



Derecho Español **C**ontemporáneo

MATRIMONIO Y CONSTITUCIÓN (PRESENTE Y POSIBLE FUTURO)

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla



DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

TÍTULOS PUBLICADOS

- Renuncia y repudiación de la herencia en el Código civil**, *Carlos Rogel Vide* (2011).
- La prueba en el procedimiento contencioso-administrativo**, *David Ordóñez Solís* (2011).
- Formulación de cuentas anuales en las sociedades de capital**, *Leopoldo del Puerto Cabrera* (2011).
- Fuentes del Derecho Nobiliario**, *Vanessa E. Gil Rodríguez de Clara* (2011).
- La cláusula penal**, *Silvia Díaz Alabart* (2011).
- Adquisición de la nacionalidad por descendientes de españoles**, *María José Cazorla González* (2011).
- Honor, intimidad e imagen en el deporte**, *Blanca Sánchez-Calero Arribas* (2011).
- La impugnación del arbitraje**, *Miguel L. Lacruz Mantecón* (2011).
- Recargas hipotecarias e hipotecas recargables**, *Helena Díez García* (2012).
- La responsabilidad precontractual**, *Pablo Valés Duque* (2012).
- El pago en metálico de la legítima de los descendientes**, *Carlos Vattier Fuenzalida* (2012).
- La donación en España y en Europa**, *Antoni Vaquer Aloy* (2012).
- La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias**, *Josep Solé Feliu* (2012).
- El error de derecho**, *Salvador Carrión* (2012).
- La condonación de la deuda**, *Francisco de P. Blasco Gascó* (2012).
- La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto**, *Cristina Fuenteseca Degeneffe* (2012).
- La denominación de origen: su protección jurídica**, *Francisco Millán Salas* (2012).
- Derecho de asociación con fines profesionales en la Guardia Civil**, *Francisco Javier Marín Lizarraga* (2012).
- Contratos sobre bienes litigiosos y su rescisión**, *Carlos Manuel Díez Soto* (2013).
- Matrimonio y Constitución (presente, y posible futuro)**, *Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla* (2013).

DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

Directores:

CARLOS ROGEL VIDE y SILVIA DÍAZ ALABART

Catedráticos de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

MATRIMONIO Y CONSTITUCIÓN (PRESENTE, Y POSIBLE FUTURO)

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Profesor Titular de Derecho civil

Universidad de Sevilla



Madrid, 2013

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1ª edición REUS, S.A. (2013)
ISBN: 978-84-290-1751-9
Depósito Legal: M 29045-2013
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*A la memoria de M^a Carmen Cerdeira
por la igualdad y la libertad,
... incluso en el matrimonio*

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
BIMJ	Boletín Informativo del Ministerio de Justicia
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española
CEuropea	Constitución Europea
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CiU	Convergencia i Unió
Col. Leg.	Colección Legislativa y Jurisprudencial Oficial
DA	Disposición Adicional
Dir. e Giur.	Diritto e Giurisprudenza
ED	Enciclopedia del Diritto
EG	Enciclopedia Giuridica
EJE	Enciclopedia Jurídica Española
ER	Ezquerria Republicana
FI	Il Foro Italiano
Giur. Ital.	Giurisprudenza Italiana
IU	Izquierda Unida
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Ley 13/2005	Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio

Índice de Abreviaturas

Ley 15/2005	Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio
LH	Ley Hipotecaria
LRC	Ley del Registro Civil
LRHA	Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida
ND	Nuovo Diritto
NDI	Nuovo Digesto Italiano
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
NssDI	Novissimo Digesto Italiano
PNV	Partido Nacionalista Vasco
PP	Partido Popular
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliaria
RDGRyN	Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado
RDJudicial	Revista de Derecho Judicial
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPriv	Rivista di Diritto Privato
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RH	Reglamento Hipotecario
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
SCCassazione	Sentenza di Corte Suprema di Cassazione
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

PRÓLOGO:
**Ocasión de la presente
recopilación de estudios sobre familia,
matrimonio y Constitución**

Por halago de la fortuna, tuve la ocasión de conocer al Prof. Rogel Vide al coincidir ambos como ponentes en el VII Encuentro Iberoamericano de Derecho de Familia, celebrado en mayo de 2013 en el Hotel Nacional de La Habana, cuando la Universidad de aquella ciudad le había nombrado por esos días profesor invitado. Conocedor de mi último trabajo sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual publicado aquel mismo año en la Revista de Derecho Privado (que cumplía entonces 100 años), me propuso el Prof. Rogel integrarlo como monografía en la colección que la propia editorial Reus realizaba bajo el título “Derecho español contemporáneo”. Sin ninguna duda acepté su invitación, no sin antes contar también con el consentimiento de la Prof^a Díaz Alabart, quien, como miembro científico de la misma editorial Reus, desde hacía ya mucho que venía gentilmente aceptando todos mis trabajos sobre Derecho de la per-

