

# EL DRET A CONTREURE MATRIMONI A PARTIR DE LA LLEI 13/2005, D'1 DE JULIOL. UN COMENTARI ARRAN DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 198/2012, DE 6 DE NOVEMBRE, QUE VA RESOLDRE LA QÜESTIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT 6864/2005

**Mariona Torra Cot**

*Advocada*

*Professora associada de dret civil*

*Universitat Autònoma de Barcelona*

## 1. INTRODUCCIÓ

El Tribunal Constitucional va resoldre en la seva Sentència 198/2012, de 6 de novembre, el recurs d'inconstitucionalitat 6864/2012, que van plantejar setanta-dos diputats del Grup Popular al Congrés contra la Llei 13/2005, d'1 de juliol, que modifica el Codi civil espanyol (CC) en matèria del dret a contreure matrimoni.

## 2. ANTECEDENTS

L'article 32 de la Constitució espanyola (CE) de 1978 diu literalment:

1. L'home i la dona tenen dret a contreure matrimoni amb plena igualtat jurídica.
2. La llei regularà les formes de matrimoni, l'edat i la capacitat per a contreure'l, els drets i els deures del cònjuges, les causes de separació i dissolució i els seus efectes.

I, en relació amb aquest article 32 CE, l'article 44 CC (Llei 30/1981, de 7 de juliol) deia literalment:

L'home i la dona tenen dret a contreure matrimoni d'acord amb les disposicions d'aquest Codi.

Per iniciativa del president José Luis Rodríguez Zapatero, el Govern socialista va impulsar la reforma d'aquest article 44 CC. El seu argument essencial va ser que la Constitució espanyola establia el dret de l'home i la dona a contreure matrimoni, però sense excloure que la unió pogués ser entre persones del mateix sexe. La seva tesi, per tant, era que, encara que la Constitució espanyola no es plantejés el matrimoni homosexual, el fet és que de cap manera no el prohibia.

I el fruit d'aquesta reforma va ser la Llei 13/2005, d'1 de juliol, que va modificar el Codi civil en matèria del dret a contreure matrimoni. En la seva exposició de motius, aquesta Llei es refereix al matrimoni com «una institució jurídica de rellevància social que permet realitzar la vida en comú de la parella» i considera que el dret a contreure matrimoni és un dret constitucional i que «serà la Llei que desenvolupi aquest dret la que determinarà, en cada moment històric i d'acord amb els valors dominants, la capacitat exigida per a contreure matrimoni, el seu contingut i el seu règim jurídic». I afegeix també que «el règim jurídic del matrimoni i la imatge jurídica que en té la societat actual no es distorsiona pel fet que els cònjuges siguin de diferent sexe o del mateix sexe».

Per tant, tenint en compte l'evolució dels valors de la societat les relacions de la qual s'han de regular, la Llei 13/2005, d'1 de juliol, «permet que el matrimoni sigui celebrat entre persones del mateix o de diferent sexe, amb plenitud i igualtat de drets i obligacions sigui quina sigui la seva composició», i per això introdueix en l'article 44 CC un segon apartat que diu literalment:

El matrimoni tindrà els mateixos requisits i efectes quan ambdós contraents siguin del mateix o de diferent sexe.

Els setanta-dos diputats del Grup Popular al Congrés que van interposar el recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei 13/2005, d'1 de juliol, consideraven, en síntesi, que aquesta Llei modifica «el concepte secular, constitucional i legal del matrimoni com a unió d'un home i una dona», «desnaturalitza el matrimoni» i crea una nova institució, les característiques de la qual són diferents de les que fins ara han servit per a definir el matrimoni, de manera que «aquesta reforma afecta no sols el conjunt de normes que regulen la institució matrimonial, sinó també tot el sistema normatiu relatiu a la família».

Segons el parer d'aquests setanta-dos diputats que van interposar el recurs, els articles 32, 14 i 10 CE no reconeixen el dret al matrimoni entre persones del mateix sexe, la qual cosa no impedeix, però, que el legislador pugui regular altres sistemes de convivència en parella entre persones del mateix sexe i, a més, la interpretació de l'article 32 CE d'acord amb els tractats internacionals subscrits per Espanya permet afirmar que el dret constitucional a contreure matrimoni es predica únicament pel que fa a la parella heterosexual, de manera que fer extensiu aquest dret a les persones homosexuals contradiu l'article 10.2 CE mateix.

