

ALBERTO CANO MERINO

EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA
SU REGULACIÓN CANÓNICA PASTORAL
EN LA DIÓCESIS DE BARCELONA
(1983-2000)

FACULTAT DE TEOLOGIA DE CATALUNYA

© Edicions de la Facultat de Teologia de Catalunya

Barcelona, 2005

ISBN: 84-86065-96-8

Dipòsit legal: B. 964-2005

Imprès a HUROPÉ, S.L., Lima 3, bis – 08030 Barcelona

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS Y SIGLAS	7
INTRODUCCIÓN	11
Capítulo primero	
EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO	
I. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO	15
1. La desregulación del matrimonio	20
2. La libertad para contraer matrimonio	21
II. LIMITES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO ..	23
III. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y LA CUESTIÓN DEL SEXO	25
1. El caso de las personas transexuales	27
2. El caso de las personas homosexuales	31
3. La doctrina de la Iglesia católica	34
IV. EL DERECHO A NO CONTRAER MATRIMONIO: LAS PAREJAS DE HECHO	38
1. La realidad social y su regulación jurídica	38
2. La doctrina de la Iglesia católica	44
2.1. <i>No reconocimiento jurídico o institucional de las uniones de hecho</i>	46
2.2. <i>El cumplimiento de las obligaciones naturales surgidas de la unión de hecho</i>	50
V. LA LEY 10/1998, DEL 15 DE JULIO, SOBRE «UNIONS ESTABLES DE PARELLA»	51
1. El principio de seguridad jurídica	54
2. La autonomía de la voluntad de las partes	55
3. Evitar el enriquecimiento injusto	57
CONCLUSIONES	57

Capítulo segundo

EL MATRIMONIO CANÓNICO

I. NOTAS HISTÓRICAS SOBRE LA NOCIÓN Y FORMACIÓN DEL MATRIMONIO CANÓNICO	63
II. LA DEFINICIÓN DEL MATRIMONIO CANÓNICO	66
III. LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL MATRIMONIO	69
1. El pacto, contrato o alianza matrimonial, sacramento entre bautizados	69
2. El <i>consortium totius vitae</i> , objeto esencial del pacto conyugal	75
3. El amor conyugal	76
4. Los fines del matrimonio	78
5. Las propiedades del matrimonio	79
IV. LA CAUSA EFICIENTE DEL MATRIMONIO	81
1. El consentimiento: causa eficiente del matrimonio	81
2. La irrevocabilidad del consentimiento matrimonial	82
3. La manifestación del consentimiento	83
V. LA TUTELA JURÍDICA DEL MATRIMONIO	84
1. El <i>ius connubii</i>	84
2. El <i>favor iuris</i>	85
VI. LA JURISDICCIÓN DE LA IGLESIA SOBRE EL MATRIMONIO	85
1. Las normas que regulan el matrimonio de los bautizados fuera de la Iglesia católica	87
2. El sistema matrimonial acordado por la Iglesia en España	87
CONCLUSIONES	90

Capítulo tercero

LA PREPARACIÓN DEL MATRIMONIO

A. LA LEGISLACIÓN GENERAL DE LA IGLESIA	99
I. OBJETIVO, RESPONSABLE Y ÁMBITO DE LA PASTORAL MATRIMONIAL	100
1. Responsables de la pastoral matrimonial	100
2. Ámbito de la pastoral matrimonial	101
3. Obligatoriedad de la preparación prematrimonial	104
II. EL EXPEDIENTE MATRIMONIAL	106
III. EL LUGAR DE LA CELEBRACIÓN	110
B. LA LEGISLACIÓN PARTICULAR DE LA DIÓCESIS DE BARCELONA	111
I. EL ITINERARIO DE PASTORAL PREMATRIMONIAL DE 1982	113
1. El espíritu y el contenido de la pastoral prematrimonial	113
2. El plan concreto o normativa de acción pastoral	116

II. EL PLAN PASTORAL DE 1992	118
1. La nueva situación pastoral y eclesial de la diócesis	118
2. Las conclusiones operativas del plan pastoral de 1992	119
3. La preparación, celebración y seguimiento pastoral del matrimonio en el plan de formación permanente para los presbíteros y diáconos del curso 1994-1995	120
III. EL CONCILIO PROVINCIAL TARRACONENSE	123
1. La etapa diocesana de reflexión previa a la celebración del Concilio Provincial Tarraconense	123
2. La Ponencia conciliar sobre el matrimonio y la familia	124
3. Las resoluciones conciliares sobre el matrimonio y la familia	125
IV. SITUACIONES PARTICULARES QUE MERECEN UNA ESPECIAL ATENCIÓN PASTORAL PREMATRIMONIAL	127
1. Parejas que piden el matrimonio porque esperan un hijo	127
2. Parejas que solamente han celebrado matrimonio civil	131
3. Parejas que celebran matrimonio civil y canónico	135
V. EL EXPEDIENTE MATRIMONIAL	135
1. La elaboración material del expediente matrimonial	135
2. Normas sobre la cumplimentación del expediente matrimonial	140
3. Normas sobre la inscripción de los matrimonios canónicos en el Registro Civil	142
VI. EL LUGAR DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO	144
1. Normas sobre el lugar de la celebración del matrimonio	145
2. Normas sobre la celebración del matrimonio en iglesias y oratorios no parroquiales	147
3. Iglesias y oratorios autorizados por sus respectivos superiores competentes para que se celebren matrimonios	150
VII. LA CELEBRACIÓN LITÚRGICA DEL SACRAMENTO DEL MATRIMONIO	154
1. Pautas de actuación sobre la preparación y celebración litúrgica del sacramento del matrimonio	154
2. Otros aspectos litúrgicos y pautas de actuación a tener en cuenta en la preparación y celebración del sacramento del matrimonio	159
VIII. INSTITUCIONES, GRUPOS Y MOVIMIENTOS ESPECIALIZADOS QUE PARTICIPAN EN LA PASTORAL PREMATRIMONIAL	161
1. Movimientos especializados que participan en la pastoral prematrimonial	162
2. Temario habitual de la preparación prematrimonial	163
3. Dinámica de los grupos en su preparación prematrimonial	165

IX. LA ATENCIÓN PASTORAL A LAS PAREJAS CASADAS	165
1. Circunstancias más habituales que permiten un renovado contacto con los matrimonios	166
2. Servicios de consulta y atención pastoral a los nuevos matrimonios	168
a) <i>El Secretariado Diocesano de Pastoral Familiar</i>	168
b) <i>La Asesoría jurídico-pastoral del Tribunal eclesiástico de Barcelona</i>	171
CONCLUSIONES	174

Capítulo cuarto

LOS IMPEDIMENTOS Y OTRAS PROHIBICIONES MATRIMONIALES

A. LOS IMPEDIMENTOS EN GENERAL	181
I. NOCIÓN Y DIVISIÓN	181
II. LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA ESTABLECER IMPEDIMENTOS	184
III. LA CESACIÓN Y DISPENSA DE LOS IMPEDIMENTOS	185
1. La dispensa en los supuestos generales	186
2. La dispensa en algunos supuestos especiales	187
2.1. <i>En peligro de muerte</i>	187
2.2. <i>En la situación denominada «caso perplejo»</i>	188
IV. LA TRAMITACIÓN Y ANOTACIÓN DE LA DISPENSA	189
B. LOS IMPEDIMENTOS EN PARTICULAR	190
I. LOS IMPEDIMENTOS POR INCAPACIDAD FÍSICA	190
1. El impedimento de edad	191
2. El impedimento de impotencia	192
II. LOS IMPEDIMENTOS POR INCOMPATIBILIDAD JURÍDICA	196
1. El impedimento de vínculo o ligamen	196
2. El impedimento de disparidad de cultos	198
3. El impedimento de orden sagrado	201
4. El impedimento de voto o profesión religiosa	204
III. LOS IMPEDIMENTOS POR RAZÓN DE DELITO	206
1. El impedimento de raptó	206
2. El impedimento de crimen	208
IV. LOS IMPEDIMENTOS DE PARENTESCO	209
1. El impedimento de consanguinidad	210
2. El impedimento de afinidad	212
3. El impedimento de pública honestidad	213
4. El impedimento de parentesco legal o adopción	216

