

## EL MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UN ENFOQUE DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL \*

Elena GARCÍA-CUEVAS ROQUE

Doctora en Derecho  
Universidad CEU-San Pablo  
garcue@ceu.es

### RESUMEN

*Aun conscientes de que el legislador debe dictar siempre las normas más adecuadas a cada momento histórico, consecuencia de los cambios en la percepción de algunos valores, la idea de una distorsión de la institución objeto de estudio, alentada sin duda por determinados planteamientos ideológicos, ha sido una constante en los últimos años. La jurisprudencia y doctrina constitucional, ante un tema tan delicado y de alcance social, ha arrojado, a mi juicio, prudencia y mesura en un continuo intento de contemplar esta problemática por encima de consideraciones morales e ideológicas; a pesar de lo cual, su línea de pronunciamiento o resolución no ha alcanzado la deseada uniformidad.*

*Palabras clave:* Ius Connubii, matrimonio, familia, legislador.

### ABSTRACT

*Even knowing that legislators must always apply the most convenient rules to each particular moment in history we can observe a late constant distorted perception of the institution case of study following the change of perception of certain values somehow supported by certain ideological views. Both case and constitutional law have been cautious and moderate trying to study such a controversial issue of social importance without taking any moral or ideological view into consideration. However, they have not reached any common line of action.*

*Keywords:* Ius Connubii, marriage, family, legislator.

### ZUSAMMENFASSUNG

*Ausgehend vom Bewusstsein der Tatsache, dass der Gesetzgeber stets zu jedem geschichtlichen Zeitpunkt die angemessensten Rechtsvorschriften erlassen muss,*

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «La familia en occidente: perspectiva teológica, filosófica, moral, jurídica y social», dirigido por Dña. María Lacalle Noriega, directora del Centro de Estudios de la Familia del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales Francisco de Vitoria, durante el curso académico 2012-2013.

*die wiederum Ausdruck der veränderten Wahrnehmung von bestimmten Werten sind, so hat sich doch in den vergangenen Jahren bei Untersuchungen die Auffassung von der Verzerrung der Institution – angeregt zweifelsohne durch bestimmte ideologische Überlegungen – als Konstante erwiesen. Die verfassungsrechtliche Rechtsprechung und Lehre hat, bei einem so heiklen Thema und bei solch einer sozialen Reichweite, nach meinem Dafürhalten, mit Umsicht und Maß gehandelt und darauf geachtet, diese Problematik fern aller moralischen und ideologischen Überlegungen zu behandeln, obwohl ihre Argumentationslinie bzw. ihre Urteile nicht die gewünschte Einheitlichkeit erreicht haben.*

*Schlüsselwörter:* Ius Connubii, Ehe, Familie, Gesetzgeber.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LOS CONCEPTOS DE MATRIMONIO Y FAMILIA.—III. BREVE REFERENCIA A LA NATURALEZA Y CONCEPTO DEL *IUS CONNUBII*.—IV. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL.—1. El matrimonio frente a la mera unión de hecho (*more uxorio*).—2. El principio de igualdad y el matrimonio.—3. Separación y disolución del matrimonio.—A) Regulación del divorcio.—B) Los procesos canónicos de separación.—4. Matrimonio canónico e inscripción en el registro civil.—5. El matrimonio homosexual.—V. UBICACIÓN EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL Y NIVEL DE PROTECCIÓN DE ESTOS DERECHOS.—1. Diferente régimen jurídico.—VI. REFLEXIONES FINALES.—VII. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

En un estudio sobre la familia en occidente desde sus distintas vertientes constituye un verdadero reto para un constitucionalista ahondar en la regulación del matrimonio en el texto constitucional.

Considero conveniente advertir que se ha optado por excluir, de esta modesta aportación, la protección de la familia en la Constitución española (en lo sucesivo CE), debido a su extraordinaria amplitud; de este modo, los esfuerzos se han centrado en el matrimonio como acto fundacional y origen secular de la familia.

Aunque el matrimonio, desde el punto de vista del Derecho civil, es un negocio de Derecho de familia que se perfecciona con la voluntad de los contrayentes, su reconocimiento en la CE e inclusión en el catálogo de derechos fundamentales lo transforma en algo más que un simple negocio privado.

Partiendo de algunas consideraciones previas en torno a los conceptos de matrimonio y familia, en las que hemos contado con el respaldo de notables sociólogos, se analizan los antecedentes nacionales e internacio-

nales del derecho al matrimonio y se incluyen obligadas alusiones al Derecho comparado, para llegar a un conocimiento más preciso de la regulación actual de la institución matrimonial en nuestra Carta Magna; ésta ha optado por un tratamiento formal de las mencionadas instituciones.

En este laborioso, pero apasionante, cometido se ha acudido a copiosa doctrina y jurisprudencia, revisándose un buen número de sentencias de nuestro Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC), así como la legislación existente sobre el particular, resaltando las polémicas modificaciones del Código Civil (en lo sucesivo CC); no en vano la labor del Alto Tribunal se ha intensificado debido al margen de libertad del legislador, por ejemplo, para establecer las formas válidas de matrimonio, consecuencia de la remisión constitucional a aquél, cuestión esta última en extremo delicada por el riesgo de llegar a desdibujar la institución matrimonial.

## II. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LOS CONCEPTOS DE MATRIMONIO Y FAMILIA

Quizá debido a la vinculación con las esferas privadas, la familia fue ignorada por el constitucionalismo hasta el siglo XX, momento en que se asiste a cambios sociales importantes en ella. La idea de proteger la familia surge como consecuencia de las transformaciones que sufre: las exigencias de la revolución industrial, el proceso de urbanización (frente a la familia rural), la emancipación de la mujer, la secularización de la vida..., son, entre otros, los factores que han contribuido a tal modificación. No en vano, desde antaño, se han advertido distintos tipos de familia, al estar vinculada —se ha dicho— a cuatro grandes formas de comunidad<sup>1</sup>: la camaradería, la economía, el derecho y la religión; consecuentemente, la familia ha evolucionado en función de esos cuatro factores. La evolución socioeconómica de la familia ha sido más que evidente.

La conexión del grupo familiar con la vida política emerge, por un lado, de la manifestación de la familia como un grupo de la comunidad política y, de otro, de la transcendencia de sus funciones: continuidad de la especie —como función primaria—, educación familiar —como uno de los pilares básicos de socialización— y unidad económica. Se ha hablado entonces de

---

<sup>1</sup> Siguiendo a Toennies, L. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1989, p. 200. En este epígrafe me he tomado el atrevimiento de dejarme llevar en algunos extremos por la soberbia pluma del que fue mi maestro don Luis Sánchez Agesta.

autonomía de su estructura; la familia, como grupo social, posee una autoridad propia y autónoma (tradicionalmente, la del marido y padre) con fines propios en el marco del Derecho, la religión y la costumbre social. Pero nos hallamos ante una estructura compleja en la que se vislumbran, como grupos menores, la pareja conyugal, el grupo paterno-filial y, en ocasiones, el grupo de parientes que conviven en el hogar; recordemos en este instante la tradicional locución<sup>2</sup>: «la familia nace con la pareja, se desarrolla con los hijos y se sucede con la incorporación de los padres ancianos».

La sociología americana y europea<sup>3</sup> deja entrever unos índices generales en la familia occidental contemporánea. En primer lugar se destaca la separación de la familia y el matrimonio; ambos se conciben jurídicamente como un sistema de relaciones personales; el matrimonio se concibe como una relación entre dos individuos, no entre dos familias, fundada en el amor o afecto recíproco; ya no intervienen las familias de los contrayentes para seleccionar el cónyuge. Recuérdese la convincente frase de A. Karr: «llámese matrimonio de conveniencia al que se celebra entre personas que no se convienen mutuamente»; pues bien, cada matrimonio funda una nueva familia; asimismo, se observa una progresión del divorcio cuando desaparece el vínculo y una emancipación de la mujer en las labores domésticas, equiparándose las funciones de los cónyuges.

Como segundo índice, la doctrina (nota *infra*) subraya la limitación cuantitativa de la familia al disminuir el número de personas que la componen y las generaciones que la integran; consecuencia del anterior índice, la familia queda limitada a los padres o cónyuges y los hijos no emancipados, es decir, a dos generaciones. En efecto, la sociedad o cultura en la que se desarrolle la familia condiciona sobremanera este aspecto; así, en una economía de consumo la tendencia es a reducir la familia, con la salvedad, en todo caso, de los católicos; asimismo, en las zonas agrarias el número de personas que constituyen la familia es más amplio.

---

<sup>2</sup> Véase L. SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de Teoría Política*, Madrid, Editora Nacional, 1983, p. 186.

<sup>3</sup> W. F. OGBURN y M. F. NIMKOFF, *A Handbook of Sociology*, London, Paul Kegan, 1947; H. SCHELSKY, *Wandlungen der Deutschen Familie in der Gegenwart: Darstellung und deutung einer empirisch-soziologischen Tatbestandsaufnahme*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1955, y L. SÁNCHEZ AGESTA, *Principios...*, *op. cit.*, p. 198. Más recientes son las obras de A. MICHEL, *Sociología de la Familia y del Matrimonio*, Barcelona, Península, 1991; P. DONATI, *Manual de Sociología de la Familia*, Pamplona, Eunsa, 2003, y M. SEGALÉN, *Sociología de la Familia*, Mar de Plata, Eudem, 2013. Asimismo véase A. BURGUIÈRE *et al.*, *Historia de la familia*, vol. I, *Mundos lejanos, mundos antiguos*, y vol. II, *El impacto de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1988.

