencia de trato por razón de sexo.

¿Significa esto que, entonces, la referencia al hombre y la mujer es una mera aclaración de que la plena igualdad jurídica en el matrimonio se refiere sólo a las diferencias por razón de sexo, dejando así claro que diferencias por otros criterios —por ejemplo, por razón de la religión que se profese— serán posibles si no violan la cláusula general de no discriminación del artículo 14 CE, sin que queden prohibidas *ab initio*? ¿O, por el contrario, la referencia al hombre y la mujer tiene un sentido propio, que incide en el concepto mismo de matrimonio? Analizando el proceso de elaboración de la norma podremos encontrar alguna pista que nos permita dar una respuesta fundada a esta cuestión.

En el artículo 27 del anteproyecto de Constitución se decía lo siguiente: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia. El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Si hemos de buscar un sentido a la referencia al hombre y la mujer, no en sí misma, sino en relación con otro elemento de ese precepto, no sólo hay que pensar en la igualdad de derechos, sino también en la referencia a la edad núbil. Hemos de analizar, pues, si entre las referencias a la edad núbil y al hombre y la mujer había alguna relación, y si ésta implicaba someter una a la otra, o si funcionaban de manera independiente. Téngase en cuenta, con todo, que la referencia a la edad núbil no pasó a la redacción final del precepto, mientras que sí se mantuvo la *mención expresa del hombre y la mujer, como titulares del derecho a contraer matrimonio, constitucionalmente garantizado*. A pesar de esto, considero conveniente analizar la posible relación entre esas dos referencias, aunque sólo sea para descartar posibles sentidos de la mención que se hace del hombre y de la mujer en ese precepto. Pues bien, en un texto como el antes transcrito, nos encontramos con que la referencia a la edad núbil iba acompañada de la no mención de la edad ni de la capacidad en el elenco de materias reservadas al Derecho civil. Todo esto podría llevarnos a pensar que, por un lado, se estaba constitucionalizando el derecho a contraer matrimonio al llegar a la edad núbil, que sería diferente en función del sexo, sin que la ley pudiera establecer una edad mínima superior, mientras que, por otro, se estaba admitiendo que la ley reconociese validez a matrimonios religiosos contraídos entre púberes, aunque no alcanzasen la edad mínima exigida por la misma ley, o que se reconociesen efectos civiles a sentencias eclesiásticas de nulidad de matrimonios por defecto de capacidad, aunque los contrayentes sí reunieran la capacidad civilmente exigida. Si se aceptara esta interpretación, habría quedado bastante menguado el sentido de la referencia al hombre y a la mujer, si sólo se quiere ver en ella una

explicación de la referencia a la edad núbil o a la igualdad sin distinción por razón de sexo. Y es que sería perfectamente irrelevante, ya que ni serviría para exigir la madurez psíquica, además de la fisiológica, para contraer matrimonio, ni impediría que la ley estableciese distinciones por razón de sexo al regular la capacidad para contraerlo. Lo que sucede es que también se podía interpretar ese precepto en el sentido de que la ley no podría admitir matrimonios entre impúberes, ni establecer una capacidad diferente por razón de sexo —y a esto se reduciría el sentido de la referencia al hombre y a la mujer—, pudiendo, eso sí, reconocer la validez civil a matrimonios religiosos contraídos entre quienes, siendo púberes, no reuniesen la capacidad para contraer matrimonio civil, así como reconocer efectos civiles a sentencias eclesiásticas de nulidad de matrimonios por falta de capacidad, aunque sí se tuviese la civilmente exigida.

Las referencias a la edad núbil, al hombre y a la mujer, y a la igualdad de derechos, así como la no inclusión de la capacidad en las materias reservadas al derecho civil o a la ley, fueron mantenidas hasta el dictamen de la comisión de Constitución del Senado, redactado en los siguientes términos: «El hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio, basado en la plena igualdad jurídica de los cónyuges» (art. 32.1). Ahora quedaba claro que la ley podía fijar la edad mínima para contraer matrimonio por encima de la entrada en la pubertad, si bien la igualdad de derechos entre cónyuges no impedía el establecimiento de una edad distinta en función del sexo, y podría suscitar dudas si la edad para contraer matrimonio quedaba o no incluida en la reserva de ley prevista en el segundo párrafo; de esto dependía la validez civil de los matrimonios religiosos contraídos por quienes no tuvieran capacidad para contraer matrimonio civil, así como la posibilidad de reconocer efectos civiles a sentencias eclesiásticas de nulidad de matrimonios por falta de capacidad, si los contrayentes sí reunían la capacidad legalmente exigida. Según esta interpretación del precepto, la referencia al hombre y la mujer, como algo conectado con la capacidad para contraer matrimonio, sólo serviría para impedir que la ley fijase una edad mínima que quedase por debajo de aquella en la que se alcance la madurez psicológica y fisiológica.

Será, finalmente, en la comisión mixta Congreso-Senado donde se llegue a la redacción actualmente vigente del artículo 32 CE. Por un lado, de él habrá desaparecido la referencia a la edad núbil, con lo que quedará claro que no está constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio al alcanzar la pubertad, sino que la ley ha de atender a la madurez psicológica, y no sólo a la fisiológica. Por otro, la capacidad para contraer matrimonio habrá sido llevada al segundo párrafo, quedando así incluida sin duda en la reserva de ley que en él se establece, de manera que no podrá reconocerse validez civil a matrimonios religiosos contraídos por quienes no tendrían capacidad suficiente

para contraer matrimonio civil, salvo convalidación, ni podrían reconocerse efectos civiles a sentencias eclesiásticas de nulidad por defecto de capacidad, si los contrayentes reunían la legalmente exigida para contraer matrimonio, como exigencia de la libertad religiosa (inmunidad de coacción) y de la no discriminación por motivos religiosos (arts. 16.1 y 14 CE). Y, finalmente, la igualdad ya no será referida sólo a los cónyuges, sino al hombre y a la mujer, esto es, también a quienes van a contraer matrimonio, es decir, a la capacidad.

Según esto, la referencia al hombre y la mujer en el artículo 32.1 CE podría no afectar al contenido del concepto constitucional de matrimonio, sino explicarse tan sólo en conexión con la capacidad y con la igualdad: es inconstitucional admitir el matrimonio entre quienes no hayan alcanzado la madurez psicológica indispensable para poder asumir seria y libremente los derechos y deberes del estatuto matrimonial, aunque ya hayan alcanzado la pubertad; y es inconstitucional establecer diferencias por razón de sexo en la capacidad para contraer matrimonio. Dicho con otras palabras, si esa referencia al hombre y a la mujer se explicara así, no afectaría para nada al elemento mismo de la diferencia de sexo entre los contrayentes, integrante del concepto legal (entonces vigente) y normal de matrimonio, subsistiendo tal elemento sin variación alguna en el concepto constitucional de matrimonio, contenido en el artículo 32.1 CE.

¿Qué significaría esto? Pues, a los efectos que ahora interesan, que en la palabra matrimonio, que emplea el artículo 32.1 CE, ya estaría incluida la diferencia de sexo de los contrayentes, como uno de los elementos que integran ese concepto constitucional, sin necesitar de la referencia al hombre y la mujer, que se explicaría no porque con ella se incorporase ese elemento a dicho concepto, que ya lo incorporaría a partir del concepto legal y normal, sino porque se trataba de limitar con esa referencia la libertad del legislador al regular la capacidad para contraer matrimonio, en un doble sentido: puesta en relación esa referencia con la supresión de la que antes se hacía a la edad núbil, indicaría que la ley no puede admitir el matrimonio entre púberes que no tengan el suficiente juicio como para entender y querer el compromiso matrimonial; y, puesta en relación con la igualdad, no referida ya sólo a los ya casados, indicaría que no pueden establecerse diferencias por razón de sexo en la capacidad para contraer matrimonio.

Pero aquí no habría limitación alguna a la libertad del legislador para prever y regular uniones sin libre ruptura entre dos personas del mismo sexo, puesto que lo inconstitucional sería calificarlas como matrimonios. ¿Con base en qué podría entenderse que el legislador no puede prever instituciones diferentes a la matrimonial? La Constitución impondría al legislador la subsistencia de la institución matrimonial, conceptuada como una unión sin libre ruptura entre dos personas de sexo diferente, que es la que se garantiza, pero sin excluir que puedan existir otras del mismo tipo entre personas del mismo sexo. Por lo tanto, según esto,

cuando en el artículo 149.1.8.^a CE se reserva al Estado la competencia exclusiva sobre «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio» no se estaría impidiendo que Comunidades Autónomas con competencia para desarrollar su propio Derecho civil pudieran, si existe relación de conexión suficiente (11), prever y regular uniones sin libre ruptura entre dos personas del mismo sexo, ya que estarían fuera del concepto constitucional de matrimonio.

Ahora bien, considero que la premisa que conduce a esta conclusión dista mucho de ser incuestionable. Advirtiendo que no pueden esperarse afirmaciones en clave de evidencias en este punto, sino, más que nunca, en clave de mayor o menor plausibilidad, creo poder poner de manifiesto dudas razonables sobre la plausibilidad de la interpretación que acabo de exponer del sentido de la expresión «matrimonio» y de la referencia al hombre y la mujer que se contienen en el artículo 32.1 CE. Y esas dudas nos obligarán a indagar más a fondo en el esclarecimiento del sentido de tales expresiones. Veámoslo.

Ante todo, habría que empezar advirtiendo, por si hiciera falta, que no es, en modo alguno, evidente ni, por tanto, incuestionable, que el concepto de matrimonio incluya la diferencia de sexo entre los contrayentes, del mismo modo que no incluye la nota de monogamia ni la de exogamia. Sí es obvio que estamos hablando de una unión entre personas (12), y también lo es que, si ha de ser diferenciable de las uniones libres (13), ha de quedar excluida la libre rup-

(11) Una interpretación en extenso de la doctrina de la conexión y, por lo tanto, de las SSTC 88 y 176/1993, puede verse en mi estudio «Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho civil», *La Ley*, 1999-5, págs. 1970 y sigs.

(12) DE LA HERA (*op. cit.*, pág. 14) parece entrever que, si del concepto de matrimonio se extrae su ordenación a la procreación, puede llegar a abarcar uniones que no sean entre dos seres humanos, pues afirma: «Si no hay tendencia a la prole, el matrimonio se transforma en la unión de dos personas que desean una vida en común, afectiva, sexual y socialmente hablando, y no hay necesidad de exigir que se trate de personas de distinto sexo [...] Este cambio de naturaleza del matrimonio —que se produce en el mundo de hoy, no sólo en las conciencias de amplios sectores sociales, sino incluso en los ordenamientos jurídicos de determinados Estados— nos ha de llevar a uno de estos dos caminos: o se conserva el matrimonio como lo han configurado por siglos sus notas esenciales, y las nuevas situaciones de unión personal reciben otro nombre, o consideramos evaporado el sentido romano-cristiano del matrimonio y aceptamos que esta palabra significa hoy algo nuevo, por ejemplo, la unión estable de carácter afectivo entre dos seres humanos (de momento, porque incluso este último requisito puede llegar a desmoronarse en el futuro), que en virtud de la misma tienden a establecer una convivencia familiar». No sé si la referencia que hace el autor a ese «último requisito» sólo significa que pueda llegar a considerarse matrimonio la unión entre más de dos personas, o si contempla también otras derivas de una relación eventualmente matrimonial, que no sea sólo entre seres humanos.

(13) No ha faltado quien ha sostenido que el matrimonio no tiene por qué ser algo distinto de la unión libre: V. REINA y J. M. MARTINELL: *Las uniones de hecho*, Madrid, 1996, págs. 44-46; H. M. PAWLOWSKI: Abschied von der 'bürgerlichen Ehe'?, *Juristen Zeitung (JZ)*, 1998, págs. 1037-1039.

tura, es decir, que no sea disoluble por decisión de uno de sus integrantes sin necesidad de que concurra una justa causa, lo cual requiere necesariamente la intervención del Derecho, es decir, de la sociedad jurídicamente organizada, sin la cual sólo habría uniones libres (14). Que otros elementos se incorporen o no al concepto de matrimonio dependerá de la regulación que se haga del mismo, pues el mismo Derecho que puede crear y ha creado esta institución es el que la configura de una u otra forma. No albergo, por lo tanto, duda alguna acerca del poder del constituyente para adoptar en todo o sólo en parte el concepto legal de matrimonio, es decir, el que resultaba de la legislación anterior. Y el concepto normal o general de matrimonio, tal y como quede reflejado o enunciado en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, habrá de adaptarse al concepto constitucional, o al legal que sea conforme a la Constitución, puesto que del matrimonio no disponen los académicos, ni los juristas, ni los particulares, sino el titular del poder normativo, que es el que crea y regula el matrimonio, podemos suponer que atendiendo a los intereses de los destinatarios de las normas, sobre todo, cuando se trata de sistemas políticos democráticos.

Según lo anterior, habría que preguntarse si nuestra Constitución ha incorporado o no elementos adicionales a los esencialmente constitutivos del matrimonio como institución diferente de las uniones libres —unión entre personas en la que queda excluida la libre ruptura. Para clarificar la respuesta a esta cuestión sería conveniente precisar de qué estamos hablando. Me estoy refiriendo al significado de la expresión «matrimonio», contenida en el artículo 32.1 CE, y no a cualesquiera límites, que se desprendan de ese o de otros preceptos constitucionales, a la libertad del legislador para regular el ejercicio del derecho a contraer matrimonio. Pero no olvidemos que el contexto es un elemento interpretativo de primer orden para esclarecer el sentido de las nor-

(14) Sobre la libre ruptura como característica esencial diferenciadora del matrimonio frente a las uniones libres, así como sobre que éstas son una realidad prejurídica, frente al matrimonio, que es una creación exclusiva del Derecho, me remito a lo que con detalle expuse en «¿Es la unión libre...», *cit.*, págs. 206-234. El derecho a contraer matrimonio, reconocido en el art. 32.1 CE, no es el derecho a constituir una unión legalmente calificada como matrimonial, pero que puede ser libre, si no queda excluida la libre ruptura, en función de lo que la ley decida, sino a contraer un vínculo matrimonial en sentido propio, es decir, en el que existe el compromiso jurídicamente vinculante de continuar esa unión, en tanto no sea disuelta por alguna de las causas previstas por la ley, entre las que no puede estar la decisión de cualquiera de sus integrantes sin necesidad de acreditar una justa causa, pues reconocer esta posibilidad es incompatible con la existencia de ese vínculo jurídico. Por lo tanto, cuando en el art. 32.2 CE se habla de las causas de disolución se está imponiendo que la ley que regule el matrimonio, sin remisiones a ordenamientos propios de confesiones religiosas, tipifique las causas de disolución, entre las que no puede estar la mera decisión de cualquiera de los cónyuges, ya que esta facultad nos situaría fuera de la institución matrimonial.

mas, lo cual nos permitirá precisar si en esta Constitución —no en otra hipotética en la que se mantuviera el derecho a contraer matrimonio, cambiando su contexto— han sido incorporados o no elementos adicionales al constitutivamente ineludible de la exclusión de la libre ruptura.