C. OTRAS PROHIBICIONES MATRIMONIALES	217
I. LOS MATRIMONIOS MIXTOS	218
II. LAS PROHIBICIONES MATRIMONIALES DEL CAN. 1071	221
1. El matrimonio de los vagos	223
2. El matrimonio que no puede ser reconocido o celebrado según la ley civil	223
3. El matrimonio del que tiene obligaciones naturales originadas por una unión anterior	224
4. El matrimonio de quien ha abandonado notoriamente la fe católica ..	224
5. El matrimonio del que está incurso en una censura	225
6. El matrimonio de un menor de edad	226
7. El matrimonio contraído por procurador	226
III. EL MATRIMONIO CONTRAÍDO BAJO CONDICIÓN (can. 1102)	229
IV. EL MATRIMONIO CELEBRADO EN SECRETO (can. 1130)	229
V. LOS <i>VELITUM</i> DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES	230
D. LOS IMPEDIMENTOS Y LAS LICENCIAS MATRIMONIALES EN LA DIÓCESIS DE BARCELONA	231
I. DISPENSAS DE IMPEDIMENTOS Y LICENCIAS MATRIMONIALES	231
II. LEVANTAMIENTO DE LOS <i>VELITUM</i> PUESTOS EN LAS SENTENCIAS DE NULIDAD DE MATRIMONIO	233
III. SENTENCIAS DE NULIDAD DE MATRIMONIO DEBIDAS A LA EXISTENCIA DE IMPEDIMENTOS	234
CONCLUSIONES	236

Capítulo quinto

LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

I. LA INCAPACIDAD PSICOLÓGICA CONSENSUAL	242
1. La falta de suficiente uso de razón	243
2. El grave defecto de discreción de juicio	244
3. La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio	246
4. La inmadurez y el matrimonio	251
II. LA IGNORANCIA SOBRE LA NATURALEZA DEL MATRIMONIO	253
III. EL ERROR SOBRE LA PERSONA	254
1. El error sobre la persona del otro contrayente	254
2. El error sobre las cualidades de la persona	255
3. El error doloso	257

IV. EL ERROR SOBRE LA UNIDAD, LA INDISOLUBILIDAD O LA DIGNIDAD SACRAMENTAL DEL MATRIMONIO	259
V. EL CONSENTIMIENTO SIMULADO	260
1. La exclusión del <i>bonum prolis</i>	266
2. La exclusión del <i>bonum fidei</i>	267
3. La exclusión del <i>bonum sacramenti</i> o indisolubilidad	268
4. La exclusión del <i>bonum coniugum</i> y de la dignidad sacramental del matrimonio	271
VI. EL CONSENTIMIENTO CONDICIONADO	271
VII. EL CONSENTIMIENTO VICIADO POR VIOLENCIA O MIEDO	273
1. La violencia física	274
2. El miedo	274
3. El miedo reverencial	275
VIII. SENTENCIAS DE NULIDAD DE MATRIMONIO DICTADAS POR VICIOS DE CONSENTIMIENTO EN EL TRIBUNAL ECLESIAÍSTICO DE Barcelona	276
CONCLUSIONES	282

Capítulo sexto

LA FORMA CANÓNICA

I. NOTAS HISTÓRICAS SOBRE LA FORMA CANÓNICA	290
II. LA FUNCIÓN DE LA FORMA CANÓNICA	293
III. LA OBLIGATORIEDAD DE LA FORMA CANÓNICA	294
IV. LA FORMA CANÓNICA ORDINARIA	294
1. La potestad ordinaria	294
2. La potestad delegada	297
3. Formas concretas de potestad delegada	299
4. El ministro asistente y los dos testigos comunes	299
5. La suplencia de la facultad para asistir al matrimonio	300
V. LA FORMA CANÓNICA EXTRAORDINARIA	301
1. La ausencia de un ministro asistente o testigo cualificado	303
1.1. <i>En peligro de muerte (can. 1116,1,1º)</i>	304
1.2. <i>Fuera del peligro de muerte</i>	305
2. Cláusula exhortativa o recomendación jurídica	305
VI. LA DISPENSA DE LA FORMA CANÓNICA	306
1. Peligro de muerte	306
2. Matrimonios mixtos	306
VII. LAS ACTUACIONES FORMALES POSTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO	308

VIII. LA DELEGACIÓN GENERAL Y LA SUBDELEGACIÓN PARA ASISTIR AL MATRIMONIO EN LA DIÓCESIS DE BARCELONA	310
IX .LA DISPENSA DE LA FORMA CANÓNICA EN LA DIÓCESIS DE BARCELONA	310
X. SENTENCIAS DE NULIDAD DE MATRIMONIO DICTADAS POR EL TRIBUNAL ECLESIAÍSTICO DE BARCELONA POR DEFECTO DE FORMA	311
CONCLUSIONES	311

Capítulo séptimo

LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO CANÓNICO

I. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR MUERTE	318
II. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO RATO Y NO CONSUMADO	319
1. Los supuestos que abarca la norma	321
2. La inconsumación	321
3. Causa justa	322
4. La petición de disolución	323
III. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN FAVOR DE LA FE	323
1. El privilegio paulino	324
2. El privilegio petrino	327
2.1. <i>La disolución del matrimonio ex lege</i>	329
2.2. <i>La disolución del matrimonio a iure</i>	331
IV. DISOLUCIONES DE MATRIMONIOS RATOS Y NO CONSUMADOS EN LA DIÓCESIS DE BARCELONA	332
V. DISOLUCIONES DE MATRIMONIOS EN FAVOR DE LA FE CONCEDIDOS EN LA DIÓCESIS DE BARCELONA	334
CONCLUSIONES	336

Capítulo octavo

LA CONVALIDACIÓN DEL MATRIMONIO

I. LA CONVALIDACIÓN SIMPLE	340
1. Si el matrimonio nació nulo por la existencia de un <i>impedimento dirimente no dispensado previamente</i>	341
2. Si el matrimonio nació nulo por un <i>vicio del consentimiento</i>	342
3. Si el matrimonio nació nulo por <i>defecto de forma</i>	343
II. LA SANACIÓN EN LA RAÍZ	343
1. Los requisitos establecidos por el Derecho	344
2. La autoridad competente	344
III. LA CONVALIDACIÓN DEL MATRIMONIO EN LA DIÓCESIS DE BARCELONA	345

CONCLUSIÓN FINAL	347
BIBLIOGRAFÍA	353
I. FUENTES	353
1. Universales	353
2. Nacionales y/o provinciales	356
3. Diocesanas	357
4. Archivísticas, estadísticas y/o registrales	359
5. Civiles	359
II. ESTUDIOS	360
III. HEMEROTECA	384

INTRODUCCIÓN

Hablar hoy día del matrimonio y la familia es una tarea compleja y delicada, difícil de realizar. Y, si lo que se pretende es hacer un estudio completo de todo el Derecho matrimonial y familiar canónico, entonces la empresa se convierte en una especie de obra voluminosa, no sólo por la amplitud y extensión de sus contenidos, sino también porque la bibliografía publicada al respecto, tanto de manera general como específica, así como la jurisprudencia sobre el particular, es enormemente abundante, de tal manera que se hace en la práctica casi inabordable en su totalidad. Por otro lado, al tratarse de un tema tan natural y dinámico continuamente —en cada época histórica— se siguen planteando nuevos interrogantes y aparecen nuevas circunstancias y problemas que tienen una gran incidencia en el mismo, a veces, incluso radical.

Ciertamente no es éste nuestro objetivo principal. Somos conscientes de que en la actualidad existen publicadas verdaderas obras maestras sobre el Derecho Matrimonial Canónico, muy bien relacionadas con otras disciplinas que también tienen por objeto el matrimonio y la familia, como son la teología, la antropología, la psicología, la pastoral, la legislación civil, etc., y en las que se exponen de manera crítica y muy acertada sus cualificadas aportaciones, ayudándonos a todos a comprender cada vez más y mejor tanto la misma persona humana como la propia realidad matrimonial y familiar.

El motivo de nuestro estudio ha sido algo más sencillo y específico, pues ha consistido primordialmente en constatar la realidad del matrimonio y la familia que existe en concreto en la diócesis de Barcelona desde sus distintos ámbitos: pastoral, administrativo, normativo, judicial, etc., recogiendo, valorando y contrastando estos diferentes datos de nuestra vida diocesana —que hasta hoy se encontraban dispersos e, incluso, algunos de ellos no publicados formalmente— con la nueva realidad social que vivimos en la actualidad. Si hemos elegido precisamente este tema en el período de tiempo básicamente comprendido entre la publicación y el primer año completo de vigencia del actual *Código de Derecho Canónico* de 1983 hasta el 2000 ha sido porque, junto con los años inmediata-

mente anteriores, resulta ser una de las etapas más interesantes y fructíferas en este sentido, ya que es la época en la que nuestra Iglesia particular, al igual que las demás, se vio en la necesidad de tener que adaptarse a la nueva doctrina emanada del Concilio Vaticano II sobre el matrimonio y la familia, así como también en cierta medida urgida a establecer la normativa que venía posibilitada sobre la materia por la nueva legislación universal.

El método utilizado ha consistido en aprovechar la buena sistematización que sobre el tema nos ofrece el Código vigente, incluyendo en su interior la realidad del matrimonio y la familia que existe en nuestra Iglesia particular, que no es más que un desarrollo de lo establecido en el mismo, aunque para ello también nos hemos visto en la necesidad de tener que exponer más o menos ampliamente en cada uno de los capítulos la legislación común de la Iglesia, es decir, sin limitarnos a una pura y simple presentación descriptiva, consiguiendo de esta manera —a nuestro entender— una visión mucho más global y armónica de toda la materia que nos ocupa.