sona y de la familia, para su publicación en la Revista de Derecho Privado. Algunos de ellos son los que se recopilan en la presente monografía, cerrando así capítulo y reflexión, por mi parte al menos, sobre la constitucionalidad de las dos grandes reformas habidas sobre matrimonio en España cuando hace ya casi diez años se aprobaron dos leyes que, sin temor a la exageración, pueden estimarse como revolucionarias: una, la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* (en adelante, *Ley 13/2005*), que introdujo, apenas sin antecedentes históricos, el matrimonio entre personas de idéntico sexo; y, otra, la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* (en adelante, *Ley 15/2005*). Aun sin ser ésta tan revolucionaria como aquella otra, no dejó de ser una ley de innegable trascendencia histórica, al dar un gran paso más en favor del divorcio frente a nuestra tradición católica antidi-
vorcista, antaño sólo interrumpida por la efímera ley del divorcio de 1932 de la II República española.

Sería a finales de junio de 2005, mientras el Parlamento culminaba sus debates sobre tales leyes antes de aprobarlas a inicios de julio, cuando juristas, que en su mayoría hoy formamos parte del IDADFE (Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España), debatíamos también acerca de aquellas reformas legales, en el Palacio Parcent, muy cerca del Congreso. No era la primera vez que lo hacíamos. En octubre de 2004 ya tuvimos ocasión para

ello cuando se celebraba, en Sevilla, el XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, organizado también por la asociación IDADFE (bajo la dirección, como en aquella otra ocasión, del Prof. Lasarte Álvarez). Fue entontes cuando formé mi primera opinión sobre aquella reforma del Derecho de familia que se avecinaba.

Sirva, pues, la presente ocasión que se me ofrece para exponer tal opinión, de forma sistemática y compendiada, recopilando algunos de los varios estudios que hice, antes y después de aquellas dos leyes de 2005:

Como estudio embrionario, gestado a propósito del Congreso Internacional celebrado en Sevilla, el de *“Parejas no casadas, homosexuales y transexuales: ¿otra revisión del matrimonio, y de la familia?”*, que apareció incluido en la obra colectiva *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI*, editada, sólo en formato electrónico, por IDADFE, con fecha ya de 2005 (un trabajo que, sin embargo, por su anticipación cronológica a las leyes de 2005, no se incluye en la presente recopilación de mis estudios). Poco después, aproximándose la promulgación de las dos leyes, realicé otros dos trabajos:

En el primero, donde me preguntaba: *“¿Es constitucional, hoy, el matrimonio “homosexual” (entre personas de idéntico sexo)?”*, fue publicado en Revista de Derecho Privado, en el nº 2, de marzo-abril de 2005; en él ya planteaba yo, antes de la aprobación de la ley 13/2005, lo que, sin duda, iba a ser la cuestión clave: la de la constitucionalidad de tal propuesta, como así de-

nunciaría el Partido Popular recién entrada en vigor la norma, y que nuestro Tribunal Constitucional no resolvería hasta siete años después de ser interpuesto aquel recurso de inconstitucionalidad. Aunque tras aquella primera publicación nos hayan situado, unos, entre los partidarios de aquella Ley 13/2005, o, según otros, entre los contrarios al matrimonio “homosexual”, ni una ni otra ubicación que se nos asignaba era del todo acertada. Aunque inclinado en aquel primer trabajo hacia la inconstitucionalidad de aquella Ley, por estimarla prematura a su tiempo (al menos, a nuestro tiempo de entonces), mi postura era más bien dubitativa. Lo demuestra el propio título, formulado entre interrogantes, de aquel artículo: “*¿Es constitucional, hoy, el matrimonio “homosexual” (entre personas de idéntico sexo)?*”. Y en él, asimismo, anunciábamos —con aquel “*hoy*”— que se trataba de una cuestión de tiempo, de que la Ley, en su contenido y finalidad, y de que el art. 32.1 de la Constitución a que principalmente afectaba aquélla, se amoldaran o respondieran a la nueva realidad social. Se trataba, pues, en esencia de una pura cuestión de interpretación sociológica al amparo del art. 3.1 CC; porque, en mi opinión allí expresada, ningún otro medio de interpretación admitiría la constitucionalidad de aquella Ley 13/2005 al amparo del art. 32.1 CE, cuya letra, espíritu e historia, por principio, solo admiten un matrimonio entre un hombre y una mujer. Sin las dudas que manifestaba yo en aquella ocasión, así también fundamentaba su constitucionalidad la Prof^a De Amunátegui Rodrí-

guez, cuya opinión, debe decirse en su honor, ha sido acogida por la STC 198/2012, de 6 de noviembre¹, a cuya defensa dediqué el primer comentario que a la misma se ha publicado, con el título: “*Constitucionalidad de la Ley 13/2005, sobre el matrimonio homosexual: un ejemplo —hoy— de interpretación sociológica o evolutiva, fundada en razones de igualdad*”, publicado en el nº 2, de marzo-abril, de 2013, también en la Revista de Derecho Privado (y que se recoge en la presente recopilación como segundo estudio sobre el estado presente del matrimonio en la Constitución)². Más allá del caso particular de la Ley 13/2005, en dicho trabajo defendí en general la posibilidad de interpretar evolutivamente la Constitución, más allá de su letra, pero siempre en renovación de su espíritu; para así mantenerla como norma viva, actualizando, e incluso modificando si fuese necesario, su sentido literal e histórico conforme a su renovado sentido lógico (que siempre habría de respetarse como límite interpretativo).