El respeto al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), puesto en relación con el derecho a no contraer matrimonio (art. 32.1 en negativo CE), entendido como autonomía de la voluntad, requiere que no se desconozca la libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre, esto es, el derecho a romper libremente una unión que no haya sido contraída como matrimonial, prestando consentimiento inequívoco en este sentido, para lo cual es necesario que la ley regule muy claramente cuáles son las formas que ha de revestir la prestación de ese consentimiento (arg. arts. 10.1 y 32.2 CE). Pues bien, de esto se desprende que el matrimonio constitucional no puede no ser sino una unión formalmente constituida, siendo inconstitucional la admisión de matrimonios tácitos, derivados de la continuación de la convivencia durante un cierto tiempo. ¿Podemos, pues, afirmar que el elemento forma solemne ha sido incluido en el concepto constitucional, como significado de la expresión «matrimonio», contenida en el artículo 32.1 CE? Pensemos que, si de la Constitución desapareciera la referencia al libre desarrollo de la personalidad, sería, por lo menos, dudoso que la ley no pudiera admitir que la prolongación durante un cierto tiempo de la convivencia de los unidos sin matrimonio formal fuera una de las formas de considerar contraído el matrimonio desde que se cumpliera ese plazo; para evitar ese efecto bastaría con separarse antes de completar ese plazo, con lo que no se negaría el derecho a no contraer matrimonio. Parece, pues, bastante plausible que la forma solemne integre el significado de la palabra «matrimonio», empleada en el artículo 32.1 CE, teniendo en cuenta ese contexto.

Del mandato constitucional para que los poderes públicos protejan la familia (art. 39.1 CE) se deriva que sería inconstitucional (art. 53.3 CE) tanto la poligamia como la poliandria, por cuanto implicaría la desprotección de la primera unión familiar matrimonial, así como la endogamia entre quienes integran la familia nuclear, por cuanto esto podría desatar una competencia entre sus integrantes para lograr casarse entre ellos, que desprotegería a esa familia frente a las actuaciones de sus integrantes con ese objetivo. Si se suprimiese ese mandato de protección a la familia, no habría inconveniente constitucional en admitir y calificar como matrimonios uniones sin libre ruptura entre quienes integran la familia nuclear o no prever de forma absoluta el impedimento de vínculo matrimonial previo. Por lo tanto, también sería ahora este contexto el que nos permitiría considerar incluidas en el concepto constitucional de matrimonio las notas de exogamia y monogamia.

¿Algo parecido podría afirmarse de la «plena igualdad jurídica», con la que

se tiene derecho a contraer matrimonio, sin que quepa distinción alguna por razón de sexo entre los contrayentes, que impone el mismo artículo 32.1 CE, como contexto inmediato de la expresión «derecho a contraer matrimonio»? Sin esta exigencia, como antes expliqué, sólo podría acudirse a la cláusula general de prohibición de la discriminación por razón de sexo, contenida en el artículo 14 CE, siendo en tal caso posibles diferencias de trato, que superasen el test estricto que se impone para estos casos. ¿También ahora el contexto permite considerar incorporado al concepto constitucional de matrimonio la ausencia de distinciones por razón de sexo, sin necesidad de analizar si son o no discriminatorias?

Por lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que el concepto constitucional de matrimonio es el de una unión formalmente constituida, sin libre ruptura, entre personas solteras, que no integran una familia nuclear, que la ley ha de regular sin distinciones por razón de sexo. Si los contrayentes son o han de ser de sexo diferente es lo que falta por precisar.

Si tan obvio fuera que la diferencia de sexo es otro de los elementos —o, acaso, junto a la exclusión de la libre ruptura, el otro elemento esencial— del concepto de matrimonio, deberíamos preguntarnos por qué razón se hizo una referencia al hombre y la mujer como sujetos del derecho a contraerlo. ¿Es que, acaso, no bastaba con reconocer este derecho, para, sin más, tenerlo por garantizado a dos personas de sexo diferente, por el mero hecho de emplear la palabra matrimonio? ¿O es que el constituyente era consciente de que por matrimonio se podía entender cualquier unión en la que quedara excluida la libre ruptura, y quiso advertir que su concepto de matrimonio incorporaba la diferencia de sexo entre los dos contrayentes? Responder a estas cuestiones requiere plantearse cuál es el sentido de la referencia que en el artículo 32.1 CE se hace al hombre y la mujer.

Antes de entrar en el análisis de los distintos elementos que pueden integrar el concepto constitucional de matrimonio, había indicado una posible doble función de esa referencia, tras analizar sus antecedentes legislativos. Con ella se podía estar tratando de incidir no en la cuestión de si la diferencia de sexo es uno de los elementos que integran el concepto constitucional de matrimonio, sino en la de la capacidad para contraerlo. Y esto en un doble sentido: por un lado, aclarando que no basta con haber alcanzado la pubertad para que se tenga constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio, tras de la supresión de la referencia a la edad núbil; y, por otro, que no podía la ley establecer una capacidad diferente para contraer, por razón de sexo, puesto que la igualdad ya no iba referida sólo a los derechos y deberes de los cónyuges, sino al hombre y la mujer, es decir, también a los que todavía no lo fueran. Si éstas fueran las razones, o si sólo éste fuera el sentido de esa referencia al hombre y a la mujer, tanto podría defenderse que la diferencia de sexo no integra el concepto constitucional de matrimonio, como que sí lo integra.

Pues bien, ya antes advertí que era, por lo menos, dudoso que el sentido de esa referencia al hombre y la mujer fuera el indicado y, mucho menos, que sólo fuera ése el sentido que se le pretendió dar, ni el que objetivamente puede establecerse, como creo demostrar a continuación.

Afirmar, por un lado, que con esa referencia se pretende aclarar, desaparecida la referencia a la edad núbil, que la ley no podía admitir el matrimonio entre quienes, aun habiendo alcanzado la pubertad, no tuvieran la suficiente madurez psíquica como para poder asumir libre y conscientemente los derechos y deberes del matrimonio, sabe a poco como explicación de la referencia al hombre y a la mujer, sobre todo, porque por otras vías podría llegarse a la misma conclusión: violaría el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el mandato de velar por el interés del niño (art. 39.4 CE) (15) una ley que admitiese el matrimonio entre quienes no hubiesen alcanzado esa madurez de juicio. Por lo tanto, se corre el riesgo de hacer irrelevante esa referencia, si limitamos de esta manera su sentido.

Afirmar, por otro lado, que con la referencia al hombre y la mujer se pretendió que la exigencia de «plena igualdad jurídica» no abarcase solamente al matrimonio *in facto esse* (el estatuto de los ya casados), sino también al matrimonio *in fieri*, puede tener más sentido, pero se queda muy lejos de la cuestión central. Además, en ningún momento del proceso de elaboración de la norma se puso de manifiesto que fuera ese el sentido principal y, mucho menos, el único, que tenía esa referencia. En lo relativo a la igualdad, parece que la intención del constituyente era excluir cualquier diferencia de trato entre cónyuges por razón de sexo, frente a la infamante tradición de sometimiento de la mujer a la potestad de su marido. Esto es, se trató de asegurar la igualdad en el estatuto matrimonial, de los ya casados, mientras que parecía considerarse que bastaba con la cláusula general de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), para controlar posibles diferencias de trato en lo relativo a la capacidad para contraer matrimonio (16). Parece que el constituyente entendía que basta-

(15) Según dicho precepto, «[l]os niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España, considera niños a todos los menores de edad, hasta el límite de los dieciocho años (art. 1), y establece que «[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen [...] los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (art. 3.1). Pues bien, no albergo duda alguna acerca de lo perjudicial que puede resultar el matrimonio para el niño, aunque ya sea púber, si no ha alcanzado la madurez psicológica necesaria para ser consciente de lo que supone asumir el estatuto matrimonial.

(16) Sin embargo, en el debate que tuvo lugar en el pleno del Congreso, Sotillo Martí (grupo socialista) afirmó que en el primer párrafo del entonces artículo 30 del anteproyecto de Constitución —«[a] partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y de-

ba con la cláusula general de igualdad y no discriminación por razón de sexo, aplicable sin necesidad de referirse al hombre y la mujer en el artículo 32.1 CE,

beres, podrán contraer matrimonio»— «se dice que por razón de matrimonio no puede haber discriminación». Me parece, en primer lugar, un resumen excesivo de lo que resultaba de ese precepto, pues se prescindía de lo que podía significar la referencia tanto a la edad núbil, como al hombre y la mujer en relación al concepto constitucional de matrimonio. En segundo lugar, si lo que se quería evitar con la referencia a la exigencia de igualdad era la discriminación por razón de matrimonio, entonces, no sería por establecer distinciones por razón de sexo, sino por diferenciar entre casados y solteros, para evitar simplemente la penalización de aquéllos o de éstos. Y, finalmente, si lo que se quiso decir es que lo que se pretendía era evitar la discriminación de la mujer casada, lo cierto es que habría bastado con la cláusula general de no discriminación por razón de sexo; es más, de dar por bueno lo afirmado por este diputado, esa exigencia de igualdad entre hombre y mujer en el matrimonio no habría tenido otro sentido que recordar, sin reforzarla, esa cláusula general. Repárese en que, tal y como entonces estaba redactado el precepto, no se exigía que esa igualdad fuera plena, por lo que, ciertamente, no se excluía la posible diferenciación por razón de sexo, siempre que no fuera discriminatoria.

En aquel mismo debate Solé Tura (grupo comunista) afirmó que «[e]l apartado 1 reconoce la igualdad de derecho de los cónyuges, igualdad que hay que entender no sólo dentro del matrimonio, sino también respecto a los hijos, lo cual permite una clara apertura constitucional hacia una regulación más equilibrada de temas candentes, como puede ser la patria potestad, excluyendo en todo caso, de una manera clara, toda desigualdad de trato jurídico entre uno y otro cónyuges». Este diputado sí hacía, pues, una lectura de esa exigencia de igualdad en el sentido de excluir toda desigualdad, lo cual podría significar que no sólo se prohibía la discriminación, siendo así más estricta esa exigencia que la que pudiera resultar de la cláusula general del actual artículo 14 CE. Pero adviértase también que esa exigencia de igualdad iba referida a los ya casados, es decir, al estatuto matrimonial, y no a la capacidad para contraer matrimonio, a pesar de que no se hablaba en el texto de cónyuges, sino del hombre y la mujer. Estaba bastante claro, pues, que esa referencia a la diversidad sexual de los contrayentes no se explicaba por el propósito de extender la exigencia específica de igualdad a la capacidad para contraer.

Ya en el Senado, en el debate en comisión Landáburu González (grupo mixto) propuso una enmienda *in voce* al artículo 30.1 del anteproyecto de Constitución, arriba transcrito, del siguiente tenor: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio basado en la igualdad jurídica entre los cónyuges». Si comparamos este texto con el del precepto enmendado, veremos que la diferencia radica en que con la enmienda se quería dejar claro que la exigencia de igualdad iba referida al estatuto del matrimonio, es decir, a los derechos y deberes de los que ya son cónyuges, por entender que el texto a enmendar no garantizaba suficientemente esa igualdad, sino la relativa a la capacidad para ejercer el derecho a contraer matrimonio. Fundamentó esta senadora su enmienda diciendo que con ella «lo que se pretende es trasladar a la esfera del Derecho privado este principio de no discriminación, a la esfera del Derecho familiar, del Derecho matrimonial. En efecto, parece congruente que así sea, porque de no recoger expresamente en este artículo y en este apartado este principio de igualdad jurídica entre los cónyuges, simplemente dejaríamos, sin más, como se dice en el apartado segundo, a una ley orgánica (*sic*) la regulación de los derechos y deberes de los cónyuges, y podría ocurrir que no se hiciera con arreglo a ese principio de igualdad jurídica [...]». Parece bastante claro que esta senadora consideraba que el texto del anteproyecto garantizaba la igualdad sólo en la fase previa al matrimonio,

para garantizar que no fuese discriminatoria la regulación de la capacidad para contraer matrimonio. En términos actuales esto se traduce en que las diferen-

no en la regulación del estatuto matrimonial; no sé si por la referencia que en él se hacía al hombre y la mujer, y no a los cónyuges, como ella proponía.

La intervención de Fernández-Galiano Fernández en el debate en la misma comisión resulta enormemente esclarecedora de la referencia al hombre y la mujer en relación con la exigencia de igualdad en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio. Afirmó que en el primer párrafo del precepto «contemplamos el aspecto estático de la institución matrimonial, es decir, que no cabe hablar de cónyuges cuando todavía no se ha contraído el vínculo matrimonial. Allí, un hombre y una mujer pasan a contraer matrimonio, y por supuesto que en igualdad de derechos, en cuanto que esta igualdad les viene reconocida por el artículo 13» —14 actual. «Pero una vez que se contrae el vínculo se inicia la vida matrimonial que discurre a través del tiempo. Estamos ya en el aspecto dinámico del matrimonio, y aquí sí es menester subrayar la exigencia de igualdad entre el marido y la mujer, entre los que ya son cónyuges y no simplemente hombre y mujer. Por ello, la posición nuestra es no mencionar la igualdad, porque no hace falta, en el momento de contraer matrimonio, al amparo del artículo 13» —14 actual—, «pero sí expresarla en cambio muy claramente cuando se trata de las relaciones entre los que ya son cónyuges [...]; ahí sí que es necesario dejar bien claro que hay una estricta igualdad entre el marido y la mujer. Cómo pueda expresarse esto, cuál sean exactamente las palabras en que se refleje esta idea, esto es más o menos accesorio, porque la idea fundamental es la que acabo de expresar».

En el mismo debate, Landáburu González volvió a tomar la palabra para insistir, ahora en términos muy claros, en que no quedaran dudas sobre la imposición de la igualdad en la regulación de los derechos y deberes de los que ya estaban casados. Afirmó que «si se dice que “el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes podrán contraer matrimonio”, lo que hemos resuelto es la igualdad previa al matrimonio, pero no la igualdad jurídica entre los cónyuges [...]. [E]l artículo 13» —14 actual— «plantea el principio de no discriminación por razón de sexo, y no sé hasta qué extremo eso resolvería el problema en su totalidad, porque durante muchos años las discriminaciones no se han planteado en esta materia por razón de sexo, sino por razón de estado civil, por lo cual yo considero absolutamente preciso que esta matización se introduzca precisamente en el artículo en que la Constitución habla del matrimonio». Esta senadora consideraba, pues, peligroso confiar a la cláusula general de no discriminación por razón de sexo la igualdad entre cónyuges, por considerar que era el estado civil y no el sexo lo que explicaba la discriminación de la mujer casada. Yo creo que esa discriminación se basaba, precisamente, en el sexo, si tomamos como término de comparación la situación del hombre casado, y no la de la mujer soltera. De haber sido el estado civil el criterio diferenciador, habría afectado por igual a hombres y mujeres casados, frente a los solteros. Bastaba, pues, con prohibir la discriminación por razón de sexo para poner fin a la discriminación de la mujer casada, frente al hombre casado. Y por esto era por lo que se insistía en referir la exigencia de igualdad a los cónyuges entre sí, y no frente a los solteros. Para evitar que se discriminase a los casados frente a los solteros bastaba con prohibir la penalización del matrimonio, que ya resulta de la cláusula general de igualdad en relación con el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio y el mandato de protección a la familia, como una forma de familia que no puede ser tratada peor que otras formas de familia, ni que lo que no sea familia.