Por eso hemos iniciado nuestro trabajo con un *primer capítulo* dedicado al estudio sobre el derecho de toda persona al matrimonio tal como el mismo es entendido hoy en nuestra Constitución de 1978 y demás leyes civiles del Estado e interpretado por los diferentes tribunales, donde se evidencia el cambio social que se ha producido en el concepto de matrimonio y familia, que ya no es visto en la forma institucionalizada con que históricamente se ha manifestado, lo que también ha provocado, en consecuencia, una regulación similar al matrimonio de otros tipos diferentes de uniones entre un hombre y una mujer, como son las parejas de hecho, además de institucionalizar la unión homosexual, cosa impensable en tiempos no muy lejanos, sin que existan hasta la fecha orientaciones pastorales o normativa diocesana alguna en nuestra Iglesia particular que nos ayude a abordar adecuadamente este nuevo fenómeno. En el *segundo capítulo* nos hemos limitado a constatar el importante cambio que también se ha producido en la Iglesia en el concepto de matrimonio a raíz de la nueva doctrina emanada del Concilio Vaticano II, cuyo núcleo esencial ha pasado de estar básicamente centrado en el *ius in corpus* y sus subsiguientes consecuencias establecidas en el *Codex* de 1917 al *consortium totius vitae* entre el hombre y la mujer de la legislación vigente, aunque también han permanecido inalterables las mismas tesis teológico-canónicas sobre la identidad e inseparabilidad entre contrato y sacramento en el matrimonio de los bautizados, lo que ha planteado, en consecuencia, serias dificultades pastorales en nuestra sociedad actual, mucho más secularizada y alejada de los principios cristianos que antaño, pues no pocos de los bautizados que solicitan casarse por la iglesia en nuestra diócesis se encuentran bastante alejados de sus planteamientos doctrinales, además de la problemática pastoral que plantea el tema de los bautizados

casados tan sólo civilmente y los que se han divorciado y vuelto a casar. En el *tercer capítulo*, dedicado a la pastoral sobre el matrimonio y la familia, se recogen los Itinerarios, Directorios, Planes de pastoral, Instrucciones y demás normativa existente en la diócesis de Barcelona sobre esta materia desde prácticamente mediados los años setenta, en que nuestra Iglesia particular inició su camino de adaptación a la nueva doctrina emanada del Concilio Vaticano II, hasta nuestros días, pues éste es uno de los períodos más importantes y significativos a nivel documental, ya que las abundantes orientaciones pastorales y la normativa establecida en aquel entonces —sobre todo en cuanto a la pastoral prematrimonial— todavía siguen marcando hoy día el proceder básico y fundamental en este ámbito concreto. El *cuarto capítulo* trata de los impedimentos y las otras prohibiciones matrimoniales establecidas en el Derecho de manera general y en particular, exponiendo como éstos se han manifestado en concreto en la realidad de la diócesis de Barcelona, tanto a nivel administrativo como judicial, que en la práctica quedan reducidos a tan sólo unos pocos más habituales, como son, por ejemplo, las dispensas del impedimento de disparidad de culto y las licencias para los matrimonios mixtos, muy probablemente como consecuencia de la cada vez mayor movilidad e interculturalidad existentes debido al fenómeno de la inmigración. En el *quinto capítulo*, dedicado a los vicios del consentimiento, se constata la lamentable realidad a la que asistimos hoy día en nuestra sociedad eclesial sobre los matrimonios fracasados, así como también el importante servicio pastoral que en este ámbito concreto realiza a todos los fieles afectados el Tribunal eclesiástico de nuestra diócesis, cuyo trabajo y dedicación no siempre ha sido —ni es— suficientemente valorado en su justa medida por todos. El *sexto capítulo* está dedicado a la forma canónica, constatándose que la mayoría de fieles de nuestra diócesis acostumbran a casarse en la forma ordinaria prescrita por el Derecho, incluidos los matrimonios mixtos y los dispensados del impedimento de disparidad de culto, además de la cada vez mayor conciencia y responsabilidad de los ministros asistentes al matrimonio en todo lo referente a este aspecto. El *capítulo séptimo* trata de la disolución del matrimonio, verificándose que la inmensa mayoría de los matrimonios celebrados entre bautizados se consuman y gozan de la absoluta sacramentalidad, aunque en nuestra diócesis también se han dado algunas disoluciones de matrimonios, aun siendo sacramentales, debido a su no consumación o bien porque son matrimonios no sacramentales, un hecho éste que, no obstante, contrasta enormemente con la realidad social que se refleja en el ámbito civil sobre la disolución del matrimonio por divorcio, cuyas cifras desbordan los prudentes límites de la estabilidad deseada, al menos, en principio también para todos ellos por la propia legislación civil. Y, finalmente, el *capítulo octavo* trata sin más de la convalidación del matrimonio.

Los diferentes capítulos aparecen con una exposición un tanto desigual, sobre todo en aquello que hace referencia a nuestra Iglesia particular, siendo tratados algunos con una mayor amplitud que otros. Sin embargo, esto se debe principalmente al también desigual desarrollo que las diferentes materias incluidas en los mismos han tenido en nuestra diócesis durante el período estudiado, además de limitarnos también por nuestra parte, debido al excesivo número de casos concretos existentes en algunos de ellos, a presentar unas estadísticas de tipo más bien general, es decir, sin descender a los casos particulares, para evitar así que el resultado final de la presente obra fuera extraordinariamente extenso y gravoso.

Debo dar mi más sinceras y expresivas gracias a todas aquellas personas sin las cuales me hubiera sido imposible culminar este trabajo y me honran con su amistad, puesto que su realización ha precisado de su inestimable ayuda, orientación, apoyo y aliento: muy especialmente al Dr. F. R. Aznar Gil, actual Decano de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca y reconocido maestro en el campo del derecho matrimonial, que ha tenido la amabilidad de dirigírmelo; a los miembros del Tribunal eclesiástico de Barcelona, que con su siempre buena disponibilidad y capacidad de servicio han sabido suplir mis ausencias como juez del mismo; a los miembros del departamento de Derecho Canónico de la Facultat de Teologia de Catalunya, que nunca han cesado en su ánimo; y también al actual rector de mi parroquia de la Mare de Déu de la Bonanova, Mn. Carles Sauró, cuya comprensión pastoral en este aspecto ha resultado indispensable.

Capítulo primero

EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

Hoy día se está dando una tendencia generalizada en casi todos los países de la Europa occidental en conceder los mismos derechos que tiene el matrimonio también a otras formas de unión que parecen tener una cierta similitud con el mismo (v.gr.: parejas de hecho heterosexuales, uniones homosexuales, etc.), produciéndose así una evolución social y jurídica en el tratamiento de estas realidades, que han pasado de ser consideradas «como una *desviación social* y, por consiguiente, jurídicamente ilícitas y condenables, a ser aceptadas *socialmente* y reconocidas *jurídicamente*».¹ Ciertamente no se trata de realidades que sean nuevas en cuanto tales, pues de una manera u otra siempre se han dado en nuestra cultura occidental conjuntamente con la institución matrimonial. Lo que sí resulta realmente novedoso en nuestros tiempos es «la pretensión de presentarlas jurídicamente como formas de vida tan válidas y legítimas como el matrimonio» bien sea éste civil o religioso, de aquí precisamente «su deseo de que se les reconozcan los mismos efectos jurídicos que al matrimonio».²

1. F. R. AZNAR GIL, «Uniones estables de pareja y Magisterio de la Iglesia Católica», *REDC* 56 (1999) 71-72.

2. *Ibid.*, 72; Cf. *Id.*, *Derecho Matrimonial Canónico*, vol. III: *Cánones 1108-1165*, Salamanca 2003, pp. 227-259; V. REINA – J. M. MARTINELL, *Curso de Derecho Matrimonial*, Madrid 1995, pp. 65-74; F. J. CANAL, «Matrimonio y uniones de hecho en la reciente jurisprudencia constitucional», *IusC* 69 (1995) 287-300; J. CALVO ÁLVAREZ, «Consideraciones en torno a las uniones extramatrimoniales», *IusC* 72 (1996) 515-537; J. I. BAÑARES, «Derecho, antropología y libertad en las uniones de hecho», *IusC* 77 (1999) 187-204; R. M. MOLINER, «El problema jurídico de las “parejas de hecho”», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, Castellón 1999, pp. 629-640; J. GALLEGO PÉREZ, «Uniones de hecho. Análisis desde los ángulos civil y canónico», en *XVIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Salamanca 1999, pp. 255-338; J. M. DÍAZ MORENO (dir.), *Las uniones de hecho. Una aproximación plural*, Madrid 1999; J. FORNÉS, «Matrimonio y uniones de hecho», *IusC* 80 (2000) 395-411; M. MARTÍN CASALS, «La situació jurídica de les parelles de fet en alguns països europeus», *RJC* 99 (2000) 825-861; D. GARCÍA HERVÁS, «Panorámica legislativa sobre uniones de hecho», *IusC* 81 (2001) 319-346; S. PANIZO, *El matrimonio a debate hoy. Nulidades en el dos mil*, Madrid 2001, pp. 36-89; A. WÓJCIK, «La unión de hecho y el matrimonio. Diferencia antropológico-jurídica», *IusC* 83 (2002) 219-280.

