

EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 198/2012

Por

E. EXPÓSITO
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

eexposito@ub.edu

Revista General de Derecho Constitucional 17 (2013)

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 constituye el último eslabón en el debate jurídico abierto con la promulgación de la ley 13/2005, por la cual se posibilita en nuestro ordenamiento que dos personas de un mismo sexo puedan contraer matrimonio, equiparándolos, a todos los efectos legales, a los matrimonios heterosexuales. La declaración de constitucionalidad de esta norma, viene a despojar al matrimonio -contemplado en el artículo 32 de la CE- de uno de sus elementos que durante siglos lo ha caracterizado: su naturaleza heterosexual, de acuerdo con la imagen que, en la actualidad, tiene de esta institución la mayoría de la sociedad. Y, sobre todo, supone una equiparación en el ejercicio de un derecho constitucional a un colectivo que por razón de su orientación sexual había sido excluido de esta institución y 'condenado' a constituir otras formas de convivencia diferentes del matrimonio.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; Matrimonio homosexual; Derecho a contraer matrimonio.

SUMARIO: I. EL MATRIMONIO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL.- II. EL NÚCLEO IRREDUCTIBLE DEL MATRIMONIO: LA UNIÓN DE DOS PERSONAS.- III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A CONTRAER MATRIMONIO: TITULARIDAD Y CONTENIDO ESENCIAL.- IV. ¿SUPONE ESTA INTERPRETACIÓN UN CAMBIO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES, EN ESPECIAL, EL CONTENIDO EN EL ATC 222/1994?- V. REFLEXIONES FINALES.- BIBLIOGRAFÍA.

RIGHT TO SAME-SEX MARRIAGE. SOME REFLECTIONS ON THE CONSTITUCIONAL COURT JUDGMENT 198/2012

ABSTRACT: The Constitutional Court ruling 198/2012 constitute the last link in the legal debate started with the enactment of the law 13/2005, which makes possible same sex marriage in our legal system, equating it to heterosexual marriage for all legal purposes. The declaration of constitutionality of this rule removes from the concept of marriage -set out in the article 32 of the CE- one of the elements that has been associated to it for many centuries: its heterosexual nature, according to the image that nowadays the majority of society has regarding this institution. This particularly means equality in the exercise of a constitutional right for a group that on the grounds of its sexual orientation had been excluded from this institution and "condemned" to set up other ways of living together different from marriage.

KEY WORDS: Marriage; Same-sex marriage; Righth to marry.

Poco más de siete años ha tardado el Tribunal Constitucional en pronunciarse sobre el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto contra la ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Su desestimación acredita la conformidad a la Constitución del derecho a contraer matrimonio entre dos personas de un mismo sexo. La espera ha valido la pena. La sentencia ha supuesto un definitivo aval a la igualación en el ejercicio de un derecho constitucional de todo un colectivo de ciudadanos sin que para ello deban renunciar a su orientación sexual. Esta extensión del derecho da dado un paso más en lo que algunos autores han denominado la ‘democratización’ y ‘normalización’¹ de la institución matrimonial. Incluso me atrevería a afirmar que ha consolidado, de forma irreversible², el proceso de secularización del matrimonio³. Proceso que se inicia con su recepción en el texto constitucional y que lleva a despojarlo de sus connotaciones religiosas para convertirlo en una institución civil propia de un Estado aconfesional.

De las diferentes opciones de resolución por las que podría haberse decantado el Tribunal Constitucional⁴, lo hace por la más favorable al ejercicio del derecho constitucional proclamado en el artículo 32 de la CE. De esta manera, el Tribunal, además, da una respuesta inequívoca al dilema de qué es lo que se prioriza en el artículo 32 de la CE: el matrimonio en sí o el derecho a contraerlo. El acierto del Tribunal

¹ Para Nicolás PÉREZ CÁNOVAS el reconocimiento realizado por la ley 13/2005 avanzaba un “proceso de democratización de la institución matrimonial mediante la paulatina integración en su seno de los valores y principios que proclama el artículo 1.1. de la Constitución, y muy especialmente la libertad y la igualdad de los contrayentes”. En “¿Es constitucional el matrimonio homosexual?”, *Jueces para la Democracia*, núm. 58, 2007, p. 38. Octavio SALAZAR además se refiere a un efecto normalizador convirtiendo el matrimonio en un elemento de integración que permite a los homosexuales el acceso a todos los derechos de la ciudadanía. Ver, de este último autor, “Derecho al matrimonio y diversidad familiar”, *Revista de Derecho Político*, núm. 86, 2013, pp. 204, 205, 206, 209, 212 y 214.

² Coincido plenamente con Javier MATIA al considerar que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional dificulta que el legislador pueda dar un paso atrás en la materia sin que con ello comprometa seriamente los principios básicos de dignidad, libre desarrollo de la personalidad e igualdad. Ver F.J. MATIA PORTILLA, “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 542 y 553.

³ Para Ana FERNÁNDEZ-CORONADO la secularización ha permitido al legislador “profundizar en su obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de los derechos en esta materia, adaptando las leyes a aquellas necesidades que la evolución de los valores de convivencia en las sociedades y la plenitud de desarrollo de los derechos fundamentales de sus ciudadanos”. A pesar que la autora ha analizado el proceso de secularización del matrimonio en un estudio que, con el mismo título, publica el CEPC en el año 2004, la cita textual se extrae de un trabajo posterior: “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, *Foro, Nueva época*, núm. 3, 2006, p. 106.

⁴ Opciones planteadas y analizadas por Fernando REY en “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005, pp.141-ss y F. Javier MATIA en “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 15, 2012, pp. 8-ss.

es, precisamente, considerar que la institución del matrimonio es instrumental al derecho constitucional a contraerlo y no al revés. Lo que prevalece es, por tanto, el derecho sobre la institución. Y es desde esta premisa que el Tribunal realiza el examen de la constitucionalidad de la decisión del legislador.