El debate concluyó con la votación de una enmienda consensuada, del siguiente tenor: «El hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio basado en la igualdad jurídica de los cónyuges». Fue aprobada por unanimidad, como artículo 32.1

cias que eventualmente se establezcan en este punto habrán de superar el escrutinio más estricto, tanto por tratarse de un criterio de diferenciación de los explícitamente mencionados entre los sospechosamente discriminatorios, como por afectar al ejercicio de un derecho fundamental (17). Otra cosa es que

del anteproyecto de Constitución, según el dictamen de la comisión en el Senado, después aprobado por el pleno con una amplísima mayoría (160 a favor, uno en contra y nueve abstenciones). La igualdad que preocupaba era la que se quería salvaguardar entre los ya casados, y no la relativa a la capacidad para contraer matrimonio, por entender que ésta quedaba suficientemente garantizada por la cláusula general de igualdad sin discriminación por razón de sexo.

Fue en la comisión mixta donde alcanzó su actual redacción el artículo 32 CE. La edad fue incluida en la reserva de ley, prevista en su segundo párrafo. En cuanto a la supresión de la referencia a los cónyuges en lo relativo a la igualdad, considero que este cambio no obedeció al propósito de no referir esa exigencia de igualdad al matrimonio ya celebrado, sino al de dejar claro que abarcaba tanto el matrimonio a celebrar como el ya contraído, cosa que no había quedado tan clara de haber mantenido la referencia a los cónyuges. Se imponía así la plena igualdad al legislador que regulase el matrimonio, en todas sus fases.

(17) Sobre el test o escrutinio estricto, me remito a lo que dije en «La libertad de elección...», *cit.*, págs. 117-118, con cita de autores en la nota 31, y en «¿Es la unión libre...», *cit.*, págs. 303-306 y a los autores allí citados en la nota 94.

Habría que ver si, recurriendo a la cláusula general del artículo 14 CE, prohibición de discriminaciones por razón de sexo, no se llegaría también a la plena igualdad en lo relativo al requisito de edad para contraer matrimonio. Si el escrutinio ha de ser el más estricto, quiere esto decir que sólo se salvará la diferencia de trato si ésta es la alternativa menos gravosa para satisfacer una finalidad no contraria a la Constitución. Si, tras la supresión de la referencia a la edad núbil, el criterio al que debe atender el legislador al regular la capacidad para contraer matrimonio es la madurez de juicio de los contrayentes, para poder asumir libre y conscientemente el estatuto matrimonial, no parece fácil que superase ese test una ley que requiriese para la mujer una edad inferior que para el hombre, en función de la diferente llegada a la madurez fisiológica para la procreación. Adviértase que esto discriminaría tanto a las mujeres que a esa edad mínima, a la que los varones no pueden contraer matrimonio, no hubieran alcanzado la madurez de juicio suficiente, por cuanto verían lesionado el libre desarrollo de su personalidad, como a los varones que antes de llegar a la edad mínima para ellos, pero teniendo ya la establecida para las mujeres, tuvieran ya la suficiente madurez de juicio. Me parece bastante cuestionable que esta diferencia de trato superase ese control estricto. Podría resultar no sólo contrario a la exigencia de «plena igualdad jurídica» del artículo 32.1 CE, sino también a la prohibición general de discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE, una norma que no se limitase a establecer la misma edad mínima para contraer matrimonio, sin establecer diferencia por razón de sexo; edad que debería no ser inferior a aquella en la que normalmente han alcanzado la madurez de juicio suficiente cualquier persona, es decir, también aquellas que por su sexo pudieran tardar algo más en conseguirla, pudiendo el legislador prever excepciones, conforme a las cuales fuera posible contraer matrimonio por debajo de esa edad, si se acredita tener suficiente juicio. Esto no significa que dé igual exigir plena igualdad jurídica también para la capacidad requerida para contraer matrimonio, o remitirse a la cláusula general de prohibición de discriminaciones por razón de sexo, contenida en el artículo 14 CE, por la mayor seguridad que proporciona aquella exigencia, al hacer innecesaria la aplicación de test alguno, ya que quedan prohibidas cualesquiera diferencias por razón de sexo, sin más.

pueda defenderse que la exigencia de plena igualdad jurídica abarque también lo relativo a la capacidad para contraer matrimonio, en el sentido de que cualquier diferencia esté constitucionalmente prohibida, sin tener que acudir a lo que resulte de la aplicación del test o escrutinio estricto, propio de la cláusula general de prohibiciones de discriminación por razón de sexo. Pero a esta conclusión puede llegarse tanto por la supresión de la referencia a la edad núbil, que es o puede ser diferente según el sexo, así como por el hecho de que la exigencia misma de igualdad deje de ir referida a los derechos y deberes de los cónyuges. Es más, puesto que esa igualdad plena va referida al derecho a contraer matrimonio, está más claro que ha de comprender el ejercicio de ese derecho, en su fase previa a la celebración del matrimonio, mientras que con el adjetivo «jurídica» se estaría dejando claro que también abarca los derechos y deberes de los ya casados. Por lo tanto, no parece que para conseguir que la «plena igualdad jurídica», sin distinción alguna posible por razón de sexo, abarque la capacidad para contraer matrimonio, como algo añadido a esa misma exigencia en la configuración del estatuto de los ya casados, fuera imprescindible introducir la referencia al hombre y la mujer. También ahora se corre el riesgo de que resulte irrelevante esa referencia, si se limita de esta forma su sentido a una mera aclaración de la exigencia de igualdad en la regulación de la capacidad para contraer matrimonio. Es, por tanto, excesivamente —insatisfactoriamente— reduccionista una interpretación como ésta de la referencia al hombre y la mujer en el artículo 32.1 CE. Es más, si el lector me lo permite, yo diría que esta explicación desmerece la consideración del papel político propio de un constituyente que se precie, como no tengo duda alguna que mereció el nuestro.

En esa referencia hay que ver, por lo tanto, una prescripción sobre la diversa identidad sexual de los contrayentes. Que se trate de un requisito o de un elemento del concepto constitucional de matrimonio, o de una delimitación de la garantía constitucional de la institución, o de varias de estas cosas a la vez es otra cuestión, en la que he de entrar inmediatamente. Dicho con otras palabras: se estaba prescribiendo algo sobre uniones sin libre ruptura entre personas del mismo o diferente sexo. ¿Pero qué se estaba previendo al respecto? Lo que es tanto como preguntarse en qué se estaba limitando la libertad del legislador (democrático) al regular el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, pues no hemos de olvidar que nuestro Estado constitucional no es sino el democrático y de Derecho, pero no de los juristas, ni de los académicos de la lengua, ni de los que se presentan como oráculos de instancias supraterrenas, en definitiva, de supuestas «Trascendencias», que conducen a la eliminación de discusiones en términos racionales.

Me parece que la pregunta clave es qué sucedería si en el artículo 32.1 CE se hubiera limitado el constituyente a reconocer el derecho a contraer matri-

monio, sin hacer referencia al hombre y la mujer. Son varias las respuestas que se obtienen, a partir de otras tantas cuestiones.

La primera y más elemental, pero no por esto menos significativa, es precisar si el legislador podría, en tal caso, admitir el matrimonio sólo entre personas del mismo sexo. La respuesta no puede ser sino la negativa, de forma rotunda. Estaríamos ante una clara diferencia de trato por razón de sexo, que sería discriminatoria. Que esta diferencia afecte por igual a los dos sexos —nadie podría casarse con una persona de sexo diferente al suyo—, no significa que no tome el sexo —la identidad sexual, concretamente— como criterio de distinción, puesto que por ser alguien una mujer no podría contraer matrimonio con un hombre, del mismo modo que por el hecho de ser un hombre no podría uno casarse con una mujer (18). Tratándose de una diferencia de trato que toma uno de los criterios sospechosos de discriminación y afectando al ejercicio de un derecho fundamental, a tenor de la cláusula de prohibición de discriminaciones del artículo 14 CE, procedería aplicar el escrutinio más estricto, es decir, el de la alternativa menos gravosa, para considerar justificada esa diferencia de trato. Pues bien, la exclusión del matrimonio entre dos personas de sexo diferente no superaría ni siquiera el test menos estricto, es decir, el de mera racionalidad, puesto que no cabe imaginar que esa distinción persiga la realización de un fin no inconstitucional. ¿Cuál podría ser la razón por la que uno sólo pudiera casarse con otra persona de su mismo sexo? Ni siquiera como medida de acción positiva, es decir, como discriminación positiva a favor de la normalización de la homosexualidad en pareja estable, podría salvarse esa exclusión del matrimonio entre dos personas de sexo diferente, puesto que negaría la posibilidad de unirse excluyendo la libre ruptura a personas cuya unión resulta socialmente más útil, puesto que sólo entre ellas cabe la procreación, es decir, el recambio generacional (19). Por lo tanto, se trataría de una discriminación indudablemente inconstitucional por arbitraria. Tanto es así que, aunque el principio de igualdad y no discriminación no estuviera reconocido en los términos del artículo 14 CE, llegaríamos a la misma conclusión, con base en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), o, incluso, sólo con base en los valores superiores de justicia e igualdad, o la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE). Y es que, una vez reconocido el derecho a contraer matrimonio, la más mínima exigencia de justicia o de igualdad impo-

(18) Sobre las diferencias de trato por razón de orientación sexual como distinciones basadas igualmente en el sexo, me remito a lo que expuse en «La libertad de elección...», *cit.*, págs. 116-118, con citas de Koppelman.

(19) Sobre esta cuestión me remito a lo que expuse en «La libertad de elección...», *cit.*, págs. 120-122 y 128-135.

ne no excluir que pueda ser contraído por dos personas de sexo diferente, sin necesidad de referirse al hombre y la mujer como titulares de ese derecho. Por lo tanto, desde este punto de vista, la referencia que al hombre y la mujer se hace en el artículo 32.1 CE no tiene por qué significar que el constituyente quisiera dejar claro que éstos no debían quedar excluidos del derecho a contraer matrimonio, puesto que a esta conclusión ya se podía llegar sin dificultad alguna con las cláusulas, valores y principios antes citados. También ahora haríamos de esa referencia algo superfluo, perfectamente prescindible, si su sentido fuera exclusivamente el apuntado.

Ahora bien, lo anterior requiere una inmediata aclaración, que nos sitúa ante la segunda cuestión: ¿todo hombre y toda mujer tienen constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio? Y es que una cosa es que sea una exigencia del Estado de Derecho mismo que, si reconoce el derecho a contraer matrimonio, no pueda limitarlo a las parejas integradas por personas del mismo sexo, que es sobre lo que he razonado en el párrafo anterior, y otra que, por hacerse esa referencia al hombre y la mujer, deba entenderse que el legislador no puede impedir el matrimonio a parejas de personas de sexo diferente, una vez que hayan alcanzado la madurez de juicio suficiente para poder asumir consciente y libremente los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, si se dan las condiciones de monogamia y exogamia, que resultan del mandato de protección a la familia, contenido en el artículo 39.1 CE. Esa madurez es requisito constitucional imprescindible, pero no necesariamente suficiente para, sin más, entender reconocido a dos personas de sexo diferente el derecho a contraer matrimonio entre sí. Es decir, la norma del artículo 32.1 CE no puede leerse en el sentido de que, con los límites que la protección a la familia exija (exogamia y monogamia), todo hombre y toda mujer tienen derecho a contraer matrimonio. La ley, al regular la capacidad (en sentido amplio) para contraerlo, puede establecer impedimentos, siempre que no violen el contenido esencial de este derecho (art. 53.1 CE). Pues bien, si el fundamento por el que sólo el hombre y la mujer —y no dos personas del mismo sexo— tienen constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio consiste en que sólo ellos están en condiciones de procrear, es decir, de generar hijos comunes, la conclusión que se impone es que el legislador sí podría hacer de la fertilidad de la pareja una condición de validez del matrimonio. Por lo tanto, esa referencia al hombre y la mujer ha de ser leída en negativo, es decir, en el sentido de que dos personas del mismo sexo no tienen constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio. Y, sin esa referencia, esta conclusión podría no ser algo evidente, como vamos a ver a continuación.

La tercera cuestión, que habría planteado el eventual reconocimiento del derecho a contraer matrimonio sin hacer referencia al hombre y la mujer, con-

sistiría en precisar si, en tal caso, podría ser considerada discriminatoria y, en consecuencia, inconstitucional la ley que admitiese el matrimonio sólo entre dos personas de sexo diferente, excluyendo o no incluyendo —ya sé que no da exactamente igual emplear uno u otro término— la posibilidad de que también pudieran contraerlo dos personas del mismo sexo. Nuevamente estaríamos ante una diferencia de trato por razón de sexo —por ser un hombre uno no puede casarse con otro hombre, y por ser mujer una no puede casarse con otra mujer—, que afecta al ejercicio de un derecho fundamental, por lo que habría que aplicar el escrutinio más estricto para que no fuera considerada discriminatoria y, por lo tanto, inconstitucional, por contraria al artículo 14 CE. Pues bien, ahora sí, la referencia al hombre y la mujer en el artículo 32.1 CE nos muestra toda su virtualidad: excluir el juego de la cláusula general de no discriminación por razón de sexo, contenida en el artículo 14 CE, de forma que, en ningún caso, se vea forzado constitucionalmente el legislador a admitir el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Lo cual es tanto como decir que, mientras no se suprima esa referencia al hombre y la mujer, el legislador (positivo) podrá limitarse a reconocer el derecho a contraer matrimonio entre personas de sexo diferente, sin que por el juego del principio de igualdad, ni de la prohibición de discriminaciones por razón de sexo, pueda el Tribunal Constitucional (legislador negativo) abrir la institución matrimonial a las personas del mismo sexo. Dicho con otras palabras: esa referencia al hombre y la mujer, que se contiene en el artículo 32.1 CE, es lo que permite entender, en primer lugar, que el matrimonio sólo está constitucionalmente garantizado para que puedan contraerlo dos personas de sexo diferente y, en segundo lugar, que, en ningún caso, está constitucionalmente garantizado que puedan contraerlo dos personas del mismo sexo, tampoco para el caso de que, atendiendo a la legislación sobre capacidad e impedimentos para contraer matrimonio y sobre filiación adoptiva o derivada de prácticas de fecundación asistida, resulte discriminatoria la diferencia de sexo que entraña mantener el matrimonio sólo entre dos personas de sexo diferente (20). Que ésta es la interpretación más plausible de esa referen-

(20) De no entenderlo así, es posible que el margen de libertad del legislador a la hora de regular el ejercicio de la libertad de elección del cónyuge, sin admitir el matrimonio homosexual, se viera notablemente comprimido, pues me temo que sólo sería claramente no discriminatoria la legislación sobre matrimonio que hiciese de la infertilidad de la pareja una causa de nulidad. No parece que el designio del constituyente fuera, precisamente, el de poner al legislador ante la disyuntiva de mantener la legislación entonces vigente, que sí prevenía esa causa de nulidad, o tener que admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, esta consideración que acabo de hacer me parece necesitada de una importante corrección. Y es que, si el legislador admite la filiación adoptiva o la biológica que pueda resultar de fecundación asistida, no habría discriminación si se mantiene el matrimonio entre dos personas

cia nos lo confirman tanto algunos datos que resultan del proceso de elaboración de la norma, como la realidad del riesgo de que fuera considerada discriminatoria la reserva del matrimonio a las parejas de sexo diferente, si al reconocer el derecho a contraerlo no se hiciera esa referencia a la diversidad de sexo en quienes tienen constitucionalmente garantizado ese derecho.