El último índice alude a una disminución de las funciones de la familia, reflejado en una menor procreación, una cierta renuncia a la educación de los hijos y un debilitamiento del sentimiento de una responsabilidad solidaria común. Por lo demás, la institución del matrimonio civil, sin sanción religiosa, y las formas de disolución, se ha dicho, hieren gravemente el sentido institucional de la familia, la cual queda asentada sobre las bases de un contrato; a ello contribuye, entre otros factores, el paso a la sociedad urbana e industrial. Este fenómeno de cambio de las condiciones económicas y sociales «determina un proceso de adaptación y transformación en la familia como institución estable y una cierta tensión entre la estabilidad y el cambio»<sup>4</sup>, lo que requiere un grado de elasticidad; educación y consumo (de bienes vinculados a la satisfacción de las necesidades cotidianas) son las pretensiones características del grupo familiar en la sociedad contemporánea.

Todo ello obliga a una revisión de su especial naturaleza y de las bases constitucionales. Algunas Constituciones toman la familia bajo su protección, arbitrando medidas que afectan, entre otros aspectos, a su orden económico de consumo. Y en este contexto se incluye la familia en nuestra Carta Magna. De los artículos de la misma, que se abordarán en los siguientes epígrafes, y siguiendo las pautas de la familia occidental, se ha podido alcanzar un concepto bastante acertado<sup>5</sup>: grupo constituido por un hombre y una mujer que han contraído matrimonio para vivir en comunidad conyugal duradera bajo un mismo techo (presunción de duración o estabilidad, pero no de indisolubilidad), en unión de sus hijos y eventualmente de sus ascendientes (alude, entonces, a los integrantes de la familia), para satisfacer en común ciertas necesidades (función económica), asistir a los hijos y dirigir su educación (lo que implica el reconocimiento de una responsabilidad).

La problemática de la familia ha hecho acto de presencia en numerosos artículos del texto constitucional, ya sea reconociendo directamente derechos a los padres o al grupo familiar, o de un modo indirecto como matiz de otras instituciones que se analizarán en su momento. A pesar de la dispersión que se observará en la Constitución a la hora de referenciar la familia, es menester afirmar que el matrimonio se concibe como el acto fundacional y origen secular de aquélla, siendo un grupo más amplio de

---

<sup>4</sup> Son las conclusiones de los notables sociólogos Ogburn y Nimkoff. Véase L. SÁNCHEZ AGESTA, *Principios...*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>5</sup> L. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político...*, *op. cit.*, p. 200. Se han dejado al margen otros tipos de familia como las procedentes de la cultura china, japonesa, musulmana o hindú.

vida íntima, convivencia local en una misma casa (de ahí el término «casamiento»), procreación y educación de la prole, así como satisfacción de las «necesidades cotidianas»<sup>6</sup>, sazonado con un claro espíritu de solidaridad. No en vano se observa alguna referencia —en textos constitucionales— a «los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio» (art. 29.1 de la Constitución italiana).

### III. BREVE REFERENCIA A LA NATURALEZA Y CONCEPTO DEL *IUS CONNUBII*

La libertad de contraer matrimonio es esencial al ser humano, por lo que el *ius connubii* se presenta como un derecho de la personalidad que afecta a la dignidad humana y de carácter universal. Como tal, la regulación por ley del derecho al matrimonio (véase epígrafe V) debe respetar dicho carácter, es decir, debe considerar la esencia del matrimonio. Se ha concebido, entonces, como el derecho a comprometerse hombre y mujer a fundar una familia y una de las principales manifestaciones del derecho de la persona de configurar su propia vida<sup>7</sup>. Es un derecho constitucional y de derecho natural del hombre y de la mujer. De todo ello se derivan consecuencias que se irán destacando en los siguientes epígrafes.

### IV. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL

La configuración y estructura del matrimonio en los ordenamientos modernos dista mucho de los planteamientos del Derecho romano<sup>8</sup>, donde el matrimonio era fundamentalmente una situación de hecho, una relación conyugal en la que destacaba la voluntad recíproca de permanecer unidos los cónyuges. A partir del siglo XX comienza a configurarse de una

<sup>6</sup> Los puntos fundamentales de la relación entre la familia y la comunidad política fueron destacados ya por Aristóteles, *Política*, libro I, capítulo 1, 1252.<sup>a</sup>-1253.<sup>a</sup>

<sup>7</sup> Sobre ello cfr. D. ESPÍN CÁNOVAS, «Art. 32. Derecho al matrimonio», en Ó. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Madrid, Edersa, 1996, p. 454, y Ó. ALZAGA VILLAMIL *et al.*, *Derecho Político Español de 1978 (según la Constitución de 1978)*, vol. II, Madrid, Ramón Areces, 2012, p. 198.

<sup>8</sup> Sobre el instituto *connubium* cfr. E. VOLTERRA, «La nozione giuridica del conubium», en *Studi in memoria di E. Albertario*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 347 y ss., y J. GÁLVEZ, «Artículo 32», en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, p. 410.

forma más definida y rigurosa la institución matrimonial, consecuencia de la necesidad de proteger la comunidad familiar.

Como antecedentes nacionales inmediatos de la regulación constitucional del matrimonio en España cabe destacar el art. 43 de la Constitución de 1931, cuya redacción ha inspirado sin ninguna duda al constituyente de 1978 —salvo en la vinculación que se observaba entre familia y matrimonio—, y, en menor medida, el art. 6 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945. Asimismo cabe recordar, como antecedentes internacionales, el art. 16.1<sup>9</sup> de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los arts. 12 y 14 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950<sup>10</sup>, el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>11</sup> y los arts. 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también de 1966<sup>12</sup>. Y en lo que respecta a los textos constitucionales, en epígrafes posteriores se harán las referencias oportunas a la Constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn (GG) de 1949 y la Constitución portuguesa de 1976.

Con el art. 32 CE se procede a dar rango constitucional a la regulación básica de la institución matrimonial. Aunque estamos ante una institución relativa al estado civil de las personas, y, por tanto, desde el punto de vista del Derecho civil el matrimonio es un negocio de Derecho de familia que se perfecciona con la voluntad de los contrayentes, su inclusión en el catálogo de derechos fundamentales<sup>13</sup> no llama la atención, ya que, como se acaba de describir, hemos contado con dos antecedentes en nuestro constitucionalismo. Además, su reconocimiento en la CE lo transforma en algo más que un simple negocio privado: «Es la plasmación constitucional de

<sup>9</sup> «Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción alguna por razón de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución».

<sup>10</sup> Ratificado por España en 1979, el Convenio de Roma declara el *ius connubii* y establece que el goce de los derechos reconocidos en el Convenio «ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color...».

<sup>11</sup> Aprobado en Nueva York y ratificado por España en 1977, dicho precepto reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello, y previene que el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

<sup>12</sup> «Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto (art. 3), sin que pueda hacerse discriminación por razón de raza, color, sexo, etc. (art. 2.2)».

<sup>13</sup> Sobre su protección véase epígrafe V del presente trabajo.

la manifestación del derecho de toda persona a configurar libremente su vida, en tanto que reconoce y garantiza la capacidad de constituir una familia de acuerdo con las previsiones legales y constitucionales»<sup>14</sup>.

Estamos en presencia de un derecho individual en cuanto a su titularidad, pero sólo puede realizarse con la connivencia voluntaria de otra persona (STC 222/1992, de 11 diciembre, «no hay matrimonio sin consentimiento mutuo» —art. 45 CC—, y STC 47/1993, de 8 de febrero), por tanto, compartido en su ejercicio.

Pero, aun siendo una de tantas instituciones jurídico-civiles, la institución matrimonial presenta una importante transcendencia social —es un derecho, una institución y un contrato— que ha justificado su reflejo en el texto constitucional no sólo en el art. 32, sino también en otros preceptos: tan sólo citaremos ahora la protección de la familia (art. 39 CE), el matrimonio del heredero de la Corona (art. 57.4 CE) y la competencia exclusiva estatal para regular las formas del matrimonio (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE).

Ahora bien, el art. 32 CE no sólo incluye un reconocimiento —constitucional— del derecho —fundamental— a contraer matrimonio (*ius conubii*), derecho que no entraña un deber u obligación (STC 47/1993). Es decir, es un derecho facultativo (la CE no contempla explícitamente el derecho a no contraer matrimonio) que el TC ha vinculado en ocasiones con la libertad de creencias, reconociendo así la carga ideológica de la institución civil. También impone la plena igualdad jurídica (véase epígrafe IV.2 del presente trabajo) como norma matrimonial básica y describe unos contenidos mínimos en su regulación, entre ellos, la posibilidad de su disolución, cuestión esta última que se tratará más adelante. Dicho de otro modo, el art. 32 CE, siguiendo el antecedente republicano, pero alejándose del Convenio Europeo de Derechos Humanos, «impone la igualdad de los cónyuges, alude expresamente a la suspensión y disolución del matrimonio, y determina un contenido mínimo de obligado desarrollo legislativo»<sup>15</sup>, es decir, contiene una reserva material a la ley para desarrollar la institución (formas de matrimonio, edad y capacidad para contraerlo...). Protege, en definitiva, una «determinada forma de contrato»<sup>16</sup> que

---

<sup>14</sup> E. ARANDA, *Sinopsis artículo 32. Constitución española*, Congreso de los Diputados, 2003 (actualizada por S. Sieira en 2011), p. 1, disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=32&tipo=2> (fecha de consulta: 6 de mayo de 2013).