Más allá de otros condicionantes que pueden haber favorecido una decisión en el sentido indicado, debe tenerse muy presente que ésta es una resolución que se adopta en un momento en el que otros países de consolidadas democracias constitucionales han ido actualizando sus respectivos ordenamientos en esta misma dirección. No creo que sea ocioso recordar -como lo hace el propio Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 9- que si bien la ley española viene a sumarse a las normas ya existentes en Holanda (2001), Bélgica (2003), diferentes Estados de EEUU (2004) o incluso Canadá (2003, a nivel federal), su resolución judicial se adopta en una fecha en la que también los legisladores de Suecia y Noruega (2009), Islandia y Portugal (2010) y Dinamarca (2012) ya los habían regulado; a los anteriores se suman las recientes normativas de Gran Bretaña y Francia (2013). Algunas de ellas incluso venían avaladas por decisiones sobre su constitucionalidad⁵. Así sucede en el caso de Bélgica (sentencia de la *Cour d'Arbitrage* 159/2004, de 20 de octubre), Canadá (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79) o Portugal (sentencia del Tribunal Constitucional 121/2010, de 8 de abril). Tampoco es ajeno el cambio de orientación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos inicia en el año 2010 respecto de este mismo tema. Y, de forma sobrevenida y a pesar de no suponer el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel federal, debe señalarse la importancia, en este tema, la reciente sentencia del Tribunal Supremo americano, de junio de este mismo año 2013⁶, dictada en el asunto *United States v. Windsor* en la que se declara inconstitucional un precepto de la Ley de Defensa del Matrimonio, aprobada por el Congreso americano en 1996, que identificaba como matrimonio, a efectos de las leyes federales, sólo la unión de un hombre y una mujer⁷.

⁵ Pronunciamientos que justificaban pronosticar una decisión del Tribunal constitucional como la adoptada. Ver MATIA PORTILLA, F.J., "Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo...", ob.cit., pp. 8, 10 y 14.

⁶ En esa misma fecha, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el asunto *Hollingsworth et al. v. Perry et al.* en el que enjuiciaba una enmienda a la Constitución del Estado de California -que había sido o aprobada por referéndum popular- por la que se define el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer. La decisión del Tribunal a pesar de considerar que no reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario al principio de igualdad establecido en la Constitución americana, fueron razones procesales las que motivaron el rechazo del litigio planteado.

⁷ En él, se planteaba la cuestión de si una mujer (Edith Windsor) que había contraído matrimonio con otra en Canadá y que dicho matrimonio fue posteriormente reconocido en el estado de Nueva York en el que residía, debía pagar o no, a la muerte de su cónyuge, el impuesto de sucesiones.

Ahora bien, como cabía esperar por las circunstancias que, en su día, rodearon la tramitación y aprobación de la ley 13/2005⁸, la decisión contenida en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, no ha sido, unánime: cuatro de los once magistrados que integraban el Pleno, emiten sus votos particulares. En tres de ellos se disiente de la decisión mayoritaria (los formulados por los magistrados Ramón Rodríguez Arribas, Andrés Ollero y Juan José González Rivas) constituyendo el objeto principal de la discrepancia el concepto de matrimonio resultante de la interpretación realizada por la mayoría del Pleno. Y el suscrito por el magistrado Manuel Aragón, aún mostrándose conforme con la decisión mayoritaria, realiza algunas presiones técnicas a la argumentación contenida en los fundamentos jurídicos.

Centrándome ahora en el objeto del presente trabajo, a pesar de que son diversas las cuestiones que suscita este pronunciamiento, me detendré en la que, para el propio Tribunal, ha constituido el núcleo argumentativo de su sentencia que no es otro que “el contenido y alcance concretos de la norma parámetro de control, esto es del art. 32 CE” (FJ 6). Y, muy especialmente en el primer apartado del citado precepto en el que se reconoce un derecho fundamental (derecho a contraer) refiriéndolo a una institución que, sin embargo, no se detiene a definir. Como el propio Tribunal afirma, apoyándose en su anterior jurisprudencia, esta norma constitucional configura el matrimonio “como una ‘institución garantizada por la Constitución’, y a su vez ‘contraer matrimonio’ es un derecho constitucional tal y como se desprende de su ubicación en la norma fundamental” (FJ 6). Partiendo de esta premisa, el Tribunal ha tratado de responder, primero, “a la duda de si la reforma impugnada supone un menoscabo constitucionalmente inadmisibles de la garantía institucional del matrimonio” y, segundo, al de “si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho a contraer matrimonio” (FJ 6, final).

En la resolución de estos dos interrogantes se plantean otras cuestiones que el Tribunal en la sentencia analiza -con distinto alcance, como se pondrá de manifiesto- a las cuales me referiré en los apartados en los que se estructura el presente trabajo. En los dos primeros examinaré el matrimonio desde la perspectiva más objetiva que ofrece su concepción como garantía institucional y cuáles son los elementos que, en la actualidad, integran su núcleo irreductible. En el tercero me detengo en el alcance con el que la Constitución proclama el derecho constitucional a contraerlo. En el cuarto analizo el aparente cambio de doctrina que ha supuesto la Sentencia del 2012 respecto de la

Ante la petición de exención de dicho impuesto, la administración tributaria federal la denegó amparándose en el precepto impugnado de la Ley de Defensa del Matrimonio.

⁸ Así E. EXPÓSITO, “El matrimonio entre personas del mismo sexo. Análisis constitucional”, en CASTELLÁ ANDREU, J.Mª y GRAMMOND, S. (Coords.), *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo. Un diálogo entre Canadá y España*, Barcelona, Atelier, 2010, p. 330.

jurisprudencia constitucional anterior. Y concluyo con unas reflexiones finales sobre el objeto tratado.

I. EL MATRIMONIO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

La aprobación de la Constitución, con la consiguiente concepción normativa de todas sus disposiciones, ha afectado, entre otros muchos sectores, al Derecho de Familia exigiendo su acomodación a la regulación constitucional contenida, principalmente, en dos preceptos ubicados en el Título I CE dedicado a los *Derechos y Deberes fundamentales*. El primero de ellos, el citado artículo 32 de la CE, aparece en el Capítulo II relativo a los 'Derechos y Libertades'. Y el segundo, el artículo 39 de la CE, situado en el Capítulo III en el que se engloban los 'Principios Rectores de la Política social y económica', establece, entre otros contenidos, la obligación de los poderes públicos de asegurar "la protección social, económica y jurídica de la familia". Su plasmación constitucional evidencia cambios sustanciales en este contexto.