¹ Pues ella (en “Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo”, en RGLJ, 2005, pp. 355 ss), se centraba casi exclusivamente en una interpretación sociológica del art. 32.1 CE para concluir (en p. 362), preguntándose: “¿No será el matrimonio “homosexual” un paso más en el camino que parece no tener vuelta atrás?”. Muchos otros también emplearon dicho argumento (como Gavidia Sánchez, Pérez Cánovas, Linacero de la Fuente,...), pero en concurrencia con otros modos de interpretar aquel art. 32.1 CE.

² Luego han venido otros, a día de hoy inéditos, como los de FERNÁNDEZ-VILLAVICENCIO (a publicar en la revista «Crónica jurídica Hispalense»), o el del Prof. López y López (a publicar en «Derecho Privado y Constitución»).

El otro trabajo (que aparece como primer estudio en la presente monografía), fue publicado en 2008 como parte de unos Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Lalaguna Domínguez, bajo el título “*Divorcio a la española*” (según la Ley 15/2005). En dicho estudio sobre el divorcio, como hice antes con el del matrimonio “homosexual”, abordé también la constitucionalidad de tal reforma, aunque en esta ocasión lo hice para sin ninguna duda defenderla frente a una opinión contraria, considerando: por un lado, que el nuevo divorcio, justificado constitucionalmente en la libertad, no es abstracto o sin causa (con el consiguiente riesgo, por algunos denunciado, de ser inconstitucional por no responder a “*las causas de... disolución*” exigidas por el art. 32.2 CE), sino fundado genéricamente en la *desaffectio maritalis* (en la falta de la intención de vida en común), como reverso de la misma causa matrimonial; y consideraba, por otro lado, que el nuevo divorcio, especialmente cuando es instado unilateralmente, lejos de ser *rara avis*, ha supuesto la resurrección actualizada del repudio romano clásico, civilizando, en el fondo, el matrimonio del Código Civil, purificándolo, liberándolo de cualquier connotación religiosa (católica, sobre todo), para reconducirlo a sus parámetros más naturales, y libres, como única vía legal para la *affectio maritalis* (para una intencionada vida en común). Situados paralelamente la *affectio* y la *desaffectio maritalis*, se igualaba la libertad para casarse con la libertad para divorciarse —o descasarse, si se me permite decir— cuando en ambos casos hay consenso.

Como hace mucho decía, en Sevilla, el Prof. López y López, refiriéndose a la Ley del divorcio de 1981, “no se puede curar la falta de amor con la falta de libertad”.

Obviamente, en ambos trabajos aquí compendiados no se agotan todas las cuestiones que pueden llegar a suscitar aquellas dos leyes de 2005. Fuera quedan *a.e.*, temas tan importantes, y cuestionados también en su propia constitucionalidad, como la objeción de conciencia (ante la posible negativa del funcionario público competente a celebrar matrimonios “homosexuales” o, incluso, para declarar divorcios), o la filiación posible derivada de las uniones homosexuales (con problemas tan delicados políticamente y tan complejos técnicamente, como son los relativos a la adopción, la reproducción asistida, o la misma filiación biológica y el juego de presunciones,...); algunos de los cuales yo mismo he tratado (*a.e.*, en “*Matrimonio homosexual y filiación*”, publicado en la obra colectiva *Familia y discapacidad*, coordinada y prologada por la Prof^a Díaz Alabart, y editada por la Asociación Henry Capitant y por la editorial Reus en 2010). Y también quedan fuera de esta obra temas de tanto interés práctico como la pensión compensatoria, la guarda compartida, el uso de la vivienda familiar,... y otros tantos efectos que puede producir la separación o el divorcio. Para su estudio pueden leerse a algunos colegas de la Universidad de Sevilla, como la Prof^a Cabezuelo Arenas³, cuya

³ En CCJC, 2005, pp. 1369-1397, y antes en Aranzadi doctrina: revista doctrinal, 2001, pp. 2269-2284.

doctrina se hizo ley en materia de pensión compensatoria, o la Prof^a Vivas Tesón, sobre guarda y custodia compartida, o sobre responsabilidad por daños⁴. También dentro de la Hispalense, sobresalen, por compartir tema, mas, precisamente, por disentir de opinión, los trabajos de mis discípulos los profesores Ramos Chaparro⁵ y Espejo Lerdo de Tejada⁶, contrarios ambos a la constitucionalidad de las dos leyes de 2005, sobre matrimonio “homosexual” y sobre divorcio “express”.

