

# INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y LEGITIMIDAD DEL MATRIMONIO FORMADO POR PERSONAS DEL MISMO SEXO

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA  
*Profesor (ApC) de Derecho Constitucional (UVa)*

## SUMARIO

- I. Intenciones.
- II. Valoraciones Generales.
- III. El matrimonio como garantía institucional.
- IV. El matrimonio como derecho fundamental.
- V. El problema (menor) de la adopción.
- VI. Una aproximación diferente al problema planteado (consideraciones finales).

## I. INTENCIONES

Por fin el Tribunal Constitucional ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 13/2005, de reforma del código civil y que, como es bien sabido, extendía la institución del matrimonio a cualquier pareja que quisiera casarse, con independencia de su orientación sexual. Lo ha hecho determinando no solamente su constitucionalidad, sino también su anclaje con diversas normas constitucionales, así como avalando la adopción de menores por parte de matrimonios formados por personas del mismo sexo.

En las siguientes páginas pretendo realizar una lectura crítica de la mucha información que se recoge en la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, y en los cuatro votos particulares que la acompañan (tres discrepantes y uno concordante). Aunque podría ser conveniente realizar previamente un cuidadoso resumen de la fundamentación que explica tanto la posición de la mayoría como de los Magistrados discrepantes, ello exigiría un espacio del que no dispongo. Por tal motivo, he optado por acudir a los textos de la resolución en el contexto del esquema que emplearé<sup>1</sup>. Comenzaré por realizar un

1 No examinaré en profundidad los FFJJ 2 a 5 de la Sentencia, en las que se desestiman diversas quejas relacionadas con los arts. 9.3 (en relación con el principio de jerarquía normativa), 10.2, 53.1 y 167 CE

par de valoraciones de conjunto, y me adentraré después en el análisis de la garantía institucional del matrimonio, para examinar después el matrimonio como derecho y detenerme, a continuación, en el tema de la adopción, cerrando este estudio con algunas consideraciones finales.

## II. VALORACIONES GENERALES

La primera valoración se puede formular en términos paradójicos: aunque comparto sin ambages la conclusión de la Sentencia, son más sugerentes, por lo general, los argumentos contenidos en los votos particulares que acompañan a la Sentencia. Esta afirmación resulta paradójica porque, como ya se ha indicado, tres votos particulares estiman que la extensión del matrimonio a las parejas formadas por dos personas del mismo sexo es inconstitucional, idea que no se comparte en estas líneas<sup>2</sup>. Y entonces, ¿por qué son más sugerentes que la Sentencia? De un lado, porque realizan agudas y certeras críticas a la construcción defendida por la mayoría. De otro, porque contienen reflexiones que han atraído mi atención.

La segunda valoración general, que también me parece interesante subrayar, es que la Sentencia dificulta, y mucho, que el legislador pueda dar un paso atrás en esta materia. Aunque no se llega a decir que tal paso fuera incompatible con la Constitución (acaso eso hubiera sido exagerado), sí se indica que la nueva configuración del matrimonio contribuye al respeto de la orientación sexual de las personas homosexuales, refuerza la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad y se inscribe en la lógica del art. 9.2 CE (FJ 11).

El Magistrado Aragón Reyes cuestiona estas afirmaciones por considerar que no son propias del tipo de enjuiciamiento que el Tribunal debe hacer y que son contradictorias con la afirmación, realizada igualmente por la mayoría, de que eran posibles otras soluciones distintas a la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales. Estoy plenamente de acuerdo con el Magistrado con que la Sentencia incurre en ésta y en otras contradicciones, pero discrepo de la idea de que el Tribunal no pueda valorar el mayor o menor encaje constitucional de una posición adoptada por el legislador. Ni es la primera vez que el Tribunal explica la apoyatura constitucional de una decisión legislativa<sup>3</sup>, ni me parece que sea inadecuado cuando nos movemos en el ámbito de los derechos fundamentales. Siendo cierto, como afirma el citado Magistrado, que el legislador no

(porque únicamente serían de recibo si se produce la previa lesión del art. 32 CE) y de los arts. 14 (en relación con los arts. 1.1 y 9.2), 9.3 (en relación con la interdicción de la arbitrariedad), y 39 (apartados 1, 3 y 4) CE, por ser éstas fácilmente rechazables.

2 Mi opinión sobre la constitucionalidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo ha sido extensamente justificada en «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la *constitucionalidad* del primero y los límites en la actuación del segundo», *Revista General de Derecho Constitucional*, 15, 2012.

3 Ya lo hizo, y muy acertadamente, además cuando explicó que era muy razonable que el legislador español no hubiera contemplado la posibilidad de consentir la educación de los niños en casa (el denominado *home schooling*), ya que dicha opción era más ajustada desde la perspectiva de los arts. 27.1 y 27.2 CE (STC 133/2010/9, de 2 de diciembre).

estaba obligado a adoptar la decisión de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, y que una solución diferente podría ser compatible con la Constitución, resulta igualmente cierto que ésta es la más respetuosa desde la perspectiva del principio de igualdad, tanto en su perspectiva formal como material.