De entrada, la alusión a la igualdad en la literalidad del artículo 32 de la CE ha conllevado al destierro del principio de autoridad⁹ en el que, según un modelo patriarcal¹⁰, se había basado tradicionalmente el funcionamiento de la familia 'tradicional' o 'nuclear' y, con ella, del matrimonio concebido como única vía para instituirlo. Se quiebra, de este modo, de forma irreversible, el arraigado entendimiento según el cual el origen de la familia se basaba exclusivamente en el matrimonio. Ciertamente, hasta la fecha, el Tribunal no ha entrado en precisar el significado y alcance constitucionales de la familia -y también rehúsa hacerlo en la STC 198/2012- pero sí ha sido categórico en afirmar que "matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que 'el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio'". Y la ausencia de esta definición en la jurisprudencia constitucional "no impide determinar que en el art. 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen", por lo que, a pesar de que "el art. 32 CE faculta al

⁹ Los elementos más relevantes de esta concepción provienen de la tradición greco-romana. En ella, la familia se entiende como una estructura social jerárquica y asociada al concepto de propiedad. De ahí que en su definición no fuera tan importante los lazos de sangre, sino las relaciones de dependencia y subordinación de un grupo de personas a un mismo *pater* que, además, ejercía poder sobre un conjunto de bienes (*domus*). Ver J.M^a ROYO ARPÓN, *Palabras con poder*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 49-57.

¹⁰ "Orden patriarcal que ha sido y es, además, un orden heterosexista, es decir, ha convertido en canon de normalidad la heterosexualidad y ha invisibilizado otras opciones sexuales [...] preferencias que se debían mantener en el ámbito privado y sin reconocimiento social". Así O. SALAZAR BENÍTEZ, "Derecho al matrimonio y diversidad familiar", cit., p. 202.

legislador para proteger especialmente a las familias matrimoniales [...], el que la Constitución no identifique sino que regule de manera diferenciada la institución del matrimonio y de la familia, conduce a desestimar el argumento de que la eventual vulneración del art. 32 CE se traduce necesariamente en una infracción de los diversos apartados del art. 39 CE” (FJ 5).

El segundo de ellos radica en la “publicación” de estos institutos tradicionalmente concebidos como ‘privados’, de exclusivo interés del legislador civil y del canónico. Familia y matrimonio pasan a ser concebidas como materias de interés constitucional o “elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional” (en palabras del Tribunal, FJ 7), elevando la actuación de sus directrices y el cumplimiento de sus prescripciones al más alto rango normativo. Consecuencia de ello ha sido la progresiva adaptación de la regulación del matrimonio -y del más amplio derecho de familia- a estos imperativos constitucionales ya desde los primeros años de vigencia del texto constitucional.

Esta ‘publicación’ *ex constitutione* ha provocado, además, que puedan ser incorporadas a la categoría de garantías institucionales teorizada por C. SCHMITT y manejada por los iuspublicistas para referirse a la protección constitucional de determinadas instituciones (públicas) ya existentes y necesarias para la organización política o administrativa dentro de un Estado. Y si bien el legislador tiene un amplio margen de regulación y conformación del contenido concreto de la institución el límite infranqueable de su actuación es, como ya viene afirmando el Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos, la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.

No es, por tanto, la institución en sí lo que, en última instancia, debe preservar el Tribunal Constitucional, sino su imagen en cada momento y lugar. A diferencia de otros preceptos constitucionales en los que es posible (y suficiente) el recurso a una interpretación gramatical, literal o auténtica, los que acogen garantías institucionales exigen una concreción de su contenido y alcance atendiendo a la evolución sufrida por la propia institución en la conciencia social. Se evita, de esta manera, un efecto de petrificación que, como bien expresa Ignacio GUTIÉRREZ, actuaría como un “bloqueo del cambio social” al convertir en inalterables “formas de vida anticuadas y negando a otras nuevas la correspondiente protección constitucional, impidiendo, así, no solo el

impulso transformador de la ley, sino incluso la recepción de las transformaciones sociales por parte del derecho”¹¹.

Esta lectura o interpretación evolutiva¹², necesaria más que conveniente, sirve a un único propósito: garantizar la eficacia del texto constitucional. La adaptación de las normas constitucionales “a las realidades de la vida moderna” no sólo se presenta “como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad” sino también como técnica para dotarlas “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” (FJ 9).

A tal fin son múltiples y muy diversos los indicadores que permiten al Tribunal constatar la existencia de “una ‘nueva imagen’ del matrimonio cada vez más extendida” (FJ 9) tanto el ámbito interno como en el derecho comparado e internacional de los derechos humanos. En relación con todos ellos, el Tribunal, a mi juicio, no pretende tanto justificar su decisión como avalar la elección del legislador español situándola en un contexto interno e internacional en el que no solo se aprecian indicios, sino una fuerte tendencia consolidada de la existencia de ese cambio. Así lo demuestra, especialmente, la existencia de Estados en los que se ha equiparado, desde principios de los años dos mil, el matrimonio entre personas de distinto sexo con los del mismo sexo, a pesar de ser también muchos los países en los que, sin calificar a estas uniones de ‘matrimonio’, se les ha reconocido iguales o similares efectos que a los matrimonios e, incluso, otros en los que “no existe regulación alguna ni de las uniones de hecho ni de matrimonios entre personas del mismo sexo” (FJ 9).

También la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en concreto, la sentencia dictada en junio de 2010 en el asunto *Schalk y Kopf c. Austria*) en la que ha reconocido que a pesar de la literalidad del artículo 12 del Convenio, “la institución del matrimonio se ha visto profundamente modificada por la evolución de la sociedad desde la aprobación del Convenio de Roma, a pesar de lo cual no existe consenso total en Europa sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo porque en cada Estado la institución matrimonial ha evolucionado de forma diferente” y, por esta razón, para el TEDH si bien del artículo 12 del CEDH no se deriva

¹¹ En “La garantía del matrimonio en la Constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2137, 2011, pp. 5 y 6.