Por lo que a mí respecta, aunque pueda parecer que entre mi primer estudio (gestado en aquel Congreso Internacional de Sevilla) y los otros dos posteriores hay cambio en mi opinión, no lo creo así: en el primero de ellos, origen de los demás, creía yo que, por razones de justicia, de igualdad proporcional, dentro de las parejas no casadas había que distinguir, por su aptitud nupcial, entre aquellas formadas por personas que pueden, pero no quieren casarse, y aquellas otras formadas por quienes quieren, pero no pueden casar-

⁴ En Revista aranzadi de Derecho Patrimonial, n^o 26, 2011, págs. 335-347; y en la obra colectiva *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, editada por la APDC, 2011, págs. 333-342.

⁵ En sus trabajos: “Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio”, en *Actualidad Civil*, 2005, pp. 1157-1176, y en “Comentario crítico a la ley 13/2005 sobre *matrimonio homosexual*”, en *Aranzadi Civil*, 2006, pp. 2035-2046.

⁶ En su estudio “Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del Código civil de julio de 2005”, en *Libro-Homenaje al Prof. Manuel Amorós Guardiola*, I, 2006, pp. 1461-1484.

se (sobre todo, por aquel entonces —año de 2004—, las formadas por homosexuales y transexuales con personas de su mismo sexo). Las del primer grupo, aunque pudieran, sin duda, formar una familia, una comunidad plena de vida (art. 39 CE), siempre se han movido en un ámbito de libertad y de aformalidad jurídicamente irrelevantes, que precisamente habría que respetar sin inmiscuirse mediante leyes que crearan un matrimonio alternativo o a la carta, que a la postre no haría sino resucitar el concubinato, haciéndolo anacrónicamente ante la igualdad que hoy rige en materia de filiación (*ex arts. 14 y 39 CE*). ¿Por qué casar por obra de la ley —decía yo— a quienes pudiendo no quisieron casarse por su voluntad? Recordaría entonces aquella celeberrima frase atribuida a Napoleón en el debate parlamentario del CC francés: *“Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux”*. Por eso, entonces y ahora considero que tales parejas ni merecen una equiparación al matrimonio ni siquiera un reconocimiento legal completo, a lo más sólo parcial, como hoy sucede a nivel estatal en España. Más bien, decía, habría que reformar el régimen del matrimonio, sobre todo, abaratando y agilizando el divorcio, cuya carestía y dificultad de entonces eran la causa más común de la posición social reacia al matrimonio. En cambio, consideraba que eran las parejas del segundo grupo, sobre todo las de homosexuales y transexuales, las que sí merecían un reconocimiento legal completo al tener vetado, en aquel momento, el matrimonio. Incluso ya entonces, si así lo admitía el

sentir social (art. 3.1 CC), estimaba abierta la puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo, dada la desnaturalización que el matrimonio civil había experimentado desde la reforma del CC en 1981, donde la impotencia desapareció como causa automática de nulidad matrimonial y la procreación dejó de ser un fin legal impuesto al matrimonio. Pero fuera una u otra la solución (ora una ley de parejas de hecho ora una reforma legal del matrimonio), ya advertí que el punto crítico era la posibilidad o no de admitir la filiación por reproducción asistida y la adopción conjunta a tales parejas, pareciendo inclinarse, por aquel tiempo, la ciencia médica por la negación ante la conveniencia de que todo hijo, que es a quien ha de protegerse (art. 39 CE), tenga un referente auténticamente paterno y materno. Por esta razón, tanto en mis primeros trabajos, tanto en aquel general sobre matrimonio y parejas no casadas, como en el primero específico sobre el matrimonio “homosexual”, terminaba yo diciendo: “Sólo un cambio en la Ciencia y en la Moral, antes que en el Derecho, dará la respuesta con el tiempo. Pero por ahora debería mantenerse lo prescrito en la mayoría del Derecho europeo, que responde a la ciencia y ética comunes. Que el Derecho —añadía—, al menos como deseable en esta ocasión, no se anticipe, pues no haría sino precipitarse injustificadamente”.

Mi propuesta, entonces, era la de gestar una ley de parejas de hecho sólo para uniones del mismo sexo, con un régimen similar, equiparable, al matrimonio,

salvo en algunos aspectos como, precisamente, el relativo a la filiación artificial y a la adoptiva, que consideraba había que negar a tales parejas. No habría en ello discriminación ninguna que pudiera resultar inconstitucional (contraria al art. 14 CE). Al ser la unión homosexual una “institución” propia, similar pero no idéntica a la matrimonial, no tendría por qué haber equiparación absoluta de régimen entre ambas.