En cuanto al proceso de elaboración de la norma contenida en el artículo 32.1 CE, no faltaron propuestas de eliminar la referencia al hombre y la mujer (21). De haber prosperado estas propuestas, se habría dejado a lo que resultara del test más estricto de razonabilidad, es decir, al que sólo considera justificada la alternativa menos gravosa, la decisión del legislador de mantener la regulación tradicional, entonces vigente, por la que sólo se admitía el matri-

de sexo diferente, aunque sean infértiles, si pueden tener hijos comunes recurriendo a esa forma de fecundación o a la adopción. En consecuencia, sólo sería discriminatoria la no admisión del matrimonio homosexual, si, atendiendo a la legislación vigente, fuera causa de nulidad del matrimonio no poder tener por cualquier medio hijos comunes los contrayentes. Aun así, si operase en este punto la prohibición de discriminaciones por razón de sexo, el legislador no tendría la posibilidad de hacer del matrimonio una unión basada en la ayuda mutua entre los consortes y no en su aptitud para tener hijos comunes, sin admitir el matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

Pero es que, es más, como resulta que no sólo el Estado es el competente para legislar sobre filiación, de hacer operativa la prohibición de discriminaciones por razón de sexo en este punto, podría resultar inconstitucional por discriminatoria la legislación estatal sobre matrimonio, como consecuencia de la aprobación de leyes autonómicas sobre filiación, que admitiesen la posibilidad de establecer, por adopción o por fecundación asistida, relaciones de filiación conjunta con dos padres o dos madres. Con lo cual, resultaría que el margen de libertad del legislador para admitir o no el matrimonio homosexual no sólo se vería condicionado por su propia política legislativa sobre matrimonio y filiación, sino también por la política legislativa ajena en materia de filiación, que llevaría a tener que admitir el matrimonio entre aquellas personas que, con independencia de su identidad sexual, puedan tener hijos comunes.

Yo creo más plausible que con esa referencia al hombre y la mujer al reconocer el derecho a contraer matrimonio se pretendía garantizar al legislador (estatal) que no se vería, en ningún caso, forzado a tener que admitir el matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

(21) Así, en el voto particular formulado por el grupo comunista en el Congreso se proponía la siguiente redacción del entonces artículo 27.1 del anteproyecto de Constitución: «El matrimonio se basa en la plena igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges». En la enmienda núm. 697, presentada por el mismo grupo se proponía un texto básicamente equivalente: «El matrimonio se basa en la plena igualdad de derechos de los cónyuges entre sí, y de ambos respecto de sus hijos comunes». En la enmienda núm. 25, presentada por el grupo progresista y socialista independiente del Senado al entonces art. 30.1 del anteproyecto de Constitución, se proponía el siguiente texto: «El matrimonio se funda en el libre consentimiento de los cónyuges y en la plena igualdad de derechos y deberes entre ellos». Que en la fundamentación de tales enmiendas no se diera explicación alguna de la supresión de la referencia al hombre y la mujer no impide poner de manifiesto que, de haber prosperado tales propuestas, la subsistencia del matrimonio sólo entre personas de sexo diferente habría dependido de lo que resultara del juego de la cláusula general de no discriminación contenida en el artículo 14 CE.

monio entre personas de sexo diferente. En consecuencia, no parece descabellado entender que con su rechazo se quiso dejar a salvo de tales incertidumbres la constitucionalidad del mantenimiento de la institución matrimonial como exclusiva para las uniones integradas por dos personas de sexo diferente. Pero es que hay más: no faltaron algunas propuestas, redactadas en tales términos que, si hubieran prosperado, habría sido defendible que, sin necesidad de acudir a la cláusula general del artículo 14 CE de no discriminación por razón de sexo, sino con base en la redacción del mismo artículo 32 CE, o bien el legislador quedaba constitucionalmente obligado a admitir el matrimonio homosexual, o bien, incluso, que, dada la eficacia directa de la Constitución (arg. artículo 53.1 CE), todo ciudadano con capacidad legal para contraer matrimonio podía elegir como consorte a otro de su mismo o de diferente sexo (22). La re-

(22) Así, en el voto particular presentado por el grupo socialista del Congreso —no precisamente un grupo escasamente relevante— al entonces artículo 27 del anteproyecto de Constitución se proponía un texto del siguiente tenor: «Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y su sexualidad: a contraer matrimonio, a crear en libertad, relaciones estables de familia y a decidir, libremente, los hijos que desea tener, a cuyo fin tiene derecho a acceder a la información necesaria y a los medios que permitan su ejercicio». Repárese en que el derecho a contraer matrimonio no sólo iba referido a «toda persona», y no al hombre y la mujer, sino que, además, integraba el «derecho al desarrollo de la afectividad y sexualidad», puesto que aparecía aquel derecho en la lista que se abriría tras los dos puntos que se abrían tras proclamar este derecho genérico, por lo que no resultaba nada difícil considerar reconocido constitucionalmente el derecho a contraer matrimonio con la persona del mismo o de diferente sexo, a elección de cada uno. Este voto particular fue retirado.

En la enmienda núm. 465, presentada por el senador Xirinachs i Damians (grupo mixto), se proponía un texto bastante similar, pero no equivalente: «Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y de su sexualidad, a contraer matrimonio, a crear relaciones estables de familia en libertad, en plena igualdad de derechos y deberes de los consortes entre sí y de ambos respecto de los hijos comunes y a decidir libremente el número de hijos que desea tener. A tal fin tiene derecho a acceder a la información necesaria y a los medios que permitan su ejercicio». Adviértase que, ahora, el derecho a contraer matrimonio, si bien sigue referido a «toda persona», ya no puede decirse que integre ese «derecho al desarrollo de su afectividad y de su sexualidad», pues no hay lista de derechos que integren éste, al haber desaparecido los dos puntos y ser sustituidos por una coma. El texto propuesto por este senador era, pues, menos radical que el del grupo socialista del Congreso. En el debate en la comisión de Constitución del Senado, el Sr. Xirinachs criticaba el texto proyectado, entre otras razones, porque «olvida que, aunque la doctrina católica actual no lo acepte, la realidad del mundo actual, sobre la que ha de trabajar el legislador, es que se investiga sobre nuevas formas de matrimonio y de relaciones no matrimoniales con una intensidad y extensión tales que no tenerlo en cuenta margina a una gran cantidad de personas»; ¿se refería a los homosexuales? En el debate en el pleno del Senado fue algo más explícito este senador y afirmó lo siguiente: «En mi enmienda se recoge la eclosión exuberante de la infinita riqueza del amor humano, responsable y libre, cohibida por la sociedad racionalista [...] en la que, por una parte, entramos saliendo de la dictadura y, por otra, salimos porque estamos al final del siglo xx. Yo diría que los seráficos son los redactores de estos textos que nos recuerdan aquellos

ferencia al hombre y la mujer en este artículo 32.1 CE tiene, pues, todo su sentido, si la interpretamos como he propuesto: no habrá, en ningún caso, impedimento constitucional alguno para que el legislador mantenga la institución matrimonial reservada a las uniones entre dos personas de sexo diferente.

Y no se diga que sería despreciable el riesgo de que, por no incluir esa referencia al hombre y la mujer al reconocer y garantizar constitucionalmente el derecho a contraer matrimonio, pudiera llegar a ser declarada inconstitucional por discriminatoria la legislación que sólo admitiese el matrimonio entre dos personas de sexo diferente. Ya antes advertí que el test aplicable para apreciar si está o no justificada esa diferencia era el más estricto, por tratarse de una diferencia por razón de sexo, que es uno de los criterios sospechosamente discriminatorios, a tenor del artículo 14 CE, y por afectar al ejercicio de un derecho fundamental, como es el de contraer matrimonio. No estemos tan seguros de que el propósito de dar un marco de estabilidad a las uniones entre dos personas de sexo diferente, por ser las únicas que pueden procrear, reservándoles la facultad de exclusión de la libre ruptura, mediante la prestación de un consentimiento matrimonial, superaría ese test, en cualquier caso (23). Y es que va a

serafines neoclásicos de las iglesias que pasados los siglos siguen repitiendo las mismas fórmulas. Por la redacción del texto [proyectado] da la impresión de que los señores Senadores no van a ver las expresiones artísticas, las películas de cine, no conocen la escuela nueva, no departen en ambiente de juventud, no frecuentan el mundo de los artistas, no entienden las reivindicaciones feministas, las del inmenso mundo de los homosexuales, no saben que en todo el mundo están haciendo experimentos de comunas de convivencia o familia ancha, como fue tradicional en tiempos antiguos y que el racionalismo ahogó por un período que vamos superando ahora con fórmulas nuevas no arcaizantes y que miran al futuro. Creo que el texto [proyectado] recuerda un poco los Estados Unidos a finales del siglo pasado con sus clásicas reivindicaciones feministas de primera hora. La enmienda recoge la vida que bulle al final del siglo presente de la forma más concisa posible». Esta enmienda fue rechazada por 142 votos en contra, dos a favor y 24 abstenciones.

(23) En Hawaii, cuya Constitución reconocía el derecho a contraer matrimonio, pero sin limitarse a garantizarlo entre dos personas de sexo diferente, el Tribunal Supremo estatal, en su Sentencia de 5 de mayo de 1993 (caso Baehr vs. Lewin) sometió la exigencia de diferencia de sexo entre los contrayentes al test estricto de razonabilidad, que era el procedente ante una diferencia de trato por razón de sexo, por considerarla sospechosamente discriminatoria. Y consideró que existía una presunción de inconstitucionalidad en esa diferencia de trato, de manera que correspondía al Estado demostrar la existencia de intereses públicos determinantes, para justificar tal diferencia. Y remitió el caso al Tribunal de apelación de Honolulu, para que decidiera si los argumentos que le proporcionara el Estado aportaban tal justificación. Pues bien, este último Tribunal, en su Sentencia de 3 de diciembre de 1996 (Baehr vs. Miike), consideró insuficientes los argumentos esgrimidos por el Estado (la protección de los hijos y el favorecimiento de la procreación dentro del matrimonio), por entender que el factor más importante para el desarrollo del niño (felicidad, salud y equilibrio) es la relación afectiva y de sostenimiento entre el padre y el hijo, desarrollo que puede darse igualmente cualquiera que sea la orientación sexual de los padres. En consecuencia, declaró inconstitucional la exigencia de di-

depender de la regulación concreta que se haga de la capacidad —en sentido amplio, es decir, abarcando no sólo la edad y la madurez de juicio, sino también los impedimentos— para contraer matrimonio. Superará sin dificultad ese test, si se limita el derecho a contraerlo al hombre y a la mujer que pueden procrear, ya que las personas del mismo sexo no pueden. Pero ya no será incuestionable que lo supere, si amplía el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer que sólo pueden procrear recurriendo a técnicas de fecundación asistida, puesto que dependerá de que la ley que regule la filiación derivada de tales técnicas no admita que mediante las mismas pueda establecerse una filiación conjunta de parejas homosexuales. Dígase otro tanto si la ley admite el matrimonio entre hombre y mujer que no pueden procrear, si pueden adoptar conjuntamente, puesto que también ahora la superación de ese test dependerá de que la ley no admita la adopción por parejas homosexuales. Yo no estaría tan seguro de que superara ese escrutinio si, como sucede en tantas legislaciones, incluida la nuestra, se reconoce el derecho a contraer matrimonio sólo a dos personas de sexo diferente, con independencia de que en el momento de contraerlo puedan procrear o adoptar conjuntamente, ya que se estaría negando ese derecho a otras parejas que tampoco pueden procrear ni adoptar, como son las integradas por personas del mismo sexo. Podría, en este último caso, argüirse a favor de la justificación de la exclusión del matrimonio homosexual que, cuando se trata de parejas infértiles de adolescentes de sexo diferente, el mero transcurso del tiempo hará que lleguen a poder procrear, aunque sea recurriendo a técnicas de fecundación asistida, o a adoptar conjuntamente, con lo cual, se estaría diciendo que basta con la posibilidad de que llegue a existir la posibilidad de establecer los casados una relación conjunta de filiación. Pero ese argumento no valdría para los matrimonios entre ancianos, si no pueden adoptar (24).

versidad sexual de los contrayentes, por constituir una discriminación por razón de sexo. Al final, a iniciativa del Parlamento de Hawái, se sometió a referéndum una reforma de la Constitución de ese Estado, por la cual se autorizaba al Parlamento limitar el derecho a contraer matrimonio a dos personas de sexo diferente, que fue aprobada. Un resumen de los avatares del proceso judicial y político puede verse, entre otros, en S. GARNIER: «Le droit constitutionnel et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle», *Revue Française de Droit constitutionnel*, núm. 41 (2000), págs. 89-94.

Pues bien, yo creo que nuestra Constitución ya adoptó esa misma solución, al incluir la referencia al hombre y la mujer al reconocer el derecho a contraer matrimonio, conjurando así el riesgo de que pudiera ser declarada inconstitucional por discriminatoria la legislación que sólo admitiese el matrimonio entre dos personas de sexo diferente, aunque no se les exigiese aptitudes fisiológicas ni legales para tener hijos comunes, biológicos o adoptivos.

(24) Si, además de la procreación o adopción, pensamos en la educación y cuidado de hijos, nos vamos a encontrar con que, mientras dos personas de sexo diferente pueden contraer matrimonio, cuya validez no va a depender de que puedan llegar a tener hijos comunes, ni de que cui-

Aun así, ¿superaría ese test estricto de razonabilidad una legislación que, por un lado, admitiese el matrimonio sólo entre dos personas de sexo diferente, sin exigir que puedan procrear ni adoptar conjuntamente, mientras, por el otro, admite la adopción por parejas homosexuales? En mi opinión, no; y, ahora mismo, esto es lo que sucede en Navarra (25). De no ser por la referencia que en el artículo 32.1 CE se hace al hombre y la mujer al garantizar el derecho a contraer matrimonio, sería probablemente inconstitucional, por discriminatorio, que se negase a las navarras y los navarros el derecho a contraer matrimonio con alguien de su mismo sexo, si tienen ambos la capacidad necesaria para casarse, ya que sí pueden contraerlo el hombre y la mujer, aunque no puedan establecer una relación conjunta de filiación, ni por procreación, ni por adopción. Que en el artículo 32.1 CE se haga esa referencia no implica que una diferencia de trato como ésta deje de ser discriminatoria, pero sí evita que sea declarada inconstitucional. El carácter discriminatorio de esa diferencia no se podría resolver recurriendo al Tribunal Constitucional, sino mediante una reforma de la legislación, de manera que o bien se hiciese de la infertilidad una causa de nulidad del matrimonio, o bien se admitiese el matrimonio entre los que pueden adoptar conjuntamente, o, si se entiende que el concepto constitucional de matrimonio incorpora la diferencia de sexo entre los contrayentes, se les permitiera concertar un partenariado, es decir, una unión formal en la que quedara excluida la libre ruptura. Y es que la referencia al hombre y la mujer al garantizarse constitucionalmente el derecho a contraer matrimonio impide que pueda ser considerada inconstitucional, aunque llegue a ser discriminatoria, la reserva del matrimonio a dos personas de sexo diferente.