Las causas que han llevado a esta situación son muy variadas y complejas, v.gr.: la privatización de la moral y del mismo matrimonio, el cambio en el concepto de familia, la pérdida de determinados valores como el institucional y el auge de otros como el de la libertad, la sobrevaloración de lo afectivo en las relaciones de pareja, la resolución de algunas situaciones injustas, etc., añadiéndose también a todo esto la presión ejercida por algunos medios de comunicación social que, bajo la capa de liberales y en su lucha contra todo tipo de discriminación entre las personas debido a su orientación sexual, con frecuencia promueven e intensifican algunas campañas mediáticas para que sean jurídicamente equiparadas las uniones estables de heterosexuales y de homosexuales con el matrimonio, con el fin de que se les conceda a todas ellas los mismos derechos.³

En nuestro país se ha vivido toda esta tendencia con una cierta intensidad mediática a raíz de la tramitación en el Congreso de los Diputados de la Proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil, presentada por el Grupo Parlamentario Popular,⁴ así como también de una manera particular en Catalunya, mediante la aprobación por su Parlamento Autonómico de la Ley 10/1998, de 15 de Julio, de Uniones Estables de Pareja.⁵ Todo ello precedido por una prolifera-

3. Cf. AZNAR GIL, «Uniones estables», 72.

4. Proposición de ley 122/00098, en *BOCG-CD*, IV Legislatura, de 29 de septiembre de 1997, Serie B, núm. 117-1, 15. Esta Proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil tiene como principales características las siguientes: a) su finalidad es dar «una solución a situaciones injustas al mismo tiempo que se es escrupulosamente respetuoso con el art. 32 de la Constitución, que regula el matrimonio civil sin inventar una nueva figura que sea una especie de matrimonio de segunda oseudomatrimonio». Es decir, no se quiere equiparar jurídicamente estas otras formas de convivencia con el matrimonio; b) la proposición de Ley se inspira, además, en la libertad: «libertad que [...] es preciso que respete y ampare las situaciones, no sólo de quienes quieren formalizar, estableciendo así consecuencias jurídicas, una unión civil, sino también la de aquellos que quieren relacionarse sin que el derecho se introduzca en sus vidas. Sería absurdo y contrario al más elemental principio de libertad que las relaciones entre dos personas pudiesen tener consecuencias jurídicas por el mero transcurso del tiempo si esas mismas personas han excluido de forma libre y consciente el que una determinada forma de relacionarse tenga consecuencias jurídicas»; c) se busca la seguridad jurídica de estas formas de convivencia, evitando otorgarles un «automatismo a determinadas situaciones personales», de forma que «por el mero transcurso del tiempo, éstas tuviesen consecuencias jurídicas no queridas por los que se encuentran en esa situación». También se evitan referencias a términos de dudosa juridicidad como «afectividad» o «con independencia de su orientación sexual». De hecho, el proyecto de ley no hace ninguna referencia directa al sexo; d) también se ha querido respetar el principio de intimidad, es decir, el derecho que tiene todo ciudadano a que ésta no aflore ni tenga consecuencias jurídicas. Por ello no se habla de la orientación sexual de las personas, ni de la afectividad porque «son conceptos que están fuera del derecho, que pertenecen a la esfera interior del individuo, que no tienen por qué tener consecuencias jurídicas necesariamente y cuya regulación podría dar lugar a un sinnúmero de equívocas situaciones que acabarían sin duda en el Tribunal Constitucional», sino solamente de aquellos que quieren que «sus relaciones personales, ya sea por vía del matrimonio o por esta otra vía totalmente distinta a él, tenga certeza frente a terceros» mediante «su publicación en el registro» (Cf. AZNAR GIL, «Uniones estables», 93-94; J. TRÍAS SAGNIER, «El contrato de unión civil y modificaciones legislativas que introduce», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 315 [1997] 1-5; GALLEGÓ PÉREZ, «Uniones de hecho», 312-313).

5. Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'Unions Estables de Parella, *DOG* 2687 (23 julio 1998). Esta Ley ha sido pionera sobre el tema dentro del Estado Español, aunque ya le han seguido otras muchas más, v.gr.:

ción en la creación de Registros de parejas o uniones de hecho en los diferentes ámbitos de la Administración pública, primero en algunos municipios⁶ y posteriormente también en algunas Comunidades Autónomas,⁷ los cuales aunque tan sólo eran de carácter administrativo y de ámbito municipal o autonómico, y con efectos prácticos bastante limitados, han tenido no obstante en nuestra sociedad sus efectos propagandísticos, si bien también suscitaron en su día numerosas críticas por sus defectos y ambigüedades técnicas.

Aragón (1999), Navarra (2000), Comunidad Valenciana (2001), Baleares (2001), Asturias (2002), etc., es decir, todas las Comunidades Autónomas excepto cuatro (Galicia, Murcia, Castilla-León y La Rioja). Las distintas Comunidades Autónomas han legislado sobre las parejas estables de hecho en lo que consideran «de su competencia», aunque al ser éstas también variadas se está produciendo una verdadera dispersión legislativa sobre la materia, sin que exista carácter armonizador alguno para todo el Estado, pues hay aspectos a los que tan sólo una ley de ámbito estatal podría dar una solución cabal, v.gr.: pensiones de viudedad, adopción, derecho sucesorio, declaración conjunta de la Renta, concesión de nacionalidad, etc. Esta situación legislativa está creando confusión entre los ciudadanos, además de desigualdades jurídicas y ciertas barbaridades dentro del mismo Estado, v.gr.: en Navarra o Valencia es preciso un año de convivencia ininterrumpida para ser considerada como pareja de hecho, mientras que en Catalunya son necesarios dos años. Por otra parte, en Catalunya, Aragón, Comunidad Valenciana y Baleares, por ejemplo, no se les reconoce a las parejas de homosexuales la posibilidad de la adopción, en cambio en Navarra sí, aunque en la actualidad la ley de esta Comunidad foral se encuentra recurrida por el Gobierno de la nación ante el Tribunal Constitucional precisamente por admitir la posibilidad de la adopción a las parejas homosexuales. Asimismo, la Comunidad de Asturias, Extremadura y Andalucía, aunque no admiten la adopción propiamente dicha, sí admiten que las parejas homosexuales puedan acoger a menores, en régimen de acogida simple o permanente, aunque la regulación de la adopción —y demás figuras jurídicas que pudieran tener una similitud con la misma— es en todos los casos competencia del Gobierno central.

6. Desde el 28 de febrero de 1994, en que se constituyó el primer Registro Municipal de Uniones Civiles en la ciudad de Vitoria.

7. Cf. AZNAR GIL, «Uniones estables», 87, núms. 34-39, donde el autor hace un elenco de diversos Decretos y Resoluciones de las diferentes Comunidades Autónomas por los que se crean los Registros de Uniones de Hecho y se aprueban las normas reguladoras de su funcionamiento; M. VALPUESTA FERNÁNDEZ, «La institucionalización jurídica de la pareja de hecho. Registro de parejas de hecho», en AA.VV., *Las uniones de hecho*, Cádiz 1995, pp. 47-66; J. L. MEZQUITA DEL CACHO, «El principio de seguridad jurídica en las diversas opciones legislativas. Aspectos probatorios: registros y otros medios de salvaguarda», en AA.VV., *El derecho europeo ante la pareja de hecho*, Barcelona 1996, pp. 157-182. La creación de este tipo de Registros, donde se pueden inscribir voluntariamente las parejas de hecho, independientemente de su orientación sexual, se suele justificar en todos los casos así: «El matrimonio es la forma institucionalizada en la que históricamente se ha manifestado la unión afectiva y estable entre el hombre y la mujer. Sin embargo, en los últimos años se ha delineado un nuevo modelo de familia que ya no está fundado, exclusivamente, en el vínculo matrimonial, sino, más bien, en el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados, con la finalidad de llevar a efecto una plena comunidad de vida material y espiritual. La función familiar ya no queda vinculada solamente a la familia constituida mediante vínculo matrimonial, sino que también corresponde a la familia de hecho, entendiendo la familia o unión de hecho como «la unión duradera y estable de dos personas, con capacidad suficiente y sin vínculo matrimonial subsistente que, con independencia de su sexo, ausencia de toda formalidad y desarrollando una comunidad de vida, cumplen espontánea y voluntariamente deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos». Esta realidad social no puede ser ignorada, sin menoscabo del principio constitucional de igualdad [...], del respeto a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de su personalidad» (AZNAR GIL, «Uniones estables», 87, donde el autor cita el Preámbulo del Decreto 36/1995, de 20 de abril, por el que se crea el registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid).