### III. EL MATRIMONIO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

#### III.1. El concepto de matrimonio...

Hubiera sido interesante que en la Sentencia se hubiera aproximado un concepto de matrimonio. En el FJ 6 se recuerda que estamos ante una «escueta formulación» constitucional, y se relaciona la normativa internacional en la materia. Hay que esperar al FJ 9 para que, en el marco del análisis del matrimonio como garantía institucional, se señale que, para la cultura jurídica contemporánea en España, se entiende por matrimonio toda «comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento», subrayando la igualdad entre los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio y su expresa manifestación.

Tiene mucha razón el Magistrado discrepante Rodríguez Arribas cuando afirma que a esta definición («comunidad de afecto») le falta algo, y que podría ser aplicada a la convivencia de tío y sobrino<sup>4</sup> (siempre que éste sea mayor de edad, añadimos nosotros). Hubiera sido acertado señalar en la Sentencia que el matrimonio alude a una convivencia afectivo-sexual, y que ésta es, precisamente, la especificidad que le diferencia de otras situaciones sociales. Esta aproximación le hubiera sido a la mayoría útil para hacer más evidente la distinción entre matrimonio y familia, tratada en el FJ 5. En efecto, el matrimonio es un tipo de familia, pero no la agota, ya que, junto a él, conviven otras formas bien conocidas: convivencia de facto, pareja de hecho, familia monoparental, etc<sup>5</sup>. Y, como recuerda atinadamente la mayoría, eso se concreta en dos normas diferen-

<sup>4</sup> Existe, en este sentido, un componente biológico, como afirma el Magistrado Rodríguez Arribas (Ap. 1). Es mucho más difícil de aceptar que, como señala a continuación, también se vincule dicho concepto a la perpetuación de la especie, porque ello exigiría admitir que el matrimonio tiene sentido en la medida en que los cónyuges sean fértiles y pondría en cuestión la relación de millones de parejas que utilizan técnicas de control de la natalidad. No deja de ser cierto que sí haya servido el matrimonio en otros momentos de la historia a la pervivencia de un apellido o de un cargo o función, pero parece que desde hace muchos lustros priman, por lo general, las razones de afectividad.

<sup>5</sup> Aunque se indica lo contrario en el Voto Particular suscrito por el Magistrado González Rivas (Ap. 5 *in fine*), la Sección Primera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en su Sentencia de 24 de junio de 2010, recaída en el asunto Schalk y Kopf c. Austria, que «la relación que mantienen los recurrentes, una pareja homosexual que mantiene una cohabitación fáctica de manera estable, deriva de la noción de *vida familiar* con el mismo título que la de una pareja heterosexual que se encuentra en la misma situación» (§ 94). Esta idea se reitera en las SSTEDH recaídas en los asuntos P.B. y J.S. c. Austria (demanda 18984/02, Sentencia de 22 de julio de 2010, § 30) y Gas y Dubois c. Francia (demanda 25951/07, Sentencia de 15 de marzo de 2012, § 37).

ciadas (arts. 32 y 39 CE, respectivamente) que recogen bienes constitucionales distintos en su configuración y en su protección.

### III.2. ... en la Constitución de 1978...

Se afirma en la Sentencia que «el art. 32 CE manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones, lo cual no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera». Ósea, que, al parecer, el constituyente guarda una pretendida ambigüedad en este punto.

Existe un evidente voluntarismo en esta afirmación, que no guarda relación ni con lo acaecido en 1978 ni con previos pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional. Tiene razón el Magistrado Aragón Reyes cuando afirma que en el texto no se subraya la naturaleza heterosexual porque se presupone <sup>6</sup>.

Buena prueba de esta afirmación se encuentra en el ATC 222/1994, que se cita tanto en la Sentencia como en algunos votos particulares, y del que es conveniente recordar tanto el planteamiento que dio lugar a la citada resolución como la taxativa respuesta dada por el Tribunal, sin fisura alguna, que contrasta con la ambigüedad por la que ahora ha optado. Dicho Auto se inscribe en una muy interesante línea jurisprudencial relacionada con el derecho a recibir una pensión de viudedad originada por la muerte de la pareja de una persona, y que el Tribunal había reconocido cuando hubiera existido un impedimento legal para que se casaran. Pues bien, el recurrente sostenía precisamente que la legislación civil impedía el matrimonio de dos personas del mismo sexo. Habría sido esta resolución un marco adecuado para desentrañar si el matrimonio constitucionalmente previsto en el art. 32 CE es de naturaleza heterosexual o es ambiguo en este punto. Sin embargo, el Tribunal dio una respuesta taxativa, afirmando que el matrimonio entre hombre y mujer «es un derecho constitucional», admitiéndose «la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial» en el plano civil (FJ 1).

¿Cómo el Tribunal ha pasado de afirmar que el matrimonio constitucionalmente garantizado tiene naturaleza heterosexual a respaldar, y de forma tan contundente, la apertura del matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo? Lo ha hecho realizando una nueva lectura del art. 32 CE a la luz de los nuevos tiempos.