Interpretado el artículo 32.1 CE en la forma que he propuesto aquí, resulta que en él se reconoce el derecho a contraer matrimonio, pero con una doble incidencia respecto al principio de igualdad sin discriminación por razón de sexo, contenido en el artículo 14 CE. Por una parte, con la exigencia de «plena igualdad jurídica» se estaría siendo más estricto en la igualdad en la capacidad para contraer matrimonio y en los derechos y deberes de los cónyuges, de lo que resultaría de acudir a la cláusula general de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE, ya que la plenitud de la igualdad jurídica puede ser interpretada en el sentido de que quedan prohibidas, sin más, cualesquiera diferencias de trato en este punto por razón de sexo, sin tener que analizar si están

den y eduquen los hijos de cualquiera de ellos, la legislación vigente niega el matrimonio a las parejas homosexuales que cuidan y educan hijos que han tenido uno o ambos integrantes de la pareja con otras personas.

(25) Artículo 8 de la Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

o no justificadas. En cambio, por otra, con la referencia al hombre y la mujer se estaría dejando de lado lo que pudiera resultar de la prohibición de discriminaciones por razón de sexo del artículo 14 CE, por cuanto se estaría diciendo que, en ningún caso, será inconstitucional mantener el matrimonio reservado a las uniones entre dos personas de sexo diferente, ni siquiera aunque resultara discriminatoria la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo, en función de la regulación que hiciera el legislador de la capacidad para contraer matrimonio, en relación con la legislación sobre filiación derivada de la fecundación asistida o de la adopción. Si se está de acuerdo con esto, la conclusión es que el constituyente consideró inconveniente dejar la legislación sobre el matrimonio a lo que resultase de la cláusula general de igualdad y no discriminación por razón, según los casos, de sexo, contenida en el artículo 14 CE. Creyó conveniente reforzar o excluir, según los casos, tal cláusula al reconocer el derecho a contraer matrimonio.

Este blindaje de la constitucionalidad de la ley (estatal) que regule el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, que sólo lo admita entre dos personas de sexo diferente, proporciona una gran estabilidad y seguridad a la política legislativa del Estado en esta cuestión, por una doble razón. En primer lugar, porque la apreciación de que sea discriminatoria la exclusión o el no reconocimiento del matrimonio homosexual, que dependerá de la aplicación de un test más o menos estricto —en mi opinión, reitero que corresponde aplicar el más estricto, por tratarse de una diferencia de sexo, que es uno de los criterios sospechosamente discriminatorios, expresamente mencionado en el artículo 14 CE, y por afectar al ejercicio de un derecho fundamental—, así como de la valoración que se haga de las posibles justificaciones que se esgriman o pueda construir el Tribunal Constitucional, incorpora siempre una relativa inseguridad o imprevisibilidad. Y, en segundo lugar, porque esa discriminación puede derivarse de legislación que no siempre emana del Estado, que, en cambio, es el único que puede regular la capacidad para contraer matrimonio (arg. artículo 149.1.1.^a y 8.^a CE) (26). No dejemos de tener presente que, para apreciar el carácter eventualmente discriminatorio de la ley que sólo admita el matrimonio entre dos personas de sexo diferente, no sólo hay que tener en cuenta las normas estatales sobre capacidad para contraer matrimonio —¿lo condicionan o no a la aptitud de los contrayentes para establecer una relación conjunta de filiación, mediante procreación o adopción?—, sino también la legislación sobre filiación derivada de fecundación asistida y sobre adopción,

(26) He analizado con detalle la competencia del Estado y de algunas Comunidades Autónomas sobre legislación civil matrimonial en un reciente trabajo publicado en *Aranzadi Civil* 2000-II, págs. 2463 y sigs., especialmente, epígrafes 4 y 5.

y ésta puede ser autonómica, con lo cual, como ahora mismo se ha puesto de manifiesto al admitir Navarra la adopción conjunta por convivientes en unión libre del mismo sexo, podría resultar, de no haberse incluido esa referencia al hombre y la mujer en el artículo 32.1 CE, que la no admisión del matrimonio homosexual fuera inconstitucional para los ciudadanos con vecindad civil en una Comunidad Autónoma y no para los del resto del territorio del Estado. ¿Debería el Estado modificar el Código civil, permitiendo el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, siempre que puedan adoptar conjuntamente? Y si después otra ley autonómica admite que, mediante la fecundación asistida pueda establecerse una relación de filiación conjunta entre los convivientes en unión libre del mismo sexo, ¿debería el Estado a continuación volver a reformar el Código civil, de manera que pudieran contraer matrimonio los que pueden tener hijos comunes por esta vía? No es ésta una cuestión implanteable, ya que no ha de olvidarse que nuestro Código civil admite el matrimonio entre dos personas de sexo diferente, sin condicionar su validez a que puedan tener hijos comunes, biológicos o adoptivos, por lo que no es descabellado considerar discriminatoria la exclusión o el no reconocimiento del matrimonio entre dos personas del mismo sexo, que sí puedan tener hijos comunes. Yo considero que, aplicando el test más estricto de proporcionalidad, que es el procedente para diferencias como ésta, estamos ante una discriminación.

Esto último pone de manifiesto que alguna contradicción podría existir entre, por un lado, la reserva que se hace al Estado de la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio (arts. 149.1.1.^a y 32.1 CE), y, por otro, la competencia de algunas Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar su propio Derecho civil (art. 149.1.8.^a CE), concretamente, lo relativo a la filiación. ¿Podría entonces entenderse que tales Comunidades Autónomas no pueden legislar en materia de filiación, por afectar indirectamente a condiciones básicas que pueden romper la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio? ¿O habría que matizar más y entender que la legislación autonómica sobre filiación sí es posible, pero sólo si no da lugar a una ruptura de esa igualdad?

Pues bien, gracias a la referencia que al hombre y la mujer se hace en el artículo 32.1 CE, al reconocer el derecho a contraer matrimonio, pueden resolverse estas cuestiones, sin alterar la distribución de competencias entre el Estado y algunas Comunidades Autónomas en materia de legislación civil sobre matrimonio y filiación, que resulta de la regla contenida en el artículo 149.1.8.^a CE, sin erosionar más, por la vía de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio (arts. 149.1.1.^a y 32.1 CE), la

competencia autonómica para conservar, modificar y desarrollar su propio Derecho civil sobre aquellas materias. Y es que si, gracias a esa referencia al hombre y la mujer, está garantizada la constitucionalidad de la ley (estatal) que sólo admite el matrimonio entre dos personas de sexo diferente, con independencia de que esa decisión sea o llegue a ser discriminatoria, el Estado no tiene que modificarla, ampliando el derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales, ni siquiera a las que puedan tener hijos comunes —el Tribunal Constitucional no puede imponerle esa ampliación, ni establecerla él mismo—, por lo que podemos mantener incomunicadas las legislaciones autonómicas sobre filiación y la política legislativa del Estado sobre el matrimonio homosexual.

Aunque para el lector atento no haría falta advertirlo, me interesa dejar claro que yo no considero que la norma contenida en el artículo 32.1 CE sea discriminatoria, por no haber garantizado el matrimonio entre dos personas del mismo sexo (27). No pudiendo éstas establecer una relación conjunta de filiación biológica, está justificado que no tengan reconocido constitucionalmente el derecho a contraer matrimonio. Lo que sucede es que, luego, la ley, al regular la capacidad para contraerlo y la filiación, puede dar lugar a diferencias de trato en el ejercicio de la libertad de elección del cónyuge, que pueden ser consideradas discriminatorias, como sucede cuando uno no puede elegir como cónyuge a alguien con quien sí puede tener hijos comunes —por adopción o por la filiación derivada de fecundación asistida—, por el hecho de que sea de su mismo sexo, mientras que sí podría elegir como consorte a alguien con quien no puede tener hijos comunes, por el hecho de que sea de sexo diferente. Pero adviértase que, en un caso como éste, que ahora mismo se da en los ciudadanos con vecindad civil navarra, lo discriminatorio no es la norma contenida en el artículo 32.1 CE, sino la legislación estatal sobre matrimonio. Y lo que sí es cierto es que ese precepto constitucional, así interpretado, impide que el Tribunal Constitucional resuelva esa discriminación, imponiendo el matrimonio homosexual. El legislador negativo puede resolverla si entiende que es inconstitucional la ley que admite que se pueda establecer una relación conjunta de filiación entre dos personas del mismo sexo, no tanto porque esto sea discriminatorio —lo sería si no se admitiese la misma posibilidad para dos personas

(27) Un ejemplo de discriminación evidente por razón de nacimiento, contenida en una norma constitucional, es la que resulta de que la jefatura del Estado corresponda, según un orden sucesorio determinado —y discriminatorio por razón de sexo, como permite entenderlo la STC 126/1997, puesto que en este caso no se trata de suceder en títulos carentes de significación jurídico-pública— a alguien por el hecho de ser pariente del que en cada momento ocupe ese cargo. Y esa discriminación no la puede resolver el Tribunal Constitucional aplicando los artículos 14 y 23.2 CE, ni el legislador, sino solamente mediante la reforma de la Constitución.

de sexo diferente—, cuanto porque se demostrara que esa filiación conjunta es perjudicial para el hijo (arg. arts. 10 y 39.4 CE). Pero nada impide que la resuelva el mismo legislador estatal, bien admitiendo el matrimonio homosexual, bien haciendo de la infertilidad una causa de nulidad del matrimonio.

¿Qué conclusión puede extraerse de lo anterior, sobre la cuestión de si la diferencia de sexo de los contrayentes integra el concepto constitucional de matrimonio? En mi opinión, la referencia al hombre y la mujer, que se hace al reconocer el derecho a contraer matrimonio en el artículo 32.1 CE no tiene por objeto delimitar ese concepto, sino el ámbito de la garantía constitucional a las parejas integradas por personas de sexo diferente o, si se prefiere, no incluir en el contenido esencial de ese derecho la facultad de elegir como consorte a una persona del mismo sexo, excluyendo, además, el juego de la cláusula general de no discriminación por razón de sexo, contenida en el artículo 14 CE (28).

Los datos que he proporcionado anteriormente así parecen indicarlo, y se confirmaría por el hecho de que ni siquiera prosperaran enmiendas que, sin condicionar el derecho a contraer matrimonio a la posibilidad efectiva de fundar una familia, sí reconocían al mismo tiempo el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia (29). Pues bien, ni aunque hubieran prosperado, ha-

(28) Tengo, por lo tanto, que rectificar en el sentido del texto la opinión que sostuve en *La unión libre...*, cit., págs. 50, 53-55, 57, 68-69, 78-79, según la cual en el artículo 32.1 CE se configuraba el matrimonio como una unión entre dos personas de sexo diferente con plena igualdad jurídica. El error consistió en confundir lo que se garantiza con la configuración constitucionalmente posible de la institución. Es decir, allí no distinguí debidamente entre, por un lado, el ámbito constitucionalmente garantizado del derecho a contraer matrimonio (entre dos personas de sexo diferente), y, por otro, el concepto constitucional de matrimonio, que permite amparar supuestos adicionales.

(29) Así, en la enmienda núm. 756, presentada por el diputado García Garrido (UCD), se proponía un texto del siguiente tenor para el entonces artículo 27 del anteproyecto de Constitución: «1. La familia es la célula natural y fundamental de la sociedad, se funda en el matrimonio monogámico y debe ser tutelada y protegida por la sociedad y por el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a mantener relaciones estables de familia. El derecho civil regula la forma y efectos del matrimonio». Esta enmienda se justificaba afirmando que «[e]l párrafo 1.º de la actual redacción del artículo 27 es demasiado ambiguo y se presta a toda clase de interpretaciones». Pues bien, si recordamos cuál era la redacción de tal artículo 27.1 —«[a] partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia»—, parece que las ambigüedades denunciadas se resolvían circunscribiendo la familia a la que resultara del matrimonio y, al parecer, también suprimiendo la exigencia de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer en el matrimonio, que debía parecerle peligrosa. En la enmienda núm. 389, presentada por el senador Osorio García, se proponía la siguiente redacción para el entonces artículo 30.1 del anteproyecto de Constitución: «La familia es el elemento natural o fundamental de la sociedad. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer, a partir de la edad núbil, a contraer

brían proporcionado una indicación clara de que el constituyente contemplaba el matrimonio como una unión sólo entre quienes pudieran procrear o adoptar conjuntamente. Y, aunque sí se hubiera condicionado el matrimonio a la posibilidad de fundar una familia, podría haberse entendido que no había impedimento constitucional para admitir el matrimonio homosexual, si se admitiera la adopción por parejas homosexuales. Lo cierto es que el derecho a contraer matrimonio está garantizado sin referencia ni vinculación alguna a la fundación de una familia, a menos que se quiera ver esto en la referencia misma al hombre y la mujer, que por ser los únicos que pueden procrear son los que sí tienen garantizado el derecho a contraer matrimonio, pero ya sin excluir que la ley pueda extender esta institución a quienes no pueden procrear ni adoptar conjuntamente. Por lo tanto, ninguna duda puede suscitarse a este respecto cuando el mandato constitucional de protección a la familia y a los hijos se contiene en otro precepto (art. 39 CE) —convenientemente alejado, podría decirse—, de otro capítulo, y con otro grado de protección, diferente del que corresponde al derecho a contraer matrimonio (comp. artículo 53.1 y 53.3 CE). Pero es que quiero insistir en que si el constituyente no condiciona el matrimonio a la posibilidad efectiva de fundar una familia, por el mero hecho de reconocer a la vez el derecho a contraer aquél y a fundar ésta no se limita la libertad del legislador para extender la institución matrimonial a cualquier pareja, con independencia de que puedan o no fundar sus integrantes una familia con hijos comunes, como está sucediendo al interpretar textos constitucionales o de tratados internacionales en los que se reconoce al mismo tiempo y nivel el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (30). Y no se me conteste diciendo que una mujer y un hombre siempre ten-

matrimonio y fundar una familia en igualdad de derechos y deberes». En la enmienda núm. 406, presentada por el senador Zelada de Andrés, al entonces artículo 35.1 del anteproyecto —actual artículo 39.1—, se proponía el siguiente texto: «El Estado reconoce al matrimonio y a la familia como instituciones naturales y básicas de la Sociedad y asegura su protección económica, jurídica y social». Pues bien, ni aunque hubieran sido aceptadas tales enmiendas se habría conseguido excluir la libertad del legislador para admitir también el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que en ningún lugar se imponía exigir como requisito de validez del matrimonio la posibilidad de los contrayentes de fundar una familia con hijos comunes, mediante la procreación o la adopción.

(30) En Alemania, donde la Ley fundamental establece que el matrimonio y la familia gozarán de protección especial (art. 6 I GG), es decir, la misma, el tema ya se ha planteado, y ha llegado hasta el Tribunal Constitucional federal.