La regulación jurídica de estas realidades no deja de plantear serias y abundantes contradicciones, porque ¿cómo regular una realidad que resulta ser en su manifestación social tan plural, variada y variable? ¿cómo respetar la libertad de elección de los interesados y, al mismo tiempo, tutelar también derechos y obligaciones que se consideran necesarios? Y si estas formas se equiparan jurídicamente al matrimonio ¿no estará el legislador imponiendo una forma de vida no sólo no querida, sino incluso rechazada expresamente por ellos? ¿no se estará creando un matrimonio de «segunda clase» oseudomatrimonio, con la consiguiente devaluación y desfiguración de la institución familiar? etc.

Como afirma E. Roca, cuando se trata del Derecho de familia «hay que empezar por determinar qué es la familia o, mejor dicho, qué tipo de familia sirve de base para la organización jurídica que en un momento determinado se considera estimable regular. O no regular». Esto resulta «aún más importante en el sistema jurídico español, en el que no existe una definición constitucional»⁸ concreta, lo que significa que la misma debe buscarse no en la propia Constitución, sino en otros elementos externos a ella, como son las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (v.gr.: STC 184/1990, de 15 de noviembre;⁹ STC 222/1992, de 11 de diciembre).¹⁰ En principio, podemos afirmar claramente que nuestra Constitución protege lo que se entiende por el concepto de familia *estándar*, es decir, la que tiene su origen en el matrimonio clásico y es conocida con el nombre de *familia nuclear*, aunque esto mismo no signifique al parecer que, de entrada, la misma Constitución excluya también de su posible protección otros tipos de unidades familiares formadas sobre bases o con caracteres distintos.¹¹ Es decir,

8. E. ROCA, *Familia y cambio social*, Madrid 1999, pp. 40-41, en cuya obra la autora hace un excelente estudio, actual y pormenorizado, del Derecho civil de Familia en nuestro país, con un riguroso análisis social y jurídico de los profundos cambios experimentados en esta materia en los últimos años, principalmente en Europa occidental, y cuyo planteamiento y desarrollo inicial hacemos nuestro de manera sintética.

9. c. J. Leguina Villa, STC 184/1990, de 15 de noviembre, *BOE* de 3 diciembre 1990.

10. c. V. Gimeno Sendra, STC 222/1992, de 11 de diciembre, *BOE* de 19 enero 1993.

11. Ciertamente la Constitución de 1978 no partía de una noción *ex novo* de familia, sino que lo hacía de la noción existente hasta aquel entonces, es decir, de aquella que tiene su origen en el matrimonio, el cual debía entenderse, según el art. 32 del mismo texto fundamental, como la relación vincular que contraen un hombre y una mujer en plena igualdad jurídica de uno y otro. Este es lógicamente también el concepto de familia que nosotros entendemos, es decir, aquel tipo de familia que ya nos viene dado de forma permanente *ex ipsa natura* (can. 1055,1). Por lo que también sería de entrada «inaceptable» que el Tribunal Constitucional, que es el encargado de interpretar las palabras y los conceptos que la Constitución grabó en su letra, se olvide ahora, vistos los nuevos aires que parecen soplar sobre el tema, de lo que el propio ordenamiento jurídico entonces vigente entendía acerca de lo que era la familia y el matrimonio (Cf. FORNÉS, «Matrimonio y uniones de hecho», 397-398). El matrimonio crea la familia porque establece una unión estable y permanente, de donación recíproca, entre un hombre y una mujer, abierta al mutuo amor, a la procreación y la educación de los hijos. De aquí que, frente a las tendencias existentes en nuestra sociedad actual, la Iglesia nos recuerde incansablemente la importancia que tiene el matrimonio y la familia tanto para las personas individuales como para la misma sociedad, negando, por tanto, a su vez,

como afirma el Tribunal Constitucional: «nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra, sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tuitivo con que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado» (STC 222/1992, de 11 de diciembre).¹²

De esta nueva interpretación que hace el jurista del concepto de familia en nuestra Constitución podemos deducir que hoy día existe un doble interés por parte del Estado sobre la cuestión: primero, regular sobre la familia, aunque no hay una exigencia constitucional de igual protección en las distintas situaciones que pudieran darse en este sentido (v.gr.: STC 184/1990),¹³ y, segundo, dotarla de unas normas que permitan el desarrollo de la personalidad de sus miembros y la actuación del programa constitucional. La combinación de estos dos elementos puede provocar muchas veces contradicciones y contraposiciones que pueden llevar a un enfrentamiento entre diversos intereses político-sociales o bien puede provocar también consecuencias verdaderamente perversas. Realmente todo esto es difícil de evitar, porque al ser los cambios sociales más rápidos de lo que permite un sistema basado en leyes, la cuestión no admite soluciones fáciles y está lejos de ser pacífica. Sin embargo, la atribución a los poderes públicos del sistema de protección (arts. 9.2 y 39.1 CE) implica una toma de posición en la concepción de la familia y en las vías para la resolución de los problemas, pues la protección implica la necesidad de identificar el sujeto a proteger.¹⁴

también que se reconozca un estatuto jurídico igual al matrimonio a las otras posibles formas de convivencia. Así lo afirma la Carta de los Derechos de la Familia en su Preámbulo: «el valor institucional del matrimonio debe ser reconocido por las autoridades públicas; la situación de las parejas no casadas no debe ponerse al mismo nivel que el matrimonio debidamente contraído» (Santa Sede, Carta de los Derechos de la Familia, de 22 octubre 1989, en *EV*, 9, núms. 538-552), pues «una cosa es garantizar los derechos de las personas y otra bien distinta inducir al equívoco de presentar el desorden como una situación en sí misma buena y recta» (JUAN PABLO II, Alocución a la Unión de Juristas Católicos Italianos, de 16 octubre 1989, *Communications* 21 [1989] 109-111).

12. c. Gimeno Sendra, STC 222/1992; cf. c. P. García Manzano, STC 116/1999, de 17 de junio (*BOE* de 8 julio 1999), por la que el Pleno del Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad que había sido promovido por 63 diputados del grupo parlamentario popular contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, recurso que fue desestimado prácticamente en su totalidad. Esta sentencia sostiene que nuestra norma fundamental «no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, ni existe ninguna constricción del concepto de familia, por relevante que sea en nuestra cultura [...] esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ellas como corresponde a una sociedad plural».

13. c. Leguina Villa, STC 184/1990.

14. Cf. ROCA, *Familia*, 39-40.

I. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

Un examen de los cambios producidos en los últimos años en las legislaciones vigentes en Europa occidental nos muestra que éstas parten de dos puntos básicos: el primero, es que existe una constante desregulación del matrimonio institucional y, el segundo, y en contraste con el primero, es que se da una proclamación cada vez más firme de la libertad de los sujetos en contraerlo, considerado esto último como un derecho fundamental de la persona.¹⁵ Detengámonos en el examen de estos dos elementos.

1. La desregulación del matrimonio¹⁶

Es un hecho constatable que en toda Europa occidental se ha producido un aumento, aunque no extremado, al menos sí constante del número de parejas de hecho, es decir, personas de distinto sexo que conviven sin estar casadas. En este punto, los sociólogos hablan de una desinstitucionalización del matrimonio, llevando su generalización a colectivos que hasta ahora no eran admitidos en el mismo, v.gr.: los homosexuales.¹⁷

En España la cuestión ha empezado a tener una cierta relevancia desde hace un tiempo, dado que parece existir un creciente número de casos sobre cuestiones relacionadas con la liquidación de situaciones de convivencia, consecuencia de la ruptura de este tipo de parejas que se plantean ante los tribunales. Ello ha dado lugar a diversos proyectos en los Parlamentos autonómicos españoles, tal como se ha constatado anteriormente, en un intento de regularizar una situación cada vez más problemática, que culminaron en la Ley catalana 10/1998, de Uniones Estables de Pareja, pionera en la materia. Este aumento del número de parejas de hecho en España puede deberse a distintos factores, entre los que se encuentran, además de los ya constatados en general, los relativos a la mayor seguridad económica de que gozan determinadas capas sociales, para las que el matrimonio puede significar una dificultad, sobre todo si se prevé su posible

15. *Ibíd.*, 89.

16. *Ibíd.*, 89-91.

17. En España no existen indicadores totalmente fiables sobre el número de parejas de hecho. No podemos olvidar que se trata de una realidad muy problemática de cuantificar por las diferentes motivaciones que tienen las personas para elegir esta forma de vida, que son muy variadas, v.gr.: etapa previa al matrimonio, imposibilidad jurídica de contraer un nuevo matrimonio, razones ideológicas, un concepto peculiar de la libertad personal o de las relaciones afectivas, etc. Con todo, *The Economist* (september 26th, 1998, 34) colocaba la cohabitación en España en 1994 por debajo del 4 %. Y *El País* (domingo, 8 abril 2001, 12) se hacía eco en una editorial de que en España hay aproximadamente un total de 300.000 parejas de hecho de todo tipo —hetero y homosexuales—.

disolución por divorcio, así como también la independencia entre personas de un *status* social relativamente alto, lo que incluye también a las clases medias.¹⁸ Con todo, no creemos que pueda deducirse que en nuestro país exista todavía un declive significativo del matrimonio como *status* social, aunque algunas campañas mediáticas parezcan querer convencernos de lo contrario.