En cualquier caso, no fue mi proposición hecha *de lege ferenda* la que se ha convertido en ley. O solo lo ha sido en parte; a saber:

Tras proponerlo junto con otros juristas, algunos de Sevilla, como el Prof. Clavería Gosálvez, cuyo pronóstico sobre las dos reformas del matrimonio ha sido casi pleno⁷, el divorcio sí ha sido agilizado con la Ley 15/2005. Pero en la Ley 13/2005, más allá de lo que proponía, y como vaticinaba el Prof. Clavería, se ha dado un salto mayor, por encima de una posible regularización como unión de hecho, para permitir el matrimonio mismo a las parejas del mismo sexo, con todos sus efectos, incluida la filiación por reproducción asistida o mediante adopción. Dado el paso, desde luego, había que hacerlo con todas sus conse-

⁷ Me refiero a sus dos trabajos: “Hacia una nueva concepción del matrimonio”, en *La Ley*, 1983-2; y “Lo que sí es y lo que no es el matrimonio”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1996, p. 259-280. De ambas hará una reflexión, una vez aprobadas las dos leyes de 2005, en “La transformación del concepto de matrimonio en Derecho civil español tras las reformas de julio de 2005. (Breve estudio legislativo)”, en *ADC*, 2007, pp. 5-14.

cuencias. No hacerlo sí hubiera sido discriminatorio. Admitir, *a.e.*, el matrimonio “homosexual” negándole la adopción, como muchos habían propuesto y ha establecido incluso alguna ley extranjera, hubiera supuesto una injustificada distinción de trato dentro de una misma institución, la matrimonial, que hubiera resultado, en mi opinión, claramente inconstitucional (contraria al principio de igualdad del art. 14 CE). Por dicha exigencia de igualdad ha sido necesario conceder al matrimonio “homosexual” todos los efectos propios del matrimonio, sin crear dos clases de matrimonios (cfr., el art. 44.II CC y la disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005), siendo especialmente significativo todo lo relativo a adopción, reproducción asistida,... según ha venido aconteciendo, por obra de la propia norma (como sucede con el nuevo art. 7 de la Ley de reproducción asistida, a favor de los matrimonios lésbicos), o por obra interpretativa (como ha propuesto cierta doctrina en la posible aplicación del art. 116 CC al matrimonio lésbico, o como ha hecho la controvertida Instrucción de 5 octubre 2012 de la DGRyN al reconocer la doble paternidad obtenida por matrimonios “gay” a través de maternidades subrogadas lícitamente practicadas en el extranjero).

Aun manteniéndome en mi opinión anterior, he tenido, sin embargo, en mi último trabajo que corregirla —honestamente— en un punto, de política legislativa. Últimamente he concluido creyendo que al legislador estatal de aquel momento no le quedaba otra salida que la del matrimonio “homosexual”,

constreñido probablemente por la multitud de leyes autonómicas que regulaban un régimen completo para las parejas no casadas homosexuales, permitiéndoles una fácil y rápida ruptura en caso de crisis y permitiéndoles el acceso a la adopción, o al acogimiento familiar como poco. Ante tal panorama, una ley estatal que hubiese regulado las uniones de hecho, para sólo cobijar a las parejas homosexuales, negándoles la adopción conjunta o el sometimiento a las técnicas de reproducción asistida sí que hubiera resultado inconstitucional por discriminatoria, por ser perjudicial para el homosexual frente a los beneficios que le otorgaba aquella legión de leyes autonómicas. Ante la nueva realidad social generada por aquella pléyade normativa autonómica sobre parejas de hecho, la Ley estatal 13/2005, sobre matrimonio homosexual, fue conforme al revolucionario espíritu igualitario del art. 32.1 CE, impuesto por el más general art. 14 CE, renovándolo, y reforzándolo, para expandirlo hasta alcanzar a todas las personas, al margen de su sexo (como ya hacía desde 1978), y con independencia de su orientación sexual (como hace ahora en su necesaria renovación desde la Constitución europea que añade tal nueva circunstancia a la exigencia de igualdad). No se trataba, pues, de igualar en libertades al homosexual con el heterosexual, como en cambio se ha pretendido por muchos fundamentar constitucionalmente el matrimonio “homosexual” a fin de que el homosexual tuviera, como el heterosexual, la opción, la libertad de casarse o no, y pudiera someterse

en este caso a un régimen prácticamente idéntico a través de las llamadas parejas de hecho. Se trataba, más bien, de igualar, o no discriminar, a todos los homosexuales de España, al margen de su vecindad civil, de su posibilidad o no de ampararse en un régimen similar al matrimonial que le proporcionase, o no, su respectiva foralidad. Con tal intención, y a la vista de las muchas leyes autonómicas que ya legislaban una especie de matrimonio, pues un matrimonio como tal no se podía legislar (*ex art. 149.1.8º CE*), ¿para qué el Estado iba a hacer cosa similar a las CCAA teniendo reconocida plena competencia legislativa en materia de matrimonio (*ex arts. 32.1 y 149.1.8º CE*)?