Un Juzgado de Frankfurt (21 de diciembre de 1992) estimó la reclamación contra la resolución del encargado del Registro civil, en la que se había denegado la licencia para contraer matrimonio a dos hombres, ordenando que les fuera expedida, con base en los siguientes argumentos: primero, que ni la Constitución ni el Código civil ni la ley sobre el matrimonio lo definían, por lo que exigir la diferencia de sexo de los contrayentes era contraria a los artículos 2 I, 3 III y 6 I GG; segundo, porque el artículo 6 I GG garantiza el derecho a contraer matrimonio con la persona que cada uno

drán la posibilidad de fundar esa familia, bien por procreación —en su caso, como resultado de prácticas de fecundación asistida—, bien por adopción conjun-

elija, de manera que insistir en la exigencia de que los contrayentes sean de sexo diferente implica prohibir el matrimonio a los homosexuales, porque no pueden contraerlo con persona de sexo diferente; tercero, que esto constituye una discriminación contraria al artículo 3 III GG, porque carece de justificación; cuarto, porque hay violación del derecho general de la personalidad (art. 2 I GG), que comprende el derecho a constituir una comunidad de vida con una persona del mismo sexo, no teniendo tales parejas la opción entre el matrimonio y la unión libre; y quinto, porque, admitido ya el matrimonio del transexual, no admitirlo entre homosexuales sólo se debía a que en este caso no había relaciones sexuales normales. Contra esta resolución apeló la Administración ante el Tribunal del Estado, que fue estimada (22 de marzo de 1993), anulando la sentencia de instancia.

El Tribunal Constitucional federal, en su Sentencia de 4 de octubre de 1993, en otro caso, en el que se había denegado el matrimonio en todas las instancias, no admitió la reclamación contra esa denegación, con base en los siguientes argumentos: primero, que el mismo Tribunal había sostenido de forma constante que el matrimonio, según el artículo 6 I GG, es la unión de un hombre y una mujer en una comunidad de vida, por lo que de ese precepto no puede extraerse el derecho a contraer matrimonio con otra persona del mismo sexo; segundo, que no puede entenderse que se haya producido una mutación de esa forma de entender el matrimonio, ni por la admisión del matrimonio del transexual —una vez que ha cambiado de sexo, sólo puede contraer matrimonio con persona de sexo diferente al nuevo suyo, por lo que confirma la exigencia de diversidad sexual de los contrayentes—, ni por la igualdad entre los cónyuges, ni por el creciente número de matrimonios sin hijos y de hijos extramatrimoniales, ni por el hecho de que el matrimonio ya no dependa de la fertilidad de los contrayentes; tercero, porque el fundamento de la protección constitucional del matrimonio consiste en permitir el aseguramiento de una comunidad de vida entre las personas que pueden constituir una familia con hijos comunes; cuarto, siendo la norma del artículo 6 I GG especial respecto a las contenidas en los artículos 2 I en relación con el 1 I GG o en el artículo 3 I GG (libre desarrollo de la personalidad, igualdad), de estas normas no puede extraerse que el matrimonio haya de abrirse a las parejas homosexuales; y quinto, que el legislador puede reservar la institución del matrimonio a aquellas comunidades de vida a las que se refiere el mandato de protección del artículo 6 I GG.

Esta fundamentación presenta un flanco especialmente débil: que no pueda ser considerada discriminatoria la exigencia de diversidad sexual entre los contrayentes, cuando, por un lado, el fundamento de la protección constitucional especial del matrimonio es la posibilidad de crear en estos casos familias con hijos comunes, y, por otro, que éste pueda ser contraído por parejas que no pueden procrear; no hay referencias a la adopción. A primera vista, no parece del todo coherente con sus propias premisas sobre el fundamento de la protección especial que se ordena para el matrimonio, cuando termina admitiendo la posibilidad de que el legislador opte por no reservar esta institución a las parejas que puedan generar una familia con hijos comunes, pues no estoy seguro de que, al afirmar esto, estuviera pensando sólo en las parejas integradas por personas de sexo diferente, que no puedan procrear ni adoptar conjuntamente, y no también en las parejas homosexuales, como la que había generado el caso objeto de esa reclamación. Sin embargo, no hay contradicción alguna, si planteamos las cosas en los siguientes términos: no está constitucionalmente garantizado el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, porque en ningún caso pueden tener hijos biológicos comunes; pero esto no impide que el legislador pueda admitir ese matrimonio, del mismo modo que puede hacerlo para las parejas de personas de sexo diferente que tampoco puedan tener hijos comunes.

ta, puesto que no está constitucionalmente garantizado que baste con la aptitud para procrear para poder contraer matrimonio —hace falta la madurez de juicio suficiente para poder asumir consciente y libremente los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges—, ni que se pueda acudir a prácticas de fecundación asistida —sobre todo, la que se practica con material genético no procedente de aquellos mismos entre quienes vaya a quedar establecida la relación de filiación—, ni la adopción misma.

En cambio, nada indica que el constituyente estuviera preocupado por definir el matrimonio. Lo que sí le preocupaba era que, por el juego de esa cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, se pudiera prescindir del legislador para conseguir que pudieran contraer matrimonio dos personas del mismo sexo. El constituyente quiso dejar en libertad al legislador para mantener el matrimonio entre dos personas de sexo diferente, de manera que, cualquiera que fuese el contenido de la legislación sobre el ejercicio del derecho a contraerlo, no resultara inconstitucional, por discriminatoria, la reserva del matrimonio a dos personas de sexo diferente. Y repito que esto significa que, aunque esa legislación sea discriminatoria, como es bastante probable que lo sea ahora, por lo menos, para los navarros, no por esto es inconstitucional, precisamente, por la referencia que en el artículo 32.1 CE se hace al hombre y la mujer al reconocer el derecho a contraer matrimonio. En cambio, ya expliqué por qué no me parecía necesario introducir esa referencia para considerar constitucionalmente garantizado ese derecho para las uniones de dos personas de sexo diferente: re-

También la Declaración universal de derechos del hombre (art. 16), el Convenio de Roma (art. 12) o el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 23.2) reconocen el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, sin que esto impida admitir la libertad de los Estados para permitir que puedan contraerlo dos personas del mismo sexo, como ha puesto de manifiesto el Tribunal europeo de derechos humanos y nuestro TC, como nuestro después al comentar el importante ATC 222/1994.

La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ha garantizado en su art. 9 el derecho a contraer matrimonio, sin incluir la referencia habitual al hombre y la mujer, y el derecho a fundar una familia. De este pronunciamiento no cabe esperar modificación alguna de las legislaciones estatales en lo relativo a la exigencia o no de diversidad sexual de los contrayentes, ya que tales derechos son garantizados «según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Además en su art. 51.1 deja claro que lo dispuesto en esta Carta está dirigido a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». Y, por si lo anterior fuera poco, se advierte en su art. 52.3 que el alcance de los derechos contenidos en esta Carta será igual que los reconocidos en el Convenio de Roma. En consecuencia, que no se haga referencia al hombre y la mujer al garantizar el derecho a contraer matrimonio no permite entender que va a tener un mayor juego el principio de igualdad sin discriminaciones por razón de sexo, al decidir cada Estado miembro si sigue exigiendo la diversa identidad sexual de los contrayentes. Lo único que puede constatarse es que esta Carta no ha impedido, como tampoco lo había hecho el Convenio de Roma, que se admita el matrimonio homosexual.

conocido el derecho a contraer matrimonio, es una exigencia mínima de la igualdad, de la interdicción de la arbitrariedad, o de la justicia, que puedan contraerlo el hombre y la mujer, sin necesidad alguna de que expresamente se diga.

En consecuencia, la diferente identidad sexual de los contrayentes no integra el concepto constitucional de matrimonio. Es exigencia mínima de un Estado de Derecho que, si reconoce el matrimonio, no lo reserve a parejas homosexuales, puesto que carecería de justificación impedir que lo contraigan personas de sexo diferente. Pero no hay en la Constitución obstáculo alguno que impida que el legislador opte por abrir la institución matrimonial a parejas homosexuales. Lo que sí se quiso evitar es que fuera el Tribunal Constitucional el que, con base en la cláusula general de no discriminación por razón de sexo, introdujera el matrimonio homosexual. Ha de ser el legislador positivo el que, asumiendo el riesgo político que pueda correr en cada momento, tome esa decisión, puesto que el constituyente, si se me permite la expresión, blindó la opción de mantener el matrimonio reservado a las uniones entre personas de sexo diferente.

En contra de esta conclusión creo que no valdría de mucho argüir que con la palabra «matrimonio», contenida en el artículo 32.1 CE, el constituyente asumió el concepto legal que de él existía entonces. ¿Asumió también, en tal caso, el requisito de que los contrayentes pudieran procrear (31), con lo cual, sería inconstitucional calificar como matrimonio a la unión infértil sin libre ruptura entre dos personas de sexo diferente, y cuya regulación, por cierto, no estaría reservada exclusivamente al Estado, puesto que no sería matrimonio (arg. artículo 149.1.8.ª CE)? ¿O es que ahora va a resultar que el verdadero sentido de la referencia que al hombre y la mujer se hace en el artículo 32.1 CE no es otro que el de aclarar que tienen derecho a contraer matrimonio, con independencia de que puedan tener hijos biológicos comunes? Si así fuera, ¿significaría esto que con esa referencia lo que se estaría haciendo es sólo impedir que el legislador pudiera hacer de la impotencia un impedimento para contraer matrimonio, porque la diferencia de sexo de los contrayentes no es necesario explicitarla, ya que sería consustancial al matrimonio, atendiendo a su concepto legal o normal? En mi opinión, no hay en el artículo 32.1 CE nada que permita entender plausiblemente que se impide al legislador reservar el matrimonio a las parejas que puedan procrear, como he explicado anteriormente. En ningún lugar está constitucionalmente limitada la libertad del legislador para hacer de la infertilidad una causa de nulidad del matrimonio. Reitero que si el fundamento de

(31) En el artículo 83.3.º C.c., vigente al tiempo de entrar en vigor la Constitución, se establecía que no podían contraer matrimonio «[l]os que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable».

que sólo esté constitucionalmente garantizado el matrimonio entre dos personas de sexo diferente es que sólo tales parejas pueden generar hijos comunes, me parece bastante claro que el legislador tiene libertad para condicionar la validez del matrimonio a la posibilidad efectiva de procrear (32).

Y tampoco se ganaría gran cosa, en contra de la tesis que defiendo, si se entendiera que el constituyente asumió el concepto normal de matrimonio, según resulta del diccionario de la Real Academia de la lengua —la unión formalizada solemnemente entre dos personas de sexo diferente, ¿y la exclusión de la libre ruptura?—, puesto que los datos que resultan del proceso de elaboración de la norma —voto particular del grupo socialista del Congreso y enmienda del senador Xirinachs— permiten sostener que con esa referencia al hombre y la mujer se sacó del concepto de matrimonio la exigencia de diversidad en la identidad sexual de los contrayentes, al objeto de garantizar que nunca sería inconstitucional reservar esta institución a las parejas integradas por personas de sexo diferente, ante lo que pudiera resultar de la cláusula general de prohibición de discriminaciones por razón de sexo. Y es que se contemplaba como posible la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales. Y lo que se quiso dejar claro con la referencia al hombre y la mujer al reconocer el derecho a contraer matrimonio fue que, en ningún caso, dos personas del mismo sexo tendrían constitucionalmente garantizado ese derecho, ni siquiera aunque la regulación que se hiciera de la capacidad para contraer matrimonio dos personas de sexo diferente pudiera resultar discriminatoria, en función de la que se hiciera de la filiación.

Más aún: blindar, frente a un eventual reproche de inconstitucionalidad por discriminación, la constitucionalidad de la opción del legislador de reservar las uniones sin libre ruptura a las integradas por personas de sexo diferente, se hizo al precio de sacar del concepto legal (entonces) y normal de matrimonio la diferencia de sexo de los contrayentes. Si uno de los elementos del concepto constitucional de matrimonio fuera la diversa identidad sexual de los contrayentes, la referencia al hombre y la mujer en el artículo 32.1 CE sólo blindaría la constitucionalidad de la reserva del matrimonio a las parejas de sexo diferente, frente a cualquier reproche de discriminación por razón de sexo, en función de la regulación concreta que se hiciera de la capacidad para contraerlo y de la filiación, pero no impediría la declaración de inconstitucionalidad por esa misma razón

(32) Debo matizar, por tanto, mi afirmación, contenida en «La libertad de elección...», cit., pág. 106, de que era inconstitucional el impedimento de impotencia. La impotencia *generandi* puede ser causa de nulidad del matrimonio, lo cual es perfectamente coherente con la opción del constituyente de no garantizar constitucionalmente el derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo. Otra cosa es que, admitida por la ley la fecundación asistida, no esté justificada esa causa de nulidad, si la pareja puede procrear recurriendo a tales técnicas.

de la no admisión de otro tipo de uniones entre personas del mismo sexo, en las que estuviera excluida igualmente la libre ruptura, que no podrían ser denominadas matrimonios, si el concepto constitucional de esa institución incorporase ese elemento (33). En cambio, si, como sostengo, ese concepto no incorpora la diferencia de sexo entre los contrayentes, la referencia al hombre y la mujer en el artículo 32.1 CE también garantiza la constitucionalidad de la reserva a las parejas integradas por éstos de cualesquiera uniones en las que quede excluida la libre ruptura, con independencia del nombre con el que sean calificadas. En consecuencia, si se comparte mi razonamiento, con la Constitución vigente en la mano, siempre dependerá del legislador (positivo) —en ningún caso, del Tribunal Constitucional— la admisión de uniones sin libre ruptura entre personas del mismo sexo, con independencia de su denominación, porque son englobables en el concepto constitucional de matrimonio.

Hasta donde yo sé, me parece que la única vez en la que nuestro TC se pronunció sobre la posibilidad de admitir el matrimonio homosexual fue en su Auto 222/1994. Entonces inadmitió un recurso de amparo, interpuesto por quien había visto denegada su solicitud de una pensión de viudedad, tras el fallecimiento de su compañero, alegando violación del artículo 14 CE, es decir, discriminación, por cuanto reservando el derecho a percibir esa pensión a los matrimonios, se impedía que pudieran percibirla las parejas homosexuales, como era el caso. Pues bien, el TC dejó claro que exigir el vínculo matrimonial entre el cotizante y el beneficiario de esa pensión no era inconstitucional, puesto que «al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión en-

(33) En cambio, entiendo que, ni siquiera en el caso de considerar incluida en el concepto constitucional de matrimonio la diversa identidad sexual de los contrayentes, podría considerarse discriminatoria la no extensión a las uniones libres integradas por personas del mismo sexo de los derechos de los casados, y es que cuando se trata de diferencias de trato entre el matrimonio y las uniones libres —todas, no sólo las integradas por dos personas del mismo sexo—, el límite es que con tales diferencias de trato no se coarte irrazonablemente el derecho a no contraer matrimonio, permaneciendo en una unión libre (STC 184/1990, por todas), no que se haya de compensar de alguna forma a quienes no pueden convertir su unión en matrimonial.