<sup>15</sup> J. URÍAS MARTÍNEZ, «Artículo 32. El régimen constitucional del matrimonio», en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 884.

<sup>16</sup> Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, «Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992, p. 208, y J. URÍAS MARTÍNEZ, «Artículo 32...», *op. cit.*, p. 885.

implica una serie de derechos y deberes establecidos estatalmente para los contrayentes y goza de formas y causas de extinción tasadas, es decir, se le otorga una situación jurídica privilegiada.

La doctrina constitucional es proclive a una interpretación que favorezca la eficacia de este derecho, cuidando que el reconocimiento del mismo no se traduzca en un perjuicio; sirva de ejemplo el rechazo que mostró el TC hacia aquel régimen discriminatorio entre parejas casadas y no casadas de acumulación de rentas (STC 209/1988, de 10 de noviembre), que tampoco podría justificarse en aras a la protección de la familia.

### 1. El matrimonio frente a la mera unión de hecho (*more uxorio*)

Dado que estamos ante una institución jurídica, el vínculo matrimonial se configura como el nexo jurídico fundamental que une a los cónyuges y del cual derivan la comunidad, la unidad y el ya mencionado complejo de derechos y deberes. Conforme a los tratados internacionales sobre la materia, ya mencionados, ratificados por España, prevalece la familia formada por matrimonio sobre las meras uniones de hecho; pero la cuestión no es tan sencilla, siendo objeto de algunas puntualizaciones, entre otras razones, por la distancia física y jurídica que se observa entre los arts. 32 y 39 en nuestra Constitución.

Partiendo de esta premisa se procederá a establecer las diferencias entre el matrimonio y la convivencia extramatrimonial de la mano de la jurisprudencia constitucional. Ésta ha sido prolija sobre el particular, observándose una línea de resolución no demasiado uniforme, y, en todo caso, se va a ratificar, en los distintos supuestos planteados en este punto, la plena libertad del legislador para establecer las formas válidas de matrimonio, consecuencia de la remisión constitucional a aquél; formas que sólo resultarían inconstitucionales cuando supongan una clara discriminación frente a situaciones, en esencia, idénticas.

El matrimonio y la convivencia extramatrimonial «son realidades jurídicamente distintas» (STC 155/1998, de 13 de julio)<sup>17</sup>. El primero «es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre

---

<sup>17</sup> En esta sentencia el TC otorga el amparo en atención a que los convivientes no habían podido contraer matrimonio al no existir la posibilidad de divorciarse de sus anteriores matrimonios, pues no se había dado todavía cumplimiento al mandato contenido en el art. 32.2 CE (regulación de las causas de disolución del matrimonio, desarrollo que no se produce, como sabemos, hasta la Ley 30/1981). Véase epígrafe IV.3 del presente trabajo.

y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional [...] (art. 32.1 y 2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho expreso a su establecimiento» (STC 184/1990, de 15 de noviembre), es decir, carece de las características fundamentales propias del matrimonio. Véase, asimismo, STC 214/1994, de 14 de julio. En efecto, este aspecto tiene una gran trascendencia, como se verá a continuación.

Añade el Alto Tribunal que «el vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes» que no se produce necesariamente en la convivencia extramatrimonial, diferencias que «pueden ser tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia». «Siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional [...] el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica [...]; la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento [...], también [intervienen] razones de certidumbre y seguridad jurídica» (STC 184/1990 (FJ 3) y ATC 188/2003). En la misma línea de argumentación véase STC 199/2004, de 15 de noviembre.

El TC expone a la perfección las razones que llevan a tales afirmaciones<sup>18</sup>; la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o soltero —y al amparo de la dignidad de la persona del art. 10 CE— tiene como consecuencia inmediata que el Estado no puede imponer un determinado estado civil; pero en la CE, añade el Tribunal, no se reconoce «un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea acreedora al mismo tratamiento —en materia de pensiones de la Seguridad Social— que el dispensado por el legislador a quienes [...] contraigan matrimonio». Por tanto, el TC no niega que implícitamente la CE asegure el derecho a la convivencia sin contraer matrimonio, pero sí tienen relevancia las consecuencias o efectos civiles. Piénsese en la certeza que la existencia del vínculo matrimonial aporta a las relaciones jurídico-privadas frente a terceros (STC 222/1992), por ejemplo, subrogación en los contratos de alquiler de viviendas. En este sentido, la Ley 24/1944, de Arrendamien-

---

<sup>18</sup> Con anterioridad, el TC (ATC 156/1987) inadmitió una demanda de amparo en virtud de la cual la limitación de la percepción de la pensión de viudedad a quienes estuvieran unidos por el vínculo matrimonial suponía una discriminación basada en una circunstancia social (diferencia vedada por el art. 14 CE).

tos Urbanos, asimiló la relación matrimonial con las relaciones análogas de afectividad (donde podrían incluirse las parejas homosexuales —véase epígrafe IV.5 del presente trabajo—). Con esta sentencia de 1992, el TC se separa de su doctrina anterior al permitir extender la subrogación en los derechos del cónyuge arrendatario a otra persona, distinta de la viuda, que conviviera con él en la vivienda.

Dado que, como se ha indicado con anterioridad, la CE no contempla explícitamente el derecho a no contraer matrimonio, no existe entonces la necesidad de regular mediante leyes la convivencia de hecho, de modo que aquéllas aprobadas por algunas Comunidades Autónomas<sup>19</sup> no pueden considerarse un desarrollo directo del art. 32; desarrollo que, por lo demás, quedaría fuera de la competencia de las mismas. Pero todos estos argumentos quedan en segundo plano ante el evidente pronunciamiento constitucional a favor del matrimonio.

En el mismo sentido se pronunció de nuevo el TC (ATC 203/2005, de 10 de mayo) inadmitiendo una cuestión de inconstitucionalidad sobre si la exigencia del vínculo matrimonial que contempla el art. 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad es contraria al principio de igualdad. Recientemente, el Pleno del TC, por Providencia de 26 de febrero de 2013, ha acordado admitir a trámite la cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 693/2013 planteada por el Pleno del TC en relación también con el art. 174.1 LGSS, en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Queda claro que el TC ha legitimado normas que otorgan determinados privilegios jurídicos a los casados frente a los que han optado por

---

<sup>19</sup> Muchas CCAA están legislando sobre parejas estables de hecho:

— Modificación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña, por Ley 3/2005, de 8 de abril.

— Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón, sobre parejas estables no casadas.

— Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco.

— Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía.

— Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables de Asturias.

— Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de Cantabria.

— Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Illes Balears.

— Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de Extremadura.

— Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Parejas de Hecho de Canarias.

— Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de Parejas Estables de Navarra.

— Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

— Ley 1/2001, de 6 de abril, de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana.

una convivencia extramatrimonial, justificado quizá por el hecho de que la CE no recoge expresamente ese derecho a no contraer matrimonio. En consecuencia, este derecho facultativo —mencionado al comienzo de este epígrafe IV— a contraer matrimonio no implica forzosamente los mismos efectos, sea cual sea la elección de la persona. Ahora bien, lo dicho hasta ahora requiere matizaciones dirigidas a evitar una desproporción o incluso posibles efectos peyorativos. Aunque el Estado favorezca con sus medidas el matrimonio, debe guardarse una proporcionalidad que evite dificultar sobremanera la autonomía de quienes optan por una convivencia de hecho: «No serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE aquellas medidas [...] que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales [...], siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir *more uxorio*» (STC 184/1990).

Por lo demás, existe una especial relación entre la libertad ideológica del art. 16 CE y la opción por una pareja de hecho en vez de un matrimonio (véanse SSTC 66/1994, de 28 de febrero, y 180/2001, de 17 de septiembre, en la primera de las cuales curiosamente el Tribunal vuelve a su doctrina de 1990 al no admitir pensión de viudedad a la pareja de hecho). De hecho, la lesión de la libertad de opción religiosa puede considerarse un impedimento para contraer matrimonio.

Por último, y en una dimensión diferente, el matrimonio por «rito gitano» no ha sido reconocido por el legislador como una de las formas válidas de celebrar el matrimonio, no equiparándose a uniones *more uxorio* (STC 69/2007, de 16 de abril), sin que ello suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos. Se cierra así la posibilidad de extender el matrimonio a otras situaciones similares no previstas específicamente en la ley, ni siquiera por la vía del art. 9.2 CE y de las normas internacionales (Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965).

## 2. El principio de igualdad y el matrimonio

Hace varias décadas, en los años en que se formulan las destacadas declaraciones de derechos, lamentablemente se habían presenciado en algunos países discriminaciones para el matrimonio por razón de nacionalidad, raza o religión, lo que motivó que el derecho a contraer matrimonio

se contemplara en aquellos documentos de carácter político junto con la igualdad conyugal.