¹² No voy a detenerme en las consideraciones que suscita la utilización de esta técnica en la sentencia ni las objeciones que a la misma se realizan en fundamento jurídico segundo del Voto Particular suscrito por el magistrado Manuel Aragón. A este fin me remito a las valoraciones realizadas por Javier MATIA en el citado trabajo “Interpretación evolutiva de la Constitución...” (pp. 544 y 545) con las que coincido plenamente.

una obligación de que los Estados deban posibilitar la institución matrimonial a personas del mismo sexo, “tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad” de regularlo¹³. Y, por último, así lo confirma la realidad social española a la luz de los datos que ofrecen diferentes organismos estadísticos oficiales nacional (el Centro de Investigaciones Sociológicas en España) y de la Unión Europea. Todos ellos avalan cómo, en relación con el matrimonio “la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo” (FJ 9).

Todo lo anterior sirve al Tribunal para concluir que “desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada” (FJ 9 final).

II. EL NÚCLEO IRREDUCTIBLE DEL MATRIMONIO: LA UNIÓN DE DOS PERSONAS

Nuestra cultura, asentada en la tradición judeo-cristiana, ha concebido el matrimonio como la unión estable entre dos personas de distinto sexo, formalizada a través de un vínculo indisoluble y fruto de una voluntad públicamente manifestada, para constituir una familia a través de la procreación. La voluntad de dos personas de formalizar una unión estable, la heterosexualidad, la procreación y la indisolubilidad del vínculo han sido los elementos en los que se ha basado, durante siglos, la institución del matrimonio. Si bien

¹³ En el seno del Consejo de Europa, si bien la evolución jurisprudencial del TEDH había avalado la concepción heterosexual del matrimonio a los efectos de la protección dispensada en el art. 12 del Convenio, a principio de los años dos mil (sentencias de julio de 2002 -dictadas en los casos *Goodwin e I. contra el Reino Unido*-) se inicia un significativo cambio en esta concepción que parece culminar con la sentencia del año 2010 citada en los fundamentos jurídicos de la STC 198/2012. En relación con los transexuales el Tribunal de Estrasburgo ha considerado que la prohibición de contraer matrimonio es una violación del derecho a la intimidad protegido por el Convenio. Lo más significativo de dichas decisiones no lo constituye sólo el fallo de las mismas - que suponen una decidida apuesta del TEDH por aceptar el matrimonio entre personas de un mismo sexo- sino la argumentación, en la que el propio Tribunal acaba admitiendo y valorando los cambios producidos en la conciencia social, desde la adopción del Convenio, en relación con la institución matrimonial. Para un tratamiento más detallado sobre la doctrina del TEDH me remito a los estudios de Alejandro TORRES GUTIÉRREZ, “El derecho a contraer matrimonio. (Art. 12 CEDH)”, en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (Coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2005, pp. 621-ss y de M.A. PRESNO en “La garantía europea de los derechos a casarse y a fundar una familia”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 7, 2007, pp. 13-ss. De este mismo autor ver también el análisis más actualizado realizado en su reciente trabajo PRESNO LINERA, M.A., “El matrimonio: ¿garantía constitucional o esfera vital? A propósito de la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, 2013, pp. 14-17.

la indisolubilidad del vínculo desapareció a principios de los años ochenta -siendo posible, desde 1981, la nulidad, separación y divorcio- y la procreación ha dejado de concebirse jurídicamente como una de las finalidades del matrimonio¹⁴, sólo la unión de dos personas puede ser mantenida como uno de los elementos esenciales del matrimonio. Y el legislador de 2005 suprimió que esa unión fuera de naturaleza heterosexual.

La STC 198/2012 ha confirmado “que la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento” (FJ 9).

La definición de matrimonio que ofrece el Tribunal deja mucho que desear. La utilización de una fórmula tan abierta y difusa tiende a diluir los contornos entre familia y matrimonio que el mismo Tribunal (FJ 5) ha tenido especial cuidado en diferenciar¹⁵.

A pesar de ello, creo que de la interpretación del Tribunal puede deducirse que, hoy por hoy, “la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad” (FJ 9), son las notas esenciales del matrimonio en el artículo 32 de la CE.

¹⁴ L. M^a DÍEZ PICAZO sostiene que es, en cierta manera, la finalidad de ‘procreación’ del matrimonio ‘tradicional’ la que ha facilitado la admisión del matrimonio homosexual en la conciencia social. Para este autor, a las ya conocidas razones que lo reivindicaban puede añadirse una ulterior “consideración antropológica” que se apoya en constatar cómo “en los últimos decenios la perpetuación de la especie ha dejado de depender exclusivamente del acto sexual entre un hombre y una mujer”. Y de esa manera entiende que “una vez que la reproducción humana es posible por otras vías, no es de extrañar -cualquiera que sea la valoración moral que uno le merezca- que la ancestral exigencia de diversidad de sexos entre los cónyuges se tambalee”. Ver “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2/2007, p. 12. Aún así no se desconoce que en la mentalidad social actual todavía pueden encontrarse opiniones que consideran este elemento como uno de los rasgos identificadores de la institución matrimonial. En este sentido es reveladora la tesis que sostiene el magistrado Ramón Rodríguez Arribas en el Voto Particular que acompaña a la STC 198/2012. Para este magistrado “además de todos los componentes jurídicos del matrimonio, éste es también una unión sexual que la naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana y aunque este fin natural pueda satisfacerse fuera del matrimonio y también aunque no sea el único fin de la institución que permanece si cumple los demás fines, no puede desconocerse sin incurrir en un salto ilógico imposible de admitir. Y no se diga —que se dice— que entonces las parejas estériles o voluntariamente abstenidas de cumplir el fin reproductivo, quedarían excluidas del matrimonio, porque es la posibilidad genérica, la potencia en sentido ontológico, de servir al fin respecto de la especie humana y no el acto concreto o el efecto cierto, lo que caracteriza a cualquier institución colectiva” (FJ 1 del Voto Particular).

¹⁵ En este sentido también F.J. MATIA PORTILLA, “Interpretación evolutiva de la Constitución...”, ob. cit., p. 543.

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A CONTRAER MATRIMONIO: TITULARIDAD Y CONTENIDO ESENCIAL

Según el Tribunal Constitucional, el derecho a contraer matrimonio es un derecho de titularidad individual pero no de ejercicio individual (FJ 10), “puesto que exige de otra persona para realizarse y del consentimiento mutuo libremente expresado por los contrayentes dentro de los límites que se deriven de la configuración legal que realiza el Código civil de los requisitos para contraer matrimonio” (FJ 11). Y la posibilidad ofrecida por el legislador de que personas del mismo sexo puedan contraerlo no supone, para el Tribunal, una cuestión que afecte a la “ampliación del elenco de titulares del derecho individual” sino “una modificación de las formas de su ejercicio” a fin de que “ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno” (FJ 11). Y desde esta perspectiva la norma enjuiciada no presenta tacha alguna de inconstitucionalidad: que dos personas homosexuales contraigan matrimonio entre sí en nada limita o impide el ejercicio de este mismo derecho por parte de parejas heterosexuales (FJ 11). Es más, para el Tribunal “las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que *el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual*. De este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales [...], además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental” (FJ 11 -la cursiva es mía-).

Esta interpretación deja incólume la literalidad de la norma contenida en el artículo 32.1 de la CE completando su ámbito de protección a través del reconocimiento pleno del doble contenido del derecho, especialmente en su faceta positiva. En efecto, como el resto de derechos fundamentales, el de contraer matrimonio confiere, a sus titulares, la libertad para contraerlo o no (FJ 10). Y desde la primera de las perspectivas entra a formar parte de esta libertad la voluntad de unirse a una persona libremente elegida sin importar el sexo de la misma.

El discurso mantenido por el Tribunal no se ajusta plenamente a los parámetros de la creación de un derecho por la estricta vía legal -opción ésta última defendida por una parte de la doctrina¹⁶. Si la Constitución garantiza el ejercicio del mismo desde una doble

¹⁶ Ver, entre otros, Julio V. GAVIDIA en “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21, 2001, pp. 42 y 45-48. Este autor, a pesar de reconocer que “no hay en la Constitución obstáculo alguno que impida que el legislador opte por abrir la institución matrimonial a parejas homosexuales” (p. 46), la referencia al

vertiente, positiva y negativa, reconocer en la primera de ellas la plenitud de los principios de libertad e igualdad (o no discriminación) no muta la naturaleza constitucional del derecho a contraer matrimonio. La mantiene intacta solo que, a partir de este momento, a la voluntad de dos personas de unirse generando un vínculo del cual derivan una serie de derechos y obligaciones que disfrutan o cumplen en condiciones de igualdad, se añade la plena libertad de elección como contenido esencial de este derecho. Contenido que los poderes públicos deben no sólo respetar, sino también garantizar a todos los ciudadanos a fin de que puedan ejercerlo plenamente “sin que ninguna condición o circunstancia personal se eleve a la categoría de impedimento legal”¹⁷.

El desarrollo legislativo del derecho debe ser, por tanto, absolutamente respetuoso con dicho contenido a la hora de regular las condiciones de ejercicio que la propia Constitución, en el apartado segundo del artículo 32, identifica principalmente en “las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo”. Todas ellas guardan una relación directa con la prestación y exteriorización del consentimiento libre y voluntario, desde una perspectiva formal -cómo se otorga y ante qué autoridad- o material -atendiendo a las aptitudes de una persona para ser titular de derechos y obligaciones generadas en la relación jurídica que se pretende en función de causas objetivas, como la edad, o subjetivas que puedan afectar su razón o voluntad-. Teniendo en cuenta lo anterior, ¿afecta la orientación sexual de una persona a su capacidad para otorgar el consentimiento de tal manera que faculte al legislador regularlo como un impedimento? La respuesta, sin que se requiera mayores explicaciones¹⁸, es obviamente negativa. Se podrá cuestionar, entonces, la oportunidad o conveniencia de posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo desde postulados morales o ideológicos¹⁹. Fuera de éstos no existen razones jurídicas, desde la lógica de los derechos fundamentales, que la prohíba.

‘hombre y la mujer’ en el artículo 32.1 de la CE “no tiene por objeto delimitar el concepto constitucional de matrimonio, sino el ámbito de la garantía constitucional a las parejas integradas por personas de sexo diferente o, si se prefiere, no incluir en el contenido esencial de este derecho la facultad de elegir como consorte a una persona del mismo sexo excluyendo, además, el juego de la cláusula general de no discriminación por razón de sexo, contenida en el art. 14 CE” (p. 42).

¹⁷ Así N. PÉREZ CÁNOVAS, “¿Es constitucional el matrimonio homosexual?”, cit., p. 39.

¹⁸ Es interesante, no obstante, el análisis que sobre este mismo tema realiza Salvador PÉREZ en “El matrimonio entre personas de un mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12, 2006, pp. 4-6.

¹⁹ Tiene razón Olga SÁNCHEZ cuando afirma que, en relación con el matrimonio, “cuando se trata de abordar el reconocimiento de algunos efectos jurídicos a las uniones de hecho heterosexuales, el jurista habla en nombre del derecho, no necesita del discurso religioso y moral [...] Pero cuando se trata de parejas homosexuales, entonces el jurista se desliza con facilidad en el terreno de la ética y de la biología, de la pedagogía, la religión y la moral y se hace eco de todos sus recelos y sus miedos”. En “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, p. 47.

Del análisis del matrimonio como derecho fundamental se echa en falta una referencia más detallada de sus sujetos titulares. Y si bien, coincido con el Tribunal en considerar que el matrimonio entre personas del mismo sexo no es una cuestión que afecte a la “ampliación del elenco de titulares del derecho” del artículo 32.1 de la CE, el tema requería, a mi juicio, un tratamiento algo más detenido²⁰. Y no sólo porque el constituyente utiliza las expresiones ‘hombre’ y ‘mujer’ en la proclamación del derecho, sino porque estas referencias literales que el constituyente solo utiliza en el enunciado del artículo 32.1 de la CE, son las que han esgrimido (y todavía esgrimen) como argumento principal que el matrimonio -como institución y como derecho- identifica la unión de dos personas de distinto sexo.

Aferrarse a la literalidad de esta norma como criterio para defender que la Constitución impone una concepción de matrimonio heterosexual, resulta un argumento débil, además de forzado, que puede sustentar una tesis diametralmente opuesta. En efecto, cuando la Constitución alude al ‘hombre’ y la ‘mujer’ como sujetos a los que refiere el matrimonio y el derecho a contraerlo, no especifica que este matrimonio deba contraerse “entre” ellos, ni utiliza un reflexivo acompañando al verbo que así lo diera a entender²¹(como si ocurre por ejemplo en los arts. 16.1 de la DUDH y 12 del CEDH). Para el Tribunal “el art. 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse” (FJ 8 final). Éste no era uno de los supuestos contemplados en la redacción del texto constitucional en la que sí se tuvo muy presente otras cuestiones como “el divorcio, la diferenciación conceptual entre matrimonio y familia, y la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio”. Por esta razón, para el Tribunal, “no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera” (FJ 8). Por lo tanto esta referencia al hombre y la mujer no es concluyente.

Ahora bien, que no sea determinante no implica que sea un tema superficial. La referencia al género en la determinación de la titularidad del derecho del artículo 32.1 de la CE encerraba, a mi juicio, otro que enlaza directamente con las consecuencias que conlleva la ‘constitucionalización’ y, por ende, de la ‘publicación’ de institutos privados a la que se ha hecho referencia en otras partes de este trabajo. ¿Qué se protege en el

²⁰ También Javier PARDO FALCÓN, “El matrimonio homosexual, un derecho constitucional. (Algunas consideraciones básicas a la espera del TC)”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, p. 65.

²¹ En un sentido idéntico RODRÍGUEZ RUIZ, B., “Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p. 79.

artículo 32.1 de la CE?: ¿el instituto, en sí mismo considerado, esto es, el matrimonio? O, ¿el derecho a contraerlo?

Decantarse por la primera de las opciones, dando autonomía al instituto frente al derecho, conllevaría a entender que la diversidad de géneros de los contrayentes aparece como uno de los elementos que el constituyente ha asumido como rasgo identificador de esa institución preexistente y sobre la que el legislador no va a poder actuar. Si esto es así, no puede negarse que la garantía institucional cumpliría una función adicional extrajurídica que Ignacio GUTIÉRREZ identifica en la “de preservar el *statu quo*”, en la medida que, según el mismo autor, “estarían diseñadas como rémoras para dicha transformación”²². Proyectado al ámbito de los derechos se genera, como ya se ha señalado, un efecto de petrificación no sólo en el ámbito jurídico, también en el contexto socio-cultural difícilmente compatible, como señala, Octavio SALAZAR, con “una lógica extensiva y diferenciada de los derechos”²³.

El derecho constitucional vendría, por tanto, condicionado por la concepción preexistente de la institución que convertiría en redundante las alusiones al hombre y la mujer en el enunciado del artículo 32.1 de la CE que ya vendrían subsumidos en la propia noción de matrimonio en tanto que la unión entre personas de distinto sexo. Y en este sentido la única opción vetada al legislador sería, precisamente, la de identificar como matrimonio, a los efectos constitucionales, las uniones estables de parejas del mismo sexo, a no ser que se llevara a cabo una reforma de la Constitución²⁴.

Esta interpretación no impediría, sin embargo, la equiparación de derechos por otras vías distintas al matrimonio que es, en esencia, la posición que, en su día mantuvo el Consejo de Estado y que es defendida por parte de la doctrina²⁵.

²² Citas textuales extraídas del trabajo citado “La garantía del matrimonio en la Constitución...”, p. 8.

²³ En “Derecho al matrimonio y diversidad familiar”, p. 202. Para Ignacio GUTIÉRREZ, además, “una Constitución democrática y liberal no debería entender las garantías de instituto como criterio de exclusión para cualquier acción legislativa que abra el horizonte institucional de la realización autónoma de los derechos, tanto en su objeto como en sus efectos; sería preciso mantener, frente al privilegio que puede suponer el instituto, la apertura de la vida social que deben garantizar los derechos fundamentales; ver “La garantía del matrimonio en la Constitución...”, ob.cit., p. 11.

²⁴ Tesis mantenida por Fernando REY, “Homosexualidad y Constitución”, cit., pp. 141 y 146. Para este autor “una lectura ‘civilizada’ del Derecho Constitucional impide torturar el concepto constitucional de matrimonio para hacerle decir lo que quiere oír en este caso el legislador” (pp. 151-152).

²⁵ Entre ellos Fernando REY quien defiende “la legitimidad jurídica, la oportunidad e, incluso, la necesidad a partir del propio texto constitucional, de la regulación de una unión civil de homosexuales que les extienda todos los derechos y obligaciones del matrimonio” entendiendo que si bien de la Constitución se derivan razones “suficientes para distinguir jurídicamente el matrimonio entre personas del mismo sexo de la unión estable entre personas del mismo sexo, no los hay para excluir a las personas con orientación sexual de los beneficios de una unión estable”. *Ibidem*, pp. 153-154.

Si por el contrario, lo que se prioriza es la garantía del ejercicio de una libertad, la de contraer matrimonio, -y en este sentido es especialmente revelador su proclamación en la parte del Título I de la CE relativo a los derechos y deberes de los ciudadanos²⁶- cobra todo el sentido la lectura realizada por el Tribunal de la institución matrimonial en la sentencia. Como ya he adelantado al inicio de este trabajo esta última es, a mi juicio, la opción por la que se decanta el Tribunal.

Ahora bien, no le falta razón a Javier MATIA al considerar que el Tribunal podría haber motivado su decisión de una forma más sencilla²⁷ porque la argumentación empleada en la sentencia parece avalar, como critica Miguel A. PRESNO, que se “incide de manera especial en la compatibilidad entre la nueva regulación y la garantía de la institución de matrimonio [...] y no en la garantía del derecho del matrimonio como un derecho fundamental de libertad”²⁸, cuando en realidad la decisión a la que llega es, justamente, la contraria.

IV. ¿SUPONE ESTA INTERPRETACIÓN UN CAMBIO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES, EN ESPECIAL, EL CONTENIDO EN EL ATC 222/1994?

En las ocasiones anteriores en las que el Tribunal ha utilizado el concepto de matrimonio del artículo 32 de la CE siempre lo ha hecho aludiendo a su naturaleza heterosexual por lo que no es extraño cuestionarse si la sentencia 198/2012 supone un cambio radical de orientación jurisprudencial o si, por el contrario, constituye un último eslabón de la misma.

De todos los pronunciamientos de la instancia constitucional, el contenido en el citado ATC 222/1994, de 11 de julio, merece una particular atención. El interés de esta decisión viene motivado por dos razones. La primera es que el Tribunal declara -amparándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un argumento ‘de autoridad’²⁹, para mostrar la conformidad de su interpretación con el estándar europeo³⁰- que “el matrimonio entre hombre y mujer es un derecho constitucional”, negando tal

²⁶ También Miguel A. PRESNO, “El matrimonio de las personas transexuales y homosexuales”, *Revista de AJURIS*, núm. 126, 2012, p. 354.

²⁷ “Interpretación evolutiva de la Constitución...”, ob.cit., p. 551.

²⁸ En “El matrimonio: ¿garantía constitucional o esfera vital?...”, ob.cit., p. 19.

²⁹ Según categorización de A. QUERALT, *La interpretación de los derechos. Del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008, págs. 220-228.

³⁰ Concretamente se alude “como canon interpretativo” a las sentencias de 17 de octubre de 1986 y de 27 de septiembre de 1990, dictadas, respectivamente, en los casos *Rees* y *Cossey*, ambos contra el Reino Unido y en las que se analiza el derecho de los transexuales a contraer matrimonio.

consideración a la “unión entre personas del mismo sexo biológico” que (“por el contrario”) ni es “una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento”. Y la segunda, es por la consecuencia que genera tal afirmación: “se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial [...] Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio”.

La nitidez con la que el Tribunal se refería a la naturaleza heterosexual del matrimonio parecía algo incontestable tanto que el Tribunal se ha visto obligado a matizarlo en la STC 198/2012 declarando literalmente que “la interpretación contenida en el ATC 222/1994 no puede entenderse como consagración constitucional de la heterosexualidad en el seno del matrimonio, aunque tampoco puede entenderse que esta opción, como única posible, quede absolutamente excluida. Lo que hace, sin lugar a dudas, es asumir el principio heterosexual del matrimonio como una opción válida del legislador contenida en el marco de la Constitución y dar cabida constitucional a una eventual regulación de la convivencia *more uxorio* para los homosexuales. Pero de ello, no puede colegirse de forma automática que el matrimonio heterosexual sea la única opción constitucionalmente legítima” (FJ 10 final).

Más que un cambio de doctrina, la interpretación realizada en la sentencia del 2012 constituye, a mi juicio, una evolución lógica y necesaria motivada tanto por el contexto en el que se adopta, como por el objeto que constituye el juicio de conformidad que se solicita en el Recurso de inconstitucionalidad. Como ya se ha señalado, hasta principios de los años dos mil no aparecen en el contexto comparado normativas que permitan el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y ésta es una cuestión que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no aborda directamente hasta 2010. Sí que existían, no obstante, regulaciones que no sólo reconocían estas uniones, sino que además se las equiparaba, en algunos de sus efectos, a los matrimonios.

El ordenamiento español no era extraño a este entorno normativo, con la particularidad que, en muchas ocasiones, en esta equiparación de estatutos jurídicos había intervenido directamente el Tribunal Constitucional resolviendo los supuestos que se le planteaban en su instancia desde la perspectiva del principio de igualdad. En ninguno de ellos, sin embargo, se planteaba el examen del concepto constitucional de matrimonio como objeto principal. Es verdad que también existen casos en los que se sí se ha solicitado de esta instancia jurisdiccional un expreso pronunciamiento sobre el mismo, pero por diversos motivos el Tribunal ha evitado hacerlo. Así, por ejemplo, al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción asistida, a pesar de que los recurrentes

esgrimían como uno de los rasgos identificativos de la definición constitucional de la familia el matrimonio heterosexual, el Tribunal recondujo la *ratio decidendi* al ámbito de la familia para confirmar que la protección constitucional que dispensaba el artículo 39.1 de la CE no se reducía sólo a la de origen matrimonial, sin entrar a examinar ulteriores consideraciones. Pero también en los Autos 418 y 419/2005, de 22 de noviembre y 505 y 508/2005, de 13 de diciembre no entrar a decidir sobre el fondo de las Cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra la ley 13/2005 por entender que el objeto del proceso de había extinguido, en los dos primeros, y por considerar que se incumplían las condiciones procesales exigidas por la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para plantear este tipo de recursos, en los dos últimos³¹.

Al margen de las anteriores, el denominador común del resto de decisiones en las que el Tribunal ha aludido a la heterosexualidad del matrimonio, es la constatación de que no lo ha realizado ni para declarar que sea éste el único posible desde la perspectiva constitucional, ni para identificar en la diversidad de sexos uno de los elementos definidores de la institución en la Constitución. Simplemente daba por sentada la heterosexualidad, sin entrar a enjuiciar -y, por tanto, sin pronunciarse- sobre la compatibilidad constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo. No constituía éste el objeto del proceso sometido a juicio, sino la equiparación entre los matrimonios y las uniones de pareja. Ya en el STC 184/1990, de 15 de noviembre, se consideró que, a diferencia del matrimonio que es un derecho constitucional, la unión de hecho *more uxorio* “ni es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional a su establecimiento” (FJ 3). De ahí que, para el Tribunal, “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes” (SSTC 184/1990, FJ 5 o 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5³²). Esta doctrina permitió, en determinadas circunstancias, avalar la constitucionalidad, desde la perspectiva del principio de igualdad, de un tratamiento legal diverso a estas dos realidades, especialmente, cuando afectaba a prestaciones económicas que debían ser satisfechas por la Seguridad Social (pensión de viudedad) o cuando se reclamaban determinados beneficios fiscales que el legislador sólo había previsto para las familias de origen matrimonial -cuyo reconocimiento podría afectar a la política económica del Estado (declaraciones de renta de las personas físicas).

³¹ Básicamente el Tribunal consideró, apoyándose en una doctrina anterior ya consolidada en esta materia -y que es citada en estos autos de 2005-, que los jueces encargados del Registro no estaban facultados para promover cuestiones de inconstitucionalidad en atención al carácter no jurisdiccional del expediente en que se plantea -expedientes de matrimonio-.