De este modo, han venido ambas leyes de 2005 a establecer un nuevo sistema matrimonial totalmente respetuoso con el art. 32 CE, al mostrar que la esencia del matrimonio es, hoy, la *affectio maritalis* que ha de ejercitarse en igualdad (como exige el art. 32.1 CE y permite la Ley 13/2005), y en libertad (como consiente el art. 32.2 CE y hace plenamente efectivo hoy la Ley 15/2005). Pero, ¿y mañana?

Ante la nueva realidad social refrendada en aquellas dos leyes de 2005, tal vez deba replantearse para un futuro inmediato la legitimidad constitucional, y muchas veces el reconocimiento legal, que sigue dándosele a las parejas de hecho: por una parte, si casi la mitad de las parejas de hecho intersexuales existentes en España desde la década de los 80 no se casaban por ser más fácil y barata la ruptura, y la nueva Ley

15/2005, del divorcio, precisamente la facilita al eliminar sus anteriores trabas, ¿para qué entonces ahora una ley de parejas de hecho? ¿Por qué no, en cambio, avanzar, evolucionar en la línea de un divorcio más rápido y económico? Y, por otro lado, si el otro gran grupo de parejas de hecho, formadas por homosexuales y por transexuales, existía porque, precisamente, no podían casarse y ahora sí pueden, ¿para qué entonces una ley de parejas de hecho para ellos? Pudiendo prácticamente ya cualquiera casarse, ¿para qué serviría ya una ley de parejas de hecho? ¿Qué legitimidad constitucional tendrían ya hoy como familias las parejas de hecho? ¿Por qué no, en cambio, “matrimonializarlas”, atraerlas al matrimonio? No tiene ningún sentido, en mi opinión, otra solución; menos aún si con una ley específica sobre parejas de hecho se regulara una especie de para-matrimonio, como suelen hacer todas las leyes autonómicas de uniones de hecho⁸. Todo ello sería el *summum* de la confusión y de lo absurdo; y que, además, no solucionaría jamás del todo la cuestión, pues ¿qué sucedería con las verdaderas parejas de hecho, que ni se casan ni se someten al régimen legal de las uniones no casadas? Habría un

⁸Precisamente, por extralimitarse de su competencia legislativa, hace poco la STC 81/2013, de 11 de abril, ha declarado parcialmente inconstitucional la Ley madrileña 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho. Y más recientemente, el TC ha aceptado por igual razón n recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas. Esperemos que solo sea un buen comienzo.

tertium genus, eterno y vacuo cuya libertad «a no casarse» debe respetarse⁹.

Para darle solución, precisamente, finalizo la presente monografía con un tercer y último estudio, que también fue publicado en Revista de Derecho Privado (en el último n^o, de noviembre-diciembre, de 2011), bajo el título: “*Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España*”; siempre pensado para un posible futuro inmediato (como, al parecer, puede llegar a suceder con el divorcio amistoso homologado extrajudicialmente, de continuar la actual propuesta del Ministerio de Justicia):

En contraste con la leve reforma que nuestro Derecho de familia experimenta en 1975, en Cuba se dicta aquel mismo año (anterior al de su Constitución) un Código de familia que, todavía hoy, puede estimarse como innovador: en él, por ejemplo, se regula el matrimonio no formalizado, previsto para uniones no casadas que quieren con el tiempo “matrimonializarse” ante el funcionario oportuno, haciéndolo con efectos retroactivos, al menos entre los convivientes. Y, ¿no podría ser ésta una solución trasladable a España para así legalizar —sólo— las uniones de hecho que lo deseen, respetando las que no lo quieran, y sin necesidad de crear artificiosamente una institución

⁹ Así lo ha hecho la STC 93/2013 (Pleno), de 23 de abril, que, con fundamento en el art. 10.1 CE, ha declarado inconstitucional buena parte de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Navarra, para la igualdad jurídica de parejas estables.

paramatrimonial, como en cambio han hecho casi todas las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho? Otro ejemplo de originalidad de aquel Código de familia cubano fue admitir el divorcio por mutuo acuerdo y sin necesidad de alegación de causa. Es, prácticamente, nuestro actual divorcio, aunque consagrado entre nosotros 30 años después que en Cuba, y con la posibilidad, definitivamente admitida desde 1994 y con bastante éxito, del llamado divorcio notarial, realizado ante notario, para cuando, incluso aun habiendo hijos comunes, los cónyuges se divorcian por mutuo acuerdo, agilizándolo, abaratándolo, y descongestionando así de trabajo a los tribunales sin demérito de su homologación, o control de legalidad, por parte del notario.