Siguiendo el antecedente republicano, en el que «el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos», y el art. 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>20</sup>, el derecho a contraer matrimonio «con plena igualdad jurídica» contenido en el art. 32.1 CE denota su reciprocidad o bilateralidad, presentándose esta nota tan unida al derecho —que reconoce— que la condiciona<sup>21</sup>. Efectivamente, «la plena igualdad» sostiene distintas implicaciones, entre otras razones por las distintas dimensiones del principio de igualdad (art. 14 CE), en la misma línea que la Constitución italiana (art. 29.2, «igualdad moral y jurídica de los cónyuges») o la portuguesa (art. 36.1, «en condiciones de igualdad plena»); de otro modo, se iría en contra de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Todas las personas tendrán derecho a constituir una familia y a contraer matrimonio en condiciones de igualdad plena. Se ha considerado que esta equiparación jurídica se refiere, no sólo al momento de contraer matrimonio, sino también a la posición de los cónyuges en la comunidad matrimonial y al eventual momento de su disolución por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges<sup>22</sup>, siguiendo el camino abierto por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (cfr. notas 9 a 12 del presente trabajo). Afirmación que también se desprende de la STC 159/1989, de 6 de octubre, con motivo de lo dispuesto en el art. 32.1 CE: «El ámbito de aplicación [...] ha de extenderse no sólo a la constitución del matrimonio, sino también a lo largo del mismo y hasta su extinción, de modo que el hombre y la mujer tengan los mismos derechos, obligaciones y cargas», y hace esta afirmación al hilo de la igualdad de derechos y sus efectos sobre la disolución del matrimonio: sociedad de gananciales y relación arrendaticia.

Este aspecto se encuentra íntimamente relacionado con el régimen legal del matrimonio, el cual, en efecto, «está diferido por la Constitución a la Ley [...]; ésta ha de asegurar, en todo caso, la plena igualdad jurídica de los cónyuges [...], un mandato éste del que se deduce [...] la necesidad de que el legislador [...] no condicione o determine la situación de

---

<sup>20</sup> «Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en el caso de disolución del mismo».

<sup>21</sup> D. ESPÍN CÁNOVAS, «Art. 32...», *op. cit.*, pp. 456 y 459.

<sup>22</sup> J. GÁLVEZ, «Artículo 32...», *op. cit.*, p. 415.

los cónyuges de manera que ésta no sea efectivamente igual en el ejercicio de los derechos, por ejemplo [...] en el ejercicio del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio» (STC 45/1989, de 20 de febrero). En esta sentencia el TC consideró que el sistema de acumulación de rentas entre cónyuges es incompatible con el principio de igualdad. Obviamente, el establecimiento de este régimen jurídico entra en el campo del Derecho de familia y las sucesivas reformas del CC.

Siguiendo la doctrina constitucional, y como consecuencia de las sucesivas reformas del CC, la CE propugna la configuración de un grupo familiar de base asociativa y la desaparición de los vínculos patriarcales y autoritarios con la correspondiente superación de épocas anteriores, caracterizadas en gran medida por la situación de preeminencia del marido sobre la mujer. No en vano el Alto Tribunal se ha pronunciado en distintos momentos a favor de esta última afirmación. El concepto de cabeza de familia vigente en épocas pasadas y normas anteriores a la CE, con arreglo al cual «tal cualidad se atribuía expresamente al padre [...] como administrador de la sociedad conyugal y de gananciales y como titular en primer término de la patria potestad sobre los hijos —redacción anterior del CC— [...] resulta hoy en día inadmisibles, una vez que para poner fin a la tradicional postergación de la mujer borrando aquellas diferencias que históricamente la han colocado en situación de inferioridad en la vida jurídica y social —STC 128/1987, de 16 de julio— se ha consagrado en nuestra Constitución el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, con la consiguiente proclamación de la igualdad jurídica de marido y mujer en el matrimonio y en las responsabilidades familiares (arts. 14 y 32 CE y 66 CC), consagración que quedó reforzada con la incorporación de nuestro país a la Comunidad Económica Europea<sup>23</sup>, que mantiene entre sus principios básicos la igualdad de ambos sexos» (STC 241/1988, de 19 diciembre). En definitiva, con la aprobación de la CE la condición de cabeza de familia corresponde a ambos cónyuges por igual, desapareciendo por completo aquella autoridad marital existente en épocas anteriores.

Más reciente fue la decisión de considerar contraria al art. 32 CE la prescripción del art. 9.2 CC relativa a un trato preferente para el varón —nacionalidad del marido— por entrar en conflicto con los arts. 14 y 32 CE (STC 39/2002, de 14 de febrero). De hecho, el art. 14 CE constituye la

---

<sup>23</sup> Art. 19 del Tratado Constitutivo de la CEE y Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE y 79/7/CEE.

única vía a través de la cual el derecho al matrimonio tiene abierto el recurso de amparo (véase epígrafe V del presente trabajo).

Pero se han planteado otros supuestos interesantes relacionados con la plena igualdad jurídica y el matrimonio. Se ha invocado, con más frecuencia de la deseada, el debate sobre la posición del hombre y la mujer ante las tareas domésticas; en este ámbito ha de excluirse que la diferencia de trato —por ejemplo, prestación de costes de guardería— entre las trabajadoras con hijos menores y los trabajadores en la misma situación resida en la distinta situación respecto a la necesidad del cuidado y asistencia de los hijos. No puede admitirse, aclara el TC, «como justificación de la diversidad de trato, que las esposas de los trabajadores casados pueden atender a los hijos pequeños, por lo cual esos trabajadores no necesitarán que se les subvencione los gastos de guardería, mientras que las trabajadoras con hijos sí lo necesitarán para compensar la imposibilidad de prestar tal atención debido a su trabajo»; ello supondría que, mientras las mujeres de los trabajadores tendrán que permanecer en el hogar familiar atendiendo a los hijos menores, en el caso de la mujer trabajadora los padres de los hijos menores no realizarán actividades domésticas de atención de los mismos. Esta perspectiva que excluye «la posibilidad de actividades extradomésticas de la mujer casada [...] y la prestación de colaboración en el cuidado de los hijos de la trabajadora por parte del padre no puede considerarse justificación suficiente, pues no se adecúa a las previsiones igualitarias entre hombres y mujeres contenidas en la Constitución contrarias a la discriminación por razón de sexo tanto en forma general (art. 14) como [...] en el matrimonio (art. 32.1), el trabajo (art. 35.1) y el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3), convirtiendo en inadmisibles una posición que parte de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas [...]» (STC 128/1987, de 16 de julio). En el ámbito doméstico el hombre y la mujer son iguales ante las responsabilidades familiares (STC 242/1988, de 19 diciembre), máxime en los tiempos que vivimos en los que suele predominar una posición igualitaria de ambos cónyuges en las tareas domésticas, debido, en gran medida, a las actividades extradomésticas también de ambos, siempre y cuando los devastadores efectos de la crisis económica se lo permitan.

Continuando en la misma línea de posibles discriminaciones por razón de sexo, ha sido doctrina frecuente del TC la consideración de discriminatorias de determinadas medidas adoptadas en el ámbito de las relaciones laborales por el mero hecho de contraer matrimonio: «La suspensión del contrato de trabajo para el personal femenino [...] por el hecho

de contraer matrimonio constituye una discriminación por razón de sexo, pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa [...] y que la situación es discriminatoria *ex constitutione*» (SSTC 7/1983, de 14 de febrero y 58/1984, de 9 de mayo). Recuérdese el caso de unas empleadas de la Compañía Telefónica Nacional de España en el que se pudo apreciar una discriminación doble: además de la discriminación por razón de sexo de las trabajadoras de la Compañía Telefónica se analizó «la concurrencia de otra posible causa de discriminación derivable del hecho mismo del matrimonio»<sup>24</sup> al imponer obstáculos a este derecho.

Por último, pero no menos polémico, ha sido y es la igualdad o no de derechos y consentimiento para la interrupción del embarazo. Dejando ahora a un lado cuestiones ideológicas, religiosas y de creencias, el TC consideró que «la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla» (STC 53/1985, de 11 de abril).

En definitiva, el hecho de que la igualdad entre cónyuges se declare con el máximo rango normativo puede entenderse como la voluntad decidida del constituyente de luchar contra todas aquellas situaciones de discriminación que, debido a la legislación anterior, sufría la mujer casada<sup>25</sup>. Ello exige que la legislación en esta materia sea acorde con el art. 32.1 CE, de modo que tanto el matrimonio como todas las relaciones familiares derivadas de él se conformen según el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

### 3. Separación y disolución del matrimonio

Se ha dicho que el matrimonio es un estado, pues una vez realizado dura hasta su disolución, la cual requerirá la concurrencia de una causa formalmente objetivada por la ley. «El matrimonio [...] podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso de justa causa»; así rezaba el art. 43.2 de la Constitución de 1931. Partimos de este precepto para llegar a comprender la regulación actual.

La referencia constitucional a las causas de separación y disolución del matrimonio (art. 32.2 CE), fruto de la interpretación histórica descrita y

---

<sup>24</sup> Así se pronunció Tomás y Valiente en la ya citada STC 7/1983. Cfr. D. ESPÍN CÁNOVAS, «Art. 32...», *op. cit.*, p. 464.

<sup>25</sup> En este sentido, E. ARANDA, *Sinopsis artículo 32...*, *op. cit.*, pp. 1 y 2.

atendiendo a los debates constituyentes<sup>26</sup> y los valores superiores del ordenamiento, permite afirmar que la CE no sólo contempla, sino que exige<sup>27</sup> de alguna manera que sean posibles tanto la separación como el divorcio, sin que de ello se derive un derecho al divorcio directamente aplicable (ATC 444/1983).

