

INFORME QUE EMITE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN ACERCA DEL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

1. El artículo 32 de la Constitución contiene una garantía institucional del matrimonio. En el Derecho Constitucional se denomina “garantía institucional” a aquellas normas que aseguran la existencia en el ordenamiento jurídico de una institución con un contenido predeterminado. Se trata, si se quiere así, de instituciones constitucionalmente garantizadas o aseguradas. Ocurre con el artículo 32 lo mismo que en alguno de los subsiguientes preceptos en los que también existen unas garantías institucionales, como la propiedad privada y las sucesiones mortis causa.

La existencia de una garantía institucional determina la inconstitucionalidad de las eventuales normas que tuvieran por objeto suprimir la susodicha institución, la de aquellas que la vacíen de su contenido, así como la de aquellas otras que, con la creación de figuras paralelas, lleguen a resultados similares.

Lo dicho hasta aquí se funda en la idea de que el artículo 32 hay que leerlo más allá de su letra estricta. El artículo 32 habla de un “derecho a contraer matrimonio”, que en alguna ocasión se ha llamado *ius connubii*. Sin embargo, es claro que no se puede hablar de *ius connubii* como un derecho fundamental o como un derecho constitucional si no existe previamente la institución a la cual se presta, libremente, la adhesión. Piénsese que, entendiéndolo como derecho de libertad, el precepto no estaría definiendo otra cosa que la capacidad de obrar referida al fenómeno concreto y que, en ese sentido, el precepto resultaría notoriamente insuficiente.

Por otra parte, se observará también que el precepto, que coloca como sujetos del derecho al hombre y a la mujer “entre sí”, aunque no lo diga expresamente, está haciendo referencia a una institución que era, en el momento de dictarse la Constitución y que continúa siendo hoy, perfectamente conocida. Aunque la Constitución suponga un momento fundacional del ordenamiento jurídico, no opera en el vacío y hace referencia, o puede hacerla, a conjuntos normativos, figuras e instituciones que preexisten a ella. En este sentido, la utilización de las designaciones de los conjuntos normativos, figuras e instituciones es también la que preexistía (propiedad privada, fundación, etc.). Se puede decir así que se recibe en la Constitución un lenguaje legislativo.

Por lo demás, conforme dice el artículo 10, 2 de la Constitución, la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, debe ser hecha “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, dice en su artículo 16, 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 durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

Por esas razones entendemos que la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales sería inconstitucional.

2. La función social del matrimonio consiste en ser el momento fundacional de una familia entendida como progenie. Es verdad que el ordenamiento reconoce variantes matrimoniales sin fundación de familia, o lo que es lo mismo sin la progenie. Ocurre así en los matrimonios de personas de edad avanzada o en los casos de esterilidad por regla general. Mas las excepciones confirman la regla general.

Desde el punto de vista jurídico no puede decirse que el matrimonio sea un instrumento para dar cauce a la afectividad de las personas. Es un error que han cometido algunas de nuestras más recientes leyes al utilizar la idea de “semejantes vínculos análogos de afectividad” o cosas parecidas. Sin negar que eso pueda ocurrir y que eso ocurra, lo que se garantiza con el matrimonio es un compromiso de vida común y que es independiente de las relaciones de afectividad, porque éstas pertenecen al terreno de la intimidad. Prueba palmaria de ello es que en el Código civil se habla de consentimiento matrimonial para designar esa especial voluntad o compromiso.

De esta diversidad de funciones sociales se deriva el que no pueda establecerse una relación entre matrimonio y uniones estables que imponga la regla de la igualdad del artículo 14 de la Constitución, porque el trato igual y no discriminatorio sólo se produce entre situaciones en que no existen las diferencias.

Resulta que la tipología y el concepto jurídicos del matrimonio tienen, pues, como lindero la apertura a la generación como regla general y, por eso, la pretensión de extenderlos a las uniones homosexuales significaría no una excepción sino una negación de este principio rector.

Aprobado por el Pleno de Académicos de Número en sesión del día 21 de febrero de 2005.