### III.3. ... leída en 2012 (la interpretación evolutiva).

#### III.3.1. *Inadecuado recurso a la interpretación evolutiva de los preceptos constitucionales en general...*

El aspecto más cuestionado de la STC 198/2012 es este nuevo descubrimiento, esta nueva forma de interpretar la Constitución, que se concibe, ahora, como un árbol

<sup>6</sup> Ap. 1. Inciden en la misma idea los Magistrados Ollero Tasara (Ap. 3) y Rodríguez Arribas, que recuerda que el tenor empleado en la norma constitucional y en el código civil es muy parecido (Ap. 2).

vivo, lo que permite una lectura evolutiva de sus preceptos, para acomodarlos a las realidades de la vida moderna (FJ 9 *ab initio*). No es sorprendente que éste sea el aspecto más discutido de la Sentencia, dado que se utiliza un instrumento surgido en el Derecho anglosajón en una cultura constitucional radicalmente distinta, como es la europea (continental).

En efecto, cuando uno examina el Derecho constitucional norteamericano (en general, el modelo anglosajón) debe partir de algunas premisas que permiten comprender su configuración. Una de ellas es que el texto constitucional norteamericano es el más antiguo en vigor y que se caracteriza por su brevedad y carácter principialista. Otra de ellas, no menos importante, es que las revoluciones inglesa y norteamericana presentan al juez como el garante de la libertad. No solamente no existe una desconfianza hacia el poder judicial ordinario, sino que se le confía la delicada misión de controlar la actuación del legislador. Este modelo termina confiriendo un lugar central al poder judicial, por lo que la jurisprudencia cobra especial importancia, dado que, allí donde hay Constitución, se concibe como algo vivo que va más allá de la breve referencia escrita.

El modelo continental, que hunde sus raíces en la Revolución francesa, se fundamenta sobre la desconfianza: desconfianza hacia el Rey, hacia los gobiernos y también, como no, hacia los jueces (por eso, precisamente, su actuación se somete, entre nosotros, a la Ley). Consecuentemente, en estos Estados se apuesta siempre por la primacía de textos escritos y solemnes. De ahí que nuestras Constituciones sean mucho más detalladas y modernas que las, en su caso, vinculadas con el modelo anglosajón descrito en líneas anteriores. En este caso, el margen de actuación de los poderes constituidos es limitado, dado que cualquier alteración de la Constitución deberá o bien seguir los cauces en ella previstos para su modificación o responder, en todo caso, a un proceso democrático, en el que se anude la última palabra al poder constituyente.

La Sentencia olvida esta cabal distinción entre ambos modelos de constitucionalismo, y apoya su visión evolutiva de la Constitución en una resolución que se inscribe en el citado modelo anglosajón (la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004, FJ 9). Y, aunque es harto probable que dicha diferenciación no sea hoy tan pura como en el siglo pasado, resulta inadecuado entender que el Tribunal Constitucional puede re-interpretar la Constitución a la luz de los tiempos, porque de tal manera el órgano constitucional va más allá de las funciones que se le han atribuido.

Es nuevamente el Magistrado Aragón Reyes quien cuantifica los excesos cometidos, recordando que «mediante la interpretación evolutiva no puede hacerse decir a la norma lo contrario a lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello» (Ap. 2). Se pone así en peligro la propia rigidez constitucional (que también limita la actuación del Tribunal Constitucional) y se diluye la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos. En el mismo sentido se expresa, muy acertadamente, el Magistrado Ollero Tassara, cuando hace notar que «una interpretación, por evolutiva que sea, no puede considerarse sinónimo de reforma o cambio; como recuerda en términos inequívocos el art. 167 del propio texto constitucional»<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Ap. 5 *in fine*. Es también muy interesante el Ap. 1 de este mismo Voto Particular, en el que el Magistrado Ollero Tassara entiende que el asunto sometido a su jurisdicción tiene sus precedentes en aquellas otras

### III.3.2. ...y, más en particular, cuando se aplica esta discutible teoría a una garantía institucional

Si el recurso a la interpretación evolutiva de los preceptos constitucionales resulta, entre nosotros, siempre discutible, lo es mucho más cuando se aplica a una garantía institucional. A través de esta categoría se «persigue la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas» (FJ 7), existiendo, entonces, por pura lógica, un «reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza» (STC 32/1981/3).

Si cualquier precepto constitucional es, por esencia, conservador, en la medida en que limita o delimita las decisiones de los poderes constitucionales, en la garantía institucional se subraya, aún más, este carácter, en la medida en que se protege la pervivencia de una institución y de su imagen maestra o núcleo identificable (STC 208/2012/5, de 14 de noviembre). Es de justicia reseñar que, desde un primer momento, el Tribunal Constitucional relativizó esta idea, al conectar la institución con «la conciencia social en cada tiempo y lugar» (SSTC 32/1981/3, de 27 de julio y 76/1988/4, de 26 de abril), pero, como señala el Magistrado Rodríguez Arribas, «el núcleo, la imagen maestra, de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo» (Ap. 3).