2. La libertad para contraer matrimonio¹⁹

Es evidente que este derecho a contraer matrimonio deriva del derecho fundamental a la libertad, de forma que quien desee entrar en el estado matrimonial no debe verse limitado por ninguna forma de prohibición irracional o absurda impuesta por el Estado.

El artículo 12 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, establece que: «a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».²⁰ Esta disposición ha llevado a considerar en algunos países que el derecho a contraer matrimonio se incluye entre los derechos fundamentales del hombre, aunque directamente no aparezca mencionado en la lista de los mismos. Ello nos debe llevar a estudiar cómo se configura en España este derecho, como consecuencia de su reconocimiento constitucional.

El artículo 32.1 CE establece que: «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», lo que ha sido interpretado en general como un reconocimiento constitucional del derecho a contraer matrimonio por parte de toda persona, es decir, del denominado *ius connubii*, aunque ello no se efectúa a nivel de derecho fundamental, dado que su regulación se incluye en la sección 2ª del título I, excluida de la protección acordada a los derechos fundamentales en el artículo 53 CE, por lo que el derecho al matrimonio no está concebido en la Constitución española de 1978 como un derecho fundamental y por ello no está protegido con el recurso de amparo. Sin embargo, esta disposición contiene dos elementos importantes: el derecho personal contenido en el artículo 32.1 CE, con el contenido que en el mismo se especifica, y la reserva de ley para la regulación de las condiciones de su ejercicio contenida en el artículo

18. Cf. ROCA, *Familia*, 91; J. IGLESIAS DE USSEL, *La familia y el cambio político en España*, Madrid 1998; I. ALBERDI, *La nueva familia española*, Madrid 1999; D. RUIZ BECERRIL, *Después del divorcio: los efectos de la ruptura matrimonial en España*, Madrid 1999.

19. Cf. ROCA, *Familia*, 91-98.

20. Entró en vigor en España el 4 de octubre de 1979 (Cf. BOE de 10 octubre 1979).

32.2 CE, en el que se establece que: «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».²¹

a) *El poder del Estado en la regulación del matrimonio.* El artículo 32.2 CE establece una reserva de ley para la regulación de ciertos elementos básicos, que forman el núcleo esencial del propio matrimonio. La reserva de ley significa que el Legislador ha de respetar el contenido esencial del derecho al matrimonio cuando asuma legislar sobre el mismo. Ésta es una de las cuestiones más básicas porque implica la necesidad de definir el matrimonio con la finalidad de determinar cuándo y cómo una legislación estatal referida al mismo sería contraria a los planteamientos constitucionales. De todo ello se derivan dos consecuencias importantes, que son: la primera, que el Estado debe respetar la libertad de contraer matrimonio manifestada por quien desee hacerlo, siempre que se cumplan los requisitos que la ley ha de determinar, de acuerdo con el propio artículo 32.2 CE. Es decir, que el estado no sólo puede definir el matrimonio, sino que debe establecer las condiciones para el ejercicio de este derecho. Partiendo de la base de que no se trata de un derecho fundamental, sino que es una especificación del más general derecho a la libertad, reconocido en el artículo 17 CE,²² habrá que considerar que este derecho no es absoluto, sino que está condicionado al establecimiento de las limitaciones que el Estado, obligado a hacerlo, determine en relación a la capacidad para contraerlo y las condiciones para hacerlo. Y la segunda, que el Estado debe respetar esta libertad imponiendo a los ciudadanos presupuestos que sean razonables (v.gr.: en cuanto a la edad y las condiciones físicas y psíquicas necesarias).²³

b) *El contenido constitucional del matrimonio.* El artículo 32.1 CE establece una garantía constitucional a las personas que desean contraer matrimonio en el sentido de que su situación personal no sufrirá ningún cambio como consecuencia de haberse casado. Así, las consecuencias de la aplicación al matrimonio del derecho a la igualdad, sancionado en el artículo 14 CE,²⁴ se producen en dos ámbitos: el público y el privado. En el ámbito público, el artículo 32.1 CE implica que será contraria a la Constitución cualquier disposición, de cualquier rango legislativo, que discrimine al hombre o a la mujer casados por el hecho de estar casados. Esta es precisamente la razón por la que, por ejemplo, la STC 45/1989,

21. Cf. ROCA, *Familia*, 95.

22. El art. 17.1 CE establece que: «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley».

23. Cf. ROCA, *Familia*, 95-97.

24. El art. 14 CE establece que: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

de 20 de febrero,²⁵ declaró la inconstitucionalidad de la obligación de las personas casadas de efectuar conjuntamente su declaración de la renta. Y en el ámbito privado tenemos que, por ejemplo, el artículo 1.358 del CC establece la nulidad de los pactos entre los cónyuges que sean contrarios a la igualdad, que aparece sancionada como contenido esencial del matrimonio en el artículo 66 CC.²⁶

Por tanto, como afirma E. Roca, «la Constitución española en principio no adopta una posición neutral sobre el matrimonio, que no sólo recoge como un elemento estructurador de la sociedad en la parte donde se describen los derechos y deberes de los ciudadanos, sino que dota al mismo de un contenido acorde con el sistema basado en el reconocimiento de derechos fundamentales».²⁷

II. LIMITES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

Se ha constatado anteriormente que en la Constitución española el derecho a contraer matrimonio no se configuraba como un derecho fundamental, aunque esté constitucionalmente protegido. Ello parece merecer una explicación algo más extensiva o profunda, a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional. La primera y más importante en la que se distingue entre matrimonios y situaciones de hecho es la STC 184/1990.²⁸ Aquí el Tribunal Constitucional sienta muy claramente la diferencia estableciendo que: «Es claro que en la Constitución de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art.32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art.32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento». La razón de la diferencia según la citada sentencia se encuentra en que: «El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia no basada en el matrimonio», aunque de aquí no debe deducirse que el Legislador no pueda establecer regulaciones propias de las uniones de hecho, sin

25. c. F. Rubio Llorente, STC 45/1989, de 20 de febrero, *BOE* de 2 marzo 1989.

26. El art. 66 CC establece que: «el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes».

27. ROCA, *Familia*, 98.

28. c. Leguina Villa, STC 184/1990.

embargo, nunca debe hacerlo bajo el pretexto de la igualdad entre ambas situaciones: «En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica».

Como señala E. Roca,²⁹ desde el punto de vista de la regulación del matrimonio, el Ordenamiento jurídico está obligado a legislar —como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 32.2 CE— respondiendo a la siguientes cuestiones:

1ª. ¿Quién puede casarse? Las disposiciones que determinan en nuestro Ordenamiento civil la capacidad para contraer matrimonio se encuentran establecidas en el artículo 46 CC, que establece la mayoría de edad, así como la emancipación, como únicos requisitos para ambos sexos de capacidad para la validez del matrimonio. Es decir, dado que en el Derecho civil español el matrimonio no tiene asumidas finalidades procreativas, la edad es la general para la eficacia de los negocios jurídicos y no la específica para procrear, como sucedía en el Antiguo Régimen.³⁰

2ª. ¿Con quién se puede uno casar? El derecho a la libertad no es nunca un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales. En consecuencia, el derecho a contraer matrimonio, que es una especificación de aquel, tampoco lo es, porque la Constitución se remite a la Ley como instrumento para establecer las condiciones para su validez. Y en este sentido, los artículos 46 y 47 CC claramente imponen unas prohibiciones absolutas, limitando así la libertad individual, que son: la de parentesco, de modo que el matrimonio está prohibido a todos los parientes en la línea recta descendente o ascendente, incluyendo la adopción, y la monogamia, por lo que no pueden contraer matrimonio quienes estén ligados por uno no disuelto previamente.³¹

3ª. ¿Cuál es el procedimiento adecuado para contraer válidamente matrimonio? La ley atribuye al matrimonio un carácter formal. Así, el artículo 32.2 CE se remite a las disposiciones legales para fijar «la forma del matrimonio», lo que encontramos en el artículo 49 CC, el cual se refiere a la forma civil para hacerlo y a las formas propias de aquellas confesiones religiosas que tengan firmado el acuerdo correspondiente con el Estado. No existe, por tanto, libertad de forma para contraer matrimonio, sino una forma obligatoria, bien sea la propiamente

29. Cf. ROCA, *Familia*, 98-104.

30. El anterior Código civil español (art. 83,1), antes de su modificación en 1981, establecía que no podían contraer matrimonio: «los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos». La edad para contraer matrimonio se ha ligado históricamente con la capacidad física para procrear (Cf. can. 1083,1 del CIC).

