

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UN ENSAYO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PRIMERO Y LOS LÍMITES EN LA ACTUACIÓN DEL SEGUNDO¹

Por

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA
Profesor (ApC) de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

javierfacultad@gmail.com

Revista General de Derecho Constitucional 15 (2012)

Fecha de recepción: 23/05/2012

Fecha de aceptación: 01/10/2012

RESUMEN: este trabajo es una suerte de divertimento; un estudio que permite una doble lectura: una sobre una cuestión relevante y evidente, y otra igualmente importante, pero que actúa como trasfondo. El primer nivel de lectura trata de apostar sobre cuál puede ser la respuesta que el Tribunal Constitucional ofrezca al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la reforma del código civil que abre la institución del matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo. El segundo tema que se aborda, de forma entrelazada con el anterior, es el de las limitaciones que el Tribunal Constitucional tiene a la hora de interpretar la Constitución. Frente a la falsa idea, a veces extendida, de que el único límite a su actuación viene impuesto por el tenor literal de la Constitución, se defiende en este estudio que su proceder viene también condicionado por el método jurídico, por los principios constitucionales que rigen en la materia, por la evolución de los ordenamientos constitucionales de nuestro entorno y por las líneas jurisprudenciales de los tribunales internacionales especializados en la protección de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: matrimonio igualitario; interpretación constitucional; Tribunal Constitucional; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Principio de igualdad; Discriminación por orientación sexual.

¹ Este trabajo es tributario de "Homosexualidad y Constitución española. Especial referencia al matrimonio", que será publicado en *Discriminação por orientação sexual*. Universidade de Fortaleza (Brasil), aunque ahora está estructurado exclusivamente en relación con la constitucionalidad de la Ley 13/2005, y se ha enviado para su inclusión en el merecido libro homenaje dedicado al profesor Torres del Moral. Al igual que el estudio precedente, ha sido realizado al amparo de los Proyectos de Investigación DER2008-00185/JURI, sobre Pluralidad de Ciudadanías y participación democrática, concedido por la Subdirección de Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Investigación para el periodo 2009-2011, y VA005A10-1, sobre La integración social y ciudadana de los inmigrantes en Castilla y León, concedido por la Junta de Castilla y León para el trienio 2010-2012. Sobre "Homosexualidad y Constitución" nos remitimos al magnífico estudio de Fernando Rey Martínez, publicado, con ese título, en la *Revista Española de Derecho Constitucional* 73, 2005.

1. PRESUPUESTO: LA LEY 13/2005 Y EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.1. La Ley 13/2005: génesis, reservas y contenido

Muchas personas y colectivos consideran que la imposibilidad de que las parejas formadas por dos personas del mismo sexo puedan formalizar su unión ante el Estado es, jurídica y socialmente, inaceptable². Su constante lucha, unida a otros fenómenos sociológicos (mayor tolerancia o indiferencia hacia la diversidad sexual, disgregación de rígidos modelos sociales y/o religiosos, etc.), explica que las legislaciones de diversos Estados hayan optado por establecer cauces para dar cobertura jurídica a las uniones estables de homosexuales.

Ahora bien, existen distintas formas de canalizar dichas uniones estables. En algunos países se ha diseñado un régimen jurídico de parejas de hecho, al que puede acceder cualquier pareja, heterosexual u homosexual, configurando así una alternativa a la institución del matrimonio. Aunque se caracterizan, generalmente, por regular unos efectos jurídicos limitados respecto de aquél, como ocurre en Francia, con el pacto civil de solidaridad, o en Portugal, con las uniones de hecho, en ocasiones optan por una equiparación jurídica de sus efectos (caso de las parejas estables en Navarra y las parejas de hecho en el País Vasco).

En otros países del norte de Europa (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Suecia, Holanda. También Alemania y Gran Bretaña) se han aprobado leyes de uniones civiles homosexuales, institución dirigida específicamente al colectivo gay y lésbico, y que se presenta como alternativa al matrimonio para este colectivo.

Finalmente, en los últimos tiempos se está optando en algunos países por extender la figura del matrimonio al colectivo homosexual, lo que supone una plena equiparación entre las parejas que se casan, con independencia de cuál sea la orientación sexual de los contrayentes. Esto es lo que ha ocurrido, precisamente, en España³. En la anterior

² De esta opinión discrepan otros autores. Ver, como ejemplo, Cañamares Arribas, Santiago: "El reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual: un debate todavía abierto". En *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* 14 (2007). Y, en contraste con este estudio, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos: *Sexualidad y derechos humanos*. Documento de reflexión. Ginebra, 2010.

³ El matrimonio conformado por personas del mismo sexo ha sido regulado antes que en España en Países Bajos (Ley de 21 de diciembre de 2000) y Bélgica (Ley de 13 de febrero de 2003), y después en Suecia (Ley de 1 de mayo de 2009), Noruega (Ley de 1 de enero de 2009), Portugal (Ley 9/2010, de 31 de mayo), e Islandia (Ley de 11 de junio de 2010). También ha sido regulado en Canadá (*Civil Marriage Act*, de 20 de junio de 2005); Sudáfrica (Ley 17 de 2006, de 29 de noviembre); México Distrito Federal (Ley de 29 de diciembre de 2009); Argentina (Ley de 21 de julio de 2010), y, dentro de los Estados Unidos, en Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont,

legislatura, el gobierno socialista impulsó un proyecto de Ley en el que se abría la figura del matrimonio para todas las parejas, con independencia de la orientación sexual de sus miembros, optándose, así, por el modelo de asimilación.

Aunque la modificación parecía modesta, en la medida en que se limitaba a sustituir las referencias realizadas en el Código Civil al hombre y la mujer por la indeterminada a los cónyuges, añadiendo en el art. 44 del mismo que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, era radical, en la medida en que igualaba, sin matiz alguno, el régimen jurídico de ambas uniones. Dicha radicalidad resuelve, de un plumazo, dos medidas que generan distinto grado de polémica social. La primera se refiere al matrimonio conformado por dos personas del mismo sexo. La segunda, más debatida en la sociedad, es la posibilidad de que parejas homosexuales puedan adoptar.

La proyectada reforma del código civil se encontró, además de con la oposición de algunos sectores sociales conservadores⁴, con las reservas expresadas tanto por el Consejo de Estado como por el Consejo General del Poder Judicial, así como por diversos autores⁵. Ambos órganos parten de la premisa de que el matrimonio

New Hampshire, Washington D.C. y Nueva York (ya en 2011). Estos datos se extraen de Rodríguez Ruiz, Blanca: “Matrimonio...”, pp. 76, aunque han sido completados por el autor de estas líneas. No son estos los únicos Estados donde se debate el problema, como acredita la lectura de Medina, Graciela: “Problemática de la unión homosexual. Derecho comparado. Derecho argentino”. En Álvarez de Lara, Rosa María (coord.): *Panorama internacional de derecho de familia, culturas y sistemas jurídicos comparados*. Tomo I. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 2006.

⁴ Para entender bien la oposición, social y jurídica, surgida contra el proyecto de Ley es muy recomendable la lectura del estudio de Leire Etxazarra “La legalización del matrimonio homosexual (el cómo y el por qué de una movilización)”. En *Papeles del Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva* 2007/1. La contestación social fue liderada por la iglesia católica (a través de documentos consultables en la página web de la conferencia episcopal y del apoyo a una manifestación con el lema “la familia sí importa”) y el Foro de la familia. También resulta de interés Sanguino Fernández, Carlos: “La conferencia episcopal y el argumento de la reproducción. Sobre las ideas de la Iglesia contra el matrimonio homosexual”. En *Iglesia Viva* 220 (2004). Por otra parte, es muy interesante examinar cómo el Tribunal de la Rota ha valorado y valora la homosexualidad en relación con la anulación de matrimonios canónicos, para lo que es altamente recomendable la lectura de la Sentencia del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de España, de 8 enero 2003, sobre la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio (RI §401699). Ver, con carácter general, Peña García, C: *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*. Universidad de Comillas. Madrid, 2004.