Más compleja es la posición del Magistrado Aragón Reyes en este punto. Aunque discrepa de la construcción de la lectura evolutiva de la Constitución, entiende que para determinar el contenido esencial de una garantía institucional, su deber ser, resulta preciso tomar en consideración el ser (Ap. 2).

Más allá del carácter más o menos poroso de las garantías institucionales constitucionalmente declaradas, lo que sí resulta indiscutible es que su lectura evolutiva no puede apoyarse en el art. 10.2 CE, como la mayoría sostiene sin motivación alguna, puesto que este precepto solamente recoge una norma interpretativa referida a los derechos fundamentales, normas constitucionales que son distintas de las garantías institucionales (dato que aporta también el Magistrado Aragón en el Ap. 1). Ocurre, sin embargo, que más adelante la mayoría señalará que la dimensión objetiva del derecho al matrimonio coincide sustancialmente con la garantía institucional (FJ 11). Si se acepta esta premisa, esta discrepancia pierde parte de su interés práctico.

Todas estas consideraciones sobre la garantía institucional ponen de manifiesto que estamos en presencia de una categoría que aunque ha recibido una muy interesante atención doctrinal, está lejos de haber sido desentrañada ni en la jurisprudencia constitucional<sup>8</sup> ni en los estudios que hasta ahora se han publicado en relación con el

reformas constitucionales que han intentado realizarse a través de la modificación de la legislación vigente, como ocurrió con el art. 13 CE o con el modelo autonómico con ocasión del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Recuerda el Magistrado que en ambos casos el Alto Tribunal recordó que era preceptivo respetar el procedimiento previsto en el art. 167 CE.

<sup>8</sup> Hay muy pocas resoluciones del Tribunal Constitucional que hayan profundizado en la delimitación dogmática de la garantía institucional. Además de las más celebre, la 32/1981, podríamos traer a colación la STC 26/1987, de 27 de febrero, en la que se indica que se indica que la garantía institucional no tiene por

matrimonio igualitario<sup>9</sup>. Por tales carencias, es de justicia valorar muy favorablemente la aproximación que se hace a esta interesante categoría en el FJ 7 de la Sentencia, en la que se recuerda su utilización para instituciones públicas, pero también privadas (denominadas entonces garantías de instituto), y que se refieren, además del matrimonio, a la autonomía local, al régimen foral, a la seguridad social, a la familia, a los colegios profesionales, y, ya en el campo de los derechos fundamentales, al habeas corpus, al habeas data, a las fundaciones y a la autonomía universitaria, entre otras...

Sin embargo, la aproximación que se realiza a la garantía institucional del matrimonio se caracteriza, una vez más, por su ambigüedad. Frente a la concreta delimitación conceptual que se realiza en relación con alguna de ellas<sup>10</sup>, se aprecia en este caso una difuminada aproximación al matrimonio, en el que concluirá que la reforma del código civil no afecta al régimen económico matrimonial, al derecho sucesorio, a los llamamientos preferentes para desempeñar ciertas funciones y a normas de Derecho público (en el ámbito tributario, asistencial y penal)<sup>11</sup>. No deja de ser llamativo este despliegue de respuestas, cuando la pregunta que el propio Tribunal se plantea es «cuán integrado está el matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestra cultura jurídica» (FJ 9). Ello le permite a la mayoría diluir la cuestión principal: ¿forma parte la heterosexualidad del núcleo duro de la garantía institucional del matrimonio?

Sobre esta cuestión sí que se pronuncian, lógicamente, los votos particulares. El Magistrado Ollero Tassara entiende que las notas que caracterizan al matrimonio que el constituyente plasmó son heterosexualidad y monogamia<sup>12</sup>. Sin embargo, para el Magistrado Aragón Reyes, «la heterosexualidad de la pareja ya no es unánimemente concebida como un elemento indispensable del matrimonio» (Ap. 1).

### III.3.3. *El peligroso recurso a la cultura jurídica*

La mayoría del Tribunal entiende que la interpretación actual de un precepto constitucional deberá tomar en consideración la «cultura jurídica»; esto es, en la comprensión del Derecho «como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla» (FJ 9).

El recurso a la cultura jurídica le permite al Tribunal ir mucho más allá de la interpretación normativa clásica (literal, sistemática y originalista), y acudir a otros pará-

qué ser una categoría incompatible con la de derecho fundamental, llegando a considerar que la autonomía universitaria protege algo similar desde una y otra perspectiva (FJ 4).

9 Crítica que hago extensible a los estudios anteriores publicados por mí en esta materia.

10 Así, por ejemplo, el Tribunal ha entendido que la autonomía local se concreta en el «derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias» (SSTC 252/2005/4, de 11 de octubre y 240/2006/8, de 20 de julio, entre otras).

11 FJ 9. Esta ambigüedad también alcanza al concepto de familia que, pese a ser una garantía institucional (FJ 7), no resulta preciso definir (FJ 5) para resolver el asunto sometido a su consideración.

12 Ap. 3. Esta construcción heterosexual del matrimonio se impone desde una interpretación literal y sistemática, y desde la realidad antropológica previa, formando parte de un sustrato permanente (y por lo tanto, inalterable si no es a través de la reforma constitucional) (Ap. 5). En el mismo sentido se expresa el Magistrado González Rivas (Aps. 1, 2 y 4).



metros de interés, como son los referidos al Derecho comparado, al Derecho de la UE y a la jurisprudencia del TEDH, así como a los datos sociales (estadísticos) y doctrinales. Como señala el Magistrado Aragón puede estarse produciendo cierta equiparación entre la cultura jurídica y un sociologismo jurídico que resulta difícil de aceptar. Y como también hace notar el Magistrado Ollero Tassara se niega así que la Constitución tenga un concepto de matrimonio<sup>13</sup>.

No voy a recordar aquí los datos de Derecho extranjero que el Tribunal maneja, ni de la Carta de los derechos fundamentales de la UE ni de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo relacionada con la vida privada y la prohibición de discriminación por orientación sexual, que he analizado extensamente en otro estudio previo<sup>14</sup>. Sí que diré que mientras que los primeros, de derecho extranjero, deben tener un peso muy relativo, puesto que lo que se cuestiona ante el Tribunal Constitucional es si la reforma del código civil es compatible con la Constitución española, me parecen más relevantes los elementos provenientes del Derecho europeo (y, especialmente, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), porque pueden ser relevantes a la hora de realizar una lectura constitucionalmente adecuada del (derecho al) matrimonio, en virtud del citado art. 10.2 CE.

Me parece más discutible el argumento de que el Tribunal Constitucional tome como dato de interés el dato estadístico de que existe en nuestro país una mayoritaria aceptación social del matrimonio entre personas del mismo sexo. Me produce un profundo desasosiego que un Tribunal resuelva una cuestión jurídica basándose, aunque sea mínimamente, en las estadísticas. Unas estadísticas que si bien son contundentes en relación con el matrimonio no lo son tanto respecto de las adopciones realizadas por parejas homosexuales, sin que este dato haya sido, afortunadamente, tomado en consideración para cuestionar su validez constitucional. No resulta posible, a mi modo de entender, que una visión social mayoritaria machista u homófoba pudiera servir como fundamento para declarar que una norma que protege los derechos de las mujeres o de las personas que tienen una orientación sexual no mayoritaria es inconstitucional. Lo relevante debería ser siempre, como recuerda el Magistrado Ollero Tassara, con apoyo en la STC 81/1982/2, de 21 de diciembre, determinar si la reforma es o no compatible con la Constitución.

Pero es que, además, intuyo que el Magistrado Rodríguez Arribas tiene algo de razón cuando afirma que no existe tanta aceptación social del matrimonio social como indiferencia (Ap. 3 *in fine*), indiferencia que se conecta con el «radicalismo individualista» propio de estos tiempos y que denuncia el Magistrado Ollero Tassara, radicalismo «que dificulta la adecuada articulación entre instituciones jurídicas, rebosantes de exigencias sociales, y derechos individuales» (Ap. 1).

13 Aps. 1 y 4, respectivamente. La idea de una Constitución sin conceptos le parece al Magistrado Ollero Tassara «tan contradictoria como la de un texto legal sin letra», en el que, lógicamente, resulta imposible saber si una norma legal desborda, o no, su contenido. Comparto sin reservas estas ideas, que no hacen otra cosa que recordar el carácter normativo de la Constitución.

14 Estos datos de derecho extranjero y europeo han sido analizados en «Matrimonio...», *cit.*, pp. 2 ss. y 9 ss.



Tampoco me parece de recibo el argumento que se maneja en la Sentencia sobre la doctrina que se ha ocupado del tema, y que se ventila con la consideración de que «se verifica una tendencia creciente a reconocer el hecho de que el matrimonio entre personas del mismo sexo se integre en la institución matrimonial». Aunque me parece esencial que los Magistrados conozcan las posiciones doctrinales en las materias constitucionales sobre las que se deben pronunciar, y en ocasiones existen evidentes reflejos en las Sentencias de concretos trabajos científicos<sup>15</sup>, el criterio cuantitativo (nuevamente, estadístico) me resulta también inquietante. Lo importante en un trabajo doctrinal no es el volumen de acuerdo que genere, sino la consistencia de los argumentos jurídicos que sustentan sus tesis. En todo caso, y además, la mayoría del Tribunal debió justificar por qué existe, a su juicio, esta tendencia creciente en la doctrina hacia la apertura del matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo.