Es evidente que, al amparo de la libertad individual y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el vínculo matrimonial no podrá presentarse indisoluble. Pero corresponde al legislador perfilar el régimen para llevarlo a cabo, el cual revestirá una mayor o menor dificultad en función de lo que se considere más adecuado en cada momento histórico, ya que nos hallamos ante una institución en permanente evolución desde el punto de vista sociológico. La Ley 30/1981, de 7 de julio<sup>28</sup>, como se verá enseguida, vino a cubrir estos contenidos y, posteriormente, la Ley 15/2005, de 8 de julio<sup>29</sup>.

De inmediato surge la pregunta de ¿qué ocurre con los derechos y deberes de los cónyuges en casos de separación y divorcio? Es éste, sin duda, un punto espinoso. En buena lógica, la separación de hecho «no hace desaparecer los deberes derivados de la relación conyugal ni otorga un omnímodo derecho de libertad a los cónyuges» (STC 73/1982, de 2 diciembre) antes de que se produzca la disolución del vínculo. En párrafos anteriores se ha destacado la igualdad de derechos y sus efectos sobre la disolución del matrimonio de la mano del actual Derecho de familia; en este sentido, la mujer ha recuperado «su plena capacidad de obrar no sólo

---

<sup>26</sup> Anteproyecto Constitucional (BOC de 5 de enero de 1978), art. 27.2, «el Derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos»; Informe de la Ponencia (BOC de 17 de abril de 1978), art. 31.2, se mantiene el texto del Anteproyecto Constitucional; Dictamen de la Comisión (BOC de 1 de julio de 1978), art. 30.2, igual redacción que actual pero sin las alusiones a la edad y capacidad para contraerlo; la misma redacción que el Dictamen de la Comisión es aprobada por el Pleno del Congreso (BOC de 24 de julio de 1978) como art. 30.1, por la Comisión de Constitución del Senado (BOC de 6 de octubre de 1978) como texto del art. 32.2 y por la Comisión Mixta Congreso-Senado (BOC de 28 de octubre de 1978). Por lo que respecta a la mencionada interpretación histórica, y, en concreto, la Constitución de 1931, por aplicación de ésta se publicaron las Leyes de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 y de Divorcio de 2 de marzo de 1932, derogadas ambas por las Leyes de 12 de marzo de 1938 y de 23 de septiembre de 1939, respectivamente.

<sup>27</sup> J. URÍAS MARTÍNEZ, «Artículo 32...», *op. cit.*, p. 892.

<sup>28</sup> Ley de modificación de la regulación del matrimonio civil en el CC y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

<sup>29</sup> Ley que modifica el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Puede encontrarse un interesante estudio sobre las modificaciones sufridas por el CC en esta materia en A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio», *Anales de Derecho*, núm. 23, 2005, pp. 129-149.

sobre los bienes adjudicados por separación judicial, sino sobre los propios bienes gananciales» (STC 159/1989).

#### A) *Regulación del divorcio*

Dentro de la situación de crisis matrimonial se han distinguido tres supuestos: la nulidad, la separación y el divorcio. La separación matrimonial, a diferencia de la nulidad y del divorcio, mantiene el vínculo existente entre los cónyuges y provoca tan sólo la suspensión de la vida en común de los casados; suele ser una situación transitoria, pudiendo distinguirse entre separación de mutuo acuerdo —o consensual— y causal (se insta por uno solo de los cónyuges).

Tras la aprobación de la CE, que de alguna manera evita la palabra «divorcio» utilizando el término disolución<sup>30</sup>, la primera regulación de aquél tuvo lugar con la ya mencionada Ley 30/1981, cuyo art. 86 concebía el divorcio como el cese efectivo de la convivencia conyugal, existiendo un determinado plazo temporal para cada una de las causas, de modo que el divorcio no se podía instar de forma inmediata. Dicha ley provocó una fuerte oposición por parte de los sectores más conservadores, a pesar de su carácter ligeramente moderado, pues no contemplaba inicialmente el divorcio por mutuo acuerdo, sino que era necesaria la separación previa: «El divorcio se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado periodo de separación, su reconciliación ya no era factible; se exigía, por ello, la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales» (Exposición de Motivos de la Ley 15/2005).

El paso de más de veinte años ha llevado a una profunda revisión en esta materia ejecutada por la citada Ley 15/2005, que modifica el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil con la clara intención de facilitar y reducir los trámites procesales del divorcio sin que sea preciso el requisito de la previa separación judicial o de hecho para alcanzarlo. El legislador consideró la Ley 30/1981, que recibió numerosas críticas, como inadecuada a los tiempos, entendiendo que la misma, lejos de resolver la situación de crisis matrimonial, podía llegar a agravar la convivencia conyugal. Efectivamen-

---

<sup>30</sup> En los debates parlamentarios se puso de relieve la ambigüedad de los términos «causas de separación y disolución». Cfr. López Bravo y Herrero y Rodríguez de Miñón, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 107, Sesión plenaria de 11 de julio de 1978.

te, en líneas generales se han destacado las bondades de esta modificación a la hora de afrontar las crisis conyugales, sobre todo en aquellos casos de cese efectivo de la convivencia y para evitar que se prolongue en exceso el conflicto entre los cónyuges, que a menudo agrava la situación. Asimismo, esta nueva ley «persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial» (Exposición de Motivos de la Ley 15/2005). Dado que la separación judicial y el divorcio se conciben como dos opciones diferentes, la continuación de la convivencia como su vigencia depende por completo de la voluntad de ambos: «Basta con que uno de los cónyuges no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales», recalca de nuevo la misma Exposición de Motivos. No procede entrar aquí en el complejo tema de las pensiones compensatorias y la conveniencia de un convenio regulador de la futura relación matrimonial.

Para conseguir los objetivos arriba referenciados, la Ley 15/2005 da una nueva redacción a los arts. 81, 84 y 86 CC (en este último artículo se establece el requisito temporal mínimo de tres meses desde la celebración del matrimonio para poder instar la separación o divorcio, con alguna excepción cuando se esgrima un conflicto grave); deja sin contenido el art. 82 que regulaba las causas legales de separación —y de divorcio—, de modo que, al eliminar estas causas, los cónyuges pueden acceder a la separación o al divorcio por la propia voluntad conjunta o unilateral, y, finalmente, el art. 87 continúa contemplando dos modalidades de separación y divorcio: la consensual y la contenciosa. Es cierto que, de la misma forma que no se puede obligar a nadie a contraer matrimonio contra su voluntad, tampoco se puede obligar a una persona a permanecer en el estado de «casado» contra su propia voluntad cuando se rompe el *affectio maritalis*.

#### B) *Los procesos canónicos de separación*

Vaya por delante que un análisis minucioso de los procesos canónicos y su eficacia excedería del tema que aquí nos ocupa. De todos es sabido que, a raíz del Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, los tribunales eclesíásticos carecen de facultades para que sus resoluciones produzcan efectos civiles en los casos de procesos canónicos de separación, de modo que sólo las separaciones decididas por los jueces estatales producen los efectos en el orden jurídico civil (a

salvo la transitoriedad contemplada en el apartado 2.º de las transitorias del Acuerdo). Con anterioridad se reconocía una jurisdicción eclesiástica en virtud de los arts. 80 a 82 CC y el art. XXIV del Concordato con la Santa Sede de 1953.

Pues bien, entre la legalidad actual y la regida por aquel Concordato se sitúa la aprobación de la CE<sup>31</sup>, la cual proclama tanto la aconfesionalidad (art. 16.3 —resultado del principio de cooperación entre la Iglesia Católica y el Estado español—) como la exclusividad jurisdiccional (art. 117.3). Con el citado Acuerdo de 1979 España se incorporó a lo que era ya un hecho general: «Es común ahora que todos los procesos de separación [...] están atribuidos a la jurisdicción estatal, aunque [...] los casados canónicamente podrán acudir a la autoridad eclesiástica para obtener la separación canónica, si bien sin efectos civiles, y sí intraeclesiales» (STC 1/1981, de 26 de enero). Quedó entonces derogado el art. XXIV del Concordato y sustituido por la fórmula del art. VI del Acuerdo en lo que se refiere a la nulidad de matrimonio canónico o a la decisión sobre matrimonio rato y no consumado. En suma, se sustituye el sistema de matrimonio civil subsidiario, que rigió en España de 1938 a 1978, por el de matrimonio civil facultativo —derecho facultativo— o sistema de libre elección (art. 49 CC).

Al hilo de esta cuestión ha habido nutrida jurisprudencia en relación con los efectos económico-patrimoniales (STC 6/1997, de 13 de enero, y SSTS de 23 de febrero de 1993 y 10 de marzo de 1992) donde la conclusión es un poco diferente, pues «sean cuales sean [...] en el orden civil los efectos patrimoniales que se deriven de la disolución o, previa invalidez, del vínculo matrimonial, en nada resultarán incompatibles con lo decidido en la resolución canónica», sin perjuicio de que, a tenor de los arts. 95, 97 y 98 CC, los supuestos en los que cabe indemnización patrimonial puedan ser distintos en caso de divorcio y de nulidad, siendo ésta una cuestión de legalidad ordinaria.