⁵ Entre otros muchos trabajos pueden citarse Navarro-Valls, Rafael: “Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad” (en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* 14, 2007); Tirapu Martínez, Daniel: “Perplejidades y contradicciones del pretendido matrimonio homosexual. Comentarios al proyecto de Ley de reforma del código civil en materia de matrimonio” (en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* 8, 2005) y “La cuestión no cerrada del llamado matrimonio homosexual” (en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* 26, 2011) y Martí Sánchez, José M^º: “Sobre la naturaleza del matrimonio y sus implicaciones jurídicas” (en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* 26, 2011). La última autora citada se lamenta del deterioro del régimen legal del matrimonio (en p. 32).

constitucionalmente previsto en el art. 32.1 CE es heterosexual, ya que se compone de un hombre y de una mujer. Más discutible es la afirmación, realizada por el Consejo de Estado, de que la unión de dos personas del mismo sexo es una realidad distinta a la de los heterosexuales, por lo que, como “la pluralidad de realidades demanda una diversidad de instituciones” (Apartado IV.c), aconseja al Gobierno abordar una regulación distinta y específica sobre las uniones conformadas por personas del mismo sexo. Más contundente, y desafortunado en términos jurídicos, es el Informe del Consejo General del Poder Judicial, en el que se defiende que la iniciativa gubernamental es inconstitucional e inconveniente.

Dejando ahora de lado las argumentaciones realizadas para defender estas posiciones, que se combaten en los votos particulares dictados por algunos de sus miembros, interesa recordar que el Consejo General ahonda en esa distinta naturaleza de las uniones homosexuales frente a las heterosexuales, que trae causa de su estructura (obvio), de su funcionalidad social (fecundidad vs. esterilidad), de su cuantía (menor en el segundo), y, finalmente, de su estabilidad (mayor en el primer caso).

Es evidente que ninguna de estas razones presenta una mínima consistencia. Los matrimonios heterosexuales deberían prohibirse, por ejemplo, por falta de funcionalidad cuando el hombre es estéril, la mujer ha llegado a la menopausia o se utilizan los servicios (públicos muchas veces, por cierto) de planificación familiar⁶. Los derechos nada tienen que ver ni con la cantidad de las personas que los invocan ni con su orientación sexual (por cierto, criterio este de diferenciación que debe ser considerado sospechoso a la vista del art. 14 CE⁷) ni por la forma (incluso arbitraria) de ejercerlos.

⁶ Ana Fernández-Coronado González entiende que la supresión de la impotencia como impedimento para contraer matrimonio en la Ley 30/1981 es la más importante característica de la secularización del matrimonio en nuestro país (en “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”. En *Foro* 3, 2006, p. 103). De ahí que la misma autora entienda que la admisión del matrimonio entre personas del mismo modelo no hace más que incidir en la plena secularización del modelo (*ibidem*, p. 107). Contrasta con esta visión la mantenida por Beatriz Gimeno y Violeta Barrientos, en “La institución matrimonial después del matrimonio homosexual”. En *Íconos* 35 (2009), p. 29, y, muy especialmente, por Pablo Nuevo, quien afirma que “la institución matrimonial se define por la complementariedad sexual, la mutua ayuda y apertura a la procreación y educación de los hijos”, en línea con la doctrina oficial de la Iglesia católica (en “Reflexiones constitucionales a propósito del llamado matrimonio homosexual”, en *Dikaión* 15, 2006, p. 51). Aún más lejos va Jorge Scala cuando afirma, imprudentemente, que “el ‘matrimonio’ homosexual es violatorio del derecho de los derechos humanos (en “Uniones homosexuales y derechos humanos”. En *Persona y Bioética* 24, 2005, p. 91).

⁷ El Tribunal Constitucional ha señalado que el art. 14 CE prohíbe toda discriminación fundada en la orientación sexual, aunque no aparezca expresamente citada entre las allí recogidas (STC 41/2006/3, de 13 de febrero). Ahora bien, la aplicación de esta cláusula antidiscriminatoria ha sido bastante modesta, limitándose a impedir un despido laboral que pudiera justificarse en la orientación sexual del trabajador (en el citado auto). Ver, en el plano doctrinal, Alventosa del Río, Josefina: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2008 y Tarrazona García, Juan Carlos: *El principio de no discriminación*

Además, no resulta de recibo la hipótesis de la distinta naturaleza del matrimonio homosexual al heterosexual en un modelo constitucional como el nuestro, en el que se regulan de forma diferenciada las instituciones del matrimonio (art. 32.1 CE) y de la familia (art. 39.1 CE).

Las Cortes Generales aprobaron finalmente la reforma del código civil a través de la Ley 13/2005⁸. Desde entonces, el porcentaje de matrimonios formados por personas del mismo sexo se sitúa, cada año, entre el 1,60 y el 2,10 % del total⁹. No solamente no se han producido conflictos sociales, sino que en el citado informe se indica que el 60% de los españoles aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo. El apoyo es mayoritario entre los jóvenes de entre 15 y 34 años (75%), las personas con estudios superiores (71%), los no adscritos a una religión (75,5%), y los que se identifican con la izquierda y el centro-izquierda (71,9%). Sin embargo, sólo un 44% se manifiesta a favor de la adopción por parejas homosexuales, frente a un 42% que se opone¹⁰.

1.2. El recurso de inconstitucionalidad

Setenta y dos diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados han interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley

por motivo de orientación sexual: una aproximación a la situación actual. Tesina manuscrita. Valencia, 2001.

⁸ Rápidamente glosada por María Linacero de la Fuente, en “Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, en *Foro 2005*2. Sobre la tramitación de la Ley puede consultarse también Montesinos Sánchez, Nieves: “Matrimonio y homosexualidad”. En *Feminismo/s* 8 (2006) y Souto Paz, José A. (coord.): *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez*. Comares. Granada, 2008.

⁹ En el año 2005, 1.269 matrimonios de los 209.415 estaban formados por dos personas del mismo sexo. Durante 2006, 4.313 parejas homosexuales se casaron, siendo la cifra global de matrimonios de 207.766. En los años siguientes se ha mantenido estable la cifra de matrimonios homosexuales (3.193 en 2007, 3.194 en 2008 y 3.082 en 2009), apreciándose una leve disminución en el número global de matrimonios celebrados (204.772, 197.216 y 177.144, en 2007, 2008 y 2009, respectivamente). Sin embargo, en los datos provisionales referidos a 2010, se aprecia una leve intensificación de los matrimonios homosexuales (3.583), que contrasta con la disminución del conjunto de los celebrados (170.815). Todos los datos se han extraído de <http://www.ine.es>.

¹⁰ Datos extraídos de la voz “Matrimonio entre personas del mismo sexo en España”, de *Wikipedia*, que incluye referencias a informes del Instituto Nacional de Estadística y a un importante estudio de la Fundación BBVA. Datos más actualizados se recogen en el Estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas sobre las actitudes de la juventud ante la diversidad sexual (noviembre-diciembre 2010), en el que se afirma que el 76.8% de los jóvenes considera aceptable el matrimonio homosexual, frente a un 19.1% que lo rechaza. También se considera más aceptable la adopción por parejas compuestas por dos hombres (69.1% contra 31%) y por dos mujeres (64.1% contra 28.1%) que en la referenciada en el texto. El informe se puede consultar en <http://www.cis.es/>.

13/2005. No ha sido éste el único obstáculo con el que se ha encontrado la nueva Ley¹¹, pero sí resulta, sin ningún género de dudas, el más relevante.

Las primeras líneas del recurso del PP contienen una argumentación muy débil, en la que se denuncia que la mayoría parlamentaria se haya decidido a modificar "los elementos definitorios básicos de una institución fundamental de nuestra estructura social", (a) despreciando el consenso con la oposición, (b) desconociendo el carácter institucional básico del matrimonio, (c) alterando la Constitución y (d) dejando de lado otras fórmulas más adecuadas para lograr el fin perseguido. Estas afirmaciones iniciales carecen de un mínimo contenido, limitándose a expresar un legítimo punto de vista, pero no un argumento jurídico para decretar la inconstitucionalidad de la reforma.

El primer motivo de inconstitucionalidad se funda en el art. 32 CE, y en él se recuerda que el matrimonio constitucionalmente previsto es heterosexual y que se trata de una garantía institucional, que no puede ser alterada por el legislador. Siguiendo la argumentación del discutible informe del Consejo General del Poder Judicial, dedica muchas páginas a recordar lo obvio: el art. 32 regula el matrimonio heterosexual. Expone después la duda de si tal alteración del matrimonio podría comprometer el art. 32 CE, pero no acierta a explicar qué facultad del derecho queda afectada por la reforma. Quizás la imposibilidad de argumentar en este punto, explica que el razonamiento se traslade al campo de la garantía institucional, que debe ser respetada en su núcleo esencial por el legislador (STC 32/1981, de 28 de julio). El recurso considera que con el

¹¹ Mención especial merece la objeción de conciencia planteada por los titulares de algunos órganos judiciales. La primera objetora, Isabel López García-Nieto, lo hace invocando su condición católica y citando interesadamente una jurisprudencia del Tribunal Constitucional superada hace algunos lustros, que vinculaba la objeción de conciencia con la libertad ideológica y religiosa (cfr. <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=10156>). Apoyarán esta actitud los autores contrarios al matrimonio homosexual, como Rafael Navarro-Valls ("La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo". *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 9, 2005) y algunos consejeros del Consejo General del Poder Judicial que, aunque reconocen que no cabe en los jueces la objeción de conciencia, estiman que la libertad ideológica o religiosa puede oponerse al deber, sugiriendo la activación del mecanismo de sustituciones. Es evidente, a mi modesto entender, que a los órganos judiciales no les asiste derecho alguno a la objeción de conciencia en esta materia, ni tampoco a los cargos municipales. Bastaría con recordar que la objeción de conciencia se produce cuando un sujeto es obligado a realizar algo, cosa que, por definición, no puede ocurrir con quién mantiene una relación voluntaria con la administración para prestar funciones públicas. El Tribunal Supremo recuerda, además, que no está legalmente prevista, por lo que no reconoce su existencia (STS -Sala Tercera- de 11 mayo 2009, recurso 69/2007, de la que es Ponente el Magistrado D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva. Decisión duramente cuestionada por Ángel López-Sidro López en "La objeción de conciencia de los jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo". En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 21, 2009). Tampoco los magistrados pueden cuestionar la constitucionalidad de la Ley al desempeñar sus funciones al frente del registro civil. El Tribunal Constitucional ha excluido tal posibilidad en diversas resoluciones, entre las que destacan los AATC 505/2005 y 508/2005, de 13 de diciembre, en los que ha concluido que el Juez encargado del Registro Civil no está facultado con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, dado que su actuación ni presenta carácter jurisdiccional ni se dicta en el marco de un proceso, contradiciendo así lo vaticinado por el profesor Navarro-Valls.

reconocimiento del matrimonio homosexual esta garantía institucional queda vaciada de contenido, desnaturalizada y tergiversada. Se insiste, además, en que la norma es desproporcionada, porque habrían cabido otras opciones "orientadas a una nueva regulación del nuevo modelo de pareja".

El segundo motivo de inconstitucionalidad se vincula con la eventual lesión del art. 10.2 CE, ya que en el plano internacional también se considera heterosexual el matrimonio.

Se consideran vulnerados, en tercer lugar, los principios de igualdad formal y material (arts. 14 y 9.3 CE). Entienden los recurrentes que, dado que el matrimonio (heterosexual) y la unión (homosexual) son materias distintas, no puede exigirse una regulación única al amparo del principio de igualdad.

Asimismo, se considera que la reforma vulnera la protección de la familia, la protección integral de los hijos y de los niños en general (arts. 39, apartados 1, 2 y 4, respectivamente), por permitir la adopción conjunta por matrimonios homosexuales, lo que sería contrario al interés del adoptado.

Finalmente, se entiende lesionado el principio de jerarquía normativa (art. 9.1), puesto que la ley modifica la noción constitucional de matrimonio, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por actuar el legislador en contra de la Constitución, y el art. 167 de ésta, porque se reforma la Constitución al margen del procedimiento constitucionalmente previsto para ello.

Diríase, en resumen, que la reforma ha producido, a juicio de los parlamentarios recurrentes, un grave daño constitucional, rompiendo con una institución ancestral, lo que nos aboca, al parecer, a terribles males.

2. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. UNA APUESTA DE FUTURO

Puede parecer osado ofrecer una hipótesis sobre la posición que, a nuestro humilde juicio, debería ofrecer el Tribunal Constitucional en relación con el recurso de inconstitucionalidad que acaba de ser descrito en líneas anteriores. Lo hacemos, claro está, sabiendo bien que solamente el alto Tribunal es el intérprete auténtico de la Constitución y que, consiguientemente, lo que sigue a continuación no constituye más que una reflexión personal, una apuesta si se quiere, sobre cuál será la dirección que se seguirá en la Sentencia que resuelva el recurso de inconstitucionalidad¹².

¹² No se examinará en estas líneas ni las cuestiones que la Ley ha dejado abiertas ni las quejas referidas con la eventual adopción por parte de matrimonios formados por dos personas del mismo sexo.

Acaso la laguna más importante era determinar los efectos que se conferirían al matrimonio en el supuesto de que uno de los cónyuges fuera extranjero. Pues bien, dicho silencio ha sido colmado

Tres posibles resoluciones pueden suscitarse, globalmente, a las dudas de constitucionalidad expuestas. El Tribunal podría, en primer lugar, estimar el recurso interpuesto y declarar la nulidad de la reforma del código civil en la medida en que desconoce el carácter heterosexual de la institución del matrimonio. El Tribunal podría optar, en segundo lugar, por entender que los matrimonios homosexuales no solamente no son incompatibles con las normas constitucionales, sino que su concurrencia viene impuesta por algunas normas constitucionales (especialmente, como veremos, por el principio de no discriminación por orientación sexual prevista en el art. 14 CE, en combinación con el principio de igualdad material del art. 9.2 CE y el principio de libre desarrollo de la personalidad, del art. 10.1 CE). Finalmente, el Tribunal podría entender, en tercer y último lugar, que la apertura del matrimonio constitucionalmente previsto a las parejas homosexuales es una decisión libre del legislador y que, aunque no viene impuesta por la Constitución, tampoco la contraviene.

Pues bien, nuestra principal apuesta, desarrollada en las siguientes páginas, es que el Tribunal optará por la tercera de las posibilidades expuestas, dado que elegir la primera iría en una dirección contraria a la seguida en otros ordenamientos de nuestro entorno y a la evolución experimentada en los Tratados internacionales, y en su

por la relevante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005, que instruye a los encargados del Registro Civil en el sentido de que la ley española debe entenderse aplicable a los extranjeros aunque su ley personal no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sobre esta materia, es muy interesante la lectura de Díez-Picazo, Luis María: "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo". *Indret* 2007\2, esp. p. 9, y Gómez Jené, Miguel y Abarca Junco, Ana Paloma: "Breves notas sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo". En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 12 (2006). Ver también, Rodríguez Vázquez, María Ángeles: "Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado español". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 122 (2008).

Por otra parte, y aunque no se trate en estas páginas la cuestión de la adopción, a nuestro juicio también este punto de la Ley es conforme desde la perspectiva constitucional. En primer lugar, porque el concepto de familia es muy amplio y no guarda ya conexión ontológica con la idea de matrimonio. En segundo lugar, porque el desarrollo del menor depende de factores mucho más importantes (el cariño y ejemplos recibidos, por ejemplo), y porque, sin negar que la convivencia con una pareja homosexual puede generar mayores rechazos exteriores -como antes lo fue ser hijo de divorciados-, resulta evidente que toda persona debe asimilar las circunstancias de su entorno (económicas, sociales, físicas, etc.). Existe otro argumento, a mi juicio definitivo, para defender la constitucionalidad de la Ley. Desde que la adopción individual es posible en nuestro país, todas las parejas homosexuales que han querido descendencia lo han logrado sin problemas, asumiendo la adopción uno de sus miembros. Esto hace que el otro progenitor, que convive a diario con el menor, carezca de reconocimiento jurídico. La paradoja es que si el adoptante falleciera, el menor volvería a depender del Estado, pese a que ya cuenta, *de facto*, con una persona que le está educando y al que le une un vínculo afectivo. No parece que separarles sea una decisión acertada para el mejor desarrollo del menor. Como diciendo, sinceramente y no como bandera dialéctica, que el interés del menor debe prevalecer absolutamente en la regulación de la adopción, me resulta inconcebible que el Derecho no garantice el papel que las parejas homosexuales desempeñan, en estos casos, respecto del adoptado. Es muy recomendable, en este punto, el visionado del documental *Mis padres son gays*, de Stéphanie Kain y Franck Guérin.

interpretación auténtica, que nos vincula, y que escoger la segunda atribuiría al Tribunal Constitucional un papel extraño en nuestra cultura constitucional.

2.1. El matrimonio homosexual es incompatible con la Constitución española

Hay constantes denuncias, no desprovistas de todo fundamento, sobre la presunta politización del Tribunal Constitucional. Aunque no pueda descartarse que se hayan producido aislados comportamientos partidistas, lo cierto es que el Tribunal Constitucional demostró en la difundida STC 31/2010 una independencia de criterio que se separaba, claramente, de las posiciones defendidas por los distintos partidos políticos que se habían pronunciado sobre el resultado de aquél proceso constitucional.

Algo parecido ocurrirá, con toda seguridad, en el proceso constitucional del que ahora nos ocupamos. Resulta ingenuo pensar que el Pleno del Tribunal adoptará una decisión sin mirar lo que está ocurriendo en los países de nuestro entorno, y en la evolución del derecho al matrimonio en el marco del Derecho europeo.

Si así lo hace, podrá comprobar que la apertura de la institución matrimonial a las parejas homosexuales se está generalizando con gran rapidez. No siempre ha sido, sin embargo, así. Como ya se ha indicado, otros países han optado o bien por establecer regulaciones genéricas sobre parejas de hecho o bien por regular fórmulas de convivencia específicamente dirigidas a las parejas homosexuales¹³. Y esto mismo ha ocurrido en los mismos Estados que hoy han abierto la figura del matrimonio a las parejas homosexuales.

En los Países Bajos, esta medida (adoptada mediante Ley de 21 de diciembre de 2000) fue precedida por dos figuras previas: el contrato de vida en común (Ley de 16 de febrero de 1993), de índole privado y la unión civil (desde enero de 1998). Todas estas figuras están ahora abiertas a toda persona, con independencia de su orientación sexual. También en Bélgica existía, antes de la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales, la cohabitación legal (Ley de 23 de noviembre de 1993), aplicable, entre otros supuestos, a las parejas formadas por personas del mismo sexo. Hoy pueden casarse, en virtud de la Ley de 13 de febrero de 2003. Lo mismo puede decirse de otros países, como son Suecia (puede recordarse la Ley de Registro de Parejas de Hecho, de 23 de junio de 1994), Noruega (vid. la Ley de 1 de agosto de 1993 sobre Registro de Parejas), Portugal (vid. La Ley 7/2011, de 11 de mayo, sobre las uniones de hecho), e Islandia (aprueba el registro de parejas de hecho en 1996), etc.

¹³ En esta parte de Derecho extranjero, nos ha sido de gran utilidad el estudio de Victoria Camarero Suárez, "Un apunte al Derecho europeo y estadounidense sobre el status jurídico de las parejas del mismo sexo", disponible en <http://www.hegoak.com/legislacion/leg-4.html> el 4 de enero de 2011, excepto en lo que atañe a Portugal e Islandia.

Resulta, pues, que el matrimonio homosexual no ha operado como una alternativa frente a otras, distintas, (genéricas parejas de hecho o mecanismos establecidos específicamente para parejas homosexuales), sino que es producto de la evolución de aquéllos otros instrumentos. Resulta muy revelador este dato porque marca una tendencia que el Tribunal Constitucional español no puede desconocer a la hora de tomar su decisión¹⁴.

No es éste, sin embargo, el único análisis de Derecho extranjero que realizará el Tribunal Constitucional. A buen seguro que se preguntará cuál ha sido la posición que los Tribunales que ocupan su misma posición en otros Estados han mantenido sobre el matrimonio homosexual. Especial interés tiene la Sentencia 359/2008 del Tribunal Constitucional portugués, dado que en ella el Pleno del Tribunal avala la apertura de la institución del matrimonio a las parejas homosexuales. O la Sentencia de la *Cour d'arbitrage* belga 159/2004, de 20 de octubre. Ambas resoluciones han confirmado la legitimidad de que el legislador, democrático, amplíe la institución matrimonial, por lo que una decisión distinta del Tribunal Constitucional español sería difícilmente comprensible.

Finalmente, no es solamente que la inconstitucionalidad del matrimonio homosexual sería llamativa en el entorno europeo en el que nos movemos. Es que, posiblemente sería censurada por los organismos que amparan los derechos humanos en el marco europeo. Nos referimos, claro está, a la Unión Europea y al Consejo de Europa¹⁵.

Aunque es verdad que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea excluye cualquier referencia a la diversidad sexual cuando regula el derecho al matrimonio (art. 9), “ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca”¹⁶.

Esta redacción, que encuentra su sentido en las reservas estatales expresadas antes y con ocasión del Tratado de Lisboa sobre el alcance de algunos derechos¹⁷, no excluye

¹⁴ No resulta preciso apelar al carácter abierto de los preceptos constitucionales (o más propiamente, de su interpretación) para defender que el Tribunal Constitucional no impedirá al legislador democrático que atienda una nueva realidad social, y que lo haga, además, “a la luz de los valores superiores de libertad, de igualdad y de no discriminación” (cfr. Pérez Álvarez, Salvador: “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?”. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 12, 2006, p. 10).

¹⁵ Las dimensiones estatales y europeas son examinadas por Pedro Talavera en “El Derecho europeo ante el matrimonio y uniones de hecho de personas del mismo sexo”. En *Revista de Instituto de Ciencias Jurídicas* 2007\2.

¹⁶ Estas aclaraciones se recogen en las Explicaciones que acompañan a la Carta.

¹⁷ Cfr. Matia Portilla, Francisco Javier: Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas”. En *Revista Española de Derecho Europeo* 29 (2011).

el activismo demostrado en esta materia por la Unión Europea¹⁸. Merece la pena detenernos, brevemente, en el análisis de la STJUE de la Gran Sala Tadao Maruko, de 1 de abril de 2008 (asunto C-267/06), en la que se afirma que "el artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge supérstite, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia"¹⁹.

¹⁸ Comenzando por el Parlamento Europeo, deberíamos recordar, en primer lugar, la difundida Resolución 28/1994, de 8 de febrero (*DOUE* de 28 de febrero), sobre "igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea", en la que se insta, a través de peticiones concretas, a que se ponga fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones estatales jurídicas y administrativas (ap. 7). A esta importante Resolución han seguido otras que nos limitamos a citar ahora: son las de 17 de diciembre de 1998, 29 de diciembre de 2000, 15 de enero de 2003 (en la que por primera vez se habla del reconocimiento del matrimonio homosexual), 18 de enero de 2006, sobre la homofobia en Europa (*DOUE* C 287 E de 24 de noviembre de 2006), 15 de junio de 2006 sobre el aumento de la violencia racista y homófoba en Europa y 26 de abril de 2007, sobre la homofobia en Europa. Más relevante es que el Tratado de Ámsterdam previera que la Unión Europea pudiera adoptar medidas para luchar contra la discriminación por orientación sexual (art. 6.A TCE, ver hoy los arts. 10 y 19 TFUE).

Se dictó poco tiempo después la importante Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE L 303 de 2.12.2000). Ver, también, las Directivas 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, relativa al derecho de reagrupación familiar, y 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que, en el estado actual del Derecho en el seno de la Unión, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no son asimilables a las relaciones matrimoniales (Sentencias Grant, de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96, §§ 34 y 35 y D. vs. Consejo de la Unión Europea, de 28 de enero de 1999, asunto T-264/97, § 28) y, lo que es más sorprendente, que éstas no inciden en el derecho a la vida privada familiar (Grant, § 35 y D. vs. Consejo de la UE, § 39).

Ver, en el plano doctrinal, Jordán Villacampa, María Luisa: "Particularidades del sistema matrimonial español en el seno de la Unión Europea". En *Cuadernos de Integración Europea* 7 (2006).

¹⁹ § 73. Más recientemente aún, puede consultarse la interesante STJUE de la Gran Sala Römmer, de 10 de mayo de 2011, asunto C-147/08, esp. § 52. También sobre pensiones y matrimonio versa la Sentencia K.B., de 7 de enero de 2004 (asunto C-117/01), pero en conexión con la imposibilidad de que una pareja heterosexual, en el que uno de sus miembros es transexual, pueda casarse en el Reino Unido. Y sobre transexualidad y matrimonio puede consultarse también García Pechuán, Mariano: "Una primera protección constitucional para el matrimonio homosexual en Alemania: la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 27 de julio de 2008". En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 60-61 (2007), y la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que allí se glosa.

Por otra parte, la posición del Consejo de Europa también ha variado a lo largo del tiempo²⁰. Mientras que en un primer momento se admite la tipificación penal de la homosexualidad (Decisión 104/55, de 17 de diciembre de 1955) y la de actos impúdicos homosexuales (Decisión 5935/75, de 30 de septiembre de 1975), esta posición será revisada posteriormente en la difundida STEDH Dudgeon vs. Reino Unido (Demanda 7525/76, Sentencia de 22 de octubre de 1981) por no estar justificada en una necesidad social apremiante²¹.

También en un primer momento se afirmará que las relaciones homosexuales duraderas no se incluyen en la protección de la vida familiar reconocida en el art. 8 CEDH²² y que no vulneran el art. 14 CEDH, por razón de sexo, las regulaciones que ofrecen mayor protección familiar a las personas casadas y a las uniones heterosexuales²³.

Muchas resoluciones posteriores han versado sobre la interdicción de toda discriminación fundada en la orientación sexual, como son las relacionadas con la expulsión de los homosexuales de las fuerzas armadas²⁴, la sanción penal referida a la distinta edad para realizar actos homosexuales consentidos con respecto a los heterosexuales²⁵, la atribución de la patria potestad²⁶, la adopción de menores²⁷, el

²⁰ Ver Bouazza Ariño, Omar: "Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". En *Revista de Administración Pública* 176 (2008), págs. 289-308.

²¹ § 60. Ver también, en relación con esta materia, las SSTEDH Norris vs. Irlanda (Demanda 10581/83, Sentencia de 26 de octubre de 1988) y Modinos vs. Chipre (Demanda 15070/89, Sentencia de 22 de abril de 1993).

²² Decisiones de 3 de mayo de 1983, X. e Y./Reino Unido, n. 9369/81, D R 32, p. 220; de 14 de mayo de 1986, S./Reino Unido, n. 11716/85, D R 47, p. 274, apartado 2, y de 19 de mayo de 1992, Kerkhoven y Hinke/Países Bajos, n. 15666/89, no publicada, apartado 1.

²³ Decisiones S./Reino Unido, antes citada, apartado 7; de 9 de octubre de 1989, C. y L.M./Reino Unido, n. 14753/89, no publicada, apartado 2, y de 10 de febrero de 1990, B./Reino Unido, n. 16106/90, D R 64, p. 278, apartado 2). Compárese con la STJUE Grant, de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96, § 33.

²⁴ Asunto Smith y Grady vs. Reino Unido, demandas 33985/96 y 33986/96, Sentencia de 27 de septiembre de 1999.

²⁵ Asuntos L. y V. vs. Austria, demandas 39392/98 y 39829/98, Sentencia de 9 de enero de 2003. Ver, en el plano doctrinal, Alventosa del Río, Josefina: *Discriminación...*, cit., pp. 173 ss.

²⁶ Asunto Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, demanda 33290/96, Sentencia de 21 de diciembre de 1999.

²⁷ Asunto Fretté vs. France (demanda 36515/97, Sentencia de 26 de febrero de 2002), revisado en E.B. vs. Francia (demanda 43546/02, Sentencia de la Gran Sala de 22 de enero de 2008). En E.B. vs. Francia, tratándose de una adopción individual, el Tribunal considera arbitrario que se le deniegue la adopción a la recurrente por la ausencia de un referente paterno al ser homosexual y vivir en pareja, porque es incompatible este motivo con aquella premisa (§ 73), aunque se manejara otro motivo no desprovisto de fundamento (§ 76). Y es que la Sala constata que la homosexualidad de la recurrente ha estado presente en todo el proceso. Partiendo, ahora sí, de que el Convenio es un instrumento vivo (§ 92), se constata la discriminación. La Sentencia se acompaña de diversas opiniones separadas. Así, el Magistrado Costa, en un voto al que se

derecho de subarriendo de la vivienda respecto de la pareja fallecida²⁸, el cálculo de la pensión que debería haberse variado al tener una pareja (homosexual)²⁹ y el derecho de manifestaciones promovidas por colectivos gays y lésbicos³⁰.

Especialmente relevante para este trabajo es el asunto *Schalk y Kopf vs. Austria* (demanda 30141/04, Sentencia de 24 de junio de 2010), y no sólo porque se ocupa, frontalmente, de la cuestión del matrimonio homosexual. El Tribunal revisa su jurisprudencia anterior³¹ para decidir que, a la vista de la evolución experimentada en las legislaciones estatales, considera que una pareja homosexual ejerce vida familiar desde la perspectiva del art. 8 CEDH³², lo que podría hacer que el Tribunal de Justicia de la UE deba revisar lo afirmado en el asunto *Grant* (§ 33).

Si el Tribunal Constitucional, en definitiva, otea las soluciones adoptadas por órganos que realizan funciones similares a las suyas en otros países que comparten unos

adhieren los Magistrados Türmen, Ugrekhelidze y Jočienė, no tiene claro que la falta de referencia paterna alegada por las autoridades evidencie una discriminación por orientación sexual, y el segundo motivo no resulta ni irrazonable ni desproporcionado, por lo que discrepa de la decisión de la mayoría. También lo hace el Magistrado Zupančič, para quién un privilegio (la adopción) no puede vincularse al ejercicio de un derecho. La opinión concordante de los Magistrados Lorenzen y Jebens se centra en cuestiones menores (sobre si debía el tribunal pronunciarse sobre si el segundo motivo de la denegación de la adopción era razonable, como hace, o el alcance del fallo). Sí que discrepa de éste el Magistrado Loucaides, entendiendo que los dos motivos de denegación operaban conjuntamente, y por lo tanto no podían ser separados a la hora de evaluar su viabilidad, y afirmando, además, que la orientación sexual puede ser tomada en consideración en materia de adopción. Muy sugerente es el último voto particular, discrepante, del Magistrado Mularoni, en el que se presenta una construcción distinta en lo que atañe a la admisión del asunto (no vinculada con el derecho de adoptar, sino con su incidencia en la vida privada), y al fondo del asunto (subrayando la autonomía y consistencia del segundo motivo para denegar la adopción solicitada). Sobre la STEDH E.B. vs. Francia, puede consultarse Bouazza Ariño, "Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". En *Revista de Administración Pública* 176 (2008), págs. 297-298, y, ya en relación con nuestro país, España Mallorquín, Susana: "El matrimonio civil y la adopción por parejas del mismo sexo". En *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 10 (2004).

²⁸ Asunto *Karner vs. Austria*, demanda 40016/98, Sentencia de 24 de julio de 2003.

²⁹ Asunto *J.M. vs. Reino Unido*, demanda 37060/06, Sentencia de 28 de septiembre de 2010, § 55. En España, el autor de estas líneas ha defendido que una pareja homosexual podría apoyarse en la Disposición Décima, 2, de la Ley 30/1981, mientras estuvo en vigor, para reclamar una pensión de viudedad, aunque otros autores, como Elena Desdentado ha mantenido lo contrario, con argumentos que también son razonables. Aludimos a los estudios "Condena por una discriminación inexistente". En *Revista Española de Derecho Constitucional* 92 (2011), p. 374 y "Homosexualidad y pensión de viudedad. Una reflexión crítica sobre los problemas de Derecho transitorio". En *Aranzadi Social* 2009\10, respectivamente.

³⁰ Asuntos *Baczowski y otros vs. Polonia*, demanda 1543/06, Sentencia de 3 de mayo de 2007 y *Alekseyev vs. Rusia*, demandas 4916/07; 25924/08 y 14599/09, Sentencia de 21 de octubre de 2010.

³¹ Expresamente el Asunto *Mata Estévez vs. España* (demanda 56502/00, Auto de 10 de mayo de 2001, glosado en § 92), pero también los asuntos *Rees vs. Reino Unido* (demanda 9532/81, Sentencia de 10 de octubre de 1986, § 49) y *Cossey vs. Reino Unido* (demanda 10843/84, de 27 de septiembre de 1990, § 43).

³² § 94. Ver también el asunto *P.B. y J.S. vs. Austria* (demanda 18984/02, Sentencia de 22 de julio de 2010, § 30).

mismos valores, y observa la tendencia de los tribunales europeos que pueden, llegado el caso, controlar su actuación, comprenderá que la apertura de la institución matrimonial a las parejas homosexuales, más o menos acertada desde el punto de vista técnico-jurídico, es una tendencia en los Estados de nuestro entorno, que se muestra también en los textos internacionales europeos³³. Una decisión de anulación del matrimonio homosexual situaría en una delicada situación al órgano paradójicamente encargado de velar por el respeto de los derechos humanos, por lo que no parece probable que se produzca.

¿Qué puede hacer entonces el Tribunal? La respuesta más fácil es entender que declarará que la reforma del código civil es constitucionalmente admisible. Pero podría optar también ir más lejos, defendiendo una interpretación dinámica del matrimonio, que tomara en consideración la profunda transformación social operada en este punto, y vinculando tal decisión con algunas disposiciones constitucionales (en particular, la remoción de obstáculos para lograr la igualdad efectiva de las personas y la interdicción de discriminaciones basadas en la orientación sexual) y con la reciente evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (marcada por la relevante Sentencia recaída en el citado asunto *Schalk y Kopf vs. Austria*, §§ 55-57).

2.2. El matrimonio homosexual como exigencia constitucional

Si el Tribunal Constitucional optara por esta interpretación, lo que estaría consagrando, sería, entonces, el derecho al matrimonio de cualquier persona y con cualquier persona, con independencia de su orientación sexual. Estaría obligado a hacerlo porque, de lo contrario, se habría producido una discriminación basada en la orientación sexual de las personas. Esta es la tesis sustentada, entre nosotros, por Aida Torres Pérez³⁴.

Esta hipótesis podría apoyarse en las importantes Sentencias dictadas por algunos Tribunales Supremos estatales de los Estados Unidos de América, que han establecido que era preciso reconocer el derecho al matrimonio a las personas homosexuales, y entre las que destacan las Decisiones del Tribunal Supremo de Massachusetts de 4 de marzo de 2003 en *Hillary Goodridge & others vs. Department of Public Health & another*,

³³ Y no sólo en Europa. Es muy revelador el discurso pronunciado por la Secretaria de Estado Hillary Clinton en el día internacional de los Derechos Humanos, y que puede consultarse, traducido al castellano, en <http://iipdigital.usembassy.gov/st/spanish/texttrans/2011/12/20111207114633x0.2800518.html#axz1jYRhgw2f> (consultado el 6 de febrero de 2012), así como la amplia difusión que ha recibido en todo el mundo.

³⁴ En "El matrimonio de personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea", comunicación incluida en el citado volumen *Discriminação...*, cit.

de Connecticut de 8 de octubre de 2008 en *Elizabeth Kerrigan & others vs. Commissioner of Public Health & another* o de Iowa de 3 de abril de 2009, en *Katherine Varnum & others vs. Timothy J. Brien*³⁵.

Sin embargo, creemos que el Tribunal Constitucional no debería seguir esta dirección por razones de distinta índole, que a continuación desgranamos. Así, debemos retener que los precedentes jurisprudenciales citados no son aplicables, a mi modesto entender, a un Tribunal Constitucional europeo. Es sabido que los textos constitucionales americanos no se caracterizan ni por su revisión constante ni por su detallismo extremo. En cierta medida, ese modelo constitucional sitúa a los tribunales ordinarios (también al Supremo respectivo) en una posición privilegiada, en un mecanismo de exigencia y garantía de los derechos individuales frente al legislador, encargado del mantenimiento y la actualización de los derechos fundamentales³⁶.

Ninguna de estas características adorna al Estado constitucional en Europa. La desconfianza del pueblo hacía los poderes constituidos (también hacia el propio Tribunal Constitucional) explica que las Constituciones sean muy extensas en sus contenidos, y que no se acepte fácilmente ni el activismo judicial (dado que el poder judicial se encuentra sometido a la Ley) ni el decisionismo en el que pudiera incurrir aquél. Más bien al contrario, su legitimidad se vincula muy directamente con la prudencia con la que debe cumplir su muy importante pero también limitada tarea. Por eso, antes que mirarse en el espejo de los Tribunales Supremos de algunos de los Estados que forman parte de EEUU, preferirá tomar como referencia la posición sustentada por otros Tribunales europeos. Todos ellos han señalado lo obvio: el matrimonio previsto en la Constitución es de naturaleza heterosexual³⁷.

³⁵ Ver Pascucci de Ponte, Enrico: "Algunas consideraciones en torno a la extensión del derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales. A propósito de la Sentencia Goodridge vs. Department of public health (2003) del Tribunal Supremo de Massachusetts (EEUU)". En *Saberes* 2004/2 y, con carácter general, Labadie Jackson, Glenda: "Deshojando margaritas: un recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América". En *Indret* 2006\2. También presenta interés el trabajo de Elvia M. Solano sobre "Los proyectos de reforma constitucional para la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos". En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 50-51 (2005).

³⁶ vid., en el plano doctrinal, Strauss, David A: *The living Constitution*. Harvard Oxford University Press. Oxford, 2010.

³⁷ Vid. la Sentencia 138 de 2010 del Tribunal Constitucional italiano (comentada por Santiago Cañamares Arribas en "El reconocimiento del matrimonio homosexual en Italia. Breves consideraciones a propósito de la Sentencia 130/2010 del Tribunal Constitucional italiano". En *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* 23, 2010), la Sentencia 359/2009 del Tribunal Constitucional portugués, la Decisión 2010-92 QPC del Consejo Constitucional francés (Décision 2010-92 QPC de 28 de enero 2011) y el Auto 806, de 4 de octubre de 1993, del Tribunal Constitucional federal alemán (del que existe versión en castellano en la nada neutral página web http://www.unav.es/civil/nsd/pagina_2.html).

Tal afirmación debe ser especialmente subrayada cuando el constituyente ha establecido, expresamente, que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” (art. 32.1 CE). No se puede discutir seriamente que el matrimonio constitucionalmente garantizado en 1978 es de naturaleza heterosexual. Y, partiendo de esta premisa, resulta también irrelevante el argumento de que la interdicción de la discriminación por orientación sexual conlleva la exigencia del derecho al matrimonio para las parejas homosexuales. Lo es porque estaríamos ante una norma especial frente al principio general antidiscriminatorio, como ocurre, por ejemplo, en relación con el género, con la preferencia del varón sobre la hembra en la sucesión de la Corona (art. 57.1 CE). Han pasado ya muchos años desde que surgió la estrambótica idea de que puede haber normas constitucionales inconstitucionales, afortunadamente superada, sin que exista razón dogmática alguna para retomar tan absurda hipótesis.

El propio Tribunal Constitucional ha señalado, además, por si hubiera dudas, que, “al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)”³⁸. Esto quiere decir que, hoy por hoy, las parejas homosexuales no tienen un derecho fundamental al matrimonio, pero no, necesariamente, que tal figura no pueda ser regulada por el legislador democrático. Esta posibilidad nos lleva ya a examinar la tercera posible respuesta al recurso interpuesto contra la Ley que autoriza la celebración de matrimonios con independencia de la orientación sexual de los contrayentes, que nos parece la más previsible.

2.3. El matrimonio homosexual como derecho de configuración legal

En efecto, que la Constitución no exija la regulación del matrimonio homosexual no quiere decir que, de producirse, ésta sea contraria a la Constitución. Como es bien sabido, el legislador no debe ejecutar, desarrollar la Constitución, sino, simplemente, no vulnerarla. Por ese motivo resulta contradictorio que, en el recurso de inconstitucionalidad, se afirme que el matrimonio homosexual no está recogido en la Constitución y, a la vez, que su regulación vulnera aquélla. Para que una ley sea contraria a la Constitución será preciso, necesariamente, que la misma venga a vulnerar

³⁸ ATC 222/1994, de 11 de julio. El Tribunal admite, pues, “la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial”.

alguna materia allí contenida, presupuesto que, al decir de los propios recurrentes, no se produce en este caso.

Entrando en la respuesta que el Tribunal podría ofrecer en su Sentencia, nos detendremos, en primer lugar, en la queja referida con el art. 32 CE y con todas aquellas otras que se vinculan, directa o indirectamente, con el precepto constitucional citado. Aunque la queja principal presenta un mínimo interés, carece, sin embargo de contenido que justifique su estimación. Y es que, con carácter general, resulta imposible que la extensión de un derecho (como es el de contraer matrimonio) a personas homosexuales lesione el derecho subjetivo -que mantienen, y que se encuentra constitucionalmente garantizado- de las personas heterosexuales. Ninguna ley que amplíe derechos puede ser inconstitucional, salvo si tal extensión conlleva una restricción, para otras personas, de ese mismo derecho fundamental o de otros. Pero no se proporciona en el recurso un solo argumento en esta dirección. Se expresa una discrepancia política, legítima, para fundamentar un vicio de inconstitucionalidad que, simplemente, no existe.

Compartimos sin ambages la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia de 17 de julio de 2002, cuando señala que la protección que la Constitución dispensa al matrimonio no impide al legislador atribuir a las parejas derechos y deberes parecidos o análogos a los que derivan de aquel, puesto que la institución del matrimonio no está amenazada por una institución que se dirige a personas que no pueden contraerlo³⁹. Aunque es cierto que en el caso alemán se utiliza otra denominación, no creo que una cuestión de simple nombre pueda servir para vulnerar una garantía esencial, cuando ésta no afecta a su contenido primigenio como aquí ocurre. Coincidimos, pues, con el autor de uno de los primeros estudios publicados en esta materia⁴⁰.

³⁹ La Sentencia de 17 de julio de 2002 puede consultarse en castellano en Schwabe, Jürgen: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Konrad Adenauer Stiftung. Berlín, 2009, pp. 265 ss. Puede consultarse, en sentido cercano, la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá relativa al Requerimiento relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo, 2004 CSC 79 de 9 de diciembre de 2004, en la que se afirma que “el simple reconocimiento del derecho a la igualdad de un grupo no puede, en sí, comportar un atentado contra los derechos de otro grupo. El avance en los derechos y valores consagrados por la Carta beneficia al conjunto de la sociedad, y la afirmación de esos derechos no puede como tal infringir los mismos principios que la Carta está llamada a promover”. Comenta esta resolución Alain Vallières, en “La prohibición del matrimonio entre cónyuges del mismo sexo como discriminación por razón de orientación sexual (un comentario a la Sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo del Tribunal Supremo de Canadá)”. En *Revista de Derecho Político* 68 (2007).

⁴⁰ Gavidia Sánchez, Julio V: “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* 21 (2001), p. 46. Ver también, Etelvina Valladares Rascón, cuando afirma que “me parece absurdo afirmar que es posible que coexistan dos instituciones que tengan exactamente la misma regulación y que produzcan idénticos efectos, con nombres completamente distintos” (en “El Derecho a contraer matrimonio y la Constitución”. En *Aranzadi Civil-Mercantil* 9/2005, apartado III.A.a).

Podría así decirse, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley, que ésta no vulnera el derecho al matrimonio heterosexual constitucionalmente previsto en el art. 32 CE, siendo irrelevante, en este punto las normas internacionales en materia de derechos humanos, puesto que no se ha visto afectado el derecho de persona alguna a casarse.

Por otra parte, resulta del todo indiferente que el legislador haya entendido bien o no las exigencias derivadas del principio de igualdad sustancial, o que existieran otras alternativas posibles a la finalmente elegida. En un Estado democrático las decisiones del legislador se legitiman por la regla de la mayoría, con el único límite jurídico de que no transgredan la Constitución. Puesto que no se ha vulnerado la imagen maestra del matrimonio, aunque se haya abierto, por vía legal, a las parejas homosexuales, carecen de consistencia los motivos relacionados con los arts. 9 y 167 CE⁴¹.

No es descartable que el Tribunal añada a esta argumentación que, aunque la Constitución no exija la regulación del matrimonio homosexual, ésta encuentra apoyatura en algunas disposiciones constitucionales, como son el libre desarrollo de la personalidad y el principio antidiscriminatorio por orientación sexual. Aunque es evidente que podría haberse optado por otro modelo, lo relevante es que éste es acorde con aquéllas⁴².

El Tribunal puede además enmarcar esta reforma legislativa en la evolución tanto del derecho al matrimonio en el plano internacional como de la protección de las parejas homosexuales por parte del Tribunal de Estrasburgo. En la importante Sentencia que resuelve el asunto Schalk y Kopf vs. Austria, éste realiza una doble afirmación, aparentemente contradictoria, pero cargada de sentido común. Si bien es cierto que las diferenciaciones fundamentadas en la orientación sexual son sospechosas, por lo que deben ser fundamentadas con razones especialmente consistentes⁴³, los Estados disponen de un margen de actuación para adoptar medidas estratégicas en el plano

⁴¹ Aunque es cierto que el problema es más complejo, si se concibe el matrimonio (heterosexual) como una garantía institucional (vid. Díez-Picazo, Luis María: "En torno...", *cit.*, pp. 11-12), creo que los argumentos esgrimidos hasta el momento (las normas constitucionales favorables a la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales y los precedentes comparados), unidos al respeto que el legislador democrático siempre merece, inclinarán la Sentencia del lado de la constitucionalidad de la medida.

⁴² Esto es lo que el Tribunal ha hecho en la Sentencia relacionada con el *home schooling*, cuando afirma que, aunque la escolarización obligatoria de los estudiantes es una medida acordada libremente por el legislador democrático, encuentra, además, apoyaturas constitucionales (en particular, las ofrecidas por los arts. 27.1 y 27.2 CE. STC 133/2010/9, de 2 de diciembre de 2010).

⁴³ Ver SETEDH Karner, § 37; L. y V. vs. Austria, § 45; y Smith y Grady, § 90.

económico y social⁴⁴ (§ 97). Con elemental sentido común, en un panorama estatal diverso, el TEDH concluye que el art. 12 CEDH "no impone una obligación para el Gobierno demandado de garantizar a las parejas homosexuales, como la recurrente, el acceso al matrimonio" (§ 63, y aún menos se puede extraer tal conclusión del art. 14 en relación con el 8, § 101). Más aún, en el supuesto de que se decida a regular las uniones homosexuales, también dispone el Estado de un margen de apreciación a la hora de establecer su régimen jurídico, sin que esté obligado a que sea idéntico al del matrimonio⁴⁵. Lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace es conferir protagonismo, en esta materia, al legislador democrático, dato que refuerza la convicción de que sería muy desafortunado censurar su decisión.

Más contundente se muestra todavía el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, porque en su explicación se dice, expresamente, que su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca, como aquí ha ocurrido.

Los restantes fundamentos del recurso, relacionados con el art. 32 CE, presentan una menor enjundia. Si se acepta que no se vulnera el derecho al matrimonio y, lo que sin duda es más complejo, que no se ve afectada por su ampliación la institución del matrimonio, carece de cualquier contenido la última queja de la demanda, relacionada con el principio de jerarquía normativa y el art. 167 CE, sobre la reforma.

Tampoco se vulnera el art. 10.2 CE, puesto que, si bien es cierto que algunos textos de nuestro entorno (Convenio Europeo de Derechos Humanos) siguen manejando una visión heterosexual del matrimonio, otros muestran una clara apertura en esta materia (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Podría añadirse que, incluso en el marco del Convenio, el Tribunal de Estrasburgo ya reconoce que las parejas homosexuales ejercen una vida familiar que es amparable desde la perspectiva del art. 8 CEDH.

El argumento de la doble lesión del principio de igualdad (de la formal y de la material) tampoco resulta admisible. No se entiende, en el momento actual, qué diferencia a una pareja heterosexual de otra homosexual. En nuestro contexto histórico,

⁴⁴ asunto *Stec y otros vs. Reino Unido*, demanda 65731/01, Sentencia de la Gran Sala de 12 de abril de 2006, § 52.

⁴⁵ § 108. La Sentencia se acompaña de dos opiniones separadas. Mientras que en una de ellas, debida al Magistrado Kovler, se defiende el principio heterosexual del matrimonio previsto en el art. 12 CEDH, en la otra, suscrita por los Magistrados Rozakis, Spielmann y Jebens, se estima que los recurrentes han sido discriminados, ya que, aunque tenían una vida familiar, no podían encauzarla jurídicamente hasta que entró en vigor la Ley de 2010, sin que encuentre natural acomodo la idea del margen de apreciación nacional en una materia en las que las diferencias deben fundarse en razones de especial convicción.

el matrimonio sirve para expresar la afectividad sentimental y sexual entre dos personas, por lo que no resulta evidente que su orientación sexual sea un dato relevante⁴⁶.

No encontramos, pues, fundamentos en los que pueda justificarse una declaración de inconstitucionalidad en lo referido a la extensión de la institución matrimonial a las parejas homosexuales, y sí buenas razones que avalan la declaración de la constitucionalidad de la medida.

Es cierto que el Estado español es uno de los primeros en la admisión del matrimonio homosexual, pero basta recordar el examen de Derecho extranjero realizado en páginas anteriores para constatar que se está produciendo la apertura generalizada de la institución del matrimonio al colectivo homosexual en otros países de nuestro entorno. No es sorprendente, ya que en nuestra cultura social el matrimonio se anuda con las relaciones afectivas y estables, y éstas son consustanciales a todas las personas. Por esta razón no tengo claro que hoy se pueda afirmar de forma tajante que el compromiso estable de dos personas sea de distinta naturaleza atendiendo al similar o desigual sexo que tengan, a su similar o desigual orientación sexual o a su similar o desigual identidad sexual. No deja de resultar paradójico que el avance del Estado social no solamente dependa de políticas activas, sino también del simple respeto a las decisiones individuales, y del reconocimiento público de estas cuando atañen a su futuro en común⁴⁷.

Es oportuno hacer notar que, si nuestro vaticinio se cumple, estaremos ante un doble régimen del matrimonio, puesto que mientras que tendrá realce constitucional el heterosexual, el homosexual dependerá de la libre voluntad del legislador democrático. Es, pues, disponible para el legislador su pervivencia, o la creación de un régimen jurídico diferenciado de alguno de sus presupuestos, contenido o efectos, si lo estima oportuno. Aunque estamos persuadidos de que es muy difícil retroceder en materia de

⁴⁶ Es verdad que esto no siempre fue así. La institución del matrimonio surge para asegurar cosas distintas, vinculadas con la propiedad y la prole. Es bien sabido que en muchas culturas (especialmente en la romana -en la que, por cierto, era posible el matrimonio homosexual-), una cosa era el matrimonio y otra bien distinta la afectividad o el sexo. También en la configuración tradicional del matrimonio ha pesado, y mucho, la protección de la mujer, confinada su existencia dentro del hogar. Afortunadamente, todos estos elementos han experimentado una honda evolución. La protección integral de los menores es absolutamente independiente del estatuto jurídico que tenga la relación de sus progenitores y la mujer posee idénticos derechos a los de su pareja. Siendo esto así, podría cuestionarse cuál es en la actualidad, la utilidad social del matrimonio, interrogante que supera, con creces, los modestos objetivos de este estudio.

⁴⁷ Refrenda nuestra apuesta por la equiparación la relevante sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 21 de julio de 2010 (1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07), en la que se considera inconstitucional la desigualdad de trato existente entre las parejas registradas (homosexuales) y los matrimonios (heterosexuales) en relación con el impuesto de sucesiones. Ver, en el plano doctrinal, Vega García, Alberto: "La equiparación en Alemania de las parejas de hecho registradas (*eingetragene Lebenspartnerschaften*) a los matrimonios en el impuesto de sucesiones". En *Indret* 2011\1.

libertades, por lo que es harto improbable que se derogue la Ley 13/2005, sería conveniente que encontrara reflejo en la Constitución los nuevos modelos de pareja y de familia que gozan de una muy amplia aceptación social⁴⁸, lo que podría concretarse, en lo que ahora aquí interesa, en la reforma del art. 32.1 CE. Tal reforma constitucional tendría una especial significación para los derechos fundamentales si afecta, igualmente, al art. 57.1 CE. Las excepciones por razón de género u orientación sexual serán menores, lo que siempre es una buena noticia para el presente y el futuro del Estado constitucional.

⁴⁸ Véase el interesante estudio de Teresa Castro Martín sobre *Maternidad sin matrimonio. Nueva vía de formación de familias en España*. Fundación BBVA. Madrid, 2007 y, especialmente, Rodríguez Ruiz, Blanca: "Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear". En *Revista Española de Derecho Constitucional* 91 (2011).