#### IV. EL MATRIMONIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El Tribunal recuerda que el matrimonio es un derecho fundamental, aunque se encuentre desprovisto de la garantía del amparo, y que contiene una vertiente negativa (el derecho a no casarse) y otra positiva (que exige el concurso mutuo de otra persona) (FJ 10). El legislador dispone de un amplio margen para regular esta institución, habiendo optado en la Ley impugnada por modificar su forma de ejercicio (FJ 11). Mientras que la dimensión objetiva coincide sustancialmente con la garantía institucional, la subjetiva no se ve tampoco alterada por la ley impugnada, dado que, a juicio de la mayoría de los Magistrados, no se limita el derecho al matrimonio ni se amplía el «elenco de titulares del derecho individual» (FJ 11). Esta forma de presentar la cuestión, que permite no posicionarse sobre el «debate sobre si las personas homosexuales gozaban ya del derecho a contraer matrimonio antes de la reforma legal aquí analizada», es, cuando menos, discutible.

El origen de esta peregrina tesis se encuentra en el tristemente célebre *Estudio sobre la reforma del código civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, realizado por el Consejo General del Poder Judicial, en el que se indicaba que, con la regulación anterior del matrimonio, que impide la formación de matrimonios homosexuales, «no hay, propiamente, discriminación puesto que un homosexual puede casarse del mismo modo y en las mismas condiciones en las que puede hacerlo un heterosexual»<sup>16</sup>.

El argumento resulta inadmisibles en el mundo jurídico, y resultaría gratificante que el Tribunal Constitucional lo hubiera hecho notar, dado que el ejercicio del derecho al matrimonio de una persona homosexual en esa pretendida igualdad solamente podría lograrse renunciando a su orientación sexual. Me parece que el dato ni es menor ni es irrelevante en relación con la posición esgrimida por el Consejo General del Poder Judicial. Y por eso comparto plenamente la afirmación de que «las personas homosexuales

15 Así, por ejemplo, en la STC 137/1985/3, de 17 de octubre se utiliza una larga cita extraída del estudio publicado por BARILE, P. y CHELI sobre «Domicilio (libertà di)» (en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XIII. Giuffrè. Varese, 1964, p. 864).

16 P. 19.

gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo» (FJ 11).

Dicho esto, lo relevante para resolver el proceso de constitucionalidad sobre la reforma civil es que ésta ni ha desnaturalizado el matrimonio ni restringe la esfera de libertad de las personas heterosexuales, que pueden seguir optando por casarse o por no hacerlo. A mi juicio este es el argumento esencial que justifica la constitucionalidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo. Ni restringe ninguna facultad del derecho de las personas heterosexuales ni resulta inconstitucional que el legislador democrático amplíe el alcance de una garantía institucional siempre que no altere, con ello, su contenido esencial o nuclear.

Es lógico que discrepen de este parecer los Magistrados que consideran que la heterosexualidad forma parte de la garantía institucional del matrimonio, a los que ya hemos aludido en el epígrafe III.3.2. *in fine* de este estudio.

## V. EL PROBLEMA (MENOR) DE LA ADOPCIÓN

Una vez resuelta la cuestión de la legitimidad constitucional de la extensión del matrimonio a todas las personas, con independencia de su orientación sexual, la mayoría se plantea si, como sostienen los recurrentes, resulta inconstitucional que los matrimonios homosexuales puedan adoptar a un menor conjuntamente, porque ello cuestiona el interés del menor.

Aunque el argumento empleado para sustentar esta tesis carece de consistencia, el Tribunal Constitucional responde detalladamente a este alegato en el FJ 12 de la Sentencia. Recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido un margen de apreciación nacional en relación con la eventual adopción de menores por parte de personas homosexuales. Y expresa a continuación que, siendo el interés del menor el objetivo a preservar, éste no se ha visto alterado por la reforma del código civil que enjuicia.

El Tribunal va un poco más lejos, al traer a colación la afirmación realizada en un proceso de amparo anterior, sobre el (evidente) derecho de visitas de un progenitor transsexual: «lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores» (STC 176/2008/7, de 22 de diciembre). Y es que es oportuno recordar que cualquier diferenciación basada en la orientación sexual sería de aquellas que resultarían sospechosas y que su justificación exigiría una motivación contundente, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa.

Como resulta lógico, los votos discrepantes se separan de esta posición. Así, por ejemplo, el Magistrado Rodríguez Arribas considera que el asunto es más complejo de lo que se pretende hacer ver en la Sentencia, puesto que supone que el menor tendrá dos padres o dos madres, y entiende que tal problema no puede ser diferido al juez «porque es ponerle en una tesitura socialmente muy comprometida y a veces de difícil salida» (Ap. 4). El Magistrado Ollero Tassara entiende que la pretendida normalización de las parejas homosexuales que late en la posición de la mayoría es ajena al interés del menor y que la propia invocación que se hace de éste puede servir para justificar una «recha-

zable discriminación» para los matrimonios homosexuales que pretendan adoptar (Ap. 8). Finalmente, el Magistrado González Rivas parte de que la heterosexualidad «es vinculante para todo el ámbito del Derecho de familia, singularmente en la filiación y en las relaciones paterno-filiales tanto en lo que respecta al Derecho público como al privado» (Ap. 5).