Cualquier intento de importar entre nosotros tales instituciones requiere, por supuesto, de una reforma legal. Se trataba, pues, sólo de hacer en aquel trabajo una propuesta de futuro, *de lege ferenda*, pues ni el matrimonio (no) formalizado encuentra figura semejante en nuestro Derecho, ni el divorcio notarial es admisible *de lege lata* ante la innegable exigencia legal de que un juez mediante sentencia así lo declare (cfr., arts. 85 y 89 CC, y el 777 LEC, sobre procedimiento judicial en caso de divorcio convencional). Nuestro único límite infranqueable a respetar, sin requerimiento de reforma, en tal propuesta era, y sigue siendo, nuestra Constitución (especialmente en sus arts. 9.2 y 3, 10.1, 14, 24, 32, 39, y 117 CE; esto es, en sus exigencias de libertad, justicia y seguridad).

Y, ¿qué podría suceder más allá en un futuro aún más lejano? Sinceramente, lo ignoro. No por una fragilidad en el pensamiento, sino por su permeabilidad ante otros venideros cambios sociales que justifiquen un cambio en la Constitución, y así también en las leyes. Piénsese en la poligamia, por ejemplo, ante la elevada inmigración de población musulmana. Conocido por todos es el carácter contingente de muchos de los aspectos del Derecho de familia dado su sustrato ético-social, que es, ha de ser, prelegal, lo que a su vez explica que la propia composición y organización interna de la familia haya ido cambiando según la civilización y el momento histórico, y que así la haya tomado el Derecho, sin crear un concepto propio desligado de esa dimensión social y moral, o natural. Por eso, sería osado o ingenuo creer que el concepto tradicional de familia, fundado en el matrimonio, por definición intersexual, y en la natural descendencia común nacida en su seno, es, y debe ser, definitivo, que perdurará *in eternum*. En los últimos tiempos cercanos hemos presenciado un cambio sin precedentes que no sólo ha afectado al matrimonio, sino también a la filiación, y, por tanto, al propio concepto de familia nuclear. Mas ignoro qué nos deparará un futuro más lejano.

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
En Sevilla, a 22 de mayo de 2013

ÍNDICE DE LA OBRA

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	7
------------------------------	---

PRÓLOGO: OCASIÓN DE LA PRESENTE RECOPI- LACIÓN DE ESTUDIOS SOBRE FAMILIA, MATRIMONIO Y CONSTITUCIÓN	9
---	---

CAPÍTULO PRIMERO:

Matrimonio y Constitución, en el presente: Divorcio a la española (según la ley 15/2005)

I. JUSTIFICACIÓN, A ESTAS ALTURAS, DE UN ESTU- DIO SOBRE EL ACTUAL DIVORCIO	27
II. EL NUEVO DIVORCIO: ¿ABSTRACTO O CAUSAL: CONSTITUCIONAL O INCONSTITUCIONAL?	29
1. Diferencias entre el anterior y el nuevo divorcio. La novedosa opción entre la separación y el divorcio: ¿la inminente desapa- rición de la separación por su desuso, o su pervivencia resi- dual?	29
2. El continuismo del nuevo divorcio en su objetividad, y su constitucionalidad por su lata causalidad fundada únicamente en la presunta <i>desaffectio maritalis</i> como expresión de mayor li- bertad	44
3. Refutación de los supuestos peligros del actual divorcio: ¿la destrucción del matrimonio o su revivificación natural como única vía legal para la <i>affectio maritalis</i> ? La resurrección actuali- zada del repudio romano clásico	76

**CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 13/2005,
SOBRE EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL:
Un ejemplo —hoy— de interpretación sociológica
o evolutiva, fundada en razones de igualdad**

I. CAUSA, MOTIVO Y OCASIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO SOBRE LA LEY 13/2005, DE 1 DE JULIO, REGULADORA DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, Y SU CONSTITUCIONALIDAD DECLARADA POR LA STC 198/2012, DE 6 DE NOVIEMBRE	97
II. LA STC 198/2012, DE 6 DE NOVIEMBRE, FAVORABLE A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 13/2005, DE 1 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO: EXPOSICIÓN, Y CRÍTICA INTERNA CONTENIDA EN 4 VOTOS PARTICULARES.....	101
1. La concentración interpretativa en la realidad social del momento en que aplicar el art. 32.1 CE (o de la prescindibilidad de otras normas constitucionales satélites y de otros mecanismos interpretativos que imposibilitan la constitucionalidad de la Ley 13/2005)	101
2. La inocua distinción, en este asunto, entre garantía institucional y derecho fundamental; y su sometimiento, en cualquier caso, a la realidad social de cada momento y de cada lugar con pleno respeto a su contenido esencial socialmente reconocible	112
3. La negación del criterio sociológico en la interpretación del art. 32 CE, según los votos particulares hechos contra la STC 198/2012.....	117
III. INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN: IDONEIDAD Y LÍMITES. Y SU PARTICULAR APLICACIÓN AL CASO DE LA STC 198/2012, SOBRE EL MATRIMONIO “HOMOSEXUAL”	130
1. En general, la posibilidad, o la necesidad a veces, de interpretar evolutivamente la Constitución. La interpretación evolutiva como natural actualización del sentido literal e histórico de la norma conforme a su renovado sentido lógico: una réplica a las objeciones contenidas en los votos particulares a la STC 198/2012.....	130