Lo discriminatorio podría ser, atendiendo a la legislación sobre matrimonio y filiación, no admitir que dos personas del mismo sexo pudieran concertar una unión en la que quedara excluida la libre ruptura, es decir, ya no una unión libre. Pero, en tal caso, fijémonos qué contrasentido, por no decir qué barbaridad, significaría tener que admitir uniones sin libre ruptura entre quienes no pueden contraer matrimonio, precisamente, porque no pueden contraerlo. En cambio, desde mis premisas, considerando que en el concepto constitucional de matrimonio no está incluida la diferente identidad sexual de sus contrayentes, el legislador tiene garantizado constitucionalmente que, en cualquier caso, siempre podrá circunscribir las uniones sin libre ruptura, es decir, el matrimonio, a las parejas integradas por personas de sexo diferente. Ciertamente, esto es así al precio de admitir que también podrá el legislador reconocer el derecho a contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo.

tre 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 *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes [...]. ¿Puede entenderse que de esa referencia al «matrimonio entre hombre y mujer» se desprende que nuestro TC concibe como posible un matrimonio entre dos mujeres o entre dos hombres que, a diferencia, de aquél, no es un derecho constitucionalmente garantizado? Sigamos con la argumentación de aquella decisión: «Este argumento viene avalado, además, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que opera aquí como canon de interpretación, al amparo de lo previsto en el artículo 10.2 CE. En sendas Sentencias (caso Rees, 17 de octubre de 1986, y caso Cossey, 27 de septiembre de 1990), ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; y, que todo depende de la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante las leyes el ejercicio del derecho a casarse». Ahora sí tenemos más datos: lo garantizado por ese tratado, con arreglo al cual ha de ser interpretado el derecho a contraer matrimonio, reconocido en el artículo 32.1 CE, es el matrimonio entre dos personas de sexo diferente, que es lo que corresponde al concepto tradicional de matrimonio, pero sin que esto impida que pueda admitirse el matrimonio entre dos personas del mismo sexo (34). Lo constitucionalmente garantizado no agota, pues, lo cons-

(34) Dígase otro tanto del reconocimiento que del derecho a contraer matrimonio se hace en la Declaración universal de derechos del hombre o en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, etc. Una cosa es lo que en ellos se garantiza —el matrimonio tradicional, esto es, entre dos personas de sexo diferente— y otra, más amplia, es el concepto de matrimonio, del que el tradicional sólo es una parte; no tiene por qué agotarlo. Que en tales textos se reconozca el derecho a contraer matrimonio junto al derecho a fundar una familia no tiene por qué excluir del concepto de matrimonio las uniones entre dos personas del mismo sexo, especialmente, cuando sí puedan fundar una familia, como sucede cuando tienen reconocido el derecho a adoptar conjuntamente, como ahora mismo es el caso de Navarra. Pero es que, en mi opinión, aunque dos personas del mismo sexo no tengan reconocida la posibilidad de fundar una familia con hijos comunes, no por esto queda excluida la posibilidad de extenderles la institución matrimonial, puesto que no es cierto que el reconocimiento que en tales tratados se hace del matrimonio entre dos personas de sexo diferente pueda entenderse condicionado a que los contrayentes puedan efectivamente fundar una familia en el momento de contraerlo, ni después. ¿Alguien defendería que tales textos imponen negar el derecho a contraer matrimonio a parejas de sexo diferente que no pueden procrear ni adoptar conjuntamente, o que si no imponen esta restricción es porque garantizan que los cónyuges (de sexo diferente) tendrán la posibilidad de adoptar conjuntamente?

titudinalmente admisible (35). ¿Cómo entender esto si no es aceptando que el concepto tradicional de matrimonio es más restringido que el concepto que resulta de ese tratado y, por tanto, también de nuestra Constitución? El TC declaró que, en consecuencia, «se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil». Aquí no ha de verse una contradicción con la idea antes expuesta, de que el concepto *constitucional* de matrimonio no incorpora la diferencia de sexo entre los contrayentes, puesto que ahora está refiriéndose a ese «principio heterosexual» como elemento del concepto *legal* de matrimonio, adoptado por el legislador, autor del Código civil, que es plenamente conforme a la Constitución. Es decir, que el concepto legal de matrimonio puede ser más restringido que el constitucional, siempre que respete los mínimos constitucionalmente garantizados, siendo uno de ellos el matrimonio entre dos personas de sexo diferente. Esto implica que no podría el legislador adoptar exclusivamente

(35) Hemos de considerar, pues, superada la doctrina contenida en la resolución de la DGRN de 21 de enero de 1988, en la que, sin ser *ratio decidendi* —se confirmó el auto denegatorio de matrimonio entre dos hombres, para lo que bastaba con aplicar la legislación vigente (art. 44 C.c.), y su conformidad con la Constitución, sin entrar en si ésta admitía o no otras posibilidades—, se afirmó que «el hecho de que el artículo 32-1 de la Constitución proclame que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” no autoriza a concluir que, al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión “entre sí”, la Constitución permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario, es muy significativo que en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución [...] es el artículo 32 el único que se preocupa de precisar que “el hombre y la mujer” son los titulares del *ius nubendi*, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas impersonales, como “todos”, “toda persona”, “se garantiza”, “se reconoce”, “tienen derecho” [...].», y citaba en apoyo de esta idea los textos internacionales en los que se reconoce al hombre y la mujer el derecho a contraer matrimonio. Está claro que se confundía lo constitucionalmente garantizado con lo constitucionalmente posible. Seguía diciendo que «si llegara a contraerse un matrimonio entre personas del mismo sexo, el mismo sería, sin duda, nulo por aplicación del artículo 73-1.º, en relación con el artículo 45 I, ambos del propio Código [civil]. Cuando este último precepto señala que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”, la utilización de este adjetivo “matrimonial” sirve para acentuar el carácter singular del consentimiento que han de prestar los cónyuges, que no es ya el simple consentimiento necesario para un contrato cualquiera, sino el recíproco en el que cada contrayente ha tenido en cuenta el sexo distinto del otro, destinados a complementarse en la institución querida por el legislador». Esta argumentación puede ser válida para la legislación actualmente vigente, no necesariamente para la que puede llegar a estar vigente, si se admite el matrimonio homosexual. Y terminaba afirmando que era «inoportuna la cita del artículo 14 de la Constitución en cuanto prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo. Cada uno de los recurrentes tiene el *ius nubendi* si desea casarse con una mujer, y la diferencia de tratamiento entre la unión heterosexual y la homosexual obedece a motivos objetivos, razonables y fundados». ¿También cuando se admite que dos personas del mismo sexo puedan adoptar conjuntamente, mientras que no se exige poder tener hijos por naturaleza ni por adopción para que dos personas de sexo diferente puedan contraer matrimonio?

«el principio homosexual» al regular el matrimonio, limitándolo a las uniones entre personas del mismo sexo. Y, finalmente, con base en lo anterior, advierte el TC que «los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar (36) constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual 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». En este último razonamiento no se está contemplando sólo la posibilidad de permitir el matrimonio, con tal nombre, para las parejas homosexuales, sino también otras formas de equiparación de la unión homosexual al matrimonio, que también excluyan la libre ruptura. Sin embargo, tengo que advertir que un sistema de equiparación, por el cual se extendiera a las uniones libres, homosexuales o no, «los plenos derechos y beneficios del matrimonio», sería inconstitucional, por cuanto para alcanzar el estatuto de casado no haría falta renunciar a la libre ruptura, es decir, no haría falta contraer matrimonio, ni renunciar de otra forma a la facultad de disolver la unión por decisión de cualquiera de los convivientes; y esto implicaría una penalización del matrimonio, ya que los casados carecerían de esa libertad, lo cual sería una diferencia de trato no justificada y, por tanto, inconstitucional (arg. arts. 14 y 32 CE).

Quiero llamar la atención sobre el hecho de que esos pronunciamientos, contenidos en el ATC 222/1994, giran todos ellos en torno a que en el artículo 32.1 CE sólo se garantiza el matrimonio entre dos personas de sexo diferente, y que esto es plenamente conforme al artículo 12 del Convenio de Roma, por lo que no es inconstitucional circunscribir el derecho a percibir la pensión de viudedad al que fue cónyuge del cotizante, ya que el legislador no está constitucionalmente obligado a extender a los convivientes los derechos que reconoce a los casados. No entró en si era o no discriminatorio exigir la diferencia de sexo para los que quieren contraer matrimonio, no admitiendo el matrimonio homosexual. Y es que, aunque no lo dijera el TC, ya he explicado que era irrelevante esta cuestión, ya que, aunque, atendiendo a los requisitos de capacidad para contraerlo, resultara que sí fuera discriminatorio, por no superar esa diferencia de trato por razón de sexo el test más estricto de proporcionalidad, no por esto sería inconstitucional esa discriminación. No olvidemos que la referencia al hombre y la mujer al reconocer el derecho a contraer matrimonio

(36) Creo que por «familiar» debe entenderse matrimonial, pues de lo contrario parecería que la unión homosexual no puede ser familiar, lo cual sí entraría en abierta contradicción con la posibilidad antes admitida de extender el matrimonio a las parejas homosexuales, así como con la posibilidad poco después admitida de extender a estas parejas «los plenos derechos y beneficios del matrimonio».

garantiza, en todo caso, la constitucionalidad de la legislación que sólo admita el matrimonio entre dos personas de sexo diferente.

Si, con base en todo lo anteriormente expuesto, podemos llegar a la conclusión de que la diferencia de sexo no integra el concepto constitucional de matrimonio, extraigamos las consecuencias que, lógicamente, se derivan de esta idea.

En lo relativo al alcance de las competencias exclusivas del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio (art. 149.1.1.^a CE), y sobre «las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio» (art. 149.1.8.^a CE), se derivan las siguientes consecuencias:

Una primera es que sólo el legislador estatal es el competente para configurar el matrimonio como una unión entre dos personas de sexo diferente, puesto que al optar por este concepto legal de matrimonio se está reconociendo el mínimo constitucionalmente exigido, pero no se está diciendo una obviedad, ni limitándose a reproducir el concepto constitucional de esa institución, pues, como se ha visto, ese concepto legal no agotaría todas las posibilidades del concepto constitucional. Es por esto por lo que considero inconstitucional, por violar competencias exclusivas del Estado (arg. artículo 149.1.1.^a y 8.^a CE) el artículo 1 del Código de familia catalán, por cuanto define el matrimonio circunscribiéndolo a la unión entre dos personas de sexo diferente. Sólo el Estado tiene competencia para decidir si la institución matrimonial queda o no circunscrita a tales uniones.

Otra consecuencia es la reserva en exclusiva al Estado de la competencia para admitir uniones entre dos personas del mismo sexo, en las que quede excluida la libre ruptura, puesto que también estas uniones, con independencia de cómo sean denominadas —matrimonio, partenariado, unión civil, etc.— son englobables en el concepto constitucional de matrimonio, a tenor de los términos en los que está reconocido el derecho a contraerlo en el artículo 32.1 CE. Esto implica que la decisión de admitir tales uniones no puede ser adoptada por ninguna Comunidad Autónoma. Pero no impide que, si el Estado admite esas uniones, puedan las Comunidades Autónomas con competencia para desarrollar su propio Derecho civil regular los efectos que la celebración de tales uniones impliquen: los patrimoniales (régimen económico y consecuencias de la nulidad, separación y disolución) y los que puedan derivarse de la filiación (adopción o fecundación asistida), y cualesquiera otros que, como legislación civil, sean conexos con el contenido de su propio Derecho civil en cada momento. En cuanto a las cuestiones de Derecho público, cualquier Comunidad Autónoma podrá regularlas, igual que hoy lo pueden hacer con los matrimonios y con las uniones libres, en función de sus competencias sobre las respectivas materias.

Y, claro está, también es consecuencia de aquella conclusión que no hay término medio entre uniones libres y matrimonios. O es posible la disolución

de la unión por decisión unilateral de cualquiera de sus integrantes, en cuyo caso estaremos ante una unión libre, cuyo reconocimiento no está reservado al Estado; o no se admite la libre ruptura —o sí, pero se obstaculiza injustificadamente, que es como no admitirla—, en cuyo caso estaremos ante una unión que, se le llame como fuere, será englobable en el concepto constitucional de matrimonio, por lo que su admisión, más allá de aquel supuesto en el que está impuesta constitucionalmente —unión matrimonial entre dos personas de sexo diferente—, está reservada al Estado.

En lo relativo a la libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre, hay también alguna consecuencia importante. Si, no estando incluido en el concepto constitucional de matrimonio como uno de sus elementos integrantes la diversa identidad sexual de los contrayentes, toda unión en la que quede excluida la libre ruptura debe ser calificada como matrimonio, es indiscutible que, si se admiten uniones sin libre ruptura entre personas del mismo sexo, ha de exigirse la prestación formal de los consentimientos, sin que sea posible considerar que la mera prolongación de la convivencia dé lugar a la existencia de una unión de este tipo, puesto que tal consecuencia vulneraría esa libertad de elección, que es manifestación del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a no contraer matrimonio, en tanto no se haya prestado un consentimiento en tal sentido en alguna de las formas previstas por la ley (arg. arts. 10.1 y 32 CE). En cambio, si se considera que del concepto constitucional de matrimonio sí forma parte la diferencia de sexo de sus contrayentes, puede resultar menos fácil fundamentar que la ley no pueda prescindir de la prestación formal del consentimiento de los convivientes del mismo sexo para considerar constituida una unión que excluya la libre ruptura entre ellos, ya que, si no puede ser considerada matrimonial, no se estaría vulnerando el derecho a no contraer matrimonio, a menos que se haya prestado consentimiento en alguna de las formas previstas por la ley. Y sería discutible si, en tal caso, se estaría violando o no el libre desarrollo de la personalidad, por cuanto la libertad de elección entre formar una unión con libre ruptura o sin ella podría considerarse no vulnerada, argumentando que la ley puede establecer un plazo de duración de la convivencia, más allá del cual quede excluida la libre ruptura de la unión, por el hecho de que tal convivencia continúe, sin necesidad de que se preste consentimiento formal.

No está de más plantearse, para completar el análisis de las implicaciones del concepto constitucional de matrimonio, que no excluye el que pudieran contraer dos personas del mismo sexo, si, eventualmente admitido éste por la ley (estatal), podría el legislador (estatal o autonómico) dotarlo de un estatuto igual o diferente al del matrimonio entre personas de sexo diferente. Me parece indiscutible que sería inconstitucional, por discriminatorio por razón de sexo, configurar un estatuto para el matrimonio homosexual, que fuera más

favorable para los cónyuges, que el previsto para el único matrimonio constitucionalmente garantizado, esto es, el que tienen derecho a contraer un hombre y una mujer, por cuanto no alcanzo a imaginar una sola razón que justificara tratar mejor el matrimonio entre quienes, en ningún caso, pueden procrear dentro de esa pareja; estaríamos ante una penalización del matrimonio garantizado constitucionalmente (arg. arts. 14 y 32.1 CE). En cambio, no veo problema alguno en equiparar totalmente unos y otros matrimonios, pues no hay mandato constitucional alguno que impida al legislador tratar igual a todos los casados, con independencia de que puedan o no procrear o adoptar conjuntamente (37). Igualmente podría el legislador establecer un estatuto menos favorable para el matrimonio homosexual que para el constitucionalmente garantizado, precisamente, porque el primero no lo está, de manera que, si el legislador tiene la opción de admitirlo o no, parece que, con mayor razón, podrá decidir si lo equipara o no al constitucionalmente garantizado (38). En mi

(37) IBARRA ROBLES (*op. cit.*, pág. 35) afirma que «[l]a protección de la familia que se deriva del art. 32 del texto constitucional no impide entender ésta en un sentido amplio: no sólo como la familia surgida por el vínculo matrimonial entre hombre y mujer sino también como la surgida por la unión marital de personas del mismo sexo. La Constitución no impide, por tanto, la plena equiparación de ambos vínculos, que no serían siquiera dos formas diferentes de matrimonio, sino una misma; un idéntico vínculo con idéntico régimen y consecuencias jurídicas, independientemente del sexo de los miembros de la pareja».