Fins i tot en un col·loqui sobre religió i espai públic celebrat al final del propassat mes de febrer de 2013 a l'ambaixada d'Espanya davant la Santa Seu, a Roma, el ministre espanyol d'Interior va manifestar que «hi ha arguments racionals que diuen que el matrimoni entre persones del mateix sexe no ha de tenir la mateixa protecció per part dels poders públics que el matrimoni natural. La pervivència de l'espècie, per exemple, no estaria garantida». Curiosament, aquestes manifestacions van ser criticades pel Partit Popular mateix.

### 3. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 198/2012, DE 6 DE NOVEMBRE

#### 3.1. LA REGULACIÓ DEL DRET A CONTREURE MATRIMONI

La Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 198/2012, de 6 de novembre, desestimà el recurs d'inconstitucionalitat interposat contra la Llei 13/2005, d'1 de juliol, malgrat que quatre dels magistrats formularen un vot particular contra aquest veredict.

En els fonaments jurídics d'aquesta Sentència, el magistrat ponent exposa que és cert que, d'acord amb la STC 19/2012, de 15 de febrer, el matrimoni i la família són dos béns constitucionals diferents, que troben cabuda en diferents preceptes de la Constitució espanyola, de manera que el text constitucional no fa dependre exclusivament el concepte constitucional de *família* de la que té el seu origen en el matrimoni, ni tampoc limita aquest concepte de *família* a les relacions amb descendència; per tant, continua, són dignes de protecció constitucional tant els matrimonis sense descendència com les famílies extramatrimonials o monoparentals, i sobretot els fills, als quals protegeix l'article 39 CE, precepte, aquest últim, en el qual s'inclourien tant les famílies que tenen el seu origen en el matrimoni com les que no tenen aquest origen (STC 45/1989, de 20 de febrer).

La interpretació que es fa de l'article 32 CE li atorga un contingut doble: el matrimoni és alhora una garantia institucional i un dret constitucional. Per tant, el matrimoni és una institució garantida per la Constitució i alhora contreure matrimoni és un dret constitucional, i d'acord amb l'article 32.2 CE el desenvolupament del seu règim jurídic correspon a una llei que ha de respectar el seu contingut essencial.

Per tant, amb l'entrada en vigor de la Llei 13/2005, d'1 de juliol, la nova regulació legal del matrimoni a partir de l'article 44 CC no només ha obert les portes d'aquesta institució a les parelles del mateix sexe, sinó que ha equiparat de forma absoluta els matrimonis contrets per persones homosexuals i els contrets per persones heterosexuales, i per tant la institució matrimonial s'ha modificat jurídicament, abans de la reforma i després d'aquesta.

És cert que quan l'any 1978 es va deliberar i es va aprovar el text constitucional,

a l'hora de regular la institució matrimonial preocupava bàsicament la qüestió del divorci, la diferenciació conceptual entre matrimoni i família i la garantia de la igualtat entre l'home i la dona en el matrimoni. Però també és cert que, a través d'una interpretació evolutiva i tal com es diu en l'exposició de motius de la Llei 13/2005, la Constitució espanyola s'ha acomodat a les realitats de la vida moderna per a assegurar la seva rellevància i la seva legitimitat. Per tant, els poders públics i el legislador van actualitzant aquests principis per tal que les exigències de la societat trobin resposta en la norma fonamental de l'ordenament jurídic. I precisament és aquesta interpretació evolutiva la que dóna resposta a la qüestió de si el matrimoni segueix essent reconeixible en el context sociojurídic actual com a tal matrimoni. Després de les reformes introduïdes en el Codi civil per la Llei 13/2005, d'1 de juliol, la institució matrimonial es manté com una comunitat d'afecte que genera un vincle, o com una societat d'ajuda mútua entre dues persones que tenen una posició idèntica en el si d'aquesta institució, que voluntàriament decideixen unir-se en un projecte de vida familiar comuna, que donen el seu consentiment respecte dels drets i deures que conformen la institució i que així ho manifesten expressament d'acord amb les formalitats establertes en l'ordenament (art. 44 i seg. CC). Quant a aquestes formalitats per a contreure matrimoni, és important tenir en compte que, entre altres d'específiques per a la formalització d'aquest vincle, el Consell de Ministres del proppassat 5 d'abril de 2013 va aprovar el Pla Estratègic Nacional d'Infància i Adolescència 2013-2016, que proposa, entre altres qüestions, augmentar l'edat mínima dels menors per a contreure matrimoni amb permís del jutge, que passa dels catorze als setze anys.