31. Sin embargo, la admisión del divorcio y los matrimonios posteriores de un divorciado trasladan la cuestión a lo que algunos autores han denominado *poligamia sucesiva*.

civil, bien las otras formas admitidas como válidas para cumplir con la obligatoriedad del principio formal.

De la respuesta a estas preguntas se derivan algunos interrogantes que constituyen «el núcleo principal de la discusión en torno a los actuales planteamientos matrimoniales»³² en el ámbito civil, como son el tema del sexo y el de las parejas de hecho. En cuanto al primero, deberíamos tener en cuenta que el artículo 32 CE no hace una referencia directa, aunque sí indirecta, sobre el requisito de que las personas que deseen contraer matrimonio tengan que ser de distinto sexo, lo que nos lleva al planteamiento de su aplicación a transexuales y homosexuales. Y, en cuanto al segundo, nos tendríamos que plantear si el derecho a no casarse, implícito también en el derecho a casarse, debe tener una respuesta jurídica adecuada, o, por el contrario, si ésta no debe considerarse más bien como intrusiva en el derecho a la libertad personal, pues se trataría de imponer una serie de consecuencias, similares o no al matrimonio, para aquellas personas que libremente han decidido convivir precisamente sin matrimonio y, consiguientemente también, sin esas mismas consecuencias.³³ Todo ello lo veremos a continuación.

III. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y LA CUESTION DEL SEXO

Si el matrimonio nace en relación con la sexualidad y sólo en este orden tiene posibilidad de existencia, la primera cuestión que se nos plantea es si el sujeto de la relación jurídica matrimonial es la persona humana considerada sólo en su constitutivo último y, por tanto, en el plano en el que todo individuo es persona, o es la persona humana contemplada en el plano de la distinción sexual, esto es, en cuanto está modalizada por la virilidad y la feminidad. Y su fundamento reside en el carácter complementario de los sexos.

Todas las legislaciones definen el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, por consiguiente, se trata siempre, al menos en principio, de una unión basada en la heterosexualidad. Bajo este principio de heterosexualidad subyace de manera clara e implícitamente el reconocimiento de la realidad biológica de la distinción sexual en orden al proceso procreador humano. Pero el principio de heterosexualidad apunta a un valor todavía más profundo, que no se agota en la exigencia de una diversidad sexual de cara a la procreación, sino que,

32. ROCA, *Familia*, 103.

33. Cf. *Ibid.*, 104.

suponiéndola, reconoce también el valor radical personal y social de la complementariedad sexual humana. Esta ha sido una cuestión pacífica en la doctrina hasta tiempos recientes. El conflicto se ha planteado cuando los sujetos que pretenden entrar en este estado pertenecen al mismo sexo.

El artículo 32.1 CE proclama que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Por consiguiente, parece claro que nuestra Constitución sanciona el principio de la heterosexualidad en el tema del matrimonio. Esto se hace todavía más evidente cuando, a los efectos que nos ocupan, tan sólo en este artículo 32.1 la Constitución española se preocupa de precisar que «el hombre y la mujer» son los titulares del *ius connubii* o *ius nubendi*, mientras que en todos los demás casos en que trata de los derechos y libertades fundamentales (Capítulo segundo del Título I), utiliza fórmulas impersonales.³⁴ Por tanto, para nuestra Constitución, el sujeto de la relación jurídica matrimonial no es la persona humana considerada solamente en su constitutivo último y, por tanto, en el plano en el que todo individuo es persona, sino que es la persona humana contemplada en el plano de la distinción sexual, esto es, en cuanto modalizada por la virilidad y la femineidad. Y su fundamento reside en el carácter complementario de los sexos, es decir, en la heterosexualidad.³⁵ Así se manifiesta también el Tribunal Constitucional en el Auto 222/1994, según el cual, «se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial».³⁶

El Código civil español, como no podía ser de otro modo, sigue el mismo criterio marcado por la Constitución. La referencia al hombre y la mujer del artículo 44 —«el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a

34. Se utilizan formulas como «los españoles», «todos», «toda persona», «se garantiza», «se reconoce», «tienen derecho», sin estimarse necesario referir el sexo concreto de la persona sujeto del derecho.

35. Este mismo criterio es el seguido por los Tratados internacionales en la materia ratificados por España y que deben ser tenidos muy en cuenta a la hora de interpretar las normas relativas a las libertades y derechos fundamentales; así, por ejemplo, el art. 16 de la Declaración Internacional de Derechos Humanos (1948) declara: «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.» El art. 12 del Convenio de Roma sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) reconoce que «a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia...». Y el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) dice: «2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes» (Cf. AA. VV., *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid 1997, pp. 339-340; J. FORNÉS – M. BLANCO – B. CASTILLO, *Legislación eclesiástica*, Pamplona 1999, pp. 33ss). En relación con la interpretación de las palabras *hombre* y *mujer*, utilizadas, por ejemplo, en el referido art. 12 del Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, con ocasión del famoso caso *Rees*, afirmó que por tales debían entenderse *personas de sexo biológico diferente* (Cf. n. 44).

36. TC, Auto 222/1994, de 11 de julio, en *El Derecho, Repertorio de Jurisprudencia*, 1994/13548.

las disposiciones de este Código»— se concreta después en muchos otros artículos al «marido» y a la «mujer», una vez celebrado el matrimonio. Especialmente significativa es esta terminología en los artículos 66 —«El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes»— y 67 —«El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia»— del Código civil, que son dos de los tres preceptos (según dispone el artículo 58 CC) a los que se debe dar lectura, por el juez o funcionario, en el acto solemne de celebración del matrimonio. Pero es que además, tal y como se argumenta en la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 21 enero 1988,³⁷ si se llegara a contraer en España un matrimonio entre personas del mismo sexo, el matrimonio sería nulo por aplicación del artículo 73.1 CC —«Es nulo [...] el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial»— en relación con el artículo 45 CC —«No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial»—. El adjetivo «matrimonial», como se subraya en la Resolución citada, sirve para acentuar el carácter singular del consentimiento que han de prestar los cónyuges, que no es ya el simple consentimiento necesario para un contrato cualquiera, sino el recíproco consentimiento en el que cada contrayente ha tenido en cuenta el sexo distinto del otro, destinados a complementarse en la institución matrimonial. Esto mismo se especifica más claramente todavía en la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 2 de octubre de 1991, en la que se afirma que: «el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio [...] está limitado a personas de distinto sexo biológico».³⁸

El conflicto, no obstante, como queda dicho, se plantea cuando los sujetos que pretenden un derecho al matrimonio resultan ser del mismo sexo. En este caso, existen dos situaciones: por un lado, la de aquellas personas que pertenecen al mismo sexo, pero han sufrido una intervención médica que hace que aparezcan como de sexo distinto, como es el caso de los transexuales, y, por otro lado, la de aquellas otras personas que son y aparecen ser del mismo sexo, como es el caso de los homosexuales. Veámoslas.

1. El caso de las personas transexuales³⁹

En coherencia con la recomendación 1.117 de la Asamblea del Consejo de Europa, de 29 de septiembre de 1989, un transexual es una persona que sufre «un

37. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 enero 1988, en *El Derecho*, *Repertorio de Jurisprudencia*, 1988/10556.

38. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 octubre 1991, en *El Derecho*, *Repertorio de Jurisprudencia*, 1991/9238.

39. Cf. ROCA, *Familia*, 104-105.

síndrome que tiene como característica una doble personalidad, física y psicológica, a la vez que tal profunda convicción de pertenecer al sexo distinto le lleva a pedir que se realicen las correcciones correspondientes en su cuerpo». ⁴⁰ A la vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el conocido caso *Rees*, define el transexualismo diciendo que esta expresión se aplica a aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, se sienten convencidos de pertenecer al otro. ⁴¹ Por su parte, el Tribunal Supremo de España ha preferido utilizar para su definición lo que se denomina como teoría de la ficción. Así, la STS, de 2 de julio de 1987, al tratar de la demanda de rectificación de sexo en el Registro Civil por parte de un transexual, declara que: «será una ficción de hembra, si se quiere; pero el Derecho también tiende su protección a las ficciones. Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracteriologías psíquica y emocional propias de este sexo». ⁴²

En el panorama de Europa occidental nos encontramos con dos grandes grupos de países que han tomado postura ante el hecho de la transexualidad: por un lado, aquellos que como Suecia, Alemania, Italia y Holanda han aprobado leyes internas concretas que permiten, al menos, la constancia registral de los cambios de sexo, aunque exigiendo diferentes requisitos para ello según el país de que se trate. A este grupo de países se añade también España, donde, a pesar de no existir una ley concreta que regule esta cuestión, se ha llegado a la misma solución a través de decisiones jurisprudenciales. ⁴³ Y, por otro lado, un segundo grupo de países que, como el Reino Unido, no admiten ni tan siquiera este cambio registral de sexo. ⁴⁴ Por tanto, podemos advertir que en el panorama europeo no exis-

40. El original inglés dice: «...is a syndrome characterised by a dual personality, one physical the other psychological, together with such a profound conviction of belonging to the other sex that the transsexual personal is prompted to ask for the corresponding bodily “correction” to be made» (ROCA, *Familia*, 105, n. 29).