En cuanto a la eficacia civil de la dispensa de matrimonio rato y no consumado, cabe afirmar que la cooperación del Estado con la Iglesia Católica no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos (SSTC 66/1982, de 12 de noviembre; 265/1988, de 22 de diciembre, y 328/1993, de 8 de noviembre), pues ello está reñido con la plenitud y exclusividad de que gozan los

---

<sup>31</sup> Sobre la eficacia de los procesos canónicos tras la aprobación de la CE véase R. BEROVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La ejecución de las sentencias eclesiásticas de separación matrimonial por la jurisdicción civil después de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981.

jueces y tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Asimismo, el reconocimiento de efectos civiles a las sentencias canónicas que derivan del régimen transitorio previsto en la disposición transitoria segunda de los Acuerdos con la Santa Sede ha de encuadrarse siempre dentro de la exigencia constitucional contenida en el art. 24.1 —tutela judicial efectiva— (SSTC 65/1985, de 23 de mayo; 209/1991, de 7 de noviembre, y 150/1999, de 14 de septiembre). Este último precepto (art. 24.1) fue invocado también con motivo de la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, llegando el TC a la conclusión de que el procedimiento previsto en la misma «responde a una actividad de constatación encomendada al juez civil y no puede calificarse como un verdadero proceso», razón por la cual la regulación legal analizada no desconoce el citado artículo, pues el legislador ha establecido un cauce procedimental, al modo de la jurisdicción voluntaria, y otro procesal, para el supuesto de oposición que permita la efectividad del mencionado derecho fundamental (STC 93/1983, de 8 de noviembre).

#### **4. Matrimonio canónico e inscripción en el Registro Civil**

Se ha suscitado la cuestión de los efectos del matrimonio canónico no inscrito en el Registro Civil y las parejas de hecho. El problema radica en la exigencia o no de la inscripción del matrimonio en el Registro para tener derecho a obtener, por ejemplo, la pensión de viudedad, porque según la solución que se proponga puede ocurrir que se compare la situación del matrimonio canónico no inscrito con la de las parejas de hecho, lo que constituiría una desigualdad no justificada. No se trata ahora de examinar si el matrimonio canónico no inscrito tiene o no eficacia, que constituiría una pretensión de mera legalidad (STC 146/1987, de 24 de septiembre).

En el ámbito de la Seguridad Social por cuenta ajena, el TC ha declarado en numerosas ocasiones que la pensión de viudedad tiene como presupuesto, entre otros requisitos, la existencia de «vínculo matrimonial» entre el causante y la persona beneficiaria, afirmando que tal exigencia no puede reputarse contraria al art. 14 CE al no ser situaciones equiparables la del matrimonio y la convivencia extramatrimonial. Recordemos aquí la doctrina del Tribunal (STC 184/1990, ya analizada) según la cual «no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivencia-

les, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*».

Se pone de manifiesto una vez más la amplísima libertad de decisión del legislador, pues éste puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica; en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre una y otra unión sin que nada les impida contraer matrimonio «no es arbitraria o carente de fundamento» (véanse también SSTC 125/2003, de 19 de junio, y 199/2004, esta última ya mencionada en el epígrafe IV.1 del presente trabajo)<sup>32</sup>.

Aclarado este punto, queda pendiente el extremo novedoso de un posible trato diferente como consecuencia no del hecho de no haber contraído matrimonio, sino de no inscribirlo en el Registro Civil, lo que está íntimamente ligado a la tesis de que el matrimonio es válido desde su celebración. ¿Puede ser esta circunstancia fundamento de la denegación de la pensión de viudedad? Antes de apresurarse a dar una respuesta es menester traer a colación el art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, a tenor del cual «tendrán derecho a la pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos». Esta norma no contiene de modo expreso el requisito de la inscripción registral, y aunque diferencia entre situaciones matrimoniales y convivencia de hecho, «no lo hace de modo expreso entre matrimonios registrados y no registrados».

Pero, por otro lado, se ha dado el caso de resoluciones administrativas en las que se ha dejado expresa constancia de que, a pesar de la existencia de un matrimonio válidamente celebrado, para ostentar la condición de «cónyuge legítimo» es precisa la inscripción registral. El TC, con buen criterio, ha insistido (STC 199/2004, de 15 de noviembre) en que el reconocimiento de la existencia de un vínculo matrimonial y la afirmación de que el matrimonio ha sido celebrado obligan a considerar equiparables ambas situaciones a los efectos de la prestación de viudedad. Y así debe ser. El reconocimiento no cuestionado de la existencia de vínculo matrimonial impide que se equipare esta situación a la de las parejas

---

<sup>32</sup> Muy apropiada al caso que nos ocupa es la obra de R. BARBER CARCAMO, «La incidencia del principio de igualdad sobre el matrimonio no inscrito (consideraciones en torno a la STC 199/2004, de 15 de noviembre)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2005.

que conviven *more uxorio* y que no sea equivalente al resto de matrimonios aunque estén inscritos; ambos (matrimonio no inscrito y matrimonio canónico inscrito) existen como tal «desde el momento de su válida celebración». En ningún momento se ha demostrado «la existencia de un matrimonio legítimo» por falta de inscripción (Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central) o que, por no inscribir el mismo, no sea aplicable el régimen jurídico derivado —en este caso, la pensión de viudedad—. Afirmar esto último sería lo mismo que considerar que la condición de cónyuge sólo se adquiere con la inscripción en el Registro Civil, lo que no es nada razonable. Otorgar a la inscripción un valor constitutivo no resultaría acorde con lo establecido en el art. 61.1 CC, al tiempo que conduciría a un resultado desproporcionado como es la denegación de la pensión de viudedad. Este «elemento diferenciador» (falta de inscripción) carece de la suficiente relevancia y fundamento racional (en el mismo sentido, SSTC 103/1983, 68/1990, 142/1990 y 114/1992, así como ATC 68/1996, de 25 de marzo).

## 5. El matrimonio homosexual

En distintos momentos del trabajo se ha aludido a la idea de que el art. 32 CE refleja la necesaria configuración legal de la capacidad para contraer matrimonio; en este punto ha causado un gran revuelo la posibilidad constitucional del matrimonio homosexual. Inicialmente, y con la adaptación en 1981 del CC a la CE, existió un alto consenso en torno a la interpretación de que las uniones homosexuales no son contempladas por la Constitución, y el tratamiento legislativo que pudiera recibir, al que se aludirá más adelante, sería al margen de la institución matrimonial.

Sin embargo, en España se reconoce el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo a partir de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC<sup>33</sup> (y, por ende, la Ley del Registro Civil) en materia de derecho a contraer matrimonio, dotando al art. 44 del citado Código de una nueva redacción: «Tendrán los mismos requisitos y efectos el matrimonio cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo». Con arreglo a este precepto, entonces, la acepción jurídica de cónyuge o de consorte es la de persona casada con otra, con independencia

---

<sup>33</sup> En este punto es de obligada referencia la obra de C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

de que ambas sean del mismo o de distinto sexo. Con esta modificación se rompe aquel consenso constituyente.

Empero, la interpretación doctrinal y jurisprudencial del matrimonio homosexual no ha sido siempre la misma. Desde el primer pronunciamiento del TC (ATC 222/1994, de 11 de julio)<sup>34</sup> se han sucedido numerosos comentarios. Inicialmente el TC, mediante una interpretación ligeramente restrictiva y al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>35</sup>, deja clara constancia en el citado auto de que el matrimonio constitucionalmente garantizado es exclusivamente el que se realiza entre hombre y mujer, pues «la unión entre personas de mismo sexo [...] no es una institución jurídicamente regulada». Con este pronunciamiento el Tribunal de alguna manera interpreta que el art. 32 CE introduce una mención expresa de la diversidad sexual sin dañar el art. 14 CE, aspecto éste en el que la doctrina no ha estado del todo conforme al considerar esta primera interpretación del TC como una «prohibición del matrimonio homosexual»<sup>36</sup>, y así pareció a primera vista.

Lo que sí está claro del Auto 222/1994 es que, coincidiendo con Urías Martínez (véase nota *infra*), el Tribunal entendió en esa ocasión que el art. 32 «no garantiza el derecho fundamental a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo», si bien el legislador, con su margen de libertad, puede ampliar el contenido de este derecho fundamental, no en lo que se refiere a la institución o figura jurídica en sí, sino en cuanto a las personas que pueden contraerlo, es decir, tan sólo una modificación de los requisi-

---

<sup>34</sup> Mediante este Auto el TC inadmitió el recurso interpuesto por un hombre que reclamaba una pensión de viudedad a causa del fallecimiento de su compañero apoyándose en la imposibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Cfr. J. URÍAS MARTÍNEZ, «Artículo 32...», *op. cit.*, pp. 896-897.

<sup>35</sup> Casos *Rees*, de 17 de octubre de 1986, y *Cossey*, de 27 de septiembre de 1990. En estas sentencias el TEDH explicitó que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica la violación del art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de cuya lectura se extrae la idea de que el derecho a contraer matrimonio se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo.