Per tant, les característiques essencials del matrimoni són la igualtat dels cònjuges, la lliure voluntat de contreure matrimoni amb la persona de pròpia elecció i la manifestació d'aquesta voluntat. Un cop tret el matrimoni, és evident que els cònjuges han d'assumir les obligacions i els drets que es deriven d'aquest vincle matrimonial, d'acord amb els articles 66 i següents CC, amb les modificacions introduïdes per la Llei 15/2005, de 8 de juliol.

Per altra banda, en els fonaments jurídics de la Sentència 198/2012, de 6 de novembre, també es manifesta que l'equiparació del matrimoni entre persones de diferent sexe amb el matrimoni entre persones del mateix sexe s'ha consolidat en diferents ordenaments jurídics de la cultura jurídica occidental. I en aquest sentit el Tribunal Europeu de Drets Humans ha afirmat que la institució del matrimoni s'ha vist profundament modificada per l'evolució de la societat des de l'aprovació del Conveni de Roma, tot i que ara per ara a Europa encara no hi ha un consens total sobre la qüestió del matrimoni entre persones del mateix sexe perquè a cada estat la institució matrimonial ha evolucionat de forma diferent.

L'article II-69 de la Constitució europea del 2004 garanteix «el dret a contreure matrimoni i el dret a fundar una família d'acord amb les lleis nacionals que regulin el seu exercici». Aquest dret a contreure matrimoni i a fundar una família també està reconegut en els articles 16 de la Declaració Universal dels Drets Humans i 23 del

Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, la qual cosa significa que els estats han de protegir i garantir aquest dret i han d'abstenir-se de discriminar cap persona per causa de la seva orientació sexual o la seva identitat de gènere, fet que també avala el Tribunal Europeu de Drets Humans.

Però, com dèiem, ara per ara a Europa encara no hi ha un consens total sobre la qüestió del matrimoni civil entre persones del mateix sexe, tot i que diferents països europeus ja l'han acceptat: els Països Baixos el 2001, Bèlgica el 2003, Espanya el 2005, Suècia i Noruega el 2009, Portugal i Islàndia el 2010, Dinamarca el 2012 i, recentment, França el 23 d'abril de 2013, malgrat que els diputats de la dreta francesa ja han presentat un recurs davant el Consell Constitucional. Per altra banda, el proppassat febrer de 2013 la Cambra dels Comuns de la Gran Bretanya va aprovar la proposta presentada pel Govern i aquest projecte de llei ha passat actualment a la Cambra dels Lords (el Projecte de llei per a equiparar legalment el matrimoni homosexual amb el matrimoni heterosexual va ser aprovat gràcies al suport massiu de laboristes i demòcrates liberals, però gairebé la meitat del grup parlamentari *tory* va votar-hi en contra). Aquesta normativa, però, no tindrà vigència a Irlanda del Nord ni a Escòcia, on el Govern d'Edimburg ha començat a tramitar una llei semblant.

Ara bé, si tornem a l'àmbit de l'Estat espanyol, és una realitat que la institució del matrimoni com a unió entre dues persones independentment de la seva orientació sexual s'ha anat establint. I aquesta evolució posa de manifest una nova imatge del matrimoni, cada cop més estesa però no uniforme, que ens permet entendre el concepte plural de *matrimoni*.

Actualment a Espanya hi ha una àmplia acceptació social del matrimoni entre persones del mateix sexe i des de l'any 2005 més de vint-i-dues mil parelles ja han exercit el seu dret a contreure matrimoni. Fins i tot l'any 2006 va tenir lloc el primer matrimoni entre persones del mateix sexe en què un del contraents era un càrrec electe del Partit Popular. I és que, tal com considera el Tribunal Constitucional en la seva Sentència 198/2012, de 6 de novembre, el matrimoni homosexual no causa cap perjudici ni cap mal a ningú.

