



Universidad de Valladolid

Campus de Segovia

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**La evolución y constitución del
matrimonio igualitario entre
personas del mismo sexo**

Presentado por:

David Berges Fernández

Tutelado por:

Prof. Dr. Francisco Javier Matia Portilla

RESUMEN

La aprobación del matrimonio igualitario ha sido y continúa siendo una de las cuestiones sociales y jurídicas que desatan más polémicas y cambios en las sociedades modernas. Las regulaciones jurídicas y tratamiento social de las relaciones entre personas del mismo sexo ha sido una variable en el tiempo, pasando de su normalización, prohibición y hasta persecución hasta terminar en su legalización y, como indica el título de este trabajo, la aprobación del matrimonio y equiparación de derechos a las relaciones heterosexuales.

En este trabajo se da una idea general y práctica de esa vasta evolución temporal y legal hasta llegar a nuestros días donde se explayará la explicación de su evolución en el último siglo y la promulgación de la Ley 13-2005. Se da explicación a la constitucionalidad de su aprobación y las bases legales que lo fundamentan, así como los distintos retos que afrontó.

ABSTRACT

The approval of same-sex marriage has been and continues to be one of the social and legal issues that triggers the most controversy and changes in modern societies. The legal regulations and social treatment of relationships between people of the same sex has been a variable over time, going from its normalization, prohibition and even persecution until ending in its legalization and, as the title of this work indicates, the approval of marriage and equality of rights to heterosexual relationships.

In this work, a general and practical idea of that vast temporary and legal evolution is given until reaching our days, where the explanation of its evolution in the last century and the promulgation of Law 13-2005 will be explained. An explanation is given to the constitutionality of its approval and the legal bases that support it, as well as the different challenges it faced.

PALABRAS CLAVE

Matrimonio igualitario, homosexualidad, Principio de igualdad, ius connubii, constitucionalidad, recurso.

KEY WORDS

Equal marriage, homosexuality, Principle of equality, ius connubii, constitutionality, resource.

INDICE

1. INTRODUCCION	5
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS RELACIONES HOMOSEXUALES	6
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MATRIMONIO.....	10
4. ALTERNATIVAS JURÍDICAS AL MATRIMONIO Y SU EVENTUAL APLICACIÓN A LAS PAREJAS IGUALITARIAS.	18
5. LA INTRODUCCIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN ESPAÑA.....	21
6. ¿PUEDE APOYARSE LA EXISTENCIA DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN TEXTOS INTERNACIONALES O EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTERIOR A LA LEY 13/2005?	22
7. LA LEY 13/2005	29
7.1. Origen y proyecto de Ley.....	29
7.2. Los informes previos.	31
7.3. El contenido de la Ley.....	34
7.4. Reacciones contrarias a la aplicación de la Ley e iniciativa legislativa popular.....	38
7.5. El recurso de inconstitucionalidad.	42
7.6. La STC 198/2012.....	45
8. REFLEXIONES CONCLUSIVAS	51
Bibliografía citada.	55

Desearía Trasmistir el mayor de los agradecimientos a mi tutor Francisco Javier Matia Portilla, que no solo ha sido un perfecto docente durante mis años de estudio pero que además sin él la publicación de este trabajo no hubiera sido posible. Por su increíble conocimiento en materia, dedicación a la docencia y humanidad, mis más sinceras gracias.

1. INTRODUCCION ¹

La homosexualidad, como fenómeno de comportamiento sexual humano, ha creado, a lo largo de la historia, un complejo y difícil debate doctrinal y científico que se ha visto arrastrado en el aflujo temporal hasta nuestros días, viéndose este debate intensificado por la creciente visibilidad de la presencia homosexual en la sociedad occidental actual.

Este creciente debate ha desembocado en un replanteamiento de posturas socialmente asumidas ab aeterno, no solo a un nivel sociocultural, sino antropológico, psiquiátrico y, especialmente, en el Derecho matrimonial canónico, desenterrando cuestiones como el reconocimiento legal de uniones entre individuos del mismo sexo, pasando a través de su equiparación en términos legales al matrimonio heterosexual hasta la consideración de la homosexualidad como causa de nulidad matrimonial.

Esta orientación sexual ha sido una constante histórica existente en las diferentes sociedades, culturas y generaciones, siendo más o menos visibles dependiendo del grado de aceptación o tolerancia que exista en dicho paréntesis sociocultural. El acceso a el matrimonio para parejas de mismo sexo no ha sido reconocido y legalizado hasta recientes comienzos del presente siglo XXI cuando se legalizó por primera vez el uno de abril de 2001 en los Países Bajos; aprobándose en nuestro país el tres de Julio de 2005.

Hasta este entonces es posible hallar la presencia de la institución del matrimonio como una constante en todos los continentes y sociedades, pero casi siempre con un carácter conyugal heterosexual. Es tradicional identificar el matrimonio como una institución social primaria y común a todos los pueblos y a todos los seres humanos, que los distintos ropajes jurídicos han pretendido entender y regular².

¹ Este apartado se ha elaborado siguiendo las indicaciones de Peña García, Carmen: *Homosexualidad y matrimonio*. Universidad Pontificia Comillas. Madrid, 2004.

² Ver, entre otros, Magallón Ibarra, Jorge Mario: *El matrimonio. Sacramento. Contrato*. Institución. Editora Mexicana. México DF.

Si bien es cierto que encontramos uniones sociales entre individuos del mismo sexo (o, como sucede en el caso de sociedades indígenas americanas y asiáticas, entre terceros³ e incluso cuartos sexos⁴) con una total aceptación social y muy similares a la figura del matrimonio tal y como lo entendemos actualmente; incluso la muy símil figura de la paiderastia griega explicada posteriormente en los siguientes párrafos); la extensión de religiones monoteístas por el mundo conocido ocasionó la acotación del matrimonio a parejas estrictamente heterosexuales, arrastrando colateralmente no solo la negación de la posibilidad de matrimonio igualitario sino también la persecución del sexo homosexual.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS RELACIONES HOMOSEXUALES

La evolución de la institución del matrimonio no explica, per sé, por qué no ha sido hasta tan tardíamente que se ha garantizado el derecho al matrimonio a personas del mismo sexo. Si bien la concepción de matrimonio como reflejo del canon preeminente de familia heterosexual, reflejo en gran medida del estándar religioso, ha sido la principal razón de su “no aprobación” con anterioridad; como oxígeno al fuego, la situación sociocultural de la homosexualidad o bisexualidad (como sujetos fácticos de la concepción del matrimonio homosexual) en España ha sido clave para carbonizar el nacimiento de dicho derecho con antelación al 2005.

Dicha situación no era, evidentemente, única y aislada en España, sino que, como se preludeó en los primeros párrafos del presente trabajo, ha sido una variante abrupta en la historia. Sin la necesidad de replegarse desorbitadamente en el tiempo, podemos hacer referencia a las dos antiguas sociedades con más repercusión y efecto han tenido en nuestra sociedad actual, Grecia y el Imperio Romano.

En el antiguo país helenístico, como en numerosas antiguas sociedades, la homosexualidad estaba no solo despenalizada y aceptada, sino bien vista y practicada con asiduidad. Es posible

³ Gallard, Olivier: “Pueblos indígenas e identidades de género: el dualismo sexual sometido a discusión”. *Sexología y Sociedad*, 2013\1.

⁴ Gómez Suárez, Águeda: “Los sistemas sexo/género en distintas sociedades: modelos analógicos y digitales.” *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 130 (2010).

encontrar el primer resquicio y antepasado del matrimonio igualitario en la institución denominada Paiderastia, esto es conceptualmente un pseudo matrimonio entre dos varones, un Paidos o Erómenos y un Erastes; el primero un hombre maduro y casado, padre de familia al cargo de un joven (Erastes) al que a través de esta Paiderastia lo “educaba” (gozaba de un papel iniciático) y creaba lazos amoroso-afectivos. Dicha unión era considerada como la forma más elevada de amor, aunque es preciso matizar que el profundo carácter machista de la Grecia Antigua no solo tenía vedada el acceso a la paiderastia (“páter”) a las mujeres, sino que las relaciones homosexuales entre mujeres eran generalmente mal vistas, destinándolas a la limitación territorial de la isla de Lesbos.

En la segunda sociedad sita en el compartido mismo mar Mediterráneo, en el Imperio Romano, la Lex Scania permitía al ciudadano varón asumir un rol sexual homosexual activo, ya que, debido al estricto patrón de virilidad romano, las conductas pasivas eran, debido a su carácter deshonroso, reservados exclusivamente a esclavos y prostitutas, penándose gravosa y pecuniariamente en caso de toparse un ciudadano practicando dichas conductas. Con la helenización del imperio la homosexualidad se normaliza y su aceptación social y legal se flexibiliza, incluso homogeneizando la paiderastia (esta vez sin fin educativo) y las conductas homosexuales represaliadas recién mencionadas fueron legalizadas, de nuevo, solo entre varones. El grado de aceptación llegó a tal nivel que incluso Nerón, emperador del imperio, además de “poseer” concubinas, contrajo matrimonio con dos hombres (Pitágoras y Esporo); debido a que el matrimonio era jurisdicción del orbe privado del Derecho, se celebrando así en Roma numerosos matrimonios del mismo sexo con carácter oficiales sin trabas ni impedimentos.

A medida que el cristianismo adquiría preponderancia y popularidad en dicha sociedad la homosexualidad fue perdiendo aceptación polarizándose en rechazo, y con dicha transmutación el matrimonio homosexual cesó en su existencia. El 27 febrero del año 380 mediante decreto dictado por el emperador Teodosio, el cristianismo se convirtió en la religión oficial y exclusiva de todo el vasto Imperio, dando origen a una condena y cruenta persecución de la homosexualidad. El emperador Justiniano a través de los Codex Iustinianus estableció su persecución y su castigo con penas patrimoniales y corporales, como la mutilación o la muerte, debido a que concibió las actividades sexuales homosexuales como una ofensa divina.

El cristianismo fue, durante un largo período de tiempo y sobre un vasto terreno (mayoría de países europeos procesaban la fe católica), la incubadora de la condena de la homosexualidad bajo el término “sodomía” (si bien es cierto dicho termino proveniente de la fábula de ‘Sodoma y Gomorra’ no solo castigaba las prácticas de carácter homosexual sino que castigaba toda práctica sexual cuya finalidad fuese otra que la de procrear la especie, ya fuere sexo oral o anal, así como la masturbación). Finalmente, dicho termino acabaría refiriéndose preponderantemente a las conductas entre parejas del mismo sexo y servirá como el origen de su verdadera tipificación, persecución y por consiguiente prohibición de la unión entre dichos individuos homosexuales.

Dicha “pseudo-tipificación” como delito de la sodomía no fue excluyente o singular de la religión católica. Numerosos estudios etnológicos y antropológicos en culturas primitivas han descubierto numeroso material sobre la aceptación social de las conductas homosexuales en sendas sociedades primitivas en a lo largo del globo terráqueo en diferentes continentes. Dicha aceptación y “causas” variaba dependiendo de la sociedad; por la falta de mujeres, la edad o posición; travestismo y relaciones sexuales homosexuales como homenaje a dioses; simple aceptación, etc.

Pero también existieron sociedades que la castigaban incluso legislativamente; la ley conocida más vetusta de la que poseemos constancia se remonta al siglo XII a.C., cuando el rey asirio Tiglath decretó la pena de castración hacia quienes cometiesen actos de sodomía.

A pesar de lo apenas expuesto a tenor de la persecución y cancelación de las conductas homosexuales en la sociedad occidental por parte de la Iglesia Católica, existen autores como J. Boswell que defienden una postura más abierta e incluso incluida en dicha materia, afirmando que en la baja Edad Media la Iglesia Católica habría celebrado las denominadas “Bodas de Semejanza”; trataban de unas ceremonias cristianas en la cual un sacerdote otorgaba su bendición a la unión romántica entre personas del mismo sexo (otra vez mas hayamos una discriminación por razón de sexo ya que era reservado solo a varones) en un rito paralelamente símil a la bendición nupcial. Esta ceremonia, la Adelfopoiesis (fraternizas iurata) no solo “unía” a los dos individuos contrayentes, sino que vinculaba ambas familias con consecuencias en diversos ámbitos de la vida muy importantes en la Edad Media, no solo ambas familias se defendían mutuamente, sino que en caso de fallecimiento de algún familiar y en el supuesto de ser necesario, las familias estaban obligadas a sostener

económicamente a la contraparte. Puede apreciarse un mayor contenido o finalidad material que romántica.

Desde el siglo XI la represión y persecución fue incrementándose en occidente, y, de una manera más profunda si cabe, en España de la mano de la Santa Inquisición. Las penas derivadas de dichos actos pasaban desde la castración, cadena de prisión temporal o perpetua a marcación de hierro candente, hoguera o decapitación. También existían penas pecuniarias o la abolición de privilegios feudales o derechos patrimoniales de los sujetos sodomitas.