(38) Pero si, al admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, la ley lo dotase de un estatuto de contenido menor que el asignado al matrimonio constitucionalmente garantizado, no sólo por atribuir menos derechos e imponer menos deberes, sino también por hacer más fácil su disolución —sin libre ruptura, puesto que si cada uno pudiera disolver libremente la unión, ésta no sería matrimonial—, tendríamos que plantearnos si no sería discriminatorio por razón de sexo no reconocer a las parejas de personas de sexo diferente esta misma opción, es decir, la posibilidad de contraer ese otro tipo de matrimonio, creador de un vínculo más liviano. En mi opinión, siendo consecuente con la idea de que constituiría una diferencia de trato por razón de sexo circunscribir a contrayentes del mismo sexo ese otro matrimonio, constitucionalmente no garantizado, habría que aplicar el test más estricto para justificar tal diferencia de trato. Pues bien, no veo razón alguna suficiente para, en tal caso, forzar a dos personas de sexo diferente, que desearan unirse excluyendo la libre ruptura en su unión, a contraer el matrimonio más comprometedor, sin posibilidad de contraer el que lo fuera menos, por estar éste reservado a contrayentes del mismo sexo. Y es que no sería correcto defender esa diferencia de trato afirmando que uno es el matrimonio reservado a unas parejas y otro a otras, en función de la diversidad o no sexual de los contrayentes, ya que del hecho de que el matrimonio constitucionalmente garantizado pueda no ser abierto a parejas homosexuales, no podemos derivar la consecuencia de que el legislador pueda configurar otro matrimonio y reservarlo a los que no sean admitidos a contraer aquél. En relación a otros matrimonios diferentes del constitucionalmente garantizado sí opera plenamente el principio de igualdad, sin discriminación por razón de sexo. En consecuencia, si el legislador admite otro tipo de matrimonio, que pueda ser contraído por personas del mismo sexo, no puede excluir del derecho a contraerlo a personas de sexo diferente, por lo menos, en principio. Cabrían excep-

opinión, también podría dotarse de un estatuto especialmente favorable a los matrimonios con hijos comunes, con independencia de la identidad sexual de los cónyuges, prever otro estatuto menos favorable para aquellos matrimonios que no los tienen pero que sí pueden tenerlos, y un tercero menos favorable que los anteriores para aquellos matrimonios que ni tienen ni pueden tener hijos comunes. Y también podría la ley configurar un estatuto general del matrimonio, y otro especial —más intenso y cuya disolución mediante divorcio fuera más difícil— para aquellos casados con hijos comunes mientras éstos fueran menores de edad. Como se puede apreciar, el margen de maniobra del legislador en este punto es amplio, puesto que sólo está limitado por la imposibilidad de penalizar el matrimonio constitucionalmente garantizado (39).

ciones, es decir, exclusiones de parejas de sexo diferente de ese otro matrimonio, si estuvieran suficientemente justificadas. A mi modo de ver, estaría justificado que el legislador excluyese a las parejas con hijos comunes de ese otro matrimonio menos comprometedor, dado el interés perfectamente defendible de procurar una mayor protección a los hijos, mediante una mayor garantía de la estabilidad de la unión matrimonial entre los padres. Y advierto que si se previera tal excepción, no por esto debería abrirse el matrimonio constitucionalmente garantizado a las parejas homosexuales con hijos (adoptivos) comunes, siendo coherente con mi idea de que la referencia al hombre y la mujer al reconocer el derecho a contraer matrimonio (art. 32.1 CE) permite reservar a éstos el derecho a contraerlo, sin que sea inconstitucional, en ningún caso, esto es, con independencia de que pudiera ser discriminatorio, excluir a las parejas homosexuales.

Lo que acabo de afirmar para el eventual reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo, debe extenderse a las uniones sin libre ruptura que no sean calificadas como matrimonios, y cuyo estatuto fuera menos comprometedor que el del matrimonio. Es decir, no podría excluirse a las parejas de sexo diferente, salvo que tuvieran hijos comunes. Así, en Holanda, a diferencia de los países escandinavos, el partenariado registrado no fue reconocido sólo para las parejas homosexuales, sino a todas, pudiendo las de sexo diferente optar entre esa unión y la calificada como matrimonial.

(39) Los que consideren que la diferencia de sexo de los contrayentes no sólo integra el matrimonio constitucionalmente garantizado, sino también el concepto constitucional de matrimonio, se encontrarán con una cuestión no fácil de resolver: si, en tal caso, la ley (estatal o autonómica) que admita uniones sin libre ruptura entre personas del mismo sexo podrá dotarlas de un estatuto igual al de los matrimonios. Téngase en cuenta que si esas uniones no son matrimoniales, podría entenderse que sus integrantes no pueden tener los mismos derechos y deberes que los de los cónyuges, porque entonces no haría falta contraer matrimonio para poder disfrutar del estatuto matrimonial. Sin embargo, a favor de esa equiparación podría argüirse que nuestra Constitución no garantiza a los casados del estatuto matrimonial —a diferencia de la alemana (art. 6 I), no ordena proteger *especialmente* al matrimonio y la familia, sino reconocer a dos personas de sexo diferente el derecho a contraer aquél (art. 32.1 CE), y proteger a ésta (art. 39.1 CE). Un mandato de protección especial, como el alemán, implica una mayor restricción de la libertad del legislador, que el de no penalizar el matrimonio frente a las uniones libres, como el que se desprende de nuestra Constitución (arts. 14 y 32). En este sentido he de matizar lo que afirmé al respecto en *La unión libre...*, cit., págs., 54-55. Así, pues, lo que sí es inconstitucional por discriminatorio

Otra consecuencia de que el concepto constitucional de matrimonio no incluya la diversidad sexual de los contrayentes es que no es, precisamente, algo evidente que pueda ser considerada contraria al orden público español una ley extranjera que admita uniones sin libre ruptura entre personas del mismo sexo, con independencia de que las califique o no como matrimonios, ni que ese orden público impida la ejecución en España de una sentencia extranjera que haya reconocido alguna eficacia a tales uniones. Y es que, conforme a lo aquí sostenido, esas uniones no chocan con ningún valor ni principio constitucional.

Finalmente, considero que ninguna implicación se deriva de esta conclusión para la cuestión del matrimonio del transexual, tal y como está planteada actualmente en nuestro Derecho. Que el legislador pueda admitir como matrimonios uniones sin libre ruptura entre dos personas del mismo sexo nada nos dice acerca de si, exigiendo la ley que los contrayentes sean de sexo diferente, pueden los transexuales contraer matrimonio. Es más, la no exclusión del derecho del transexual a contraer matrimonio con persona de sexo legal diferente, atendiendo a su nueva identidad sexual, no es sino confirmación de esa exigencia de diversidad sexual de los contrayentes, como ha puesto de manifiesto el TC federal alemán (Sentencia de 4 de octubre de 1993), por lo que no es cierto que para reconocer al transexual el derecho a contraer matrimonio con persona de sexo legal diferente al suyo sea necesario que, previamente, se admita el matrimonio homosexual. Qué duda cabe que si se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, al transexual no podrá serle negado el derecho a casarse, con persona de su mismo o de diferente sexo legal. Para mí, la verdadera cuestión a resolver en este tema, que sólo planteo, es la de saber si, exigiendo la ley diferente identidad sexual de los contrayentes, y admitido el derecho a obtener la rectificación de la mención de sexo en el Registro civil para los transexuales, ya sin más deben ser admitidos a contraer matrimonio con

es penalizar el matrimonio, tratando a los casados peor que a los solteros, a menos que con ello se trate, precisamente, de favorecer a la familia matrimonial. Por esto es por lo que vengo sosteniendo que penaliza a los casados extender a las uniones libres la totalidad de los derechos y deberes de los cónyuges, ya que, si así se hiciera, resultaría no sólo que no haría falta casarse para gozar del estatuto matrimonial, sino que, por tratarse de uniones libres equiparadas al matrimonio, los casados resultarían penalizados por la exclusión de la libre ruptura. Esto no sucede cuando el estatuto matrimonial es extendido a uniones sin libre ruptura entre dos personas del mismo sexo, ya que en uno y otro caso, la libre ruptura está excluida, por lo que no existe penalización del matrimonio, aunque se entienda que su concepto constitucional integra la diferencia de sexo entre sus integrantes. Por lo tanto, en mi opinión, aunque se adopte esta posición, el margen de maniobra del legislador es el mismo en este punto: sólo está constitucionalmente prohibido dotar a las uniones sin libre ruptura diferentes a las constitucionalmente garantizadas (el matrimonio entre dos personas de sexo diferente) de un estatuto más favorable que el previsto para el matrimonio.

persona de sexo legal diferente al suyo, o si es necesario que la ley lo admita expresamente (40). No entraré en esta cuestión ahora, puesto que, desde mis premisas, su solución no afecta al concepto constitucional de matrimonio, sino a la actual regulación legal del ejercicio de este derecho, que sí exige la diversidad sexual en los contrayentes (41).

(40) Ésta última parece ser la idea que subyace en la doctrina del TS (Sentencias 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991), pues admite la rectificación en el Registro de la mención de sexo de transexuales, pero dice que de esto no se deriva que puedan contraer matrimonio, con arreglo a su nuevo sexo legal. Lo que sucede es que, como en todos los casos objeto de tales sentencias la cuestión litigiosa era la rectificación del Registro y no el derecho a contraer matrimonio, hemos de considerar esa doctrina como una mera opinión, orientativa de cuál podría ser la decisión que tomase el TS, si en el futuro se le plantease esa cuestión, pero no como doctrina jurisprudencial en sentido propio, pues no es *ratio decidendi*.

Sin embargo, la DGRN, en su resolución de 2 de octubre de 1991 —en ésta revocó el auto del juez encargado del Registro civil, que había autorizado el matrimonio de un transexual operado, cuya mención registral sobre su identidad sexual había sido rectificad— si consideró que esa doctrina del TS, según la cual la rectificación registral no implica derecho a contraer matrimonio de acuerdo con su nuevo sexo legal, es jurisprudencia, pues afirmó lo siguiente: «La circunstancia de que en este caso ni la sentencia firme de rectificación del Registro ni la inscripción marginal misma expresen nada sobre la limitación del *ius nubendi* del inscrito no autorizan a estimar que esta limitación no existe. Se trata de un cambio de sexo, análogo a los examinados por las sentencias citadas del Tribunal Supremo en el que, de acuerdo con su argumentación jurídica que constituye la *ratio decidendi* del fallo, sólo se produce un cambio social del sexo que por sí mismo no faculta al interesado, mientras no se decida otra cosa judicialmente, a contraer matrimonio con otra persona de su mismo sexo físico. La supresión de las características morfológicas del sexo masculino, por más que vaya acompañada de un tratamiento médico para aparentar el sexo femenino, no pasa de ser un remedio artificial que, si en aras del libre desarrollo de la personalidad justifica que el interesado sea socialmente considerado como mujer, no es bastante para modificar su sexo biológico que es el decisivo desde el punto de vista del derecho a contraer matrimonio» (FD 5.º). Tampoco estoy de acuerdo en que haya de cambiar esa doctrina del TS para que el encargado del Registro civil pueda autorizar el matrimonio del transexual con persona de sexo legal diferente, puesto que la jurisprudencia del TS no es fuente del Derecho; pero es que, además, ya he dicho que esa doctrina no puede considerarse tal porque en ninguna de aquellas SSTs se planteó el tema del matrimonio, sino que se anticipó.

(41) Aquellos que consideren que el concepto constitucional de matrimonio sí incorpora la diferente identidad sexual de los contrayentes, habrán de aclarar si el transexual puede ser admitido a contraer matrimonio, puesto que, de acuerdo con esa premisa, éste sólo puede ser reconocido para que puedan contraerlo dos personas de sexo diferente, y no sé hasta dónde llevarán su exigencia de diferencia sexual: sólo la legal, o también la genética. ¿Cómo de diferentes sexualmente han de ser los contrayentes, según el concepto constitucional de matrimonio, así entendido? Si se llegara a la conclusión de que este derecho sólo es constitucionalmente posible ejercitarlo entre alguien que genética, morfológica y legalmente sea hombre y alguien que en esos mismos planos sea mujer, el transexual sólo podría ser admitido a esa, eventualmente prevista por la ley, unión sin libre ruptura, que no podría ser denominada matrimonio.

Con todo, he de dar cuenta de la reciente RDGRN de 08.01.2001, que sí ha admitido el matrimonio de un transexual. Tras considerar que la prohibición de contraerlo no constituía doctrina del Tribunal Supremo (42), ha considerado suficiente la diferencia de sexo legal de los contrayentes para autorizar su matrimonio, aunque su sexo genético sea el mismo, con base en que la sentencia que autorizó en su día el cambio de la mención de sexo en el Registro Civil es firme y no contiene limitación alguna sobre la capacidad para contraer matrimonio (43). Esta resolución, sin embargo, sigue partiendo de que la diferencia de sexo —legal, no necesariamente biológico— es condición de validez del consentimiento matrimonial (44), lo cual confirma que la admisión del matrimonio del transexual con persona de sexo legal diferente entra dentro de la lógica de la previsión legal vigente del matrimonio exclusivamente heterosexual, pero nada dice acerca de la constitucionalidad de la admisión del matrimonio entre dos personas del mismo sexo, sólo legal o también biológico. Esta última posibilidad es perfectamente constitucional, como he demostrado, pero requiere inexcusablemente de la intervención del legislador (estatal, arg. art. 149.1.1.^a y 8.^a CE).

(42) «Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado contraria a reconocer al transexual aptitud para contraer matrimonio, apuntando que la diferencia biológica de sexos es esencial y que en otro caso el matrimonio sería nulo por ausencia de consentimiento matrimonial [...]. Ahora bien, estas afirmaciones jurisprudenciales no constituyen la *ratio decidendi* de los respectivos fallos en los que se ordena la rectificación en el Registro Civil del dato sobre el sexo y, lo que es más importante, en la Sentencia de 3 de marzo de 1989 se deja a salvo que la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados pueda ser precisada por los órganos jurisdiccionales, bien en ejecución de sentencia, bien en otra litis diferente. Se deja, pues, abierta la puerta para que una decisión judicial declare la capacidad del transexual para contraer matrimonio [...]» (FD IV).

(43) «[N]o hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento en que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10-1 de la Constitución justifica, tras el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo de reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos sus ámbitos» (FD V).

(44) «No puede defenderse que el matrimonio entre un varón y un transexual que ha pasado a ser mujer sea, por este solo motivo, nulo por ausencia de consentimiento matrimonial. Si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento, ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro» (FD VI).