El que cal tenir en compte és que no es produeix cap disfunció en la institució matrimonial pel fet que el matrimoni format per dues persones del mateix sexe tingui un règim econòmic matrimonial, ja sigui el que pactin els contraents en capitulacions matrimonials, el que disposi el Codi civil o el que disposin les normes de les comunitats autònomes, segons si els és aplicable l'una o l'altra normativa. Aquest matrimoni format per dues persones del mateix sexe tampoc no afecta els drets d'ordre successori o el règim testamentari (la mateixa Llei 15/2005, de 8 de juliol, introdueix unes modificacions pel que fa als drets del cònjuge vidu per als supòsits d'aplicació de la normativa pròpia del Codi civil), que s'ha de regular d'acord amb la normativa del Codi civil o d'acord amb la normativa de la comunitat autònoma, segons si és d'aplicació l'una o l'altra, ni tampoc afecta la normativa que regula aspectes personals derivats del matrimoni entre dues persones, com ara les institucions de la tutela, la cura-

tela o la representació de l'absent. Tampoc no queden afectats els drets derivats de la successió arrendatícia, d'acord amb la Llei d'arrendaments urbans, ni altres qüestions com les relacionades amb el règim tributari, les prestacions de la Seguretat Social o els supòsits en què la situació del cònjuge com a víctima o com a responsable d'una infracció penal sigui determinant.

Per tant, des del punt de vista del legislador, s'ha optat per un règim únic del matrimoni, independentment de la seva orientació sexual, i, per tant, s'ha volgut que dues relacions jurídiques equiparables —matrimoni entre persones de sexe diferent i unió civil entre persones del mateix sexe— i amb efectes similars tinguin la mateixa denominació.

Des del punt de vista del dret constitucional, la nova redacció del Codi civil que introdueix la Llei 13/2005, d'1 de juliol, permet que l'exercici del dret a contreure matrimoni es concreti amb una persona del mateix sexe. Aquesta Llei 13/2005, d'1 de juliol, representa una modificació de les condicions d'exercici del dret constitucional a contreure matrimoni. Aquesta modificació, un cop analitzat el dret comparat europeu, la jurisprudència del Tribunal d'Estrasburg i el dret originari de la Unió Europea, es manifesta en la tendència a l'equiparació de l'estatut jurídic de les persones homosexuals amb el de les heterosexuals. Aquesta evolució parteix de la despenalització de les conductes homosexuals i passa pel reconeixement de la tutela antidiscriminatòria davant les discriminacions per raó d'orientació sexual de les persones.

El reconeixement del dret al matrimoni a totes les persones, independentment de la seva orientació sexual, implica la possibilitat per a cada individu de contreure matrimoni amb persones del seu mateix sexe o de diferent sexe, de manera que aquest exercici reconeix plenament l'orientació sexual de cadascú. Les úniques limitacions d'aquest dret a contreure matrimoni són les que deriven de la configuració legal dels requisits per a contreure matrimoni que realitza el Codi civil, dret que l'article 10 CE configura com a fonamental i l'exercici del qual no afecta el contingut del dret a contreure matrimoni.

Malgrat tot, no podem deixar de dir que la Llei 13/2005, d'1 de juliol, no va introduir cap modificació en les normes de dret internacional privat espanyol, la qual cosa va fer qüestionar quina hauria de ser la llei aplicable als matrimonis mixtos entre una persona espanyola i una persona estrangera en matèria de capacitat matrimonial i en particular pel que fa al possible impediment d'identitat de sexe, consulta que va resoldre la Circular de 29 de juliol de 2005 de la Direcció General dels Registres i del Notariat, sobre matrimonis civils entre persones del mateix sexe (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 188 [8 agost 2005]).

Finalment, és important referir que el proppassat desembre de 2012 es va presentar a les Nacions Unides el primer informe sobre drets humans, orientació sexual i identitat de gènere, on es diu que «reconèixer la igualtat de drets de totes les persones no ha de ser controvertit, ni implica la creació de nous drets. Cal insistir que totes les persones tenen dret a gaudir dels ja existents».