41. El original inglés dice: «The term “transsexual” is usually applied to those who, whilst belonging physically to one sex, feel convinced that they belong to the other; they often seek to achieve a more integrated, unambiguous identity by undergoing treatment and surgical operations to adapt their physical characteristics to their psychological nature. Transsexuals who have been operated upon thus form a fairly well-defined and identifiable group» (ROCA, *Familia*, 106, n. 30, donde la autora cita una duplicación inglesa de esta resolución).

42. c. J. Latour Brotóns, STS, de 2 julio 1987, en *El Derecho, Repertorio de Jurisprudencia*, 1987/5313. En este mismo sentido: c. M. Martín-Granizo Fernández, STS, de 15 de julio 1988, en *Ibíd.*, 1988/6259; c. J. L. Albácar López, STS, de 3 de marzo de 1989, en *Ibíd.*, 1989/2367; c. J. Santos Briz, STS, de 19 de abril de 1991, en *Ibíd.*, 1991/4017.

43. Cf. nota anterior.

44. En diversas ocasiones se han planteado recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo sobre esta cuestión. Este Tribunal es la máxima instancia jurisdiccional en materia de dere-

te unanimidad en torno al tratamiento del tema de los transexuales, una problemática que se plantea muy especialmente en relación al reconocimiento del derecho a contraer matrimonio para los mismos, pues, una vez reconocido el derecho a la rectificación registral del cambio de sexo ¿podrán contraer matrimonio con personas del ahora sexo opuesto? En el caso concreto de España, el Tribunal Supremo claramente declara que la rectificación del sexo en el Registro Civil no permite al interesado contraer matrimonio con persona del sexo opuesto del que ahora figura registrado, lo que confirmaba las dos resoluciones mencionadas anteriormente de la Dirección General de los Registros.⁴⁵

chos humanos de Europa. En el citado caso *Rees*, la Corte europea consideró correcta la argumentación del Reino Unido, según la cual el sexo es una cuestión biológica y no psicológica y por ello no podía rectificarse el correspondiente registro. La Corte entendió que una rectificación de este tipo requeriría un cambio legislativo y no existiendo consenso entre los Estados sobre cómo debe ser tratado un transexual, existe un amplio margen de interpretación que permite a cada uno de ellos resolver la cuestión como crea mejor. Una razón importante fue que el Reino Unido sí permite el cambio de nombre y ello protege de alguna forma la intimidad de los transexuales (Cf. ROCA, *Familia*, 107, n. 34). Sin embargo, el mismo Tribunal cambió su argumentación en dos sentencias posteriores dictadas en el año 2002, relativas a sendas demandas de dos transexuales británicos nacidos varón y convertidos en mujer. En estas dos sentencias, no sólo se reconoce el derecho de ambos transexuales a que su nueva identidad sexual figure en el Registro Civil, modificando la anotación de su sexo originario, pues, según argumenta, «la no concordancia de los factores biológicos en un transexual operado no puede constituir un motivo suficiente para dejar de reconocer jurídicamente el cambio de sexo del interesado», sino que, además, exige a la sociedad y al Estado comprensión e iniciativas legislativas que «permitan a las personas vivir [...] conforme a la identidad sexual elegida por ellas», por lo que también se les reconoce el derecho a contraer matrimonio, pues, según argumenta, «el Tribunal no está convencido de que se pueda hoy continuar admitiendo [...] que el sexo debe ser determinado según criterios puramente biológicos». El Tribunal admite que corresponde al Estado determinar los requisitos para casarse y las condiciones aplicables al futuro matrimonio de un transexual operado, pero también declara que no hay «ninguna razón que justifique que los transexuales sean privados en todo caso de su derecho a casarse» (*El País*, viernes, 12 julio 2002, 31; lunes, 15 julio 2002, 12). Según este mismo diario (viernes, 12 julio 2002, 31), en España hay «8.000 personas» que esperan «la aprobación de una ley que avale el cambio de identidad sexual», lo cual, hasta hoy día, quedaba tan sólo a criterio de un juez, que habitualmente, si decidía la inscripción del cambio de sexo, acostumbraba a especificar: aunque «sin derecho a casarse». Con todo, diferentes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado ya aceptan en nuestro país que el transexual, operado quirúrgicamente y que ha obtenido sentencia judicial de cambio de sexo, pueda contraer matrimonio con persona de distinto sexo legal, aunque coincida el sexo biológico, alegándose diferentes consideraciones para ello (Cf. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 enero 2001, en *El Derecho, Repertorio de Jurisprudencia*, 2001/1043; 2001/1044; *Ibid.*, de 31 enero 2001, en *ibid.*, 2001/5257; M. D. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, «Derecho al matrimonio del transexual operado», *Revista de Derecho de Familia* 8 [2000] 301-308; J. A. PARADOY NAVARRO, «La transexualidad y el derecho a contraer matrimonio: de un imposible a una realidad», en AA.VV., *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga 2001, pp. 627-634; J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, «Autorización de la celebración del matrimonio de un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 486 [2001] 1-6).

45. Sin embargo, *La Vanguardia* (sábado, 21 abril 2001, 36) ya anunciaba este día la autorización mediante Resolución del Registro Civil de dos casos de transexuales para contraer matrimonio: uno de Melilla, que no llegó a celebrarse por razones de índole personal, y el otro de Igualada, que se celebró en la fecha prevista inicialmente, es decir, el 9/9/01 (Cf. *La Vanguardia*, lunes, 10 septiembre 2001, 24).

¿Cuáles son los argumentos más utilizados para no conceder el derecho al matrimonio a las personas transexuales? Como señala E. Roca,⁴⁶ los podríamos reducir, en general, a tres, que son:

1º. El argumento biológico. Tal como se afirma en las diferentes resoluciones judiciales, el cambio que se ha sufrido no es más que físico, es decir, afecta al aspecto externo de la persona, pero no a su biología, ya que la persona sigue teniendo sus caracteres cromosómicos idénticos a los que tenía al nacer; esto es, biológicamente sigue siendo un hombre o una mujer.⁴⁷ Por tanto, aun habiéndose producido un cambio aparente, el sexo permanece.

2º. En los casos resueltos hasta ahora por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo siempre se ha considerado que no viola el artículo 12 del Convenio de Roma sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce el derecho a contraer matrimonio, una decisión que impida la constancia registral del cambio de sexo sufrido por un transexual. Así ocurrió en el caso *Rees*, en el que se declaró por unanimidad que «el derecho a contraer matrimonio se refiere a los matrimonios tradicionales entre personas de sexo biológicamente opuesto».⁴⁸

3º. El argumento que aparece en las resoluciones judiciales españolas sobre esta cuestión es el de la protección a los terceros. Es decir, puesto que el derecho a contraer matrimonio implica a terceros o futuros posibles cónyuges, admitir que esta rectificación del sexo comporte automáticamente el ejercicio de este derecho sería tanto como facilitar el fraude a terceros de buena fe.

46. Cf. ROCA, *Familia*, 112-113.

47. El primer caso que se planteó en Europa es el conocido como *Corbett-Corbett* decidido en el Reino Unido en 1971. Hay que tener en cuenta que la ley reguladora del matrimonio, la *Matrimonial Causes Act 1973*, exige, en la sección 11.c, para la validez del matrimonio, que los cónyuges sean un hombre y una mujer. El problema se plantea porque el demandante había pedido que se declarara la nulidad de su matrimonio sobre la base de que su esposa pertenecía a su mismo sexo por tratarse de un hombre que había sufrido una operación quirúrgica con la finalidad de adecuar su sexo físico al psicológico. Los Jueces decidieron que, aun teniendo en cuenta los distintos sentidos que en la actualidad pueden atribuirse al concepto sexo, en lo referente a las exigencias que la sección 11.c de la *Matrimonial Causes Act 1973* establece para la validez del matrimonio, únicamente debe tenerse en cuenta el concepto biológico. Así, se consideró que, dado que el matrimonio es esencialmente la unión entre un hombre y una mujer, la relación depende del sexo y no del género y que los únicos criterios para asegurar la condición de una persona son los siguientes: los factores cromosómicos, los relativos a la presencia o no del aparato reproductor femenino o masculino y los factores genitales. De aquí se deduce en la sentencia que el matrimonio era nulo. Los argumentos de la sentencia del caso *Corbett-Corbett* se reprodujeron en otros casos posteriores similares (Cf. ROCA, *Familia*, 108-109).

48. «In the Court's opinion, the right to marry guaranteed by art.12 refers to traditional marriage between persons of opposite biological sex» (ROCA, *Familia*, 113, n. 42). Sin embargo, véase el reciente cambio de argumentación por parte del mismo alto Tribunal en la n. 44.