Ya avanzado el siglo XIX el problema penal transmuta al nivel médico debido a su consideración como trastorno mental, produciendo una despenalización y transformando las consecuencias penales en médicas, ya sea como internamiento psiquiátrico u otros tratamientos psicológicos como en algunos casos, la lobotomía. Un siglo después en el siglo XX surgiría el “movimiento gay” (Stonewall 1969) comenzando un proceso social reivindicativo de libertades y derechos hacia este colectivo, derogándose las leyes discriminatorias a la par que se aprobaban nuevas en aras de alcanzar una igualdad social.

En España a diferencia con otros países, ya sea a nivel europeo o mundial, no estaban tipificadas este tipo de conductas en ningún Código Penal, con la excepción del Código Penal Militar⁵. En el año 1933 se promulgo la Ley de Vagos y Maleantes (derogada con posterioridad por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970⁶) donde fueron incluidas dichas prácticas tras la reforma de dicha ley en 1954 considerando que dicha conducta ofendía la sana moral española acompañando con el artículo 431 del Código Penal donde se tipificaban los casos de escándalo público. Considerando la homosexualidad no como delito sino como un estado de peligrosidad, definiéndolos como maleantes; la

⁵ Artículo 352, Código de Justicia Militar: “Castiga al militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo, con pena de seis meses y un día de prisión militar, y la accesoria de separación del servicio”.

⁶ Artículo 2, Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970: “Serán declarados en estado peligroso, y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación, quienes: Son supuestos del estado peligroso los siguientes: Tercero. Los que realicen actos de homosexualidad”.

consecuencia jurídica de su comisión no eran penas sino medidas de seguridad privativas de libertad (en aras de proteger y reformar).

Dichas medidas se materializaban en el internamiento en colonias agrícolas o centros de trabajo, en instituciones especiales (duración menor de 3 años) o la prohibición de residencia en determinadas zonas del territorio nacional.

Afortunadamente, las cosas hoy han cambiado. Resulta indudable que la orientación sexual es una simple característica personal de cada uno, y que todos pueden aspirar de forma legítima al libre desarrollo de su personalidad. Aunque puedan producirse incidentes aislados, resulta indudable que la homosexualidad no se presenta hoy ni como una desviación sexual ni como algo negativo, sino como una concreta forma de vivir la sexualidad.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MATRIMONIO

Desenterrando entre la etimología de la palabra matrimonio nos encontramos con dos términos de origen latino; *matter* y *monium*, pudiéndose traducir como el estatus jurídico o carga de una mujer casada como definió Alfonso X el Sabio en las 7 partidas “*Matris* y *monium* son dos palabras del latín de que tomo nombre matrimonio, que quiere tanto decir en romance como oficio de madre”; encontramos pues su contraparte - patrimonio- pero sin relación con el vínculo conyugal. A pesar del origen etimológico de dicha palabra su denominación original en la Antigua Roma, de donde podemos encontrar el origen más cercano del matrimonio español actual, era denominado “*connubio*”.

Si bien es cierto que de las primeras descripciones del matrimonio (dadas por escritores como el estoico Stabeo o Cicerón) su naturaleza se aprecia muy cercana al Derecho Natural, desnudando la institución del matrimonio al esqueleto de la unión y procreación entre hombre y mujer. si bien es cierto que el desarrollo de las sociedades ha ido forzándolo a adquirir un carácter positivista y cada vez más regulado dentro del Derecho civil; así en el antiguo Imperio Romano se constituyó obsoleta esa idea de matrimonio como mera unión física comenzando a poseer aspectos mucho más completos y complejos, regulándose la capacidad, potestad y patrimonio.

Ulpiano deja definido dicha institución: "Existe justo matrimonio si existe derecho de connubio entre los que lo contraen y tanto el varón púber como la mujer núbil sean y uno y otro den su consentimiento si *son sui iuris* y si están bajo patria potestad lo otorguen también sus padres"⁷.

El matrimonio romano pues, sustentaba su existencia en la *maritalis affectio*, a diferencia del surgente matrimonio por raptó o por compra (*coemptio romana*). Si bien es cierto que el matrimonio sufrió diversas transformaciones a lo largo del Imperio Romano, este logró su "esplendor" en la época de Justiniano y la imposición del cristianismo como religión oficial del imperio, delimitando a las parejas monógamas heterosexuales como los únicos sujetos con legítimo derecho a contraer matrimonio siguiendo los ritos que la religión católica cristiana ordenaba; asentándose así la imposición del matrimonio canónico como modelo oficial y único del imperio definitivamente en el siglo X cuando se debilitó el poder secular y su intervención en la celebración del matrimonio.

No es sino, a partir de este siglo, cuando la Iglesia católica adquiere total poder no solo para llevar a cabo su celebración sino también para legislar y juzgar (jurisdicción matrimonial).

Desde que en 1215 la Iglesia católica estableció el matrimonio como un sacramento, este fue armado desde 1563 por unos requisitos específicos tanto en su realización como para su legitimación. Dichas normas son recogidas en el Código de Derecho Canónico, La Santa Sede, 1983. En su Canon 1055 podemos encontrar lo siguiente:

- “1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.
2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento.”

⁷ Tituli ex corpore Ulpiani 5: “Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt connubium sit, et tam masculum puber quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum si in potestate sunt”.

Podemos extraer del presente citado la exclusividad del matrimonio para solo las uniones celebradas entre varón y mujer, quedando excluidas las uniones entre parejas del mismo sexo, recordemos como elemento aclarativo que dichas relaciones eran castigadas y perseguidas por dicha institución.

El siguiente gran cambio tuvo lugar en tiempos de Rousseau, siglo XVIII, donde en Europa comenzaban a emerger las ideas de la ilustración incrementándose así el dominio del poder público sobre las instituciones tras la Revolución francesa. Dos años antes de que ésta tenga lugar, Luis XVI decide abrir la institución del matrimonio a los no católicos, que se veían obligados a tener que convertirse a la fe previamente.

Esta reforma hunde sus raíces en el principio de laicidad promovido por la Revolución francesa y la posterior ley de separación Iglesia-Estado que se aprobaría en 1905. Conviene recordar que ya en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 se reconoce la libertad de conciencia en su artículo 10⁸, en decretos como el de 18 de septiembre de 1794 por la que se reconoce la laicidad de la República francesa, a través de la Constitución de 1791 mediante la que se seculariza el matrimonio o mediante la promulgación de la Ley del divorcio de 20 de septiembre de 1792.⁹

Muy poco tiempo después, tras la revolución burguesa, se consagraría en la Constitución de 1791 el matrimonio civil como un contrato civil suscrito por los contrayentes (art. 7). Y después, en la Ley francesa de 1792 se contemplará el divorcio. Esta misma visión del matrimonio como una institución civil y laica se recoge en el artículo 144 del Código Civil francés.

Sin embargo, la vinculación jurídica y social con la Iglesia Católica ha sido mucho más intensa. Este hecho ya queda acreditado con nuestro primer texto constitucional liberal, la Constitución de 1812, que sigue proclamando que “la religión de la Nación española es y será

⁸ Artículo 10 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano: “Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aun por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley”.

⁹ Álvarez Parra, Javier: *Principio de laicidad y Sistema matrimonial de la Segunda República Española y Primer Franquismo*. TFG Universidad de Salamanca. Salamanca, 2015.

perpetuamente la católica, apostólica, romana” (art. 12 *ab initio*). Y merece la pena recordar también que nuestro Código Civil tiene enormes componentes hispánico, germánicos, románicos y, a nuestro mayor interés, canónicos mediante las 7 Partidas y en especial la legislación matrimonial en virtud del Concilio de Trento en 1564. Aunque nuestro Código Civil (1889) se inspira miméticamente en el liberal francés de 1804, se ve también influenciado por el profundo carácter católico del país. En lo que nos interesa, desde el primer momento se reconoce la autoridad de la Iglesia para regular el matrimonio canónico entre católicos y, en el artículo 42 del código se establece un sistema matrimonial dualista, donde prima el matrimonio canónico, con plenos efectos civiles y reconoce el matrimonio civil, pero este con un carácter subsidiario.

Posteriormente a través de la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 se estableció como único requisito necesario para acudir al matrimonio civil que cualquiera de ellos contrayentes expresara que no profesaba la religión católica, y 6 años más tarde se eliminó el requisito de declarar la aconfesionalidad para poder optar al matrimonio civil, siendo un avance significativo y emblemático ya que no es necesario justificarse ni declararse para poder optar a uno u otro tipo de matrimonio, simplemente bastaba la voluntad de partes, aunque dos años después se dictó la Orden de 28 de febrero de 1908 por la que volvía a ser necesaria la declaración por parte de alguna de las partes contrayentes (en la II República fue abolido de nuevo este requisito de declaración).

La influencia católica fue tal que el mismo matrimonio civil poseía requisitos tales como el contenido fundamental sexual de la unión como fin procreador. La Exposición de motivos de la Ley consideraba el matrimonio íntimamente relacionado con las convicciones religiosas de los cónyuges y, sobre todo, inspirado en el matrimonio canónico al definirlo como la bendición nupcial entre un hombre y una mujer orientada, por su propia naturaleza, a la generación de la prole.¹⁰ Convirtiendo la impotencia sexual como causa excitante de nulidad matrimonial¹¹; haciendo pues, necesaria la diversidad sexual de los contrayentes en una obligación o requisito *ius cogens* para la capacidad contractual matrimonial, imposibilitando a las parejas homosexuales su uso.

¹⁰ Ibidem..., p. 7.

¹¹ Artículo 4.3 de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 21 de junio de 1870.

Aún a día de hoy, esta “causa o razón” sigue siendo utilizado como causa de nulidad del matrimonio católico por parte del Tribunal apostólico de la Rota Romana, este es, uno de los tribunales más importantes de la Iglesia católica y que ejerce funciones de apelación de la Santa Sede.

Además de este requisito de diversidad sexual entre contrayentes, el artículo 44 del CC daba por sentado la heterosexualidad de los sujetos capaces¹².

Habrá que esperar a la Constitución española de 1931, durante la segunda República, a que se introduzca en la Constitución el principio de laicidad del Estado. Con anterioridad regía la Ley Provisional de Matrimonio Civil, de 18 de junio de 1870.

Esta Ley, en lugar de crear un propio concepto de matrimonio, recicla las bases ya establecidas por el derecho canónico. El matrimonio civil poseía tanto las condiciones de celebración como las causas de nulidad, las cuales estaban supeditadas a los criterios eclesiásticos. En su Exposición de Motivos se defiende que el fin del matrimonio, concebido como la unión de hombre y mujer, es procreativo para perpetuar la generación de la prole. Se define el matrimonio como una bendición nupcial entre hombre y mujer, y se considera un pilar social fundamental de la familia íntimamente relacionado con las convicciones religiosas de los conyugues. La vinculación de la institución del matrimonio con la procreación explica que la diversidad sexual de los contrayentes se utilice como requisito excluyente para poder emitir el consentimiento. Y es que, aunque toda persona posee capacidad de obrar para emitir el consentimiento al matrimonio, algunos requisitos o causas de nulidad (como puede ser la impotencia) han sido exigidos como ‘residuo’ de sendos requisitos o causas de nulidad del matrimonio eclesiástico¹³. Tan es así su simetría que el profesor Llamazares sostiene que “el matrimonio civil parecía una figura copiada del matrimonio canónico”¹⁴.

¹² Artículo 44 del CC: *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.*

¹³ Pérez Álvarez, Salvador (2006): “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Una cuestión de inconstitucionalidad?”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 12 (2006).

¹⁴ Llamazares Fernández, Dionisio: *El sistema matrimonial español: matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho.* Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995, p. 293.

Pocos años después fue modificada por el Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 9 de febrero de 1875 cuyo art. 1 restablecía la eficacia civil del matrimonio canónico en el Derecho español, al tiempo que su art. 6 permitía a quienes demostrasen no pertenecer a la iglesia católica acudir, subsidiariamente, al matrimonio civil regulado por la Ley de 1870, vigente hasta 1889 cuando se modifica el Código Civil español, explícitamente en el artículo 42¹⁵.

Volviendo al principio de laicidad incluido en el artículo 3 de la Constitución de 1931¹⁶, conviene subrayar que fue adoptada después de largos y fuertes debates en las cortes, declarando este artículo que “el Estado no tiene religión oficial”. Como fruto de este intento por independizar las instituciones estatales de la Iglesia, así como de realizar un cambio social, el legislador en su artículo 43 de la CE de 1931¹⁷, del capítulo II, del título III de derechos y deberes de los españoles, relativo a “Familia, economía y cultura”, reconoce la independencia y secularización de la institución del matrimonio afirmando que se encuentra “bajo la salvaguardia especial del Estado” a la vez que explícitamente reconoce la igualdad entre ambos sexos y reconoce la posibilidad de “disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges...” esto es, reconoce por primera vez el derecho al divorcio en

¹⁵ Artículo 42 Código Civil (07/1889): “La Ley reconoce dos clases de matrimonios: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica”.

¹⁶ Artículo 3 Constitución española 1931: “El Estado español no tiene religión oficial”.

¹⁷ Artículo 43, Constitución española de 1931: “La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa. Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna. El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la “Declaración de Ginebra” o tabla de los derechos del niño”.

España, que podía ser invocado y bien bilateralmente como por parte de cualquiera de los conyugues.

Este artículo 43 fue revolucionario en España no solo por la instauración del derecho al divorcio, sino por dar un gran avance en cuanto a los aspectos machistas y patriarcales que esta institución poseía, otorgándole a la mujer una misma situación jurídica que al hombre. Creaba así un matrimonio civil, equiparable a un contrato de partes, donde, por ejemplo, se equiparaban los hijos matrimoniales de los extramatrimoniales, algo reseñable debido al arcaico carácter religioso del matrimonio hasta el momento y el repudio a las relaciones fuera del manto del matrimonio católico y la negativa connotación de los bastardos en la sociedad, cargada de un fuerte estigma social.

Por eso el artículo 43 supuso un cambio estructural y jurídico pero también social, como ejemplo personal, me permito la mención, mi bisabuela que sufría maltrato físico por parte de mi bisabuelo, el mismo año que se promulgó el divorcio anterior mentado obtuvo la seguridad jurídica y se separó físicamente de mi bisabuelo con la amenaza de solicitar el divorcio, sin llegar a divorciarse oficialmente debido al fuerte estigma social de una sociedad española fuertemente católica, pero que aunque no se formalizase el divorcio oficialmente la aprobación del artículo 43 ayudó a su separación y en general, como sucedió en mi ejemplo, ayudó directa e indirectamente al avance social, especialmente a las mujeres que hasta el momento se encontraban en una situación de inferioridad frente al hombre.

Tras este cambio constitucional, el Matrimonio se ve modificado y se constituye un matrimonio civil, único y exclusivo, a través de la aprobación por las Cortes Republicanas de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932.

Todos estos cambios promovidos en la II República no tendrán un largo recorrido debido a que durante la dictadura franquista serán derogados incluso algunos con carácter retroactivo. En efecto, durante el franquismo el matrimonio civil es la excepción frente a la regla, que es conferir efectos civiles al matrimonio eclesiástico, tal y como se acuerda en el Concordato entre el Estado español y la Santa Sede de 1953. De ahí que, en la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del código civil (BOE 99/1958, de 25 de abril, pp. 730-739) únicamente se acepte el matrimonio civil “cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica”. Y no resulta suficiente con que los dos

futuros cónyuges declaren su falta de fe. El artículo 86 CC in fine exige que deben presentar “la prueba de no profesar la religión católica”.

Las cosas comienzan a cambiar con la aprobación de la Constitución española de 1978, cuyo artículo 32.1 dispone que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” y lo harán de forma definitiva con la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE 172/1981, de 20 de julio). A partir de esta norma el matrimonio es exclusivamente civil, pasando a ser el matrimonio religioso una simple forma de celebración del matrimonio (art. 49 CC). Y se reincorpora, y ya de forma estable, la figura del divorcio, pero dependiente de la separación. Este solo podía ser tramitado a través de una sentencia firme y, referente a su dependencia a la figura de la separación, era necesaria una separación efectiva de mínimo cinco años para poder optar al divorcio. Posteriormente en el año 2005 a través de la ley 15/2005 que modificó el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento Civil en dicha materia. (ley del divorcio expés y libre). A través de esta se aligeran todos los trámites y requisitos establecidos por la anterior ley de 1981, quedando libre de carga de prueba, sin ser obligatorio la separación previa (único requisito de 3 meses entre la celebración del matrimonio y la solicitud de divorcio, a excepción de algunos casos como violencia de género para los cuales no es exigible ninguna cantidad mínima de tiempo desde la celebración). También se introdujeron cambios en cuanto a filiación y custodia, introduciendo la custodia compartida sin necesidad de previo acuerdo entre los progenitores.

Lo más relevante es señalar que el matrimonio se concibe hoy, en nuestro país, como un asunto exclusivamente civil. El Tribunal Constitucional señala en su relevante ATC 617/1984, de 31 de octubre de 1984 que, aunque se reconozca en la actualidad eficacia civil al matrimonial canónico, “tal reconocimiento no supone la asunción por el Estado de las características y propiedades que la iglesia católica asigna al matrimonio en su fuero propio”¹⁸.

Dado que resultaba imposible para dos personas del mismo sexo casarse, se han ido buscando soluciones jurídicas alternativas en algunos países democráticos que les permitiera hacer valer la existencia de un vínculo jurídico entre ellos. Nos detendremos especialmente

¹⁸ Cfr. F.J. 5 del ATC 617/1984 de 31 de octubre.

en el modelo francés por la interesante tipología de instrumentos jurídicos que reconocen estos vínculos en distintos supuestos.

4. ALTERNATIVAS JURÍDICAS AL MATRIMONIO Y SU EVENTUAL APLICACIÓN A LAS PAREJAS IGUALITARIAS.

En la Francia actual, el Código civil galo registra tres diferentes formas de organización jurídica para parejas: la unión libre (concubinage), el Pacto Civil de Solidaridad (PaCS) y el matrimonio, el cual, desde 2013 su uso es pertinentemente alcanzable para contrayentes del mismo sexo. De todas ellas interesa centrar nuestra mirada en el Pacto Civil de Solidaridad (PaCS).

Mediante la Ley 99-994, de 15 de Noviembre de 1999, se aprobó el Pacto Civil de Solidaridad (PaCS), modificando los artículos 515-1 a 515-7 del Código Civil franco en un nuevo título XII ubicado dentro del Libro Primero del Código titulado “De las personas”, creando esta figura legal definida como “un contrato celebrado entre dos personas físicas mayores de edad, de sexo distinto o del mismo sexo, para organizar su vida en común”¹⁹, dando así respuesta a las reivindicaciones y protestas que exigían las parejas y colectivos homosexuales de este país por más de varias décadas, periodo durante el cual se propusieron diversas soluciones que intentan dar solución a las justamente mentadas demandas, aunque ninguna de ellas no alcanzaron a ver luz, como la propuesta del contrato de partenariat en 1990, el contrato de unión civil dos años más tarde, el contrato de vida social o el pacto de interés común en 1997.

Si bien es cierto que con anterioridad a la creación del “Pacte Civil de Solidarité” la unión libre o estable (concubinato) era un vínculo de hecho pensado y aceptado tanto para matrimonios compuestos por individuos heterosexuales u homosexuales, este no veía alcanzado su institución a ser una institución jurídica ni su correspondiente nacimiento de un estatuto que lo refleje; más bien se trataba de un vínculo fáctico del cual derivan derechos y consecuencias matrimoniales (especialmente en cuanto a la liquidación de la relación). Por el contrario, el Pacto de Solidaridad (contrato privado que es formalizado ante notario o ante

¹⁹ Artículo 515.1 del Código Civil francés.

el secretario del Tribunal de Instancia), si bien tiene mayoritariamente efectos sobre el acervo de la pareja, los cuales son capaces, a través de esta institución, de contraer y negociar entre sí de manera autónoma los derechos y deberes de la hacienda relativa a la convivencia en pareja.

A pesar de dicha extensión de derechos en sendos círculos patrimoniales, el PaCS no otorga a los contrayentes una paridad de derechos y obligaciones tal y como el matrimonio convencional sí dispensa; por ejemplo, no origina efectos sobre la nacionalidad, filiación, título de residencia o expedición/modificación del libro de familia o que su ruptura tampoco genere derecho a la obtención de una pensión de viudedad. Clave para entender la diferencia per sé entre el matrimonio y el Pacto de Solidaridad es que esta última es concebido como una relación contractual mientras que el primero es entendido como una institución, como tal se ve reflejada en aspectos tales como la filiación automática (presunción de paternidad automática) o el derecho a adopción plena ya sea conjunta o sucesiva.

Aunque en un principio el Pacto de Solidaridad haya sido pensado y redactado en aras de solventar las demandas sociales sobre el acceso al matrimonio en Francia por parte de parejas igualitarias, y si bien es cierto que supuso un avance, tanto jurídico como social en dicha dirección, la doctrina demostró que este no alcanzó a satisfacer dichas demandas; la exposición de Motivos del Proyecto de Ley n.º 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, así lo confirma cuando explica que el PaCS falló al “ofrecer una respuesta a la voluntad de las parejas del mismo sexo que desean contraer matrimonio, ni a su demanda de acceso a la adopción”²⁰.

Muchos autores entienden el Pacto de Solidaridad como el punto de inflexión o punto medio entre el reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario y su antítesis, esto es, como puente o medio de transición que ayudó a su aprobación. Si esta teoría fuese seguida, entiendo también que, una vez aprobado el matrimonio igualitario, este debería absorber la figura del PaCS debido a su justamente obsolescencia al haber cumplido su función transitoria y haber sido creada, siguiendo este punto de vista, una institución con mayores garantías, derechos y que responde con mayor eficiencia a las demandas sociales.

²⁰ Borrillo, Daniel & Flores, Jesús: “La reforma del Derecho de familia en Francia”. *Actualidad Civil* 2013\4.

Sin embargo, el Pacto de Solidaridad sobrepasa la meramente función transitoria e introduce en el Derecho de familia francés una nueva concepción de relación familiar institucionalizada, y bajo mi punto de vista, más libre en ciertos aspectos; libre de ciertos anclajes arcaicos y presunciones obsoletas basadas en una concepción del matrimonio rígida y férreamente cuadrículada. Ofrece la posibilidad de una unión mucho más fluida, donde la ruptura y unión puede ser llevada a cabo de una forma más hacedera, con una protección social, a la vez que disminuye la responsabilidad patrimonial.

También libera esta figura de una filiación automática o adquisición de nacionalidad, que no siempre es pretendido por los miembros de la pareja. Además, otro aspecto positivo a mi parecer es que deja atrás esa vetusta “carga de prueba” necesaria muchas veces para quebrar el matrimonio lateralmente, donde era necesario justificar causas o motivos por las que se solicitaba la nulidad del matrimonio, mientras que en el Pacto de Solidaridad llanamente se necesita la voluntad de roturar la unión esquivando a su vez la obligada necesidad de acudir ante juez. Es verdad, sin embargo, que la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE 163, de 9 de julio de 2005, pp. 24458 a 24461) derogará en nuestro país el modelo de causas del divorcio previamente previsto en el artículo 86 del Código Civil.

Tales fueron las ventajas y posibilidades favorables del Pacto de Solidaridad que, con anterioridad a la aprobación del matrimonio igualitario, se meditó la posibilidad de evadir el matrimonio igualitario extendiendo las capacidades del PaCS, pero el “estudio de impacto” utilizado por el ejecutivo desembocó en rechazar esta vía por temor a desestabilizar y dañar al matrimonio ya que ofrecería los mismos derechos, pero de una forma más simple y “fácil”. Se ha optado así, quizás por “cariño y respeto” a la tradición y figura del matrimonio y por miedo a dejarla atrás o atrasarla, por estancar y formalizar excesivamente el PaCS, lo que ha supuesto que este modelo se estanque y reste competitividad contra la estimada institución del matrimonio.

Finalmente, el país francoparlante se adicionó a la lista de países que han legalizado el matrimonio igualitario en 2013; a través del Proyecto de Ley n.º 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, materializándose esta en la ley 1551/2013, gracias al apoyo favorable de 331 votos contra 225 detractores de esta. Mediante esta ley nuestro país fronterizo por norte se convirtió en la decimocuarta nación

en el mundo en aprobar el matrimonio igualitario en su territorio, permitiendo a las parejas homosexuales no solo contraer nupcias y casarse si no que también se legalizó la adopción de niños por parte de estos (algo apoyado por la mayoría de la población francesa). Pero en nuestro país este logro social se produjo unos años antes, en 2005, como se verá a continuación.

Algo parecido ha ocurrido en España. Dado que el matrimonio contemplado en el Código Civil era claramente heterosexual, algunas Comunidades Autónomas han regulado formas de convivencia de parejas que pudieran ser igualitarias. Y es que “tanto la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 924/81, como la resolución del Parlamento Europeo A-0028-94, de 8 de febrero, sobre la igualdad del Derecho de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea, pusieron los cimientos y, así, han propiciado que paulatinamente los países miembros de la Unión Europea legislen sobre la convivencia de las parejas de hecho”²¹. Mientras que Cataluña ha sido la primera en modificar su régimen jurídico adecuándolo a las uniones homosexuales y originando un régimen preciso para ellas, la Comunidad Foral de Navarra ha liderado la aprobación de la adopción por parejas homosexuales.²²

5. LA INTRODUCCIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN ESPAÑA.

En páginas anteriores se ha podido constatar que, aunque siempre ha habido parejas igualitarias, los ordenamientos nacionales han preferido vincular tradicionalmente el matrimonio con la orientación heterosexual de los contrayentes, en buena medida por la influencia de la Iglesia católica. También que en algunos países se han buscado proteger jurídicamente a las parejas igualitarias a través de otros mecanismos jurídicos (Pacto Civil de Solidaridad, régimen de parejas de hecho, etc.). Hay que esperar al Siglo XXI para que algunos países europeos abran la institución civil del matrimonio a las parejas igualitarias.

²¹ Posada Fernández, María Teresa: *Ruptura de la pareja de hecho: la influencia de la doctrina del tribunal constitucional sobre los derechos y deberes de los convivientes*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 2018, p. 16.

²² Montesinos Sánchez, Nieves: “Matrimonio y homosexualidad”. *Feminismo/s* 8 (2006).

En lo que atañe concretamente al Estado español, esta modificación se produce a través de la Ley 13/2005, de 1 de Julio, cuya aprobación supone una de las más profundas reformas del Derecho de familia en nuestro Ordenamiento jurídico²³. Es de justicia hacer notar que esta Ley contaba con dictámenes críticos previos del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado, y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación²⁴. Y sin embargo podía defenderse la legitimidad de la Ley a la vista de diversas normas internacionales y de nuestra propia Constitución.

6. ¿PUEDE APOYARSE LA EXISTENCIA DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN TEXTOS INTERNACIONALES O EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTERIOR A LA LEY 13/2005?

El artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su [Resolución 217 A (III)] dispone que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.” Provocando no solo el reconocimiento al derecho al matrimonio para cualquier hombre y mujer, sino que lo eleva a derecho humano universal, especificando expresamente la no cabida de disposiciones discriminatorias sobre dicho acto. También se reconoce en el artículo 23.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966): “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

También podrían invocarse el artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) en el que se indica que, “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

²³ Verdera Izquierdo, Beatriz: “El matrimonio entre personas del mismo sexo: Estado de la cuestión una década después de la Ley 13/2005”. *Revista de Derecho Privado* 4 (2005).

²⁴ Delgado Ramos, David: “La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España”. *Asamblea* 29 (2013).

Podemos apreciar la ausencia de mención expresa a la diversidad sexual o al matrimonio igualitario en las apenas citadas obras, sin embargo, al no limitar o prohibir, abre el camino otorgándole al matrimonio en general una protección superior, a la vez que delega a cada Estado la ampliación de dicho derecho (como acabó sucediendo al ampliarlo para parejas del mismo sexo).

En el específico plano de la Unión Europea debemos partir del artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) en el que «se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». También se recoge en esta norma el derecho a la no discriminación por motivo alguno²⁵. El Parlamento Europeo ha impulsado algunas Resoluciones relevantes en esta materia, como es instar el final la discriminación hacia personas homosexuales en las disposiciones estatales y jurídicas. En la Resolución sobre “igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea” (Resolución 28/1994, de 8 de febrero, sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales y las lesbianas en la comunidad europea. el Parlamento europeo solicitó a los estados miembros y a la Comisión Europea, además del cese de actos, normas y comportamientos discriminatorios por razón de orientación sexual, también solicitó “que las limitaciones de edad con fines de protección sean idénticas en las relaciones homosexuales y heterosexuales”; Pide que se ponga fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas; Pide a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales; y, especialmente la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia)²⁶. Hay otra más reciente y específica sobre el reconocimiento del matrimonio homosexual (Resolución 2001/2014(INI), aprobada por Estrasburgo el 15 de Enero de 2003, sobre la situación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, en la que se interesa que en sus artículos 102

²⁵ Artículo 14 Constitución española-Prohibición de discriminación: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

²⁶ Resolución A-0028/94 del 8 de febrero de 1994, D.O.C. 28.02.94.

y 103, se insta a todos los Estados miembros de la Unión Europea a reconocer legalmente las tanto las relaciones no matrimoniales entre personas de distinto mismo sexo como de distinto concediéndoles el reconocimiento de los mismos derechos que a las que han celebrado el matrimonio. A su vez también insta a que se reconozca de manera mutua entre los Estados miembros de las relaciones matrimoniales y no matrimoniales entre personas del mismo sexo, solicitando que se incluya en la agenda política de la Unión Europea el desarrollo de propuestas concretas a este tenor.

Y conviene recordar, finalmente, que el Tratado de Ámsterdam previene específicamente que la Unión Europea puede implementar medidas para luchar contra la discriminación por orientación sexual, recogido hoy en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (arts. 10²⁷ y 19²⁸).

Además de todas estas normas internacionales, podría apoyarse también la legitimidad constitucional del matrimonio igualitario atendiendo al tenor de diversos preceptos normativos de nuestro país.

En primer lugar, claro está, el art. 32.1 CE que se inspira en el 43.1 de nuestra Constitución de 1931. El precepto hoy vigente dispone que “el hombre y la mujer tienen derecho a

²⁷ Artículo 10 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

«En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual...».

²⁸ Artículo 19 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (antiguo artículo 13 TCE). «1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1».

contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”²⁹. Estamos en presencia de un derecho fundamental que debe ser desarrollado mediante Ley (art. 53.1 CE) y que podría ser interpretado como no excluyente del matrimonio igualitario, puesto que dispone que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, sin imponer que lo hagan exclusivamente entre sí.

Además, podría entenderse que el matrimonio igualitario derivaría de la imposibilidad de discriminar el régimen jurídico de las parejas atendiendo a su diferente orientación sexual, por prohibirlo el artículo 14 CE³⁰. Aunque este precepto no incluye la orientación sexual entre las circunstancias en las que indica que no cabe prevalecer discriminación (se citan nacimiento, raza, sexo, religión y opinión), se incluye una cláusula de apertura, que alude a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, haciéndose eco de todos los tratados internacionales que versan sobre esta temática, desde “la Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948), art. 2; hasta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art. 2.1; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), art. 2.2. También, en el ámbito regional europeo, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos del Hombre (1950), art. 14, y su fundamental Protocolo 12 (2006), cuyo respeto es asumido por la propia Unión Europea, art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada) y la amplia Carta Comunitaria de Derechos de los Ciudadanos, Capítulo III, especialmente art. 21”.³¹

Esta cláusula de apertura ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, que ha entendido que, la discriminación por orientación sexual, aun no estando explícitamente redactada en el art. 14 CE, en la Sentencia 41/2006, de 13 de febrero de 2006, recurso de amparo 5038-2003 sobre vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la

²⁹ En su apartado segundo dispone que “la regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

³⁰ Art 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

³¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel y Fernández López, María Fernanda: *Comentarios a la Constitución Española*, capítulo II, Derechos y libertades, Fundación Wolters Kluwer (2018).

orientación sexual: prueba y despido pluricausal, afirma que es “indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación”. Argumentan esta inclusión, también reafirmada en otra Sentencia, la 92/2014, de 10 de junio de 2014, Cuestión interna de inconstitucionalidad 693-2013, “Cuestión interna de inconstitucionalidad 693-2013”, debido a que la orientación homosexual comparte, con el resto de supuestos especificados en el artículo 14 (razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión), el hecho de ser “una diferencia histórica muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE”.³²

También en consonancia con este criterio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en Sentencia STEDH /1999/72 de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, que no hay duda al entender que la orientación sexual está incluida en el artículo 14 CEDH³³ (prohibición de discriminación) a pesar de que, exactamente igual a como acontece con nuestro artículo 14 CE, no está explícitamente redactado, pero explica que el hecho de que el artículo encierre una lista, esta última posee un carácter indicativo y no limitativo, por lo que aplicando la misma lógica que en el párrafo anterior, la discriminación por orientación sexual queda entendida como protegida por dicho artículo. También podría apoyarse la legitimidad del matrimonio igualitario en el tenor empleado en el artículo 44 del Código civil que, hasta su modificación por la ley 13/2015, señala que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”. Podría apoyarse esta interpretación en que no se indica que deban ejercer este derecho entre sí, y en que no se encuentra la homosexualidad de los sujetos contrayentes

³² Sentencia 41/2006, de 13 de febrero de 2006. Recurso de amparo 5038-2003.

³³ 14 CEDH: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

como causa de nulidad entre las numeradas en los artículos 46 y 47 del mencionado Código³⁴ ni podría contemplarse por contravenir directamente el citado art. 14 CE.

Pues bien, aunque todas estas argumentaciones no están desprovistas de sentido común, lo cierto es que sería erróneo afirmar seriamente que la regulación española o internacional del matrimonio era suficiente para integrar, exclusivamente por vía interpretativa, el matrimonio igualitario en el Derecho vigente antes de la reforma legislativa realizada en 2005.

Las Naciones Unidas, en la Comunicación N° 902/1999 de 30 de noviembre de 1998, Juliet Joslin contra Nueva Zelanda, el Comité de Derechos Humanos confirma que el “El uso del término "hombre y mujer" en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la parte III del Pacto, se ha entendido consistente y uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse.”. aun así, el Consejo de esta organización ha abogado, en las últimas décadas, por solicitar a los estados miembros: “el reconocimiento y protección jurídicos de parejas del mismo sexo.».

Desde un nivel europeo ya nos encontramos con una ausencia de algún artículo que recoja el “derecho al matrimonio igualitario”, de hecho, en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 7 de diciembre de 2000, se reconoce el Derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, pero, muy importante, siguiendo lo dictado por las Leyes nacionales, esto es, ni lo reconoce ni niega pero deja libre albedrío a cada Estado para regular el matrimonio y sus diferentes aspectos/condiciones. Artículo que no es para nada inviable con las posteriores directrices antes mencionadas dirigidas hacia los Estados miembros clamando el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo y su equiparación con las heterosexuales como sucede en la Resolución 2001/2014(INI), del 15 de enero de 2003, en sus artículos 102 y 103.

³⁴ Artículo 46 del Código Civil. «No pueden contraer matrimonio: Los menores de edad no emancipados. Los que estén ligados con vínculo matrimonial».

Artículo 47 del Código Civil. «Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado en su Sentencia de 24 de junio de 2010, asunto Schalk y Kopf contra Austria, que aun teniendo en cuenta el artículo 14 con el art. 8 afirma no poder declarar que se reconoce la obligación a los Estados miembros de literalmente “otorgar a las parejas del mismo sexo acceso al matrimonio”.

El artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se encuentra en una situación similar a nuestro código Civil antes de la reforma de la Ley 13/2005, “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.”. como sucede en España, se menciona al sujeto usuario de este derecho como ‘el hombre y la mujer’.

El tribunal, entiende que, si se tomase de forma aislada dicho artículo, podría llegarse a entender que incluya el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres, pero que, analizando de forma armónica con el resto del Convenio, donde se otorgan derechos a “personas” y no haciendo una mención especial a el hombre y la mujer, por lo que entiende que dicha especificación es liberada y con significado, este es, el modelo en mente en el momento de su redacción era, sin duda, el matrimonio heterosexual. Además, también recuerda la fecha de redacción del Convenio (1950) haciendo referencia a la realidad social y mentalidad de aquella época. Esto, como ya he mencionado, no ha sido herramienta de impedimento para que, con el avance de la sociedad, se estimule y “exija” a los Estados gratificantes la creación de legalizar y regular el matrimonio igualitario, siendo congruente con la apenas jurisprudencia ya que esta no la obliga ni la niega, pero si la acoge. Por otra parte, en la Sentencia de 17 de octubre de 1986, caso Rees contra Reino unido, el Tribunal Europeo de Derechos humanos de Estrasburgo ha reconocido que cuando un Estado no permita el matrimonio igualitario en su ordenamiento jurídico, esto no supondrá una violación de la legalidad comunitaria (en especial el artículo 12 del Convenio de Roma).

En España, el Tribunal Constitucional en su auto 222/1994 de 11 de julio, de inadmisión de recurso de amparo, por el que inadmite un recurso por el que el recurrente solicita amparo debido a la denegación de la pensión de viudedad por la muerte de su pareja de mismo sexo, con la cual no contraer matrimonio debido a que, para ese entonces, no estaba legalizado. Ya en la exposición de los Fundamentos Jurídicos, expone que el art. 44 del Código Civil “solo se refiere al matrimonio de dos personas de distinto sexo”, con lo que ya el Tribunal

interpreta el derecho al matrimonio regulado en el CC como limitado al matrimonio heterosexual.

Mas allá de esto el Tribunal dice expresamente que el matrimonio constitucionalmente contemplado es de naturaleza heterosexual: “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario, al matrimonio entre hombre y mujer, que es un derecho constitucional (art. 32.1).³⁵ Además, habla de un principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial. Como sucedía en el plano supranacional, las normas no regulaban positivamente el matrimonio igualitario, solo el heterosexual, pero poseían la capacidad para albergarlo.

Resulta claro, a la vista de la exposición realizada, que el matrimonio igualitario solamente podía ser introducido en nuestro país modificando el Código Civil ya que la Constitución ya había creado el canino necesario para que el Código pudiera comprenderlo. Tal avance jurídico tiene que venir precedido por un cambio cultural. Al igual que nuestra sociedad ha avanzado hacia una estructura más igualitaria de la sociedad entre los géneros, superando el carácter de dependencia, no solo patrimonial, entre la mujer y el varón, y ese cambio fue visible en la transición, en tiempos más recientes ha comenzado a ver con otros ojos la capacidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Ese cambio se ha hecho visible en la citada Ley 13/2005.

7. LA LEY 13/2005

7.1. Origen y proyecto de Ley

Como resultado del compromiso electoral del expresidente de Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero, quien, para las Elecciones Generales del 14 de marzo de 2004, se comprometió en su programa electoral a cambiar «el Código Civil a fin de posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo y el ejercicio de cuantos derechos conlleva, en igualdad de condiciones con otras formas de matrimonio, para asegurar la plena equiparación legal y

³⁵ Sección Primera. Auto 222/1994, de 11 de julio de 1994. Recurso de amparo 1.101/1993. Acordando la inadmisión a trámite del recurso de amparo 1.101/1993.

social de lesbianas y gays”³⁶. Dicho compromiso fue ratificado tras su victoria en las elecciones cuando, en su discurso de investidura como presidente del Gobierno reafirmó la voluntad de promulgar una ley con dicho propósito³⁷.

La Moncloa aprobó el Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil para igualar el derecho de los homosexuales al matrimonio el 1 de octubre de 2014. Lo aprueba afirmando seguir el mandato constitucional del artículo 9.2 CE que “obliga a los poderes públicos a remover todos aquellos obstáculos o barreras que impidan que la libertad e igualdad sean reales y efectivas; cumple el artículo 10.1 de la Constitución, cuando señala que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son el fundamento del orden político y de la paz social; cumple el artículo 14 de la Constitución, cuando prohíbe que puedan establecerse discriminaciones, no sólo por sexo --entre otras consideraciones--, sino también por cualquier otra circunstancia o condición de orden personal o social”.³⁸

La vicepresidenta del gobierno, autora del comunicado, declara también que uno de los fines de la Ley es eliminar una “discriminación secular” que ayudará a España a crecer y avanzar como sociedad y que nos colocará en la vanguardia en dicha materia (y que efectivamente nos situó siendo el tercer país del mundo en aprobar el matrimonio igualitario).

Sin embargo, esta iniciativa sería rápidamente criticada por las autoridades competentes para informar la iniciativa legislativa.

³⁶ Programa Electoral del PSOE a las Elecciones Generales de 2004, p. 32.

³⁷ José Luis Rodríguez Zapatero en su discurso de Investidura: «Ha llegado también el momento de poner fin, de una vez, a las intolerables discriminaciones que aún padecen muchos españoles por razón exclusiva de su preferencia sexual. Lo diré con claridad: homosexuales y transexuales merecen la misma consideración pública que los heterosexuales y tienen el derecho a vivir libremente la vida que ellos mismos hayan elegido. Modificaremos, en consecuencia, el Código Civil para reconocerles, en pie de igualdad, su derecho al matrimonio con los efectos consiguientes en materia de sucesiones, derechos laborales y protección por la Seguridad Social».

³⁸ Rueda de prensa, La Moncloa, 01.10.2004.

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/paginas/2004/r0110040.aspx>.

7.2. Los informes previos.

Pese a la, appena descrita, argumentación de razón de ser, la promulgación de la analizada norma jurídica no estuvo libre de polémica, contrapartes, ni mucho menos opositores, colisionando en una batalla de argumentos a favor y en contra originarios de sectores doctrinales de entre diversas esferas del Estado y de la Sociedad³⁹ (Consejo de Estado, CGPJ, Asociaciones populares, etc.).

La religión, junto con los sectores sociales más conservadores, fue uno de los promotores sociales que más parte tomaron socialmente en este momento de la historia ya que “la contestación social fue liderada por la iglesia católica (a través de documentos consultables en la página web de la conferencia episcopal y del apoyo a una manifestación con el lema “la familia sí importa”) y el Foro de la Familia”.⁴⁰

No solo hubo dictámenes a favor y en contra, sino también fueron interpuestos recursos de inconstitucionalidad, protestas y manifestaciones. Por un lado existían (y siguen existiendo) aquellos que entienden el artículo 32 de la Constitución Española como un reconocimiento al matrimonio heterosexual única y exclusivamente, entendiendo la diversidad de sexos entre los contrayentes como requisito indispensable para poder hablar de matrimonio (constitucionalmente reconocido); entre ellos cabría distinguir quienes opinan que la unión entre homosexuales se trata de otra figura distinta a la del matrimonio y, por ende, la modificación llevada a cabo por la ley 13/2005 no cabe lugar siendo la creación de una nueva institución la solución idílica; otro sector contrario a la aprobación del matrimonio homosexual, entendiéndose muchas veces como más radical o reaccionario, entiende que el matrimonio es solo posible entre un hombre y una mujer, delimitando a parejas de hecho como la figura legal correspondiente para regular la convivencia de la unión entre parejas homosexuales.

³⁹ Cañamares Arribas, Santiago: “El reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual: Un debate todavía abierto”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 14 (2007).

⁴⁰ Matia Portilla, Francisco Javier: “El matrimonio entre personas del mismo sexo y tribunal constitucional: Un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo”. *Revista General de Derecho Constitucional* 15 (2012).

Una vez elaborado el Anteproyecto de Ley, la Comisión Permanente del Consejo de Estado declaró, en su dictamen de 16 de diciembre de 2004, que la aprobación del matrimonio homosexual afectaría a la garantía institucional del matrimonio pudiendo incluso dejar de ser identificable por la sociedad por lo que se posicionó en contra⁴¹.

Como argumento “fulminador” de aquellos preceptos constitucionales evocados en la Exposición de motivos de la misma Ley, la Comisión dicta: “la Constitución Española, y en concreto los arts. 32, 14 y 10.1, no genera un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque amparan el reconocimiento de efectos jurídicos a la unión estable *more uxorio* entre ellas. El art. 32 sólo garantiza el derecho fundamental a contraer matrimonio a parejas de personas de distinto sexo, si bien, ello no impide que el legislador pueda regular otros modelos de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo, y les atribuya análogos derechos a los previstos en distintos ámbitos en relación con el matrimonio. No obstante, ese reconocimiento tiene un límite que impide privilegiar esas otras uniones frente al matrimonio heterosexual, dado que la garantía constitucional del matrimonio se ha restringido a las parejas heterosexuales”.⁴²

En cuanto a la cuestión relativa al libre desarrollo de la personalidad y no discriminación el Consejo de Estado considera que para no incurrir en un acto discriminatorio por razón de orientación sexual, no resulta necesario la inserción de un nuevo modelo matrimonial para dichas parejas; en primer lugar porque entiende que no supone un trato discriminatorio ni desde una perspectiva constitucional ni desde las declaraciones internacionales de derechos humanos; y en segundo lugar porque entiende que las discriminaciones en el ámbito social no se debe resolver a través de un matrimonio que ampare dos realidades diferentes.⁴³

Defiende esto último afirmando que el matrimonio entre personas del mismo sexo es “un nuevo modelo de pareja, lo coherente es crear una regulación adecuada a ese nuevo modelo, que dé respuesta a sus propias necesidades, y no insertarlo en una regulación que, como

⁴¹ Cañamares Arribas, Santiago: “El reconocimiento jurídico...” op. Cit. pp. 2-3.

⁴² Expediente 2628/2004 de 16 de diciembre de 2004, Comisión Permanente del Consejo de Estado.

⁴³ Alzate Monroi, Patricia: “Análisis a la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”. En XDOC, disponible en <https://xdoc.mx/documents/analisis-a-la-ley-13-2005-de-1-de-julio-en-materia-de-derecho-a-5f8a6e9d55ff0>, 2005.

apunta la exposición de motivos, responde a un modelo diferente. Así, la pluralidad de realidades demanda una diversidad de instituciones, favoreciendo la especialización institucional, con reflejo en el plano terminológico (una denominación diferente)”.⁴⁴

La solución que plantea el Consejo de Estado en su expediente 2628/2004 como solución a esa exigencia social y como solución a la posible discriminación sería la creación de una “diversidad de instituciones” mediante la especialización institucional y con su consecuente variante terminológica, esto es, la creación de una nueva institución para esta pluralidad de realidades distintas a la heterosexual, similar a el matrimonio, pero con distinta denominación.

Sostiene también que esta es la única solución ya que incluir el matrimonio homosexual dentro del heterosexual sería “forzar las instituciones y conceptos existentes”. Considera además que la aprobación de dicha ley supondría una inseguridad jurídica ya que excitaría numerosos vacíos legales que deberían ser esperados a rellenarse por la jurisprudencia punto a punto; como son los referidos a los eventuales problemas que puedan plantearse sobre las relaciones paternofiliales y en materia de filiación o en aspectos sucesorios o de adopción.

Además de la oposición expresa de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, la proposición de ley contó a su vez con dictámenes contrarios del Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

El Consejo General del Poder Judicial es incluso aún más crítico que la CPCE afirmando que “el matrimonio -como la familia- es una institución anterior a la Constitución, anterior al Estado y a las formas jurídicas que crea y regula, por lo que el Estado desde su capacidad normativa no puede adulterarlo”⁴⁵ y caracterizado por su carácter heterosexual. El factor homosexual adultera la figura del matrimonio: “hay que insistir en que a lo largo del tiempo habrán cambiado las formas de matrimonio, los requisitos para contraerlo; habrá diferencias en cuanto a su naturaleza, se habrán diseñado figuras jurídicas basadas en la aproximación analógica al matrimonio (uniones de hecho), etc. pero lo que siempre permanece es su carácter heterosexual, de ahí que una reforma que afecte a este núcleo identificador

⁴⁴ Expediente 2628/2004 de 16 de diciembre de 2004, Comisión Permanente del Consejo de Estado.

⁴⁵ Informe de 26 de enero de 2005, Consejo General del Poder Judicial.

conllevaría el riesgo de modificar una institución jurídica hasta el extremo de hacerla perder su reconocibilidad en Derecho”.⁴⁶

Esta misma postura Mantiene el profesor y magistrado Díez Picazo añadiendo que lo justo debería buscar otro tipo de denominación o solución a este tipo de relaciones en vez de incluirlas en la institución matrimonial.⁴⁷

No obstante, la ley fue presentada en el Congreso de los Diputados en octubre del 2004⁴⁸, aprobándose meses después en abril del siguiente año con 183 votos a favor, 136 en contra y 3 abstenciones. Una vez aprobada esta fue devuelta debido a ser objeto de veto en el Senado el 22 de junio debido al voto del PP, cuatro senadores del CiU y un voto del PAR. Tras un nuevo debate en el Congreso fue aprobada definitivamente el 30 de junio de 2005; gracias a 187 votos a favor, 147 en contra y 4 abstenciones siendo publicada 3 días después en el Boletín Oficial del Estado y entrando en vigor surgiendo efectos al día siguiente⁴⁹.

7.3. El contenido de la Ley.

El 2 de julio de 2005 se publica en el BOE la ley 13/2005 aprobada el día anterior, 1 de julio convirtiendo a España en el tercer país del mundo en aprobar el matrimonio homosexual, justo después de su aprobación por parte de los Países Bajos y en Bélgica, en sendos años 2000 y 2003. Junto con la ley y 15/2005, de 8 de julio, esta ley ha operado una de las más

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Díez Picazo, Luis María: “Prólogo”. En Roca I Trías, Encarnación: *Familia y cambio social*. Civitas. Cizur Menor, 2016.

⁴⁸ El Proyecto de Ley está publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados, VIII Legislatura) Serie A, 18-1, 21 de enero de 2005). Texto disponible en [https://www.congreso.es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&p_publicaciones_legislatura=VIII&p_publicaciones_id_texto=\(CDA20050121001801.CODI\).](https://www.congreso.es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&p_publicaciones_legislatura=VIII&p_publicaciones_id_texto=(CDA20050121001801.CODI).)

⁴⁹ BOE núm. 157 de 02 de Julio de 2005.

profundas reformas del Derecho de familia en nuestro Ordenamiento jurídico, y tienen, sin duda, un hilo conductor, consistente en la “personalización” del matrimonio.⁵⁰

Con ella, y como bien explica la propia ley en su preámbulo, se inicia el “establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquéllos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad”⁵¹, modificando así el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Esta Exposición de Motivos no se limita exclusivamente a explicar las causas que justifican la emisión de esta norma, sino que, como bien explica, entiende que este texto responde más bien a una obligación que deriva de la propia Constitución.⁵²

También se recuerda en el Preámbulo la historia discriminatoria contra este tipo de parejas por su orientación sexual (intentando con la presente Ley removerla) como el reciente reconocimiento de dichas parejas y distintos modelos de convivencia. Esta Ley pretende, precisamente, “dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja”⁵³.

⁵⁰ De Verda y Beamonte, José Ramón: “La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio.” *Revista Boliviana de Derecho* 17 (2014).

⁵¹ Exposición de Motivos de la Ley 13/2015, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁵² Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 de 1 de julio, II: “Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva.”

⁵³ *Ibidem*.

Como fundamento legitimador per sé de la Ley enumera como primer precepto constituyente de legitimidad los artículos 9.2⁵⁴ y 10.1⁵⁵ de la Constitución, como directiva dirigida hacia la “promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad”. También justifica la constitucionalidad de la norma en el artículo 1.1⁵⁶ y el 14⁵⁷ de la Carta Magna: “la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social” como los valores que la norma intenta reflejar y regular activamente.

El aparato normativo de la Ley viene conformado por un artículo único, dos disposiciones adicionales y dos disposiciones finales donde 17 artículos código civil, el más significativo e importante de los cambios fue la modificación del artículo 44 del Código Civil, añadiéndole un segundo apartado al mismo quedando este:

“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”.

En los otros 16 artículos modificados por la mencionada ley las modificaciones fueron cambios de expresión de género donde se fueron substituyendo vocablos como padre y

⁵⁴ Art. 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”.

⁵⁵ Art. 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”.

⁵⁶ Art. 1.1 CE: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”.

⁵⁷ Art 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”.

madre o marido y mujer por progenitores o conyugues, respectivamente, para, de este modo, conseguir una norma enormemente más amplia, inclusiva y que amparase a todas las parejas existentes en la sociedad, sin discriminación por sexo u orientación.

El proyecto de ley fundamenta sus motivos en consecuencia de la obligación al derecho al libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE) y, como no podría ser de otro modo, al principio de igualdad y no discriminación (art 14 CE). Argumentándose en el avance de la sociedad, su pluralidad y las parejas homosexuales como una realidad presente en la sociedad española.

La nombrada Ley 13/2005, no solo cambió la legalidad referente al matrimonio homosexual, sino que además también modificó materia en relación con la adopción por parte de las mismas. Esta modificación en materia de adopción no es realizada en modo explícito ya que no hay referencia alguna que verse sobre ello, sino que dicho cambio surge como consecuencia de la equiparación de efectos del matrimonio heterosexual al homosexual, por lo que se esgrime de tal equiparación la igualdad de condiciones para ambas.⁵⁸

La Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, fue objeto también de modificación por la Ley 13/2005, adaptando los cambios al ámbito registral en una pluralidad de aspectos⁵⁹, tales como la separación, sucesiones, derecho de alimentos, donaciones o divorcios⁶⁰.

⁵⁸ De Verda y Beamonte, José Ramón: “La incidencia del principio constitucional...”, *cit.* p. 61.

⁵⁹ Fueron objeto de modificación los artículos 46, 48 y 53 de la Ley del Registro Civil:

Artículo 46 (nuevo). «La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. Cuantos hechos afectan a la patria potestad, salvo la muerte de los progenitores, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos.».

Artículo 48 (nuevo). «La filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento.».

Artículo 53 (nuevo). «Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la Ley ampara frente a todos.».

⁶⁰ Delgado Ramos, David: “La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España”. *Asamblea* 29 (2013).

La aprobación de la Ley no puso fin a la discusión sobre la legitimidad constitucional del matrimonio. Esta también fue debatida ante el Tribunal Constitucional porque éste debió pronunciarse para resolver el recurso de inconstitucionales interpuesto por 71 Diputados del Congreso, elegidos en las filas del Partido Popular⁶¹.

7.4. Reacciones contrarias a la aplicación de la Ley e iniciativa legislativa popular.

En este subepígrafe vamos a examinar detenidamente la negativa de algunos jueces a aplicar la Ley 13/2005 y aludiremos también, de forma mucho más breve, a la iniciativa legislativa popular que pretendió reformar la Constitución para incluir en ella la prohibición de que las parejas igualitarias pudieran casarse.

Entrando ya en el primer punto señalado, conviene recordar que tras la puesta en vigor de la ley 13/2005, fueron no pocos los titulares de juzgados que, ante la excitación de la petición de contraer matrimonio por parte de parejas homosexuales, se negaron ejercer en dichas situaciones solicitando ser apartados amparándose en el derecho a la objeción de conciencia. La primera juez en hacerlo fue Isabel López García-Nieto, “lo hace invocando su condición católica y citando interesadamente una jurisprudencia del Tribunal Constitucional superada hace algunos lustros, que vinculaba la objeción de conciencia con la libertad ideológica y religiosa”.⁶²

Ya antes de la aprobación del matrimonio igualitario se intentó, fracasadamente por parte de la Comisión de Justicia del Senado, incluir algunas cláusulas en el anteproyecto de Ley, intentando recoger y regular el derecho a la libertad de conciencia por parte de los funcionarios públicos. La cláusula de conciencia propuesta (Disposición Adicional tercera) versaba así:

⁶¹ Fundamentándose en el artículo 162.1.a) de la Constitución española, el cual legitima a interponer recurso de inconstitucional a un mínimo de 50 diputados.

⁶² Matia Portilla, Francisco Javier: “Homosexualidad y Constitución española”. En Pompeu, Gina y Facury, Fernando: *Discriminação por orientação sexual: a homossexualidades e a transexualidade diante da experiência constitucional. IV Jornada Internacional de Direito Constitucional*. Universidad de Fortaleza-Conceito Editorial. Florianópolis, (2012).

“1. Las autoridades y funcionarios de todo tipo que, debiendo intervenir en cualquier fase del expediente matrimonial entre personas del mismo sexo, adujeren razones de conciencia para no hacerlo, tendrán derecho a abstenerse de actuar.

2. La Administración o Corporación a la que pertenciere la autoridad o funcionario que se acogiere al derecho reconocido en el apartado anterior, proveerá el sistema de sustitución adecuado para garantizar, en todo caso, que quienes tengan derecho a contraer matrimonio puedan efectivamente contraerlo”.

Afortunadamente dicha enmienda no llegó a ser debatida ya que el Partido Popular vetó el proyecto de ley y que, tras su posterior levantamiento se aprobó la ley 13/2005 sin incluir ninguna de las enmiendas propuestas.⁶³

Pero no solo fueron jueces aquellos que hicieron pública y oficial su rechazo sino también numerosos autores e incluso consejeros del poder judicial, estos últimos no alegando amparo ante el derecho de objeción de conciencia sino afirmando la posibilidad de priorizar la libertad religiosa frente al deber para con el cargo, debiéndose, a su parecer, sustituir aquellos magistrados a los que ejercer sus funciones en el presente asunto les supusiera un conflicto para con sus creencias religiosas o ideológicas.

Ante dicha suscitación de amparo el Tribunal Supremo recordó en su sentencia CSTS -Sala Tercera- de 11 mayo 2009, recurso 69/2007, que no existe como tal el derecho a la objeción de conciencia en la presente materia, al contrario, como sí puede ocurrir, citemos como referencia explícita, la objeción de conciencia al servicio militar ya bien sea en nuestra carta magna (art 30.2) o internacionalmente en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

A tenor de dicha respuesta recordemos también la Sentencia 161/1987, donde ya el Tribunal Constitucional, en medio del fragua de una lucha por limitar el alcance del Derecho a la objeción de conciencia afirma “la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar

⁶³ López-Sidro López, Ángel: “La objeción de conciencia de los Jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 21 (2009).

ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto”.⁶⁴

Debo además descollar la afirmación del profesor Francisco Javier Matía Portilla que entiende que “Es evidente, a mi modesto entender, que a los órganos judiciales no le asiste derecho alguno a la objeción de conciencia en esta materia, ni tampoco a los cargos municipales. Bastaría con recordar que la objeción de conciencia se produce cuando un sujeto es obligado a realizar algo, cosa que, por definición, no puede ocurrir con quién mantiene una relación voluntaria con la administración para prestar funciones públicas”.⁶⁵ También el Magistrado del Tribunal Supremo Jose Luis Requero Ibáñez refuerza esta teoría recordando que el funcionario público hallado en dicha comisura no puede acudir al ejercicio de dicho derecho ya que “no hablamos de ciudadanos sino de aquellos que asumen voluntariamente el ejercicio de cargos y funciones públicas y quedan así sujetos a un régimen estatutario”.⁶⁶

Por lo que, a mi entender, aunque no sucediere como bien clarificó el TS en la sentencia apenas mentada, esto es, de existir un derecho a la objeción de conciencia en esta materia, tampoco sería recurrible por no ser aplicable a sujetos que voluntariamente otorgan servicios a la administración pública en modo de cargo público (duplamente no amparable).

También el Consejo General del Poder judicial resolvió un recurso de alzada del 22 de noviembre sobre este mismo supuesto, donde niega la existencia del derecho a la objeción de conciencia a los jueces en el supuesto de celebración de matrimonios homosexuales.

Se declaró contundente y claramente afirmando que forman parte del Poder Judicial y el ejercicio de sus funciones exige “una aplicación de la ley sin alterar el sistema de fuentes

⁶⁴ STC 161/1987. F.J.3.

⁶⁵ Matia Portilla, Francisco Javier: “Homosexualidad y...” *cit.* p. 76.

⁶⁶ Requero Ibañez, José Luis: “La objeción de conciencia por los jueces”. En Roca Fernández, María José (coord.): *Opciones de conciencia: propuestas para una ley*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008, p. 168.

preestablecido, sin que quepa una inaplicación de esta alegando razones de conciencia no reconocidas, ni constitucional, ni legalmente”.⁶⁷

Hubo otros autores que, como Javier Martínez Torrón, declararon que una solución a este conflicto sería directamente rebajar la forma de contraer matrimonio a un mero puro y simple acto registral para ambos matrimonios (heterosexual u homosexual) en tanto sea un matrimonio civil (similar a lo que acontece con el Pacto de Solidaridad en Francia) ya que la ceremonia civil no es más que un vestigio de la ceremonia religiosa.⁶⁸

Además de los intentos de negación ante esta ley alegando el derecho a objeción de conciencia, fueron varios los jueces que intentaron bloquear la aplicación efectiva de la Ley 13/2005 interponiendo una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por objeción de legalidad. fueron presentados por parte de dos jueces encargados del Registro civil, uno en Denia y el otro en Gran Canaria, quienes alegaron que la aplicación de la Ley 13/2005, explícitamente el último párrafo modificado en el Código Civil en su artículo 44 era contrario al respeto por el artículo 32 de la Constitución.⁶⁹

El Tribunal entendió que los jueces en dicho contexto realizan funciones registrales no jurisdiccionales por lo no admitió a trámite las objeciones ya que entiende que no alcanzaban los requisitos de los artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. No solo relativo a la cuestión del presente trabajo que expongo sino en cualquier otro, siempre que los jueces realicen una función registral no estarían legitimados a interponer una cuestión de inconstitucionalidad.

No sería esta la principal resolución del Tribunal Constitucional en la materia, ya que un nutrido número de Diputados presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, Pero, antes de examinar su contenido conviene recordar que, en febrero de 2007,

⁶⁷ Iglesias Canle, Inés Celia: “El juez ante la obligación de asistir a matrimonios de dos personas del mismo sexo”. En Roca Fernández, María José (coord.): *Opciones de conciencia: propuestas para una ley*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008.

⁶⁸ Martínez Torrón, Javier. “Matrimonios homosexuales y cláusula de conciencia”. La Razón 20/06/2005, disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1011249.

⁶⁹ Cañamares Arribas, Santiago: *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*. Universidad Complutense de Madrid. 2007.

y promovida por el Foro Español de la Familia, se presenta en el Congreso de los Diputados una iniciativa legislativa popular que pretende prohibir el matrimonio entre homosexuales y la adopción por parte de dichas parejas. Aunque esta iniciativa logró triplicar el número de apoyos exigidos, con 1.500.000 firmas, no fue admitida a trámite por la Cámara Baja.⁷⁰

Veamos, a continuación, la argumentación recogida en el citado Recurso de Inconstitucionalidad.

7.5. El recurso de inconstitucionalidad.

El citado recurso de inconstitucionalidad fue presentado el 30 de septiembre de 2005, y admitido a trámite el posterior 25 de octubre.

Los recurrentes denuncian que la ley modificadora del código civil cambia "los elementos definitorios básicos de una institución fundamental de nuestra estructura social", que, aunque se limita a reformar unas pocas palabras en el CC consagra una grave modificación del matrimonio, que transforma la concepción constitucional, legal y secular del matrimonio heterosexual concebido hasta entonces al introducir una nueva figura, manipulando la figura como tal del matrimonio.⁷¹

Este recurso de inconstitucionalidad se fundamenta en ocho motivos, en los que se defiende que la Ley vulnera diversos preceptos constitucionales.

El primero de esos motivos es la presunta violación del artículo 32 de la CE, ya que se defiende que el matrimonio, como institución que este mismo artículo establece y protege, goza de un carácter exclusivamente heterosexual y reconoce constitucionalmente esta institución solo en dichos términos de diversidad de género, debido a la utilización expresa de "entre hombre y mujer". Reclama también que se trata de una garantía institucional que

⁷⁰ Delgado Ramos, David: "La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España". *Asamblea* 29 (2013).

⁷¹ *Ibidem*.

o se está respetando al aprobar esta ley.⁷² No solo afirma que dicha institución sería alterada, sino que quedaría tergiversada, desnaturalizada y vaciada de contenido, además de ser una ley “desproporcionada” ya que existían otras soluciones o modelos que darían solución a la “regulación del nuevo modelo de pareja” igualitaria.

Se considera también lesionado el artículo 10.2 de la Constitución Española⁷³, el cual versa sobre la interpretación y lectura de los DDFE en España a partir de los Tratados Internacionales en materia de derechos que haya ratificado. En este contexto los recurrentes alegan que todos los tratados internacionales celebrados por el estado español se refieren únicamente a parejas heterosexuales por lo que al aprobar el matrimonio homosexual se estaría contradiciendo este precepto.

Como tercer precepto vulnerado nos encontramos el principio de igualdad recogido en el artículo 14⁷⁴ CE, ya que entienden que no puede exigirse una misma regulación para la unión homosexual para el matrimonio homosexual bajo la protección del principio de igualdad, ya que, argumentan de nuevo, ambas son instituciones diferentes y requieren, por ello mismo, distinto tratamiento jurídico.

También presumen lesionados los apartados 1, 2 y 4 del artículo 39 CE, que consagran la protección constitucional de la familia y de los hijos. Presumen vulnerados estos preceptos por dos razones. De un lado, consideran que permitir la adopción por uniones homosexuales

⁷² Recurso de inconstitucionalidad contra la ley 13/2002, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio <https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiA3srfYr5AhXwQIHHem2CIEQFnoECDQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.newtral.es%2Fwp-content%2Fuploads%2F2019%2F07%2Frecurso-anticonstitucionalidad-pp.pdf%3F%3Fx11814&usq=AOvVaw0F3ymr32iaDrsI6VItkg7>.

⁷³ Artículo 10.2 de la Constitución: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

⁷⁴ Artículo 14 de la Constitución: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

serio contrario al interés del menor y supondría ofrecer mayor protección a las parejas homosexuales. De otro lado, se sostiene que no resulta discriminatorio negar el derecho de adopción a las parejas homosexuales.

En el recurso se sostiene que la reforma legislativa desconoce también el art. 53.1 CE⁷⁵, ya que ha vulnerado el contenido esencial del derecho al matrimonio, confiriendo este derecho a personas que no lo tienen constitucionalmente reconocido.

Dado que la apertura de la institución del matrimonio no está prevista en la Constitución, consideran los Diputados recurrentes que también se infringe el artículo 9.3 CE⁷⁶ por dos motivos. De un lado, porque el principio de jerarquía normativa impide que una simple Ley pueda aprobar contenidos recogidos en precepto constitucional (art. 32 CE). De otro porque la norma resulta arbitraria por haberse tramitado siguiendo las previsiones de ley ordinaria, y no de Ley Orgánica, como debería haberse hecho.

El último precepto constitucional invocado como vulnerado es el artículo 167 CE⁷⁷, sobre la reforma constitucional. Se apoya este alegato en que si el legislador desea modificar el

⁷⁵ Artículo 53.1 de la Constitución: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)».

⁷⁶ Artículo 9.3 de la Constitución: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

⁷⁷ Artículo 167 de la Constitución:

«1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma.

contenido y alcance del artículo 32 CE debe optar por proponer y tramitar una Ley de reforma constitucional y contar con las mayorías parlamentarias cualificadas para que la misma prospere, y que no son necesarias si se opta, como se ha hecho, por la elaboración de una simple Ley ordinaria.

Los recurrentes concluyen su recurso haciendo notar que, más allá de las concretas lesiones constitucionales denunciados, la Ley impugnada modifica la institución del matrimonio, con significación añadida a la jurídica, y que presenta un gran valor para la estructura social y que resulta básica como modelo organizador de la vida de las personas, y por lo que goza de la máxima de las protecciones por parte de todos los poderes públicos en cualquier modo, tiempo y lugar.⁷⁸

El recurso de inconstitucionalidad no cuestiona la conveniencia de que se regule jurídicamente la unión de parejas homosexuales. Lo que defiende es que esta regulación debe ser autónoma y diferente de la del matrimonio, por lo interesa que se busquen otras fórmulas, medios y denominaciones más adecuadas que no desvirtuasen la institución del matrimonio.

7.6. La STC 198/2012.

El Tribunal Constitucional resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por setenta y un Diputados del Partido Popular en 2005 siete años después, a través de la STC 198/2012, de 6 de noviembre. La mayoría desestima todos los motivos del recurso, decretando la constitucionalidad de la Ley impugnada.

El Tribunal entiende que, a pesar de que “tanto en el encabezamiento como en el suplico del escrito de interposición dirigen el recurso contra la totalidad de la Ley”⁷⁹, se puede delimitar

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras».

⁷⁸ Adrián Pastor, Carla: *Una década después del reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo*. TFG Universidad Miguel Hernández. Alicante, 2005.

⁷⁹ Pleno. Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, Tribunal Constitucional. BOE: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14602>.

el objeto del recurso al primer apartado del artículo único de la Ley, por la que se modifica el artículo 44 del Código Civil, mientras que los demás apartados y disposiciones adicionales solo adaptan ciertos puntos en el CC y la Ley sobre el registro civil. Por lo que el primer apartado del artículo primero de la ley es el que, inamoviblemente denota la constitucionalidad de la ley, ya que los restantes puntos seguirán su mismo destino debido a su naturaleza complementaria.

Similar sucede en cuanto a la fundamentación jurídica por parte de los demandantes, que invocan ocho motivos de inconstitucionalidad pero que, al igual que en el párrafo anterior, puede delimitarse a un principal sujeto, la vulneración o no del artículo 32 CE, ya que algunas de las otras vulneraciones dependen de esta y otras debido a la existencia de “razones que permiten descartar los argumentos de los recurrentes sin mayores dificultades.”⁸⁰ Desde un punto de vista institucional, el Tribunal analizó si la inclusión de las parejas homosexuales en la institución del matrimonio reconocida en el artículo 32 vulnera las garantías y protecciones que la Constitución le otorga, convirtiéndola en una institución no reconocible en la sociedad. El Tribunal entiende que las instituciones deben ser examinadas de forma evolutiva, y que la nueva regulación del matrimonio no menoscaba la imagen y concepto de matrimonio, sino que responde al natural flujo temporal y evolutivo de la sociedad. Y es que la garantía institucional no requiere la preservación intacta del contenido concreto, sino la preservación de la institución manteniéndola reconocible entre la conciencia social de cada momento y lugar⁸¹.

Haciendo uso del artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional los Magistrados Rodríguez Arribas y Aragón Reyes expresaron su voto particular, dejando constancia de que no concordaban con la teoría de la “interpretación evolutiva” y que a su parecer era necesaria la reforma Constitucional ya que se hacía decir a la norma “lo contrario de lo que dice”.

Aunque resulta indiscutible que la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, y su equiparación con el matrimonio heterosexual modifica la institución del matrimonio, este

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Este análisis institucional responde a la jurisprudencia de la STC32/1981, de 28 de Julio, protegiendo las instituciones protegidas constitucionalmente frente a un legislador que pueda llegar a suprimirlas o desnaturalizarlas.

cambio no resulta contrario a su garantía institucional. El Tribunal considera, como no podía ser de otra forma, que la especial mención en la Constitución de “hombre y mujer” responde a la intencionalidad de igualar al mismo nivel al hombre y la mujer en cuanto a la contracción del matrimonio pero tampoco lo excluyó, esto es, el artículo 32 identifica a los agentes contrayentes (hombre y mujer) pero no acoge implícitamente con quien deben contraerlo aunque en la fecha de su redacción 1978 resulta claro para el tribunal que no existía una voluntad explícita de amparar las relaciones homosexuales en el matrimonio. Es esta visión evolutiva de la que hablo la que explica el cambio (siempre y cuando se respete la imagen y concepto de la institución en la sociedad del momento). Se ha producido, en opinión de Expósito Gómez, un justo y proporcionado rejuvenecimiento de la constitución “como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”.⁸²

Este breve análisis institucional que hace el tribunal nos confirme que su lectura del matrimonio original de la Constitución sea con un carácter original heterosexual, pero que esto no hace que este excluida, por lo que autoriza indirectamente al legislador a, en este caso añadir el matrimonio igualitario al artículo ya que no vulnera el texto original y está legitimado a desarrollar los preceptos constitucionales.

De aquí que carezca de lógica que el recurso declare que el matrimonio igualitario vulnera la constitución cuando éste no está regulado ni prohibido en nuestra Carta magna, por lo que es materialmente imposible que sea contraria a él. El Tribunal considera que esta Ley, además de no contradecir ningún precepto constitucional, tampoco lesiona, modifica o interfiere de ningún modo, sino que, por el contrario, lo amplía a un mayor público, por lo que, de sentido común, no puede ser considerado inconstitucional si, ampliando derechos, no deriva en restricciones ni conflicto con otro derecho constitucional. Dicho sea, con otras palabras, considera el Tribunal que no se ha presentado en el recurso ni un solo argumento que permita rebatir esta argumentación. Esto mismo sucede en la jurisprudencia alemana cuando también fue recurrida la ley de aprobación del matrimonio igualitario y el Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia de 17 de julio de 2002 viene a decir una respuesta hermana a la de nuestro Tribunal Constitucional afirmando que la institución del matrimonio no puede ser

⁸² Expósito, Esther: “El Derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 198/2012”, *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2014), p. 6.

amenazada por otra que se dirige hacia un público que no puede contraer la primera (a pesar de que en Alemania el matrimonio igualitario haya adoptado una denominación diferente).⁸³

El Tribunal Constitucional entiende pues que no se ha vulnerado el artículo 32 CE. la desestimación de esta podría entenderse por consecuencia lógica como una desestimación de los restantes 7 artículos excitados.

El segundo artículo es el 9.3, esto es, garantía de jerarquía normativa. Si bien es cierto que el Tribunal aclara la invocación de una violación de este artículo en un proceso de constitucionalidad hace “desterrar” la jerarquía normativa, ya que, de contradecir la norma superior, esto es, la propia Constitución, se aceptaría el recurso y se declararía la norma inconstitucionalidad, ya que, como es lógico, el recurso de inconstitucionalidad descansa sobre el principio de jerarquía. Pero como apenas expuesto y entendido por el Tribunal, la Ley 13/2005 no contradice la Constitución por lo que el principio de jerarquía del art. 9.3 se haya respetado por la ley de estudio. Como tercer artículo, podemos encontrar el 10.2, el principio interpretador del capítulo 1 de nuestra Constitución.

Los recurrentes invocaron diversas sentencias de diversos tribunales donde se afirmaba que el derecho al matrimonio es entre hombre y mujer entre sí. Este artículo, explica el tribunal, “recoge una directriz sobre el modo en que debe ser realizada la interpretación del título I de la Constitución española, su lesión, en caso de darse, nunca sería autónoma, sino que dependería de la verificación de la lesión de uno de los derechos contenidos en ese título I, agravada por el hecho de que tal vulneración pondría de manifiesto la falta de respeto al único criterio interpretativo del texto constitucional que recoge expresamente la propia Constitución”⁸⁴ además a mi entender deben tenerse en cuenta no solo las sentencias donde se establece que el derecho al matrimonio que se interpreta de los textos es para el matrimonio heterosexual, ya que como he expuesto en el presente trabajo, las últimas resoluciones, sentencias y directrices versan en pro de la aprobación del matrimonio igualitario.

En cuanto al artículo 53 (garantía de los Derechos Fundamentales y su obligación de respetar su contenido esencial mediante ley del art. 32). El TC en la STC 204/2004, de 18 de

⁸³ Matia Portilla, Francisco Javier: “Homosexualidad y Constitución...” *cit.* p. 80.

⁸⁴ Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005.

noviembre, FJ 5 afirma que efectivamente existe un caso de violación del artículo 53 cuando “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”, el Tribunal refuta esta supuesta lesión ya que al no admitir una lesión del art. 32 CE no existe una lesión de la que el artículo 53 pueda hacerse responsable. Es más, entiendo que antitéticamente, la Ley 13/2005 no restringe, sino que irónicamente amplía el Derecho al matrimonio.

En cuanto a la invocación de la pretendida violación del artículo 167 CE, el Partido Popular reivindica que la vía por la cual se está realizando esta modificación era errónea, y debería haberse realizado a través de la vía formal (y más rígida) pero muy acertadamente el Tribunal responde brevemente afirmando que no era necesaria esa vía ya que el objetivo no es la modificación de la Constitución, y que, en el caso de una indebida modificación o contradicción con ella, tampoco cabría lugar a la invocación del artículo 167, ya que la consecuencia lógica sería la declaración de inconstitucionalidad de dicha Ley. Por lo que entiende no da lugar, tampoco a este artículo.

Otro voto particular referente a este artículo fue emitido, esta vez por el magistrado Ollero Tassara, quien, bastante crítico con la sentencia, explica que la Ley 13/2005 debería, bajo su punto de vista, haberse realizado por la vía del art. 167 y modificar el texto constitucional a prior del Código Civil. Más crítico se mostró González Rivas, que debería, como se hizo por ejemplo en el país germánico, regular las relaciones homosexuales fuera de la institución del matrimonio a través de alguna otra forma de convivencia revestida de seguridad jurídica.

Tampoco sería posible decretar la existencia de una lesión del principio de igualdad (artículo 14 CE) ya que el Tribunal aclara no debe confundirse los casos de discriminación positiva (al mandato del art.9.2) en aras de alcanzar una igualdad efectiva entre colectivos previamente desiguales con la “discriminación por indiferenciación”, por lo que resulta incoherente intentar censurar una ley que abre la institución del matrimonio a un colectivo al que le estaba restringido (parejas del mismo sexo) bajo la perspectiva del principio de igualdad ya que, además, no se podría afirmar que existe una diferencia entre una persona heterosexual y homosexual en cuanto la diferencia entre ambas pertenece al ámbito privado de su vida e intimidad.

En el momento de responder a la vulneración del artículo 9.3 (interdicción de arbitrariedad), podría osar afirmar el descontento del Tribunal respondiendo taxativamente que el recurrente “no se hace más que reiterar algunos de los argumentos que para los recurrentes fundamentan la infracción de los arts. 14, 32 y 167 CE”⁸⁵ añadiendo un párrafo más tarde que los recurrentes “no han razonado en detalle la vulneración de dicho mandato constitucional, habiéndose limitado, como se ha visto, a reiterar otras infracciones constitucionales aducidas en la demanda. Tampoco se cumple el requisito material de que la pretendida arbitrariedad del legislador sea el resultado de una discriminación normativa o de una carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada”. A pesar, aclara que dejando de lado los argumentos ofrecidos, se puede afirmar que existe una explicación racional pudiéndose estar en acuerdo o desacuerdo con ellos.

El Tribunal también inadmite la vulneración del art. 39, en cuanto a la protección de la familia. Relativo a la adopción, el Tribunal no se centra en la sexualidad de los progenitores, sino que se limita a explicar que con la modificación del Código Civil, permite, simple y llanamente, la adopción de manera individual o conjunta independientemente de la orientación sexual de la pareja, por lo que no entiende se vulnere la protección a la familia, sino reforzándola, además de que se permite explicar la diferencia entre familia y matrimonio, ya que pueden tener orígenes diversos y, numerosas veces separados (hijos extramatrimoniales, matrimonios sin descendencia familias monoparentales por ejemplo).

Habiendo refutado todos y cada uno de los argumentos presentados en el recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional falló el 6 de noviembre del 2012 desestimando la totalidad del recurso.

Personalmente entiendo que la visión que tenía el constituyente en el 78 cuando redactó el art 32 fue de un matrimonio heterosexual sin duda alguna, pero ello, como appena expuesto, no quiere decir que no pueda ser ampliado sin contradecir ningún otro precepto; es más es casi de obligada conciencia para el legislador haberlo ampliado para poder así respetar y mantener una armonía con otros preceptos como el libre desarrollo de la personalidad, la no discriminación o el derecho de igualdad; Por lo que me atrevería a afirmar que no solo cumple

⁸⁵ Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005.

la legalidad sino que era de necesaria moralidad social y, arriesgándome, forzosa armonía constitucional su aprobación y equiparación al matrimonio heterosexual.

8. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

No todos los países, que han legalizado el matrimonio igualitario lo han hecho en las mismas bastas condiciones como España, esto es, equiparándolo al matrimonio heterosexual en todos los aspectos. Esto ha generado y continúa ocasionando conflictos entre distintas esferas de derecho del individuo.

Esto sucedió al Sr. Tadao Maruko quien elevó una situación de discriminación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-267/06). Tras haberse constituido, en virtud del artículo 1 de la LPartG, una pareja estable inscrita con su compañero sentimental y, tras su posterior muerte, le fue denegada la correspondiente pensión de viudedad por afirmar que no estaba prevista para los miembros de parejas inscritas a pesar de que el Derecho alemán sitúe a las parejas inscritas en una equidad a los conyugues.

Esta exclusividad de la pensión de viudedad para con los matrimonios (heterosexuales) entraba en conflicto, con una de las Directivas más importantes de la Unión Europea en cuanto al presente trabajo, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, específicamente con los artículos 1⁸⁶, 2 , apartado 2, letras a) y b), inciso i)⁸⁷, y 3,

⁸⁶ Artículo 1 de la Directiva 2000/78: «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

⁸⁷ Artículo 2 de la Directiva 2000/78:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “principio de igualdad de trato” la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

apartados 1, letra c), y 3⁸⁸, por la cual se establece un marco general en todos los países miembros para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, intentando así abolir cualquier trato o situación de desigualdad y, con ello, alcanzar una igualdad material entre las uniones entre personas del mismo sexo y el matrimonio heterosexual. El Tribunal declaró que efectivamente le correspondía la capacidad de percibir la requerida pensión de viudedad.

Queda claro, a mi entender que, a pesar de que la Unión Europea, no haya legislado sobre la necesidad de legalizar el matrimonio igualitario, entre las directivas y resoluciones crea un camino focalizado hacia su aprobación y equiparación en todos los términos legales al matrimonio entre personas de sexo diferente; en palabras del Profesor Francisco Javier Matía Portilla, “ejerce un activismo demostrado”.

También debemos realizar una breve mención a la adopción de menores por parte de parejas homosexuales ya que este tema, a diferencia con la simple aprobación de la ley 13/20005, presenta mayor controversia a nivel social, siendo mucho mayor el porcentaje de la sociedad que se sitúa en contra de dicha adopción. Lejos de entrar en las comisuras de este debate, me limitaré a recordar que en España está permitida la adopción uniparental y que antes de la aprobación de la adopción por parte de parejas homosexuales, estas últimas alcanzaban este objetivo a través de la adopción por parte de uno de los integrantes de la unión, por lo que, de lógico sentido común no tiene cabida al sentido alguno la oposición a la adopción por parejas homosexuales, ya que no solo alcanza el mismo fin que la adopción por parte

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; [...].

⁸⁸ Artículo 3 de la Directiva 2000/78: «1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: [...].

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; [...].

3. La presente Directiva no se aplicará a los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social.

unilateral de uno de los miembros sino, que en cambio, la adopción por parte de la pareja dota de una mayor seguridad jurídica y estabilidad para el menor que debería ser el fin mayor en cuanto a adopción se trata (en caso de fallecimiento del tutor que había excitado la adopción uniparental del menor, la tutela de este volvería a manos del Estado, aun existiendo el otro conyugue que pudiera hacerse cargo de él).⁸⁹

Como bien manifestó intención la vicepresidenta del gobierno en el comunicado de La Moncloa donde presentaba la Ley 13/2005, con la promulgación de dicho texto legal España intentaba ponerse en cabeza en dicha materia, y desde un momento temporal más lejano, podemos afirmar que así fue. Siendo España el tercero en aprobar el matrimonio igualitario solo después de Países Bajos y Bélgica, se situaron los tren en cabeza ante el nuevo movimiento de legalización del matrimonio igualitario en el planeta, reconocido efectivamente en 31 Estados: Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca, Brasil, Francia, Uruguay, Nueva Zelanda, Luxemburgo, Estados Unidos, Irlanda, Colombia, Finlandia, Malta, Alemania, Austria, Republica de China (Taiwán), Ecuador, Reino Unido, Costa Rica, Chile, Suiza y Eslovenia. Actualmente en Andorra ha sido aprobado por el Consejo General pero aún no ha entrado en vigor, mientras que, en México, ha sido amparado por la corte Suprema de Justicia y es posible mediante amparo en tribunales locales.

Se puede apreciar que, más allá de la cultura y características constitucionales de cada pueblo hay una clara tendencia, cada vez más progresiva a su reconocimiento, en parte gracias al mundo globalizado en el que vivimos.

Afortunadamente cada vez es menor la cantidad de personas que dudaría de la obvia necesidad de la legalización del matrimonio, independientemente de la orientación sexual del individuo, sencillamente recordando la importancia que tiene para el ser humano la esfera familiar para el pleno desarrollo y reconocimiento personal. Y aunque personalmente pueda considerar la institución del matrimonio como una figura livianamente arcaica y tal vez obsoleta, y sea más afín a una figura más flexibilizada y privada como podría ser el PaCS, es indudable el carácter romántico y su importancia en la sociedad hoy en día, por lo que sería

⁸⁹ Matia Portilla, Francisco Javier: “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”. *Teoría y Realidad Constitucional* 31 (2013).

incoherente privar a cualquier individuo de la posibilidad de celebrar un acto privado y voluntario simplemente por cuestiones, de nuevo, privadas y personales.

Aunque más allá del carácter melancólico de la figura del matrimonio, entiendo el reconocimiento del matrimonio igualitario como un triunfo no solo de las libertades y derechos tratados en este trabajo, en especial a mi parecer el artículo 14 CE, sino una victoria para el Estado Democrático de Derecho, donde el papel del Derecho como actor social ayuda que desaparezcan viejos anclajes de un pasado egoísta y deja espacio a las libertades, derechos y respeto de cada una de las distintas realidades y necesidades de colectivos e individuos donde resuene una justa armonía de esferas personales. Y el matrimonio igualitario no ha sido otra cosa más allá que un triunfo en esa dirección, democrática, de justicia y acogedora.

Bibliografía citada.

- Adrián Pastor, Carla: *Una década después del reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo*. TFG Universidad Miguel Hernández. Alicante, 2005. Disponible en <http://dspace.umh.es/handle/11000/3631>.
- Álvarez Conde, Enrique: *Curso de Derecho Constitucional I*. Tecnos. Madrid, 2000.
- Álvarez Parra, Javier: *Principio de laicidad y Sistema matrimonial de la Segunda República Española y Primer Franquismo*. TFG Universidad de Salamanca. Salamanca, 2015. Disponible en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/127811/TG_AlvarezParra_Principio.pdf?sequence=1
- Alzate Monroi, Patricia: “Análisis a la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”. En XDOC, disponible en <https://xdoc.mx/documents/analisis-a-la-ley-13-2005-de-1-de-julio-en-materia-de-derecho-a-5f8a6e9d55ff0>, 2005.
- Borrillo, Daniel & Flores, Jesús: “La reforma del Derecho de familia en Francia”. *Actualidad Civil* 2013\4.
- Cañamares Arribas, Santiago: “El reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual: Un debate todavía abierto”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 14 (2007).
- Cañamares Arribas, Santiago: *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*. Universidad Complutense de Madrid. 2007.
- De Verda y Beamonte, José Ramón: “La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio.” *Revista Boliviana de Derecho* 17 (2014).

- Delgado Ramos, David: “La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España”. *Asamblea* 29 (2013).
- Díez Picazo, Luis María: “Prólogo”. En Roca I Trías, Encarnación: *Familia y cambio social*. Civitas. Cizur Menor, 2016.
- Expósito, Esther: “ El Derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 198/2012”, *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2014).
- Fernández-Coronado González, Ana: “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 3 (2006).
- Gallard, Olivier: “Pueblos indígenas e identidades de género: el dualismo sexual sometido a discusión”. *Sexología y Sociedad* 2013\1.
- García Marques, Sonia, “El ‘ius connuvi’ como elemento de controversia constitucional en el marco del derecho de extranjería: la inconstitucionalidad de los controles sistemáticos por razón de nacionalidad”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 12 (2008).
- Gómez Suárez, Águeda: “Los sistemas sexo/género en distintas sociedades: modelos analógicos y digitales.” *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 130 (2010).
- Iglesias Canle, Inés Celia: “El juez ante la obligación de asistir a matrimonios de dos personas del mismo sexo”. En Roca Fernández, María José (coord.): *Opciones de conciencia: propuestas para una ley*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008.
- Llamazares Fernández, Dionisio: *El sistema matrimonial español: matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995.

- López-Sidro López, Ángel: “La objeción de conciencia de los Jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 21 (2009).
- Magallón Ibarra, Jorge Mario: *El matrimonio. Sacramento. Contrato. Institución*. Editora Mexicana. México DF, 1965.
- Martínez Torrón, Javier. “Matrimonios homosexuales y cláusula de conciencia”. *La Razón* 20/06/2005, disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1011249.
- Matia Portilla, Francisco Javier: “El matrimonio entre personas del mismo sexo y tribunal constitucional: Un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo”. *Revista General de Derecho Constitucional* 15 (2012).
- Matia Portilla, Francisco Javier: “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”. *Teoría y Realidad Constitucional* 31 (2013).
- Matia Portilla, Francisco Javier: “Homosexualidad y Constitución española”. En Pompeu, Gina y Facury, Fernando: *Discriminação por orientação sexual: a homossexualidades e a transexualidade diante da experiência constitucional. IV Jornada Internacional de Direito Constitucional*. Universidad de Fortaleza-Conceito Editorial. Florianópolis, 2012.
- Montesinos Sánchez, Nieves: “Matrimonio y homosexualidad”. *Feminismo/s* 8 (2006).
- Peña García, Carmen: *Homosexualidad y matrimonio*. Universidad Pontificia Comillas. Madrid, 2004.
- Pérez Álvarez, Salvador (2006): “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Una cuestión de inconstitucionalidad?”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 12 (2006).

- Posada Fernández, María Teresa: *Ruptura de la pareja de hecho: la influencia de la doctrina del tribunal constitucional sobre los derechos y deberes de los convivientes*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 2018.
- Ragone, Sabrina: “El matrimonio homosexual en Europa, entre derecho político y derecho jurisprudencial. Reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia comparada”. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 16\1 (2013).
- Requejo Pagés, Jun Luis; Duque Villanueva, Jun Carlos; Ortega Carballo, Carlos y Ahumada Ruiz, Mariam (2013): “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2012”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 97 (2013).
- Requero Ibañez, José Luis: “La objeción de conciencia por los jueces”. En Roca Fernández, María José (coord.): *Opciones de conciencia: propuestas para una ley*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008.
- Roca Fernández, María José (coord.): *Opciones de conciencia: propuestas para una ley*. Tirant Lo Blanch. Valencia (2008).
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel y Fernández López, María Fernanda: *Comentarios a la Constitución Española*, capítulo II, Derechos y libertades, Fundación Wolters Kluwer (2018).
- Verdera Izquierdo, Beatriz: “El matrimonio entre personas del mismo sexo: Estado de la cuestión una década después de la Ley 13/2005”. *Revista de Derecho Privado* 4 (2005).