Resulta llamativo que ningún voto particular utilice los argumentos manejados por la mayoría en relación con el matrimonio, como podría ser hacer notar que el grado de aceptación social de la adopción por parejas homosexuales es menor al referido a su unión matrimonial, o recordar que existen también mayores reservas doctrinales en esta materia. Aunque tales opiniones demostrarían que la cuestión que ahora nos ocupa genera un mayor debate social que la relacionada con la del matrimonio, no podrían desacreditar que sea el legislador democrático quien la regule, siempre que, como aquí es el caso, dicha normativa no sea contraria a la Constitución.

Por otra parte, el Tribunal podría haber señalado en su argumentación que el legislador español ha optado por regular las adopciones por parte de personas físicas, sin que en ningún momento se haya cuestionado la legitimidad de las adopciones monoparentales. Partiendo de este dato, resulta que lo que se plantea por los recurrentes como un problema jurídico novedoso (si es conveniente que un menor sea educado por una pareja formada por personas del mismo sexo) no lo es en realidad, puesto que en muchas ocasiones las parejas formadas por personas del mismo sexo habían optado por la adopción individual de uno de sus miembros. Partiendo de este dato, resulta que, paradójicamente respecto de lo que sostienen los recurrentes, la reforma no solamente no perjudica el interés del menor, sino que favorece su posición en un doble aspecto. De un lado, porque permite hacer más transparentes los procedimientos de adopción, ajustando la realidad a las previsiones normativas. De otro, porque la reforma confiere mayor seguridad jurídica a la posición del menor adoptado por un matrimonio formado por dos personas del mismo sexo que la que tenía hasta ahora cuando, encontrándose de facto en una situación cercana a la anterior (esto es, siendo cuidado por una pareja, de hecho o no, de dos personas del mismo sexo), solamente se encontraba bajo la tutela jurídica de una de ellas. Resulta, pues, que la reforma operada aporta mayor seguridad jurídica a la posición del menor, en lo que respecta tanto al procedimiento de selección de los candidatos como a la estabilidad que tendría en el caso de ser adoptado por un matrimonio homosexual.

## VI. UNA APROXIMACIÓN DIFERENTE AL PROBLEMA PLANTEADO (CONSIDERACIONES FINALES)

Como he anunciado en las líneas iniciales de esta reflexión discrepo, en buena medida, de la conclusión contenida en los votos discrepantes, pero también de la fundamentación que sustenta la opinión de la mayoría.

Y es que creo que el Tribunal podría haber motivado de una forma mucho más sencilla la constitucionalidad de la apertura del matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo. Para sustentar tal criterio, bastaría con afirmar, con carácter general, que resulta difícilmente incompatible con la Constitución una norma extensiva

de derechos, salvo si tal ampliación tiene por efecto restringir el ejercicio de ese u otros derechos para terceras personas.

En el caso que nos ocupa, la aplicación de la Ley permitirá que más parejas puedan casarse, pero sin restringir, en modo alguno, la facultad de las personas heterosexuales de casarse o no casarse. Tampoco se aprecia que la extensión del matrimonio a las parejas del mismo sexo cuestione la imagen o garantía institucional del matrimonio, cuyo elemento nuclear es que regula de una determinada manera la afectividad sexual de una pareja.

Es cierto que históricamente el matrimonio ha servido a fines ajenos, como son los referidos al mantenimiento de una dinastía o de la heredad, pero en las culturas occidentales actuales suele conectarse hoy con la búsqueda del amor y con la estabilidad emocional. Y, desde esta perspectiva, resulta irrelevante la orientación sexual de las personas que deciden casarse. Por esta razón, he discrepado con anterioridad<sup>17</sup>, y sigo haciéndolo, de la afirmación realizada por el Consejo de Estado de que la unión de personas del mismo sexo es una realidad distinta a la de personas heterosexuales<sup>18</sup>. Mi opinión en este punto es justamente la contraria, no sé si tanto porque acepte con plena normalidad las relaciones homosexuales como porque me resulte indiferente la orientación sexual que cada persona tenga. Estamos pues, como afirma la mayoría, ante «relaciones jurídicas equiparables» (FJ 9).

Estos argumentos avalarían sin mayores complicaciones la constitucionalidad de la reforma del código civil. La pregunta que puede plantearse es por qué el Tribunal Constitucional ha ido más lejos, recurriendo a la idea de la interpretación evolutiva de la Constitución. Y tratar de establecer, después, si la opción elegida por la mayoría tiene consecuencias diferentes a las que se derivan de asumir la argumentación que he defendido en líneas anteriores.