<sup>36</sup> L. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual», en *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2006, p. 1614, y J. URÍAS MARTÍNEZ, «Artículo 32...», *op. cit.*, p. 896. Véase, asimismo, S. CAÑAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual en Derecho español*, Madrid, Iustel, 2007. Con un enfoque crítico, son interesantes las obras de J. R. APARICIO DE LÁZARO, «La in/constitucionalidad del matrimonio entre homosexuales y su incidencia en el registro de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 20, 2005, y J. L. DE LOS MOZOS, «El matrimonio de los homosexuales: una tergiversación de los derechos fundamentales», en *La Reforma del modelo de familia en el Código Civil español*, Granada, Universidad San Pablo-CEU, 2005.

tos para su ejercicio (personalidad y capacidad de los contrayentes). Únicamente resultaría inconstitucional esta ampliación legal si con ello se desvirtuara o desdibujara por completo la institución matrimonial; pero es éste un terreno muy delicado. Los términos «desvirtuar» o «imposibilitar» su reconocibilidad social no dejan de ser ambiguos y de difícil demarcación, con el agravante de que es muy fácil y habitual adentrarse en el campo de la configuración tradicional y religiosa del matrimonio. Parece que existe cierta unanimidad en que la garantía del instituto matrimonial no puede depender de estas consideraciones morales que llevarían a un inevitable anquilosamiento del ordenamiento; afirmación a la que me adhiero por su coherencia, desde el momento en que el legislador debe dictar siempre las normas más adecuadas a cada momento histórico, pero asumiendo que no toda la sociedad reivindica determinadas innovaciones.

No podemos, sin embargo, desconocer que en el ámbito de las uniones entre personas del mismo sexo en concepto de matrimonio, la legislación española no se mueve dentro de los parámetros generales que predominan en Derecho comparado. Italia, Estados Unidos, Alemania, Reino Unido...<sup>37</sup> han intentado evitar, sobre todo determinadas fuerzas políticas, que estas uniones sean calificadas de matrimonio. En concreto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán sólo se ha pronunciado sobre la inscripción de parejas de hecho homosexuales, pero no sobre la posibilidad de que las parejas del mismo sexo lleguen a gozar de la protección del art. 6 GG. Nuestro TC, en cambio, se ha movido en otro sentido con la STC 198/2012, de 6 de noviembre, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con la Ley 13/2005: «Respetar la institución del matrimonio [...] no es incompatible con la plena equiparación de derechos civiles de las personas homosexuales». «[...] El autor de la Ley 13/2005, para construir, destruye una institución constitucionalmente garantizada como el matrimonio» —concluyen los recurrentes—, para continuar afirmando que «el único precepto constitucional que hace referencia a la diversidad sexual de las personas [...] implica que el hombre y la mujer tienen constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio, criterio también compartido por el Consejo de Estado, los tratados internacionales suscritos por España e incluso la propia doctrina del TC». Pero en el análisis de esta sentencia se observa, en la intervención del abogado del Estado, la referencia a la importancia de la «inter-

<sup>37</sup> Cfr. Ó. ALZAGA VILLAAMIL *et al.*, *Derecho Político Español de 1978...*, *op. cit.*, p. 197, y J. URÍAS MARTÍNEZ, «Artículo 32...», *op. cit.*, p. 896.

pretación evolutiva» de las instituciones para acomodarse a la conciencia social del momento, reforzada con el repaso de algunas sentencias de Tribunales de otros países<sup>38</sup>. Este examen conduce al resultado, ya de todos conocido por la controversia alzada, de no apreciar reproche alguno de inconstitucionalidad que pueda ser realizado a la Ley 13/2005, sin, por ello, desconocer los significativos votos particulares<sup>39</sup>.

En definitiva, con arreglo a la literalidad del art. 32 CE cabe la posibilidad de hacer la lectura de encajar, con cierta dificultad y consecuencia de una «interpretación evolutiva» de la norma, el matrimonio homosexual. Cierto es que, si se atiende a la naturaleza del hombre, en las uniones homosexuales no están presentes los elementos biológicos y antropológicos del matrimonio y de la familia, entre otras razones por no poder asegurar la procreación<sup>40</sup>, si bien se invoca a la figura de la adopción para paliar esta imposibilidad. Desde este enfoque, y como ya se ha esbozado, puede pensarse que se corre el riesgo de desvirtuar o desnaturalizar la institución matrimonial, pero no es menos cierto que «las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo»<sup>41</sup> y que ello no restringe ninguna facultad del derecho de las personas heterosexuales. Con este pronunciamiento, el TC pone de manifiesto que la reforma legal descrita es la más adecuada —que no la única— para regular la unión de parejas formadas por personas del mismo sexo «desde la perspectiva constitucional», afirmación que se nos antoja muy razonable.

---

<sup>38</sup> Un estudio reciente indica que de 198 países, diecisiete contemplan ya el matrimonio homosexual, con más o menos matices, y otros países le otorgan un reconocimiento jurídico pero sin llegar a darle el mismo tratamiento. En julio de 2013 el TS de Estados Unidos emitió dos importantes fallos sobre el matrimonio homosexual: se permitirá a las parejas del mismo sexo ya casadas recibir reconocimiento y beneficios fiscales a nivel federal, y las bodas gays en California volverán a ser legales. Cada uno de los cincuenta Estados tiene su propia legislación sobre el matrimonio homosexual y el primer intento de unión legal entre dos personas del mismo sexo se remonta a 1971.

<sup>39</sup> El magistrado Ollero Tassara consideró que la heterosexualidad forma parte de la garantía institucional del matrimonio, a diferencia del magistrado Aragón Reyes.

<sup>40</sup> En este sentido, A. CALVO MEIJIDE, *Compendio teórico práctico de Derecho privado*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 266.

<sup>41</sup> Un excelente análisis de la STC 198/2012 puede encontrarse en F. J. MATIA PORTILLA, «Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 535-554. Este autor comparte plenamente la afirmación arriba referenciada perteneciente a un fragmento del FJ 11 de la citada sentencia en su p. 549, al hilo del célebre *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, realizado por el Consejo General del Poder Judicial.

## V. UBICACIÓN EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL Y NIVEL DE PROTECCIÓN DE ESTOS DERECHOS

Tras lo expuesto es innegable que hubiera sido deseable que el art. 32 (matrimonio, origen de la familia) estuviera más próximo al art. 39 (protección de la familia); la distancia física —siete artículos—, unida a la distancia jurídica —distintas secciones del mismo título—, ha generado numerosas críticas, amén de dificultar la labor de concreción del concepto de familia. No olvidemos que el art. 32 no hace ninguna mención a la familia.

En efecto, esta distancia jurídica o «alejamiento redaccional» tiene como consecuencia inmediata un diferente nivel de protección de ambos derechos: el art. 32 se encuentra en la sección segunda —lo que se ha denominado «zona blanda»<sup>42</sup> del capítulo II del título I CE, de modo que «sólo puede regularse por ley» —garantía formal— que, en todo caso, debe respetar su contenido esencial —garantía material—, gozando de protección a través de recurso de inconstitucionalidad. No está entonces protegido por el procedimiento preferente y sumario reservado a los derechos fundamentales (art. 53.2 CE). En cambio, la protección de la familia se encuentra enclavada en el capítulo III del título I, donde se contienen sólo «principios» —rectores de la política social y económica— que deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser sólo alegados ante la jurisdicción ordinaria (no ante TC) de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE); los principios que establece, entonces, el art. 39 quedan sujetos a este desarrollo.

De hecho, fueron frecuentes durante el proceso constituyente las opiniones de ampliar a la familia (principio rector) el rango de derecho fundamental de que goza el derecho al matrimonio con la finalidad de aproximarlos por la estrecha relación que guardan o incluir el matrimonio en el capítulo III del título I. Tanto en nuestro antecedente republicano, ya descrito en los primeros epígrafes, como en el art. 27 del Anteproyecto de Constitución<sup>43</sup>, sin olvidar el Derecho comparado, se vinculaba, en

<sup>42</sup> Ó. ALZAGA VILLAAMIL *et al.*, *Derecho Político Español de 1978...*, *op. cit.*, pp. 196-197.

<sup>43</sup> Art. 27.1 (BOC de 5 de enero de 1978): «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia». El posterior Informe de la Ponencia (BOC de 17 de abril de 1978) también utiliza los términos «para crear una relación estable de familia», lo que fue eliminado a partir del Dictamen de la Comisión (BOC de 1 de julio de 1978). Los términos

líneas generales, el matrimonio a la creación de una familia; es el caso del art. 29.2 de la Constitución italiana de 1947, a tenor del cual «el matrimonio se regirá [...] con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia»; el art. 6.1 GG de 1949: «El matrimonio y la familia gozarán de la protección especial del orden estatal», o el art. 36.1 de la Constitución portuguesa de 1976: «Todos tendrán derecho a constituir una familia y a contraer matrimonio [...]».

## 1. Diferente régimen jurídico

A diferencia de lo que se infiere en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16.1), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 12), en la CE el matrimonio y la familia presentan un tratamiento autónomo y distinto que plantea ciertas reservas. Para empezar, «en el concepto constitucional de “familia” entra el supuesto de matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo [...]»; en el concepto de familia, y siguiendo la legislación y la propia jurisprudencia del Tribunal, «entra también la relación matrimonial de hombre y mujer sin descendencia» (STC 222/1992), separándose, en este punto, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Hasta aquí no existen grandes dificultades; constitucionalmente no todas las familias son necesariamente matrimoniales, si bien todos los matrimonios forman en sí mismos una familia. Y así es; en nuestro Derecho no hay una vinculación exclusiva de la familia al matrimonio.

Lo que sí ha generado cierta polémica es si la convivencia extramatrimonial sin descendencia puede entenderse como familia. La cuestión no es nada sencilla<sup>44</sup>; por un lado, el matrimonio es un derecho subjetivo y está relacionado con las opciones personales de los ciudadanos; por otro, la familia es un bien constitucional, objetivo de la protección social y económica del Estado<sup>45</sup>.

---

utilizados en el Anteproyecto «a partir de la edad núbil» fueron recogidos del art. 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el senador señor Cela propuso en el Congreso sustituir la referencia a la «nubilidad» por una remisión a la edad que fijase la ley, propuesta que fue aceptada sin ninguna reserva (cfr. *supra* nota 9).

<sup>44</sup> J. URÍAS MARTÍNEZ, «Artículo 32...», *op. cit.*, p. 889.

<sup>45</sup> J. L. SERRANO, «La familia como asunto del Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, p. 45, y J. URÍAS MARTÍNEZ, «Artículo 32...», *op. cit.*, p. 889.

El distinto régimen, e incluso opuesto, que se infiere de los arts. 32 —que permite un diferente trato en función de que exista o no vínculo matrimonial— y 39 CE —el cual no consiente desigualdades de trato— conduce a una cierta incongruencia puesta de manifiesto por la doctrina (véanse notas *infra*), con el consiguiente riesgo de una imprecisión constitucional: si la familia goza de protección constitucional, con independencia de su origen matrimonial o no, y matrimonio se identifica con familia (en el sentido de que no son necesarios los hijos para gozar de la protección del art. 39); si, además, el art. 32 otorga una protección especial al matrimonio frente a otras formas de convivencia en pareja, todo ello da pie a peculiares escenarios como que la pareja *more uxorio* que, en principio, tiene menos derechos que la pareja unida por el vínculo contractual, sin embargo, si se la contempla como una familia de dos personas que conviven —sin descendencia— y no como pareja, quedará prohibida toda diferenciación o desigualdad de trato.

## VI. REFLEXIONES FINALES

De todos es conocido el polémico origen de la palabra matrimonio, que etimológicamente significa «calidad de madre» (*matri*: «madre» y *monio*: «calidad de»<sup>46</sup>) u ocupaciones propias de una madre. Sin duda, estos argumentos han sido objeto de diversas interpretaciones y lecturas a menudo poco afortunadas y aún menos rigurosas.

Como ya dijo Molière: «el amor es “a menudo” fruto del matrimonio». Y así es; la aparición desde mediados del siglo pasado de nuevas formas de convivencia, consecuencia de una distinta valoración ética de ciertas conductas, así como la evolución científica (convivencia *more uxorio*, matrimonio homosexual...), han invitado a nuevos planteamientos por parte del legislador y, por ende, a nuevos matices en la línea de pronunciamiento del TC en su intensa labor de interpretación.

En efecto, y utilizando palabras del profesor Rubio Llorente<sup>47</sup>, la jurisdicción constitucional es un instrumento útil «para mantener en vida una

---

<sup>46</sup> «Monio» procede de la palabra latina «*munia-ium*» que alude a «deberes, cargos, funciones u ocupaciones». En este sentido sorprende la gran similitud formal de las palabras matrimonio y patrimonio.

<sup>47</sup> Es un bellísimo prólogo el que corre a cargo de F. RUBIO LLORENTE en la obra de M. PULIDO, *Constitución Española (Códigos con Jurisprudencia)*, 5.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2009, p. 154.

Constitución [...], redefiniendo de modo continuo y autorizado el texto; para lograrlo en una medida significativa es necesario que su contenido normativo —aunque el texto siga siendo el mismo— pueda acomodarse a los cambios de la realidad normada —como ya resaltó Jellinek— [...], pues si la distancia entre ambos se hace intolerable es naturalmente el texto constitucional el que sucumbe, al no concebirse su petrificación [...]; se precisa, entonces, un difícil equilibrio entre estabilidad y flexibilidad».

Sin duda, la necesidad de un grado de flexibilidad para acomodar el texto a la evolución de la sociedad —de la conciencia social— es, desde hace algunas décadas, más acuciante, puesto que en las Constituciones, como se ha indicado en la introducción de este trabajo, se han incorporado una tabla de derechos directamente aplicables. Cuando se redactó la CE, hace ya casi treinta y cinco años, estaban presentes unos conceptos institucionales y unos valores que con el paso del tiempo se han tornado muy diferentes. Es el caso, entre otros, de la institución matrimonial contemplada en el art. 32 y del que se reprocha la falta de mención a la familia, a diferencia de otros países, y se critica su alejamiento del art. 39. Pues bien, el considerable margen de libertad que este art. 32 otorga al legislador (buena prueba de ello han sido las reformas sufridas por el CC en 2005) ha estimulado la labor del TC en un empeño afanoso de favorecer la eficacia del *ius connubii*.

Aun siendo conscientes de que el legislador debe dictar siempre las normas más adecuadas a cada momento histórico para evitar un anquilosamiento del ordenamiento ante los cambios en la percepción de algunos valores, lo cierto es que ese proceso de adaptación a la realidad social ha levantado una gran polémica alrededor de la idea de una distorsión de la institución matrimonial, alentada, desde luego, por determinados planteamientos ideológicos.

Bajo mi punto de vista, el papel del Alto Tribunal ha sido, una vez más, decisivo; con su línea de resolución —que no siempre ha presentado la deseada uniformidad— ha arrojado prudencia y mesura sobre un tema tan delicado, de gran calado y alcance social, como el que nos ha ocupado, por encima de consideraciones morales e ideológicas —y sin perder de vista los tratados internacionales y sentencias de otros países—, «con razones que resultan convincentes para la sociedad» frente a los «cambios súbitos de la función pública» (véase nota *ut supra*). Otra cuestión diferente es el debate en torno a la influencia oculta de los partidos políticos sobre el TC, que tanto preocupaba a Kelsen, poniendo en entredicho su independencia e imparcialidad; pero no es el momento ni el lugar propicio para entrar en este conflicto.

Por otro lado, en la evolución sufrida por la sociedad no debe olvidarse que no todos sus componentes demandan lo mismo en cada momento ni comparten idénticas creencias y/o ideologías.

Dejando, finalmente, a un lado estas controversias, el matrimonio ha sido, es y será «un combate a ultranza, antes del cual los esposos piden la bendición de Dios, porque amarse para siempre es la más temeraria de las empresas» (Balzac).

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *et al.*, *Derecho Político Español de 1978 (según la Constitución de 1978)*, vol. II, Madrid, Fundación Ramón Areces, 2012.
- APARICIO DE LÁZARO, J. R., «La in/constitucionalidad del matrimonio entre homosexuales y su incidencia en el registro de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 20, 2005.
- ARANDA, E., *Síntesis artículo 32. Constitución española*, Congreso de los Diputados, 2003 (actualizada por S. Sicira, 2011), disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=32&tipo=2> (fecha de consulta: 6 de mayo de 2013).
- BARBER CARCAMO, R., «La incidencia del principio de igualdad sobre el matrimonio no inscrito (consideraciones en torno a la STC 199/2004, de 15 de noviembre)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2005.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La ejecución de las sentencias eclesíásticas de separación matrimonial por la jurisdicción civil después de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981.
- BURGUIÈRE, A., *et al.*, *Historia de la familia*, vol. I, *Mundos lejanos, mundos antiguos*, y vol. II, *El impacto de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1988.
- CALVO MEIJIDE, A., *Compendio teórico práctico de Derecho Privado*, Madrid, Dykinson, 2012.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., *El matrimonio homosexual en Derecho español*, Madrid, Iustel, 2007.
- DE LOS MOZOS, J. L., «El matrimonio de los homosexuales: una tergiversación de los derechos fundamentales», en *La reforma del modelo de familia en el Código Civil español*, Granada, Universidad San Pablo-CEU, 2005.
- DONATI, P., *Manual de Sociología de la Familia*, Pamplona, Eunsa, 2003.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., «Art. 32. Derecho al matrimonio», en Ó. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Madrid, Edersa, 1996.
- GÁLVEZ, J., «Artículo 32», en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980.

- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, L., «Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual», en *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2006.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.
- MATIA PORTILLA, F. J., «Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013.
- MICHEL, A., *Sociología de la Familia y del Matrimonio*, Barcelona, Península, 1991.
- OGBURN, W. F., y NIMKOFF, M. F., *A Handbook of Sociology*, London, Paul Kegan, 1947.
- PULIDO, M., *Constitución Española (Códigos con Jurisprudencia)*, Prólogo de F. RUBIO LORENTE, 5.<sup>a</sup> ed., Navarra, Aranzadi, 2009.
- SÁNCHEZ AGESTA, L., *Principios de Teoría Política*, Madrid, Editora Nacional, 1983.  
— *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1989.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio», *Anales de Derecho*, núm. 23, 2005.
- SCHELSKY, H., *Wandlungen der Deutschen Familie in der Gegenwart: Darstellung und deutung einer empirisch-soziologischen Tatbestandsaufnahme*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1955.
- SEGALÉN, M., *Sociología de la Familia*, Mar de Plata, Eudem, 2013.
- SERRANO, J. L., «La familia como asunto del Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001.
- URÍAS MARTÍNEZ, J., «Artículo 32. El régimen constitucional del matrimonio», en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- VOLTERRA, E., «La nozione giuridica del conubium», en *Studi in memoria di E. Albertario*, Milano, Giuffrè, 1950.