2. La nueva realidad social, la conciencia social colectiva; y su posible incidencia en el art. 32.1 CE y en la consiguiente legitimidad de la Ley 13/2005	164
2.1. <i>La ineptitud para demostrar una nueva conciencia social de los elementos puramente fácticos sin trascendencia jurídica interna (como son los datos más propios de la Ciencia, del sociologismo jurídico, o del Derecho comparado): la necesidad de que la nueva realidad social esté directa o indirectamente juridificada en el orden interno-nacional</i>	167
2.2. <i>El valor interpretativo del Derecho internacional (con lógica exclusión de las Resoluciones del Parlamento Europeo), y de los Derechos autonómicos para la actualización de las normas nacionales comunes. En particular, la renovación del innato sentido innovador del art. 32.1 CE desde su exigencia de igualdad: la ley 13/2005 como única respuesta nacional posible para la igualdad, o no discriminación, entre las propias uniones homosexuales habitadas en España, al margen de su posible amparo legal autonómico</i>	186
2.3. <i>Como efecto colateral de la exigencia de igualdad: el de la filiación derivada de los matrimonios homosexuales. La posible inconstitucionalidad sobrevenida, no declarada por el TC, de algunas normas impeditivas de dicha efectiva igualdad entre matrimonios, y la inviabilidad de algún fragmento contenido en la Exposición de la Ley 13/2005</i>	210
3. El matrimonio como <i>affectio maritalis</i> ejercida hoy en plena igualdad y libertad	228

CAPÍTULO SEGUNDO:

**Matrimonio y Constitución, en un posible futuro:
Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial
en Cuba: una propuesta de futuro para España**

I. OCASIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO SOBRE PAREJAS DE HECHO Y DIVORCIO: UNA PROPUESTA “DE LEGE FERENDA” A FAVOR DEL MATRIMONIO ..	237
II. PRIMERA PARTE: EL “MATRIMONIO (NO) FORMALIZADO” COMO ÚNICA ALTERNATIVA LEGAL A LAS PAREJAS NO CASADAS.....	242

Índice de la obra

1. Como premisa: el ilegítimo reconocimiento legal específico de las parejas no casadas como institución propia y para-matrimonial.....	242
2. El llamado “matrimonio (no) formalizado” como matrimonialización de las parejas no casadas.....	257
2.1. <i>El matrimonio no formalizado en el Derecho cubano</i>	257
2.2. <i>Posible adecuación del “matrimonio (no) formalizado” al Derecho español, y su conformidad con los arts. 32 CE, sobre matrimonio, y 9.3 CE, sobre seguridad jurídica</i>	270
III. SEGUNDA PARTE: LA CONVENIENTE DESJUDICIALIZACIÓN DEL DIVORCIO AMISTOSO.....	287
1. La “desjudicialización” del divorcio voluntario en Derecho comparado: el divorcio notarial cubano, su expansión por Latinoamérica, y el divorcio “administrativo” mejicano y portugués como su <i>alter ego</i>	287
2. Posible adaptación del divorcio notarial cubano, o en su caso del administrativo portugués, al Derecho español.....	294
2.1. <i>De la constitucionalidad del divorcio en sí, y de su natural evolución fundada en la libertad (ex arts. 1.1, 10.1 y 32 CE), con resultados semejantes en Cuba, Portugal y España. Matrimonio y divorcio consensual como las dos caras de una misma moneda ..</i>	296
2.2. <i>Las exigencias de agilidad, celeridad y abaratamiento en el divorcio amistoso, y de la conveniente descongestión, en general, en la función judicial (de los tribunales de familia inclusive), ex arts. 9.2 y 24.2 CE</i>	305
2.3. <i>La conformidad del divorcio notarial, y del administrativo, con la exigencia de un control heterocompositivo de legalidad y seguridad jurídica (de formalidad y publicidad), ex arts. 9.3 y 10.1 CE. Ley, estado civil, y Orden público: la imposibilidad de un divorcio transigido o arbitrado</i>	312
2.4. <i>Alcance de la homologación en el divorcio convencional, o del alcance de la jurisdicción voluntaria en sede de crisis matrimonial ex arts. 24 y 117.3 y 4 CE: ¿exclusivamente judicial o compatible con otras autoridades jurídicas? La necesaria alternativa entre ambas vías: judicial y notarial</i>	323
2.5. <i>En particular, la necesaria protección de los hijos, ex art. 39 CE, y la imprescindible intervención del Ministerio Fiscal, ex art. 124.1 CE</i>	352