Aunque es muy arriesgado tratar de dar respuesta a la primera pregunta planteada, es probable que con esta novedosa lectura evolutiva de la Constitución, el Tribunal esté preparando el terreno para ocuparse de algún otro asunto pendiente de resolución<sup>19</sup>. Estoy pensando, lo digo con toda honestidad, en la impugnación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, por la que se ha establecido en nuestro país un sistema de plazos. Este texto jurídico resulta, a mi modesto entender, incompatible con la doctrina constitucional expresamente recogida en la STC 53/1985, de 11 de abril. Como se recordará el Tribunal exige en esta Sentencia la protección penal del feto y vincula los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo con necesarios conflictos donde pueden prevalecer otros intereses dignos de protección (FFJJ 7 y 9). Resulta evidente que esta construcción resulta incompatible con un sistema de plazos, pero también lo es que, con independencia de la opinión que cada uno tenga sobre el aborto, dicho sistema es

17 En «Matrimonio...», *cit.*, pp. 4-5.

18 Apartado IV.c del *Dictamen del Consejo de Estado relacionado con el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* de 16 de diciembre de 2004 (expediente: 2628/2004).

19 No sería la primera vez que el Tribunal dicta una Sentencia pensando en la resolución de otro asunto pendiente (habitualmente más complejo), como acredita lo acaecido en la STC 247/2007, de 12 de diciembre, en relación con la Sentencia 31/2010, de 28 de junio.

habitual en los países de nuestro entorno cultural. Es probable que la superación de la jurisprudencia vertida en la STC 53/1985 sea más fácil de realizar al albur de una lectura evolutiva de los arts. 15 CE.

En relación con los efectos prácticos de la posición sustentada por la mayoría, es de justicia reseñar que son limitados pero en modo alguno irrelevantes. Si se comparte la argumentación que he defendido en este trabajo, en línea con lo expuesto en otros anteriores, se deberá circunscribir adecuadamente la cuestión, como hace el Magistrado Aragón Reyes: no se trata de determinar si el art. 32 CE incluye el matrimonio formado por personas del mismo sexo, sino de establecer si la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales vulnera la Constitución. Si se entiende que no hay contravención jurídica que merezca reproche alguno, se deberá concluir que el legislador ha establecido una nueva facultad que formaría parte del régimen legal (que no constitucional) del matrimonio. Dicho con otras palabras, la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales se debería concebir como una ampliación legislativa del derecho al matrimonio, como un suplemento que ha sido establecido por el legislador y que es disponible para éste.

Esta idea subyace en la Sentencia que comentamos. La expresa, con especial nitidez y acierto, el Magistrado Aragón Reyes, cuando señala que «el cumplimiento de los mandatos de igualdad y no discriminación que nuestra Constitución contiene no obligaban al legislador a garantizar jurídicamente la unión entre personas del mismo sexo a través de la institución del matrimonio, y la jurisprudencia antidiscriminatoria del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tampoco» (Ap. 1). Aunque la mayoría también recuerda este dato, afirmando que había otras soluciones técnicas (FJ 11), encuentra luego poderosos motivos que avalan la decisión del legislador (referidos a la dignidad, a la interdicción de discriminación por orientación sexual, al libre desarrollo de la personalidad y al principio material de igualdad).

De esta forma, la mayoría parece entender que, aunque la reforma legal producida no es la única regulación posible para regular la unión de parejas formadas por personas del mismo sexo, es la más adecuada desde la perspectiva constitucional. Aunque nos parece que la mayoría tiene razón, resulta evidente que un eventual paso atrás en esta materia sería difícil de dar, dado que debilitaría principios básicos, como son el de dignidad, el del libre desarrollo de la personalidad y el material de igualdad. No creo que pueda llegarse a afirmar, pese a todo, que tal paso atrás fuera incompatible con el artículo 32 de la Constitución en la nueva lectura ofrecida del precepto por la mayoría. Aceptar que la renovada interpretación del art. 32 contempla hoy el derecho (constitucional) al matrimonio formado por personas del mismo sexo supondría compartir también una inadmisibles mutación constitucional y diluir la necesaria separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

\*\*\*

*TITLE: Evolutionary interpretation of the constitution and legitimacy of the marriage formed by persons of the same sex*

*ABSTRACT: The legislative decision that opened in our legal system the marriage institution to same-sex couples, allowing child adoption, provoked, at some point, an intense doctrinal debate. If the intention of the Spanish Constitutional Court, through the Judgment 198/2012, that settled the constitutional demand promoted against the cited decision,*

*was to finish those debates, it doesn't seem that the purpose was achieved. The majoritarian option dealing with an evolutive interpretation of the Constitution, or the reasons given in the dissent opinions, brought new considerations, like the ones given in this paper.*

RESUMEN: *La decisión legislativa de abrir la institución del matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo y de permitirles la adopción de menores, a través de la Ley 13/2005, generó en nuestro país un, en ocasiones, enconado debate doctrinal. Si la pretensión del Tribunal Constitucional en su Sentencia 198/2012, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la citada Ley, era superar dicho debate, no parece que lo haya conseguido. La opción de la mayoría de realizar una interpretación evolutiva de la Constitución, o los argumentos manejados en los Votos Particulares propician nuevas reflexiones, como son las que se ofrecen en el presente estudio.*

KEY WORDS: *marriage, sexual orientation, Constitutional Court, adoption, human rights.*

PALABRAS CLAVE: *matrimonio, orientación sexual, Tribunal Constitucional, adopción, derechos humanos.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 17.01.2013. FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.02.2013.