Tot i que les Nacions Unides i el Comitè de Drets Humans no obliguen els estats a regular el matrimoni entre persones del mateix sexe, sí que recorden, però, que el no-reconeixement de parelles homosexuals i de les seves famílies pot implicar una discriminació en assumptes tan bàsics com els drets de pensió, d'herència, de tributació i fins i tot de gaudi de l'habitatge.

### 3.2. REGULACIÓ D'ALTRES FIGURES JURÍDIQUES

En un altre ordre, l'article únic, apartat 7, de la Llei 13/2005, d'1 de juliol, possibilita l'adopció conjunta de menors per part de parelles homosexuals, basant-se en l'article 39.2 CE i en especial en el deure de protecció integral dels fills. La Sentència 198/2012, de 6 de novembre, es refereix a l'adopció conjunta i simultània per part de parelles del mateix sexe, tenint en compte, però, que l'interès del menor, adoptat per un matrimoni entre persones del mateix sexe o per un matrimoni entre persones de diferent sexe, ha de ser preservat en tots els casos, d'acord amb l'esmentat article 39.2 CE en relació amb els articles 175.4 CC i 21 de la Convenció dels Drets dels Infants de 20 de novembre de 1989, ratificada per Espanya el 30 de novembre de 1990.

És més, quan l'article 176 del Codi civil diu que «es tindrà en compte l'interès de qui hagi de ser adoptat i la idoneïtat de l'adoptant o adoptants per a l'exercici de la pàtria potestat», tampoc no vincula aquesta idoneïtat amb l'orientació sexual de l'adoptant.

Però pel que fa a aquesta qüestió de l'adopció conjunta de menors, tampoc no hi ha un consens total a Europa. Els països europeus que ara per ara accepten que les parelles del mateix sexe puguin adoptar menors conjuntament són Holanda, Bèlgica, Dinamarca, Espanya, Andorra, Islàndia, Suècia, Noruega i França. A Alemanya es permet que els homosexuals puguin adoptar els fills biològics de la seva parella.

### 3.3. REFERÈNCIA ALS VOTS PARTICULARS A LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 198/2012, DE 6 DE NOVEMBRE

Els vots particulars dels magistrats que discrepen de la Sentència 198/2012, de 6 de novembre, van des de la negació de la interpretació evolutiva del matrimoni perquè consideren que pot tenir com a conseqüència la desnaturalització d'aquesta institució, fins a la consideració que la unió entre persones del mateix sexe com a matrimoni modifica els requisits subjectius essencials de la institució.

D'altres consideren que, tot i acceptant la realitat social, la inclusió del matrimoni homosexual en l'ordenament jurídic espanyol s'hauria d'haver fet mitjançant una reforma de l'article 32 CE.

Pel que fa a l'adopció de menors per persones homosexuals, els vots particulars consideren, en síntesi, que aquesta nova figura jurídica és contrària a la configuració tant natural com constitucional de la filiació i que alhora és contrària a l'interès prioritari del menor.

#### 4. UN APUNT FINAL

La Comunitat Autònoma de Catalunya es va avançar a aquesta interpretació evolutiva i a la necessitat d'acomodar-se a les realitats de la vida moderna a què fa referència l'exposició de motius de la Llei 13/2005, d'1 de juliol. La primera normativa a l'Estat espanyol que va regular de manera sistemàtica les unions estables de parella, tant les heterosexuales com les homosexuals, va ser la Llei 10/1998, de 15 de juliol, aprovada pel Parlament de Catalunya, normativa que posteriorment va ser derogada per la normativa del Codi civil de Catalunya actualment vigent.

Però és que tampoc no deixa de ser curiós que, després de la publicació i l'entrada en vigor de la Llei 13/2005, d'1 de juliol, al principi de l'any 2009 l'Institut d'Estudis Catalans va aprovar canviar la definició de *matrimoni*, que actualment el *Diccionari* descriu com una «unió legítima entre dues persones que es comprometen a portar una vida en comú establerta mitjançant ritus o formalitats legals».

En canvi, van haver de transcórrer set anys des de l'aprovació de la Llei 13/2005, d'1 de juliol, fins que l'any 2012 la Real Academia Española de la Lengua va incorporar en la seva nova versió en línia del *Diccionario* la nova definició de *matrimonio*: «En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses».