

EL MATRIMONIO ENTRE CIUDADANOS DEL MISMO SEXO: ¿DERECHO FUNDAMENTAL U OPCIÓN LEGISLATIVA?

ABRAHAM BARRERO ORTEGA

Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN.—II. UN PUNTO DE PARTIDA INCUESTIONABLE.—III. EL ARGUMENTO INSTITUCIONAL.—IV. EL ÁMBITO SUBJETIVO Y MODAL DEL DERECHO AL MATRIMONIO.—V. OPCIONES O LECTURAS CONSTITUCIONALES PARA LA EQUIPARACIÓN.—VI. APUNTE CRÍTICO.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Como es sabido, la legalización del matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo en 2005 suscitó en nuestro país uno de los debates constitucionales más trascendentes de los últimos años. La doctrina española se posicionó a favor y en contra de la constitucionalidad de la Ley 13/2005. Recientemente, la STC 198/2012 ha venido a zanjar el debate. El Tribunal Constitucional ha avalado la constitucionalidad del matrimonio homosexual, pero introduciendo matices y salvedades significativas en cuanto a su consideración jurídico-constitucional. El presente trabajo enjuicia la STC 198/2012 en el contexto del debate más amplio que en torno a la apertura del matrimonio a las uniones homosexuales está hoy planteado a nivel mundial.

Palabras clave: derecho al matrimonio; matrimonio homosexual; igualdad y no discriminación; orientación sexual; garantías institucionales.

ABSTRACT

The legalization of same-sex marriage in Act 13/2005 sparked in our country one of the most important constitutional debates of recent years. Some authors supported

the constitutionality of the Act; other authors questioned this constitutionality. The debate has been recently settled by the Spanish Constitutional Court (STC 198/2012). Spain's Constitutional Court upheld the constitutionality of gay marriage. This paper analyzes the decision of the Spanish Constitutional Court in the context of the global debate over same-sex marriage.

Key words: right to marry; same-sex marriage; equality and anti-discrimination; sexual orientation; institutional guarantees.

I. INTRODUCCIÓN

La legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ha suscitado en nuestro país uno de los debates jurídicos más trascendentes de los últimos años (1). No podía ser otro modo. Dicha ley incorporó una reforma que afecta a una de las instituciones capitales de nuestra convivencia y cuya configuración jurídica irradia todo el Derecho de familia (2).

La clave de la reforma estuvo en el artículo 44 del Código Civil, que, en su versión original, establecía: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código». Tras la reforma, se añadió: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo». El resto de cambios consistió en sustituir los términos «marido y mujer» o «padre y madre» por «cónyuges», «consortes» o «progenitores» en algunos otros preceptos del mismo cuerpo legal y de la Ley del Registro Civil. El resultado es que el matrimonio se extiende a las uniones homosexuales, con la consiguiente equiparación de efectos.

A partir de aquí, como es sabido, un sector de la doctrina mostró sus dudas acerca de que el matrimonio homosexual cupiese en la Constitución. Se interpretaba que el artículo 32.1 CE sanciona únicamente el matrimonio heterosexual: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Abrir el matrimonio a las uniones homosexuales supone desnaturalizar una institución milenaria, algo que, desde luego, se podía haber hecho pero reformando previamente la Constitución y no sólo el artículo 44 del Código Civil. El matrimonio homosexual estaba en 1978 muy

(1) Una buena síntesis del debate puede verse en, entre otros, CAÑAMARES ARRIBAS (2007) y BARRERO ORTEGA (2007). Más recientemente, PRESNO LINERA (2012).

(2) RODRÍGUEZ RUIZ (2011).

lejos de los planteamientos del constituyente. Si el artículo 32.1 se interpreta conforme a las reglas convencionales para la interpretación jurídica, se extrae la conclusión de que la heterosexualidad es consustancial a la institución constitucionalmente garantizada. La expresa voluntad del constituyente debió, pues, ser respetada.

Otro sector doctrinal, en cambio, avaló la constitucionalidad de la reforma legal. Ciertamente es que el párrafo primero del artículo 32 CE reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, pero el párrafo segundo se remite a una ley, el Código Civil, que es la que debe determinar las formas, edad y capacidad para contraer matrimonio. Y, sobre todo, si se interpreta el artículo 32.1 CE en relación con el artículo 14 CE, sin que quepa discriminación por razón de orientación sexual, es constitucionalmente viable legalizar el matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo. El texto constitucional, por consiguiente, no presenta impedimento alguno para que por matrimonio se entienda también la unión civil entre personas del mismo sexo.

La discusión doctrinal se vio, asimismo, enriquecida por los argumentos a favor y en contra de la reforma legal aportados por organismos públicos de reconocida solvencia y competencia, significativamente el Consejo de Estado(3), el Consejo General del Poder Judicial(4) y la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España(5).

El Tribunal Constitucional, finalmente, acaba de zanjar el debate con la STC 198/2012. Una sentencia compleja, rica en ideas, y que salva la constitucionalidad del matrimonio homosexual, aun introduciendo matices importantes en cuanto a su consideración constitucional. El Constitucional ha dicho la verdad jurídica. Así es y tiene que ser respetada. Pero ello no significa que resulte ilegítimo seguir reflexionando acerca de las razones que han llevado a esa decisión en un asunto controvertido, como demuestran los tres votos particulares discrepantes y un cuarto concurrente. Aunque sea sólo por interés intelectual, merece la pena la reflexión.

Con tal alcance intelectual, el presente trabajo se adentra en el debate en torno al matrimonio homosexual, sin agotar las posturas doctrinales vertidas hasta la fecha. Trataré sencillamente de aportar algunas reflexiones sobre un tema delicado, y con sensibilidades a flor de piel, nacidas de algunas lecturas. El tema está estrechamente ligado a un asunto que causa razonable

(3) Dictamen de 16 de diciembre de 2004 (en adelante *DCE*).

(4) Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, de 26 de enero de 2005 (en adelante *ECGPJ*).

(5) Declaración aprobada por el Pleno de Académicos de Número, en sesión del día 21 de febrero de 2005 (en adelante *DRALJE*).

preocupación, la adopción por parejas homosexuales. Es éste, con todo, un asunto que merece su particular debate y cuyo tratamiento legal, el que sea, no tiene por qué interferir necesariamente en el de la apertura del matrimonio a esas parejas. En cualquier caso, como apunta el Tribunal Constitucional, parece razonable considerar que el interés superior del menor se tutela en cada caso concreto en función de la indagación a la que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, de suerte tal que el deber de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE) no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge. El ordenamiento jurídico prevé mecanismos suficientes en las disposiciones que regulan la adopción como para garantizar la preservación del interés superior del menor a lo largo del proceso.

El trabajo se apoya, ante todo, en la STC 198/2012, a fin de comprobar los términos en los que el Tribunal Constitucional ha avalado la reforma legal. Y es que, a mi juicio, en el fondo, la cuestión no era tanto apreciar la constitucionalidad del matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo como clarificar el estatus jurídico del derecho de esos ciudadanos a contraerlo. El matrimonio homosexual, ¿*derecho fundamental* u *opción del legislador*?

II. UN PUNTO DE PARTIDA INCUESTIONABLE

Lo primero que convendría dejar sentado, y en ello –entiendo– hay consenso doctrinal, es que la versión original del artículo 44 del Código Civil sancionaba una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Ante la misma aptitud para compartir afectos, elaborar y llevar adelante proyectos de vida en común, el derecho al matrimonio se reconocía al varón y a la mujer entre sí, y no a los varones entre sí o a las mujeres entre sí. En eso no hay discrepancia, pero debe quedar afirmado como punto de partida porque precisamente eso y no otra cosa es lo que está en cuestión en toda esta controversia: si la diferencia de trato es legítima desde la perspectiva constitucional. La cuestión no es la de si la diferencia de trato existe, lo cual es innegable, sino si dicha diferencia es admisible *ex Constitutione*. Y si es admisible hoy, porque quizá lo fuese antes pero ahora ya no.

Y todo ello en el entendido de que la homosexualidad es tan natural como la heterosexualidad, a la que se llega por caminos personalísimos de similar trazado y perfil del que conduce a los heterosexuales a convivir y entablar relaciones afectivas con el sexo opuesto. Opción natural que, sin duda,

está protegida por la Constitución (6). Lo está, primero, a través del derecho fundamental a la intimidad (art. 18), que ampara los actos sexuales íntimos y consentidos. Las relaciones sexuales voluntarias en privado caen dentro del derecho al respeto a la vida privada. La sexualidad es una de las facetas más íntimas de la vida y forma parte, sin duda, de ese «ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren» (7) del que habla la jurisprudencia constitucional. Y lo está, segundo, a través de la prohibición de discriminación, pues la homosexualidad se incluye entre esas otras condiciones o circunstancias personales a las que alude el inciso final del artículo 14 CE. Los supuestos de discriminación mencionados en el artículo 14 de la Constitución no son un catálogo cerrado, sino que el añadido «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» permite sancionar cualquier trato discriminatorio. En particular, «la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona (...) por los profundos prejuicios arraigados en la normativa y socialmente contra esta minoría» (8). Asimismo, la homosexualidad puede entenderse incluida, en consonancia con el Derecho de la Unión Europea (9), dentro del elenco de causas expresamente prohibidas, exigiéndose así una valoración más rigurosa en el control de los parámetros de igualdad ante determinadas medidas diferenciadoras.

La prohibición de discriminación tiene, en todo caso, un radio normativo más amplio respecto a la homosexualidad: la protege no sólo en el ámbito privado, sino también en el ámbito público, frente a los poderes públicos. Como sucede con las demás circunstancias del artículo 14, veda, en principio, cualquier trato jurídico diferente y perjudicial derivado de la orientación sexual de las personas; cualquier medida fundada en dicha causa deberá pasar por un *juicio estricto* que justifique el trato diferenciado, será exigible una mayor carga argumentativa de parte de quien defiende la diferencia y, correlativamente, una revisión más profunda y rigurosa por parte de la jurisdicción constitucional (10).

El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de orientación sexual prohíbe tanto las *discriminaciones directas*, es decir, los tratamientos

(6) REY MARTÍNEZ (2005): 130-139.

(7) STC 73/1982.

(8) STC 41/2006.

(9) El *DCE* examina pormenorizadamente la tutela contra la discriminación homosexual. Asimismo, REY MARTÍNEZ (2005): 118-130.

(10) RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ (1986).

jurídicos diferentes y peores fundados en la homosexualidad –una persona es tratada de manera menos favorable que otra en la misma situación por su orientación sexual– como las *discriminaciones indirectas*, esto es, la diferenciación jurídica que se establece no formalmente por la homosexualidad, pero que, de hecho, impacta negativamente sobre la minoría homosexual –la persona sufre una situación de desventaja por la aplicación de una práctica, criterio o tratamiento, que aparentemente es neutro–. No insistiré en lo ya sabido (11).

Pues bien, ante situaciones ciertamente equiparables, ¿tiene cabida constitucional la diferencia de trato? ¿En verdad la aplicación del artículo 14 CE en relación con el *ius connubii* ha de partir de la mención expresa de la diversidad sexual que introduce el artículo 32 CE y que recogía, en su versión original, el artículo 44 del Código Civil? ¿Hay una noción constitucional de matrimonio que impide al legislador abrir la institución a las uniones homosexuales? ¿O hay derechos, bienes y valores constitucionales que permiten o incluso exigen esa apertura?

III. EL ARGUMENTO INSTITUCIONAL

Admitiéndose que esa diferencia de trato se da en el artículo 44 del Código Civil, donde empieza la discrepancia es en la valoración de esa diferencia. El argumento de base de quienes se muestran contrarios a la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales es que esa apertura quiebra la imagen maestra o *leit-bild* de una institución históricamente fraguada y recibida por el constituyente. Eliminar la heterosexualidad como elemento de la unión matrimonial, extendiendo sus efectos a las parejas homosexuales, repercute negativamente en la garantía institucional del matrimonio. No se trata de un simple cambio de los sujetos que puedan acceder al matrimonio, sino de algo más profundo, una auténtica metamorfosis de la institución (12).

Sabido es que la categoría jurídica de la garantía institucional o garantía de instituto fue acuñada en los años veinte del siglo xx por la doctrina alemana para referirse a la protección constitucional de determinadas instituciones sociales, típicas y necesarias de la organización política. Esto es, determinados modos de conducta instituidos por la colectividad. Unas instituciones que, desde el momento en que son incorporadas a la Constitución, quedan

(11) SSTC 145/1991, 58/1994, 286/1994 y 147/1995.

(12) *ECGPJ* y *DRALJE*. Aunque no se muestra tan tajante, alerta de ese posible riesgo el *DCE*.

singularmente protegidas frente a su supresión, vaciamiento o desfiguración sustancial. El legislador, especialmente, debe respetar el tipo básico o ideal de la institución o manifestación social típica. Pero la garantía institucional sólo se recoge *in nuce* en la Constitución; su régimen jurídico se encuentra definido extraconstitucionalmente, configurado históricamente en un sentido determinado, y el legislador debe respetarlo. El prototipo de una garantía institucional vincula al legislador (13).

En todo caso, las garantías institucionales no aseguran un contenido concreto y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una manifestación social típica en los términos reconocibles a la luz de «la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (14). Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real para convertirse en un simple nombre. La Constitución ampara la imagen identificable de la institución, pero no todos y cada uno de los elementos que históricamente la hayan caracterizado. La existencia de una garantía institucional determina la inconstitucionalidad de las eventuales normas que tuvieran por objeto suprimir la institución o la de aquellas que la vacían de contenido.

Y esto, se dice, es lo que sucede con la reforma del Código Civil que avala el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tanto el artículo 32 CE como otros textos internacionales consagran la garantía institucional del matrimonio, en el bien entendido de que se refieren al heterosexual y tendencialmente orientado a la procreación (15). Por eso, el constituyente de 1978, al ocuparse del derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, no tuvo que introducir en ese precepto concreciones del tipo *entre sí* porque lo daba por supuesto (16). Esa expresa dualidad, hombre y mujer, significa que la idea constitucional de matrimonio es la del matrimonio entre dos personas de distinto sexo. La inmediata referencia a la «plena igualdad jurídica» se entiende así perfectamente. De lo contrario, si la Constitución estuviese previendo y aceptando como matrimonio la unión de un hombre con un hombre o de una mujer con otra, esa referencia a la plena igualdad no tendría sentido. El artículo 32, que coloca como sujetos del derecho fundamental al hombre y a la mujer entre sí, aunque no lo diga expresamente, está haciendo referen-

(13) CRUZ VILLALÓN (1999a): 44-53; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2011).

(14) SSTC 32/1981 y 76/1988.

(15) DCE, ECGPJ y DRALJE. En la misma línea, REY MARTÍNEZ (2005): 146. No obstante, este autor prefiere la noción de «contenido esencial del concepto constitucional matrimonio».

(16) BERCOVITZ (2003): 67. Asimismo, REY MARTÍNEZ (2005): 146-147 y PARDO FALCÓN (2011).

cia a una institución que era, en el momento de aprobarse la Constitución, y continúa siendo hoy, perfectamente conocida.

El tipo básico o ideal impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera. No hay duda de que la institución puede ser adaptada al espíritu de los tiempos, pero la actualización no puede hacerse en términos que la hagan irreconocible por la conciencia social de cada tiempo y lugar. Y se incurre en ese error cuando se opta por reconocer el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales. Se fuerzan así los principios articuladores de esa forma social típica, de acuerdo con la concepción de la misma actualmente imperante. Si hay protección constitucional del matrimonio, el legislador tiene límites y no puede, por consiguiente, disponer libremente de la institución. Y la heterosexualidad es uno de los rasgos identificativos de la unión matrimonial. El legislador carece de poder para desfigurar la institución matrimonial (17).

La Constitución no opera en el vacío y hace referencia, o puede hacerla, a conjuntos normativos, figuras y formas sociales que preexisten a ella. Se puede así decir que la Constitución recibe conjuntos normativos. El constituyente utiliza palabras que contienen referencias a ideas e instituciones preexistentes en el ordenamiento: propiedad privada (art. 33 CE), herencia (art. 33 CE), fundación (art. 34 CE), filiación o relaciones parternofiliales (art. 39 CE) y, claro está, matrimonio (art. 32 CE). Como ha escrito Luis Díez-Picazo:

«En el artículo 32 puede leerse la idea de que, tras la Constitución, viviremos en un sistema jurídico en el que existirá, a disposición de la libertad individual, una institución denominada matrimonio, con un contenido específico. [...]. En el artículo 32 se reconoce el derecho de contraer matrimonio, o la existencia de una garantía institucional [...] llamada matrimonio, en una relación entre el hombre y la mujer, con lo cual de nuevo nos introduce en ideas no sólo preconstitucionales sino prejurídicas, como son las relativas al sexo de las personas [...]» (18).

En este sentido, la idea que subyace al Estudio del Consejo General del Poder Judicial de 2005 es que el matrimonio «es heterosexual o no es»; la heterosexualidad es un rasgo identificador objetivo, de progenie «biológica, física o anatómica», determinante de la «diversidad y complementariedad de sexos». En cambio, la homosexualidad es la «tendencia sexual», subjetiva por definición, que estimula la formación de parejas «estériles, incapaces de reproducirse», y, según datos estadísticos, de breve duración. La apertura del

(17) DCE, ECGPJ y DRALJE.

(18) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2004): 124.

matrimonio a las parejas homosexuales comporta un problema para la institución. Para la institución en tanto forma jurídica que traduce una relación social típica. El legislador debe respetar, en palabras de Karl Larenz o Carl Schmitt, «la naturaleza de la cosa»; si pasa por alto o desprecia esa naturaleza, «y cree poder configurar el mundo según sus deseos, pronto –concluye el Estudio– tendrá que experimentar la verdad de la máxima horaciana: *naturam expellas furca tamen usque recurret*».

En similares términos, *mutatis mutandis*, se expresan los magistrados firmantes de los tres votos particulares discrepantes a la STC 198/2012. El matrimonio es una institución preexistente a la Constitución que ha tenido históricamente reconocimiento en el Derecho Comparado, en la realidad social y en la doctrina jurídica. Una institución cuya nota esencial es la heterosexualidad (19) y «destinada a la perpetuación de la especie» (20). La inclusión de las parejas del mismo sexo en la garantía constitucional del matrimonio era indisponible por el legislador ordinario. El legislador ha modificado la milenaria estructura de la institución matrimonial plasmada en el artículo 32.1 CE. Era imprescindible la reforma constitucional por la vía del artículo 167 CE.

Creo, sin embargo, que el argumento de la quiebra de la imagen maestra de la institución se puede rebatir sin excesiva dificultad. Ante todo, cabe cuestionar que la institución sufra merma grave con el reconocimiento de otras formas de matrimonio; sencillamente se amplía su espectro subjetivo y modal. Resulta cuanto menos discutible que un simple cambio de los sujetos que pueden acceder al matrimonio implique una limitación tal que le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple *nomen iuris* (21). Que el matrimonio tipo se amplíe a otros modelos de convivencia no significa que quede vacío de contenido. Como antes se indicó, la Constitución ampara la imagen identificable de la institución, pero no todos y cada uno de los elementos que históricamente la hayan caracterizado.

Además, la incorporación del matrimonio entre homosexuales a la legalidad vigente no produce ningún efecto pernicioso para los contraídos o que pudieran contraerse por sujetos heterosexuales. La normalización del matrimonio entre homosexuales no comporta daño alguno para los sujetos que no lo son, casados o que opten por casarse, ni en su estabilidad ni en sus expectativas.

(19) Votos particulares discrepantes de los magistrados Ramón Rodríguez Arribas, Andrés Ollero Tassara y Juan José González Rivas.

(20) Voto particular discrepante del magistrado Ramón Rodríguez Arribas.

(21) CÁMARA VILLAR (2011).

Por otro lado, la ausencia de función reproductiva no es ajena a las uniones heterosexuales, ya sea por razón de edad, enfermedad o libre decisión de los interesados. La no reproducción acontece de modo permanente en bastantes parejas heterosexuales y sucede, de modo regular, en todas durante muchos años de su existencia como tales. No es tan evidente que exista nexo jurídico entre descendencia y matrimonio. De hecho, la actual regulación legal del matrimonio no privilegia las relaciones heterosexuales procreativas ni requiere la capacidad o intención reproductiva.

Quizá la esencia jurídica de la institución resida más bien en el «exclusivo y permanente compromiso» con la pareja (22), «en la comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda entre dos personas en idéntica posición [...] y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida común» (23) o «en la duradera comunidad de vida y responsabilidad» (24) entre esas dos personas. O, en palabras de la STC 198/2012, en la «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 presutando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades previstas en el ordenamiento».

Sostener que el tipo básico o ideal queda gravemente dañado incorpora, en mi opinión, una petición de principio que da por sentado lo mismo que se quiere probar. El intento de dotar de intemporalidad al convencional modo de ser de la institución es tautológico. Y es que cabe considerar que la institución no se destruye, se amplía (25).

Pero, sobre todo, no es el matrimonio la única institución con raíces preconstitucionales que está llamada a adaptarse a la Constitución. El carácter histórico de una manifestación social típica no puede excluir, por sí solo, su contraste con la Norma Fundamental. Como antes se indicó, el Tribunal Constitucional ha admitido que la categoría jurídica de la garantía institucional asegura la preservación de un instituto en los términos reconocibles para la imagen que del mismo tiene la colectividad «en cada tiempo y lugar».

En concreto, el carácter secular del matrimonio no impide contrastarlo con la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual. Si así fuera, aceptaríamos la menor incidencia de los derechos fundamentales en

(22) Sentencia de la Corte Suprema de Massachussets de 18 de noviembre de 2003.

(23) Sentencias del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 y de la Corte Suprema de Sudáfrica de 1 de diciembre de 2005.

(24) Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 27 de julio de 2008.

(25) CÁMARA VILLAR (2011).

este ámbito. La constitucionalización del matrimonio tiene el coste de la circunstancia de vivirse en una *res publica constitucional* en la que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

Antes el matrimonio era indisoluble, desigual y discriminatorio y actualmente el vínculo se puede romper y la igualdad entre los contrayentes es una exigencia constitucional. La difusión de la cohabitación o unión de hecho y la supresión de las discriminaciones contra los nacidos fuera del matrimonio son, asimismo, ejemplos de una cierta tendencia a la *des-institucionalización* del matrimonio que se observa en países occidentales a fin de garantizar una convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo y establecer una sociedad democrática avanzada, abierta a la igualdad de oportunidades de los individuos y de los grupos, que asumen los poderes públicos (26).

No es casualidad, en esta línea, que el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantice el derecho a contraer matrimonio sin mención expresa de la diversidad sexual de los contrayentes. Las instituciones están inmersas en la corriente de la historia y pertenecen a las generaciones vivas. Los derechos son una realidad viva.

Como ha matizado Pedro Cruz Villalón, «en el constitucionalismo de nuestros días, los derechos fundamentales no aparecen solamente en su dimensión de derechos públicos subjetivos, sino además como principios llamados a influir y regir el orden jurídico de la comunidad o *res publica* en su conjunto [...]» (27). Estos derechos influyen no sólo en la vida estatal, sino en toda la vida jurídica del Estado; no son sólo derechos subjetivos de defensa, sino que, al mismo tiempo, representan, para todos los ámbitos del Derecho, directrices e impulsos para la legislación, administración y la justicia. Con ello, se está aludiendo a la capacidad de los derechos para influir hoy en todos los órdenes del sistema jurídico. Los derechos penetran en todos los ámbitos del Derecho. Nada escapa a su *longa manu*.

En el contexto de la Constitución normativa, los derechos fundamentales no sólo han de servir de base al sistema político, sino también a la estructuración y contenido de todas las instituciones jurídicas, que son modeladas y condicionadas por la Constitución para asegurar el desarrollo en plenitud de una sociedad democrática (28). La Constitución se convierte en el orden jurídico fundamental de toda la comunidad y los derechos fundamentales, como consecuencia de su positivación al máximo nivel normativo, afectan a todos

(26) GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2011).

(27) CRUZ VILLALÓN (1999b): 222.

(28) HESSE (1995): 47 y ss.

los sectores del ordenamiento y han de interiorizarse por los mismos. Ello hace de los derechos de la persona el ser cabecera del ordenamiento y componente esencial de la teoría de la justicia, suministrando valores axiológicos que la Constitución acepta en cuanto «valores de civilidad e instrumentos indispensables para asegurar el logro de la dignidad de la persona» (29).

Como es lógico, para asegurar una mínima coherencia, los derechos fundamentales han de informar todo el ordenamiento y han de facilitar que los valores éticos y los principios democráticos queridos por el constituyente se manifiesten hasta el último rincón del Derecho. Una democracia en profundidad requiere, pues, la «irradiación» (30) de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico. A resultas del *efecto irradiación*, todos los ámbitos del Derecho quedan conformados constitucionalmente, surgiendo así una situación de *mixtura* entre el Derecho ordinario y el Derecho Constitucional. Y todos los poderes públicos han de tener en cuenta tal relevancia en la creación, interpretación y aplicación del Derecho (31).

Una interpretación de la institución matrimonial acorde con el antropocentrismo, la secularización y la libre orientación sexual, en el marco de la plena exigencia de igualdad para las personas, la prohibición de discriminaciones y el doble carácter de los derechos fundamentales, legítima, en definitiva, la opción de la Ley 13/2005 (32). El distanciamiento entre matrimonio canónico y matrimonio civil debería percibirse como el resultado de un proceso de democratización de la institución matrimonial mediante la paulatina integración en su seno de los valores y principios que proclama la Constitución y muy especialmente de la libertad y la igualdad de los contrayentes (33).

Por otro lado, la democracia constitucional es un sistema, una técnica de organización del poder político, que está al servicio de la persona y de sus derechos. La dignidad personal es el valor supremo, la medida del *tipo Estado Constitucional*. Las categorías e instituciones no deben primar incondicionadamente frente a la persona; en tal caso se estaría colocando el fin por debajo del medio. Esas categorías y esas instituciones, sin negar que quepa una cierta ponderación entre lo personal y lo institucional, adquieren sentido si repercuten en una mayor libertad y sólo se justifican en la medida en que sean capaces de proporcionar un mayor bienestar a los ciudadanos. Como manifestase el Tribunal Supremo de Canadá en su sentencia de 9 de diciembre de 2004 que avaló la constitucionalidad del proyecto de ley federal

(29) RAWLS (1993): 228.

(30) BÖCKENFÖRDE (1993): 110.

(31) *Ibid.*: 111.

(32) PARDO FALCÓN (2011).

(33) FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ (2006): 93-112.

(Bill C-38) de reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo, las categorías y las instituciones deben estar vivas, esto es, deben servir para dar respuestas válidas a necesidades humanas actuales que tengan cabida en sus previsiones, entendidas de forma intelectualmente honesta y sensata (34).

Hay, en suma, razones para sostener que, respecto a la institución, se ha producido una mutación (*Verfassungswandlung*) que no es contraria al tenor literal de la Constitución en tanto que el artículo 32 CE soporta esa hipótesis normativa. Aunque la Constitución, al decir en dicho artículo que el hombre y la mujer tienen derecho al matrimonio, quería referirse con toda seguridad a que lo contrajeran entre sí, el precepto admite hoy otra interpretación y otros modelos matrimoniales (35). Y ello sin forzar la Constitución, sino más bien ahondando en el artículo 14 CE (36). La STC 198/2012, valiéndose de la expresión del Tribunal Supremo de Canadá, recuerda que

«[...] la Constitución es un árbol vivo, que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta».

La mutación, en tal sentido, es el cambio no formal que puede operarse en la Constitución. Un cambio que se produce sin seguir el procedimiento agravado contemplado en la misma Constitución. Presenta la singularidad de que el texto no sufre alteración ninguna. El contenido de la norma cambia sin modificarse su texto. La idea que subyace a la mutación es la misma que subyace a la reforma: se hace necesario adaptar la Constitución a la nueva realidad; se quiere acoplar la realidad jurídico-constitucional a la nueva realidad

(34) En contra, el voto particular discrepante del magistrado Andrés Ollero Tassara critica «el radicalismo individualista que dificulta la adecuada articulación entre instituciones jurídicas, rebosantes de exigencias sociales, y derechos individuales (...)». En el mismo sentido, CAÑAMARES ARRIBAS (2007).

(35) BARRERO ORTEGA (2007) y CÁMARA VILLAR (2011).

(36) PARDO FALCÓN (2011).

socio-política en constante cambio. En cierto sentido, reforma y mutación son categorías complementarias y excluyentes. La mutación no sigue los canales y mecanismos previstos en la Constitución. Con todo, la mutación es un fenómeno que está presente en todas las realidades constitucionales en las que se acepta que, sin forzar o manipular el dato normativo, puede ser un medio sano para conciliar Derecho y cambio social. Se admite que la Constitución pueda leerse de forma distinta según el tiempo (37).

Aun considerando que en 1978 el constituyente tenía en mente el matrimonio tradicional, también lo es que alumbró un enunciado normativo en el que la fórmula «El hombre y la mujer [...]» del artículo 32 CE, leída en relación con el artículo 14 CE, puede ser interpretada en el sentido de que tanto el hombre como la mujer, iguales en derechos, pueden libremente contraer matrimonio con cualquier hombre o mujer que, con la misma libertad e igualdad, decidan implicarse en esa relación. La libertad y la igualdad a que tienen derecho se refieren no sólo al qué y al cuándo, sino también al con quién. Y la expresión «[...] con plena igualdad jurídica» (art. 32.1) se podría entender como igualmente unos y otros, pero no necesariamente entre sí. Pudo no pensar en ello el legislador constituyente, pero, desde luego, no lo excluyó (38).

Esa opción interpretativa, la «interpretación evolutiva» de la que habla el Tribunal Constitucional, tiene hoy perfecta cabida sin la menor manipulación del texto constitucional. Y más cuando hay derechos fundamentales en juego y la conciencia social la comparte como demuestran argumentos de Derecho comparado e internacional, sociológicos y estadísticos. La equiparación del matrimonio entre personas de distinto sexo y entre personas del mismo sexo se ha consolidado, en los últimos años, en el seno de varios ordenamientos jurídicos de nuestra cultura jurídica. La aproximación al Derecho internacional y a los pronunciamientos jurisdiccionales de órganos internacionales

(37) CONTIADES (2013).

(38) La ambigüedad de nuestro artículo 32.1 contrasta con la precisión con la que otros textos constitucionales definen el matrimonio como «la unión libre entre hombre y mujer». Así, la Constitución de Bulgaria (art. 46), Letonia (art. 110), Polonia (art. 18), Cuba (art. 36), Ecuador (art. 67), Nicaragua (art. 72) o Paraguay (art. 51). Recuérdese, de otro lado, el proceso de reforma de algunas Constituciones estatales (Alaska o Hawai) llevado a cabo en los EEUU a fin de reaccionar frente a algunas decisiones judiciales que reconocieron la compatibilidad del matrimonio homosexual o de uniones civiles con dichas Constituciones. Para, en efecto, prohibir o limitar estas uniones, se optó por reformar la Constitución estatal. Sin olvidar la *Defense of Marriage Act*, promulgada por el presidente Bill Clinton el 21 de septiembre de 1996, que define el matrimonio a escala federal como una unión legal entre un hombre y una mujer, o el intento de reforma de la Constitución federal en 2003 a través de la llamada *defense of marriage amendment*.

apunta también hacia una apertura de la noción más tradicional de matrimonio. Existen, por lo demás, estadísticas oficiales que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005. La STC 198/2012 analiza detalladamente tales pronunciamientos y estadísticas.

IV. EL ÁMBITO SUBJETIVO Y MODAL DEL DERECHO AL MATRIMONIO

Cuanto antecede debiera incidir, lógicamente, sobre la titularidad del derecho fundamental al matrimonio o *ius connubii*. La institución matrimonial condiciona la determinación de los sujetos titulares del derecho al matrimonio. Se trata de un derecho que presupone la existencia de una institución que, en buena medida, delimita el objeto de ese derecho. Si respecto a la institución se ha producido una mutación (*Verfassungswandlung*) que no es contraria al tenor literal de la Constitución, esa mutación ha de incidir necesariamente en la delimitación del contenido constitucionalmente declarado del derecho.

Este enfoque desemboca en la afirmación de un derecho fundamental a la unión matrimonial de personas del mismo sexo y en la vinculación negativa del legislador a su contenido esencial. Producida la mutación del ámbito subjetivo y modal del derecho al matrimonio, el legislador ve constreñido su margen de maniobra a la hora de configurar el acceso a la institución. Una regulación legal fundada en la concepción tradicional del matrimonio, en la dualidad de sexos, sería inconstitucional. En este aspecto, la sentencia de la Corte Suprema de Sudáfrica de 1 de diciembre de 2005 declaró que el concepto de matrimonio del *Common Law* y la *Marriage Act* eran incompatibles con los artículos 9 y 10 de la Constitución –igualdad y dignidad– ya que no permitían a las parejas homosexuales acceder al status, derechos y obligaciones, de las heterosexuales, concediendo al Parlamento un plazo de un año a fin de corregir la discriminación –*Civil Union Act* de 14 de noviembre de 2006– (39). Y en aquellos ordenamientos en los que la apertura del matrimonio a las uniones homosexuales se hubiera operado a través de la reforma de una legislación anterior fundada en esa concepción tradicional, como en el caso español, la *regresión* o *reversibilidad* legislativa sería contraria al contenido constitucionalmente declarado del derecho al matrimonio.

(39) PRESNO LINERA (2012).

La STC 198/2012 opta, sin embargo, por un planteamiento diferente, a medio camino entre la voluntad primigenia del constituyente de 1978 y el elemento evolutivo o la interpretación evolutiva que permitiría al artículo 32 CE adaptarse al cambio social. El Tribunal parte de la consideración de que el artículo 32 CE integra, de un lado, una garantía institucional, la del matrimonio, y, de otro, consagra un derecho, el de contraerlo. Son dos cosas y categorías distintas.

Ya el ATC 222/1994 estimó que existe un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer. Pero no existe un derecho constitucional a la unión matrimonial de parejas del mismo sexo. El matrimonio entre personas del mismo sexo biológico no es una institución constitucionalmente garantizada ni, en consecuencia, existe un derecho fundamental a su establecimiento. Todo lo contrario al matrimonio heterosexual.

Este argumento vendría, además, avalado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: no permitir el matrimonio homosexual no entraña necesariamente violación del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puesto que dicho precepto, al consagrar el derecho a casarse, asume el concepto tradicional de matrimonio entre personas de distinto sexo (40). No es, por tanto, discriminatorio dejar de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo por cuanto el artículo 32 CE introduce una mención expresa de la diversidad sexual al enunciar el *ius connubii*. La aplicación del artículo 14 CE en relación con ese concreto derecho ha de partir de esa mención expresa. Se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como preveía el artículo 44 del Código Civil en su versión original (41).

Lo anterior no excluye que el legislador democrático abra la institución matrimonial a las uniones homosexuales. No hay un derecho fundamental a la unión matrimonial de parejas del mismo sexo, pero eso no significa que esa opción legislativa esté prohibida *ex Constitutione*; esa opción no desvirtúa la institución. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado igualmente que el derecho al matrimonio no debiera limitarse en todos los casos al matrimonio entre personas de diferente sexo. Es preciso, en todo

(40) STEDH del caso *Schalk y Kopf c. Austria*, de 22 de noviembre de 2010, que cita, a su vez, otros pronunciamientos.

(41) El voto particular concurrente del magistrado Manuel Aragón Reyes entiende que la postura mayoritaria otorga una indebida relatividad a resoluciones anteriores del Tribunal Constitucional que daban una interpretación inequívoca al artículo 32 CE: el matrimonio como unión entre hombre y mujer. Por eso, y la sentencia debería haberlo constatado, «la regulación legal del matrimonio anterior a la reforma recurrida no había vivido en la inconstitucionalidad». Con matices, ya adelantó esta tesis PARDO FALCÓN (2011).

caso, que la legislación nacional del Estado contrayente decida si permite o no el matrimonio homosexual (42).

La referencia expresa al hombre y a la mujer en el artículo 32 CE no supone, por sí misma, que se reserve a las parejas heterosexuales el acceso al matrimonio. Es una opción legítima del legislador extender a las parejas homosexuales los derechos y deberes propios del matrimonio abriendo la institución, ampliando su ámbito subjetivo y modal.

El derecho al matrimonio de hombre y mujer es un derecho fundamental, con un contenido esencial indisponible y vinculante para el legislador, que habrá de ser respetado bajo el control del Tribunal Constitucional. En cambio, el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo no es fundamental, es un derecho *ope legis*; su reconocimiento es una decisión que corresponde en exclusiva tomar al legislador de acuerdo con las posibilidades que ofrece la Constitución y la conciencia social de cada tiempo y lugar, no siendo función del Tribunal Constitucional interferir en ese margen de apreciación del legislador, ni examinar la oportunidad de su reconocimiento legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles (43).

La distinción entre institución y derecho, entre matrimonio y derecho a contraerlo, y, en última instancia, entre legislador constituyente y legislador ordinario subyace también en las sentencias del Tribunal Constitucional portugués de 8 de abril de 2010 y del Consejo Constitucional francés de 28 de enero de 2011. El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer; el derecho constitucional a contraerlo corresponde a hombre y mujer; ante situaciones diferentes –la unión de hombre y mujer y la unión homosexual–, la diferencia de trato por parte del legislador es legítima; como quiera que sea, no corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador por la suya propia sobre la toma en consideración, en esta materia, de esa diferencia. Una afirmación esta última que abre la puerta, aunque sin las garantías constitucionales del matrimonio tradicional en tanto derecho fundamental, al matrimonio entre personas del mismo sexo. La pelota está en el tejado del legislador.

(42) De nuevo, STEDH del caso *Schalk y Kopf c. Austria*, de 22 de noviembre de 2010.

(43) El voto particular concurrente de Manuel Aragón lamenta la «valoración positiva» en términos constitucionales de la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales que contiene la opinión mayoritaria. Una valoración que no le parece «propia del enjuiciamiento que el Tribunal debe hacer e incluso contradictoria con otros pasajes de la sentencia en los que se admite que no se incurriría en inconstitucionalidad si el legislador hubiera optado por otra solución distinta a la del matrimonio para garantizar la unión estable de ese tipo de parejas, como ha sucedido en diversos ordenamientos extranjeros [...]».

V. OPCIONES O LECTURAS CONSTITUCIONALES PARA LA EQUIPARACIÓN

Como quiera que sea, la postura doctrinal contraria o cuasicontraria a la constitucionalidad del matrimonio homosexual nunca cerró las puertas a una cierta equiparación. Que la heterosexualidad sea uno de los principios básicos de la institución matrimonial no significa que no puedan concederse algunos efectos a las uniones homosexuales. Que no exista un derecho fundamental a la unión matrimonial de personas del mismo sexo, no impide que el legislador, en pro de la igualdad constitucional, procure el igualamiento (restringido) de efectos entre uniones matrimoniales y uniones civiles homosexuales. Cuestión distinta, como se acaba de indicar, es que esa equiparación pueda hacerse a través de la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo. No es posible abrir la institución. Cabría la extensión de efectos; no la confusión de instituciones, en la línea del ATC 222/1994 (44). Esta es la línea argumentativa del Estudio del Consejo General del Poder Judicial (2005) y, más matizadamente, del Dictamen del Consejo de Estado (2004) y de los tres votos particulares discrepantes a la STC 198/2012. Es también la lectura de la sentencia 138/2010 de la Corte Constitucional italiana: a) entre las «formaciones sociales» del artículo 2 de la Constitución debe incluirse la unión homosexual, la convivencia estable entre dos personas del mismo sexo; b) en el ámbito de aplicación del artículo 2, el Parlamento ha de identificar discrecionalmente las formas de garantía y de reconocimiento de las uniones homosexuales, quedando reservada a la Corte la posibilidad de intervenir para tutelar situaciones específicas (como las convivencias *more uxorio*); y c) la aspiración a tal reconocimiento jurídico no puede realizarse a través de una equiparación de las uniones homosexuales al matrimonio (45).

Se entiende que la igualdad constitucional y, más concretamente, la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual (art. 14 *in fine*) proporciona un sólido argumento para la extensión a las parejas homosexuales de algunos derechos y deberes propios del matrimonio. La regulación de un nuevo modelo de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo encuentra, además, sólido apoyo en diferentes instancias europeas (46). No merece, por tanto, reproche constitucional alguno regular otros modelos de pareja junto al matrimonio.

(44) En el mismo sentido, *DCE* y *ECGPJ*.

(45) ROMBOLI (2011).

(46) Así, significativamente, la Resolución del Consejo de Europa de 7 de mayo de 1988, la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 y, más recientemente, el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

Siendo, de otro lado, las uniones homosexuales un modelo de convivencia que responde a una realidad distinta a la del matrimonio heterosexual, la solución jurídica más adecuada habría de ser también distinta. Con instrumentos jurídicos específicos, diferentes del matrimonio, se lograría más eficazmente la equiparación anhelada y, al propio tiempo, se captarían las singularidades de este modelo de convivencia. En cambio, la Ley 13/2005 pretende alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos a través de un instrumento inapropiado por cuanto quiebra la imagen maestra del matrimonio. Resulta deseable una normativa específica que aprecie la especificidad de las uniones homosexuales. La ausencia de legislación sobre parejas homosexuales es una laguna del Derecho español. Un problema real, sin duda, que merece una solución jurídica adecuada, con un estudio cuidadoso de las numerosas e importantes implicaciones que tiene (47). Una regulación *ad hoc* que module, en su caso, las normas que el Código Civil y otras leyes tienen establecidas, partiendo de una realidad diferente.

Se argumentó, asimismo, que la solución española, la solución de la Ley 13/2005, era insólita en el espacio constitucional europeo. La mayoría de países que han decidido reconocer los efectos jurídicos de las uniones homosexuales lo han hecho siguiendo el modelo francés del *contrato privado* o el escandinavo del *registro público de parejas*. Se han creado instrumentos singulares, distintos de la institución matrimonial, que permiten a las parejas de ciudadanos del mismo sexo acogerse a los más característicos beneficios legales del matrimonio. No a todos, pero sí a muchos y muy relevantes.

Incluso en países que han abierto la puerta del matrimonio a parejas homosexuales (Holanda, Bélgica y Portugal), lejos de la completa igualdad, se mantienen algunas limitaciones en materia de filiación y de adopción (48). Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido una significativa línea de prudencia en materia de adopción de homosexuales (49).

Frente a esta posición, se podría esgrimir que, no siendo tan evidente que la legalización del matrimonio homosexual implique quiebra de la imagen maestra de la institución y, en cualquier caso, existiendo argumentos constitucionales para que se produzca la irradiación de los derechos fundamentales sobre esa manifestación social típica, ningún reparo suscita la opción

(47) DCE y ECGPJ.

(48) DCE. También REY MARTÍNEZ (2005): 149.

(49) STEDH del caso *Fretté c. Francia*, de 26 de febrero de 2002 y, con muchos más matices, STEDH del caso *E. B. c. Francia*, de 22 de enero de 2008. Una sentencia, ésta última, que, incomprensiblemente, no menciona la STC 198/2012.

del legislador de ampliar el espectro subjetivo y modal la institución. La STC 198/2012 refrenda claramente esta postura (50).

Cierto es que –se puntualiza– el legislador podría haber recurrido a un instrumento jurídico singular, diferente del matrimonio, para así lograr la equiparación de las uniones homosexuales y, al mismo tiempo, captar más eficazmente sus perfiles singulares, pero no lo es menos que esa opción no viene impuesta por la Constitución. El derecho a la igualdad es el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato. No puede apreciarse vulneración del artículo 14 CE porque igualitaria sea la solución adoptada por el legislador.

A partir de aquí, existiendo ya una institución destinada a la formalización jurídica del vínculo afectivo entre dos personas y a la que hacer centro de imputación objetiva de los derechos y las obligaciones que la vida en común comporta, la opción de abrirla o extenderla a las uniones homosexuales es legítima y hasta coherente.

Ténganse en cuenta, además, las innumerables implicaciones que presenta la reforma de la Ley 13/2005. Se trata de una reforma que incide prácticamente sobre todo el Derecho de Familia en la medida en que modifica la institución matrimonial, concebida a través de los siglos como fuente primaria de derechos y obligaciones en este sector del ordenamiento. En este contexto, la opción por la «integración en bloque» (51) de las uniones homosexuales en el matrimonio asegura la equiparación jurídica más completa posible, de acuerdo con la igual dignidad que se reconoce a parejas heterosexuales y homosexuales. No cabe duda de que en su aplicación surgirán multitud de conflictos dentro del orden jurídico de la familia (filiación, relaciones paterno-filiales, sucesiones, régimen económico-matrimonial, derechos reconocidos por normas internacionales o supranacionales, etc.), que se irán manifestando en la medida en que la ley se ponga en práctica. Será la jurisprudencia la que, como hace habitualmente, aclarará las dudas que se susciten en cada caso.

Por último, enlazando con cuanto se ha dicho antes en torno a la mutación o interpretación evolutiva de la institución, habría otra forma de enfocar el asunto: la opción de ampliar la institución matrimonial es la única que permite el ejercicio real y efectivo del derecho fundamental al matrimonio por parte de las parejas homosexuales. En el ejercicio, o mejor dicho en la imposibilidad del ejercicio, del derecho fundamental al matrimonio por parte de ciudadanos del mismo sexo radica la discriminación padecida. Y a

(50) Entre la doctrina española, LLAMAZARES FERNÁNDEZ (2008) y SOUTO GALVÁN (2008). Más recientemente, MATÍA PORTILLA (2012).

(51) Utiliza esta expresión el *DCE*.

esta discriminación únicamente se le puede poner fin haciendo posible el ejercicio del derecho al matrimonio para aquellos ciudadanos homosexuales que deseen contraerlo. Una ley de uniones civiles o de parejas de hecho no es suficiente. Se requiere abrir el matrimonio (52). Porque de lo que se trata es de reivindicar la igualdad en el ejercicio de ese derecho constitucional; se trata de asegurar que todos los ciudadanos, independientemente de su orientación sexual, sean iguales en el ejercicio de ese derecho fundamental. Y si la unión homosexual no es matrimonio, no hay igualdad entre ciudadanos homosexuales y heterosexuales. Si, como parece admitirse hoy, entendemos por *ciudadanía* el conjunto de derechos cívicos, económicos y políticos, se entiende perfectamente que el legislador haya optado por calificar como matrimonio la unión homosexual (53). Es una cuestión de principio. Se aprecia así, en palabras de Javier Pérez Royo, «la importancia del nombre».

Aunque el constituyente español de 1978 tuviese en mente el matrimonio heterosexual, y aunque la versión original del artículo 44 del Código Civil se apoyara en esa concepción tradicional de la institución, habiéndose operado la mutación, y habiéndose transformado el ámbito subjetivo y modal del derecho al matrimonio, el legislador debe asegurar la igualdad de todos los ciudadanos, independientemente de su orientación sexual, en el ejercicio del derecho fundamental del artículo 32 CE. El legislador no tiene margen porque de lo contrario se perpetuaría la desviación entre la titularidad y el ejercicio de un derecho. La única opción constitucional es abrir la institución, facilitar el ejercicio del derecho, sin ninguna distinción.

No es ésta –reitero– la postura de nuestro Tribunal Constitucional, la de la STC 198/212, como tampoco la del Consejo Constitucional francés o del Tribunal Constitucional portugués.

Sí es la lectura de la Corte Suprema de Massachussets, de la Corte Suprema de Sudáfrica o del Tribunal Supremo de Canadá, con una argumentación similar basada en el siguiente razonamiento: 1.º) El matrimonio es una institución social vital y la decisión de contraerlo o no y con quién ha de integrarse dentro del contenido del derecho a la autodeterminación personal; 2.º) Por ello, y porque el status jurídico ligado a esa decisión es de suma importancia, el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental; 3.º) La esencia del derecho a contraer matrimonio es unirse con la persona de propia elección; 4.º) La prohibición de contraer matrimonio a causa de la orientación sexual implica una diferenciación que no es idónea o adecuada,

(52) PARDO FALCÓN (2011); CÁMARA VILLAR (2011) y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2011).

(53) CALVO BOROBIA (2005).

no responde a un fin constitucionalmente válido; 5.º) Tal prohibición lesiona el derecho a contraer matrimonio y la igualdad constitucional.

Únicamente una definición legal de matrimonio desvinculada de la orientación sexual asegura la igualdad y no discriminación. En tal sentido, el derecho a contraer matrimonio, si se tiene edad para ello, ha de ser interpretado sin que pueda prevalecer discriminación alguna. De ahí que quepa exigir que el legislador asegure el acceso a la institución sin restricción por razón de orientación sexual. Es una cuestión de derecho.

VI. APUNTE CRÍTICO

La STC 198/2012 se funda en la doble dimensión del matrimonio. El matrimonio es tanto una garantía institucional como –simultáneamente– un derecho constitucional; se configura como una «institución garantizada por la Constitución» y, a su vez, «contraer matrimonio» es un derecho fundamental, tal y como se desprende de su ubicación en la Norma Fundamental.

Estas dos categorías no son idénticas: la primera exige una protección objetiva frente al legislador, que no debe suprimir ni vaciar la «imagen maestra» de la institución; el segundo exige una protección subjetiva, de manera que el contenido esencial del derecho no puede quedar eliminado, desnaturalizado o limitado de forma desproporcionada por el legislador.

Desde la perspectiva del matrimonio como garantía institucional, el Tribunal Constitucional constata que la Ley 13/2005, dentro del margen concedido por el artículo 32 CE, desarrolla la institución conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea. Desde la óptica del matrimonio como derecho fundamental, el Tribunal Constitucional considera que la extensión de ese derecho implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno, sin que ello afecte al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente o no casarse. Es decir, las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio. Otra cosa es la consideración jurídico-constitucional del derecho a contraer matrimonio de las personas homosexuales, derecho *ope legis*, no fundamental. En consecuencia, para el Tribunal Constitucional, ni desde la perspectiva del matri-

monio como garantía de instituto ni desde la configuración del matrimonio como derecho fundamental merece reproche alguno de inconstitucionalidad la Ley 13/2005.

Esta postura del Tribunal Constitucional podría interpretarse como una postura equilibrada o ponderada, en el sentido de que se sitúa en el justo medio entre el respeto a lo institucional o social y a lo individual o subjetivo. A mi juicio, en cambio, la distinción entre garantía institucional y derecho individual a acogerse a ella es confusa y, en último extremo, resulta contradictoria a la hora de configurar la ampliación del derecho y no atribuirle la consideración de derecho fundamental.

En aquellos ordenamientos constitucionales, como el nuestro, en los que el matrimonio es una institución garantizada –aun con un margen de apreciación para el legislador– y, a la vez, un derecho fundamental, la mutación de la institución, la «interpretación evolutiva», arrastra al contenido esencial del derecho. Las cosas no pueden ser y dejar de ser al mismo tiempo. Como apunta el voto particular discrepante de Manuel Aragón –aunque en un sentido distinto y en ningún caso favorable al reconocimiento de un derecho fundamental a contraer matrimonio de las parejas homosexuales–, afirmar que el matrimonio entre personas del mismo sexo es una opción no excluida por el constituyente es no tomarse en serio la Constitución, olvidando que, cuando se está en presencia de un precepto constitucional que no contiene una cláusula facultativa, sino un derecho fundamental ligado a una garantía institucional, como sucede con el artículo 32.1 CE, «el constituyente está imponiendo un *deber ser* y prohibiendo, obviamente, su contrario».

La interpretación del contenido del derecho conforme a la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual obligaba a reconocer la facultad de contraer matrimonio *ex Constitutione*. La STC 198/2012 admite que el legislador, dentro del marco constitucional, ha modificado el régimen del derecho al matrimonio; cambian las condiciones de ejercicio de ese derecho, su ámbito subjetivo y modal. Se amplía «el acceso a un status jurídico». Por lo demás, aludir una y otra vez al contenido esencial sólo tiene sentido al tratar de derechos fundamentales y no de posibilidades que el legislador está en condiciones de ofrecer. La sentencia no certifica el cambio de paradigma, aunque sí reconoce que la Ley 13/2005 ha introducido «importantes matices» y que «la institución matrimonial, antes de la reforma y después de ella, se ha modificado [...]». Admite una alteración en la garantía institucional, un cambio en la cultura jurídica que justifica la mutación, pero no que esa alteración aproveche al contenido del derecho fundamental.

Inciendo o profundizando en cuanto antecede, coincido con aquellos autores que han alertado de los problemas que presentan las garantías de ins-

tituto o garantías institucionales (54). Una categoría que nació en un contexto muy distinto al actual, en la Alemania de Weimar como estrategia conservadora de defensa de ciertas instituciones tradicionales frente a la imaginación y los posibles excesos revolucionarios del primer legislador democrático. Pero categoría que en el constitucionalismo contemporáneo no habría de tener ese alcance conservador. Y menos en un sistema de Constitución plenamente democrática y normativa. El enfoque metodológico correcto, y sobre todo en aquellos supuestos en que como en el matrimonio confluyen garantía institucional y derecho fundamental, debe partir hoy de la noción de contenido esencial del concepto constitucional de matrimonio.

Una institución o, si se prefiere, un concepto que está en la Constitución, pero que no está cerrado en la Constitución. Un concepto que no debe considerarse carente de contenido y, por consiguiente, a merced de la libre determinación del legislador. La Constitución no surge en una situación de vacío social y jurídico. No hay conceptos sin origen. Cuando hay que desarrollar o interpretar los conceptos que la Norma Fundamental incorpora no se pueden ignorar las ideas generalizadas y concepciones admitidas por la dogmática y la doctrina. Pero ello no impide que el legislador desarrolle esos conceptos. Al hacerlo, el legislador actúa asumiendo la función que le corresponde, «reflejar o formalizar en la norma el sentido de un concepto presente aunque no definido en la Constitución» (55).

Con la identificación de «rasgos estructurales» o «contenidos nucleares» de las instituciones se plantea el riesgo de que éstas operen como freno del cambio social, como garantía de un modelo social ajeno a la realidad, petrificando formas de vida anticuadas y negando amparo constitucional a otras alternativas. Se corre el riesgo de que las instituciones maniaten el orden social espontáneo. Se impide así no sólo el impulso transformador de la ley, sino incluso la recepción de las transformaciones sociales por el ordenamiento jurídico. Esto ocurre particularmente si la institución, la imagen maestra de la institución, se interpreta como criterio de exclusión de otras instituciones comparables o de otras posibilidades de ejercicio del derecho fundamental ligado a la institución. Se excluiría así la posibilidad de que el legislador equipare esas instituciones o ampare ejercicios del derecho que se consideren institucionalmente indeseables. ¿Podría darse un efecto de congelación o bloqueo frente a otras instituciones o frente a otros ejercicios del derecho fundamental?

(54) Así, entre otros, REY MARTÍNEZ (2005); GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2011); PARDO FALCÓN (2011).

(55) STC 341/1993.

No parece que ello sea razonable en el contexto de una Constitución democrática y pluralista. Y mucho menos cuando el derecho fundamental alcanza autonomía respecto a una garantía institucional. Se estaría desconociendo el sentido último de los derechos fundamentales en tanto derechos al servicio de la libre conformación de la vida privada y de la voluntad colectiva.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO ORTEGA, A. (2007): «Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, I.
- BERCOVITZ, R. (2003): «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *Derecho Privado y Constitución*, 17.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (1993): *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (traducción de J. L. Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- CALVO BOROBIA, K. (2005): «Matrimonio homosexual y ciudadanía», *Claves de razón práctica*, 154.
- CÁMARA VILLAR, G. (2011): «Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo», *Direitos Fundamentais & Justiça*, 17.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2007): *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*, Iustel, Madrid.
- CONTIADES, X. (2013): *Engineering Constitutional Change*, Routledge, New York.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1999a): «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en CRUZ VILLALÓN, P.: *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1999b): «Derechos Fundamentales y Derecho Privado», en CRUZ VILLALÓN, P.: *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2004): «Constitución y Derecho Privado», en AAVV.: *Homenaje a la Constitución*, Parlamento de Andalucía, Sevilla.
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. (2006): «La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual», *Revista de Ciencias jurídicas y sociales*, 3.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (2011): «La garantía del matrimonio en la Constitución: estabilidad y permanencia como criterios de interpretación», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2137.
- HESSE, K. (1995): *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez), Civitas, Madrid.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2008): «El matrimonio homosexual», en AAVV.: *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España: estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez*, Comares, Granada.
- MATÍA PORTILLA, F. J. (2012): «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.

- PARDO FALCÓN, J. (2011): «El matrimonio homosexual, un derecho constitucional: algunas consideraciones básicas a la espera del TC, *El Cronista*, 24.
- PRESNO LINERA, M. A. (2012): «El matrimonio de las personas transexuales y homosexuales, en AAVV.: *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucional, Madrid.
- RAWLS, J. (1993): *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York.
- REY MARTÍNEZ, F. (2005): «Homosexualidad y Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2011): «Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1986): *Igualdad y no discriminación*, Tecnos, Madrid.
- ROMBOLI, R. (2011): «La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni», en www.dircost.unito.it.
- SOUTO GALVÁN, E. (2008): «El derecho a contraer matrimonio homosexual», ambas contribuciones en AAVV.: *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España: estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez*, Comares, Granada.