³² Sentencia, esta última, en la que el Tribunal se remite a otras anteriores en las que ya reiteraba esta doctrina: SSTC 29, 30, 31, 35, 38 y 77 de 1991 y 29/1992.

En este marco jurisprudencial, ¿qué aporta el ATC 222/1994? Ésta es una decisión motivada por la interposición de un recurso de amparo por una persona a quien se le había denegado la pensión de viudedad e indemnización por el fallecimiento de su pareja del mismo sexo en un accidente laboral. La Administración se fundamenta en que no concurre el matrimonio, requisito exigido por la Ley General de la Seguridad Social para causar el derecho a estas prestaciones. El demandante argumentaba que al no existir la posibilidad de contraer matrimonio entre homosexuales, se les coloca en una situación de desigualdad de trato, contraria al principio de igualdad del artículo 14 de la CE, porque nunca pueden encontrarse en la situación legal requerida. El Auto rechaza la admisión del amparo.

Las afirmaciones contenidas en este pronunciamiento permiten al Tribunal Constitucional mantener (y consolidar) su jurisprudencia no sólo sobre la no equiparación entre el matrimonio y las uniones estables de pareja -con independencia de su carácter homosexual o heterosexual-, sino, muy especialmente, sobre la constitucionalidad de restringir las pensiones de viudedad a la existencia del vínculo matrimonial -quizás, por las repercusiones económicas y presupuestarias que conllevaría un cambio de criterio³³-. De otro modo no se entendería la razón por la cual, en ausencia de normativa o por el insuficiente alcance de la ya existente, el Tribunal sí que ha ido ampliando a las uniones de hecho (también homosexuales) los beneficios y derechos que ya gozaban los matrimonios, como es el caso de la subrogación *mortis causa* en los arrendamientos urbanos (STC 222/1992). Si el Tribunal ha ido admitiendo tal equiparación en aquellos casos en los que no se derivaban directas obligaciones económicas para el Estado, confirmando la constitucionalidad de la opción restrictiva del legislador en el resto de supuestos, de esta jurisprudencia no debía derivarse obstáculo -insalvable- alguno que impidiera avalar la plena conformidad constitucional de la decisión del legislador de posibilitar contraer matrimonio a dos personas de un mismo sexo.

Y en este sentido, lo más significativo a los efectos de avalar que no estamos ante un verdadero cambio jurisprudencial sea recordar que también hallamos argumentos en la

³³ Se tiene muy presente el alud de críticas que originó la STC 103/1983 en la que el Tribunal permitió, con su pronunciamiento, el acceso de los viudos a la pensión en iguales condiciones exigidas, hasta aquel momento, para las viudas. En lo que ahora interesa destacar, con este pronunciamiento el Tribunal excedió de su papel de 'legislador negativo' para inmiscuirse en las funciones propias del legislador democrático. Así lo puso de manifiesto el Voto particular formulado por el Magistrado J. Arozamena -al que se adhiere el también Magistrado F. Pera Verdaguer. Para estos jueces discrepantes, la sentencia introduce una modificación sustancial al régimen de la Seguridad social tanto en lo que se refiere "al coste económico de la modificación" como "a la luz de los principios de una revisión del sistema. La consecuencia económica en un sistema de medios escasos y de contingencias múltiples, con inevitable efecto en el conjunto, es, sin duda, de gran importancia". Además, el Voto particular destaca que "la adaptación del sistema de la Seguridad Social a los postulados constitucionales [...] es una gran tarea que corresponde al Gobierno y a las Cortes Generales", concluyéndose que "se trata de una innovación por la vía de la Sentencia del derecho de la Seguridad Social".

jurisprudencia constitucional citada en la que se conecta la libertad de contraer matrimonio al libre desarrollo de la personalidad. Concretamente, en la citada STC 184/1990 (FJ 3), el Tribunal, a pesar de mantener el distinto régimen constitucional entre las uniones de hecho y los matrimonios, reconoce que “la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE), de modo que *el Estado no puede imponer un determinado estado civil*”³⁴ -la cursiva es mía-.

Y es precisamente esta imposición lo que se ha conseguido anular primero, con la aprobación de la ley 13/2005 y, posteriormente, con esta sentencia 198/2012. De esta manera, se incorpora al contenido de la norma del art. 32.1 de la CE el derecho a elegir la persona con quien contraer matrimonio con independencia de su condición sexual consiguiéndose, además, la reparación de una discriminación que, ciertamente, en los tiempos actuales y a la vista de cómo se ha ido interpretando jurisprudencialmente el principio de igualdad del artículo 14 de la CE, en relación con la orientación sexual -en especial, desde la STC 41/2006, de 13 de febrero-³⁵ no tenía ninguna justificación objetiva ni razonable.

V. REFLEXIONES FINALES

Lo más significativo, a mi juicio, de esta sentencia es que a pesar de las cautelas con las que el Tribunal se pronuncia -seguramente para alcanzar un consenso suficiente entre los magistrados que integraban el Pleno que había de resolver el Recurso de inconstitucionalidad- es que se culmina un proceso de secularización del matrimonio que ya se inicia en el propio texto constitucional al reconocer un derecho fundamental a contraerlo. Derecho que, recordemos, aparece en la Sección segunda de Capítulo II del Título I relativa a los ‘Derechos y deberes de los ciudadanos’.

La inserción de una institución como el matrimonio pierde sus connotaciones originarias cuando se inserta en un contexto como el constitucional en el que no solo se proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad, entre otros, sino que además se declara la no confesionalidad del Estado. No es el matrimonio lo que se pretende garantizar en el artículo 32.1 de la CE, sino el derecho del hombre y la mujer a contraerlo. Es importante resaltar cómo la redacción del precepto utiliza la proposición ‘de’ y no ‘entre’ para proclamar el derecho, pero también es revelador el uso del singular de tal manera que si bien una interpretación literal y

³⁴ Consideración que ya había avanzado en el ATC 156/1987, de 11 de febrero.

³⁵ Así también Blanca RODRIGUEZ “Matrimonio, género y familia en la Constitución española...”, cit., p. 80.

sistemática puede avalar el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, no creo que deba llegarse a la misma conclusión si lo que se pretendiera fuera examinar la conformidad constitucional de otros tipos de matrimonio admitidos en tradiciones culturales distintas, como, por ejemplo, los matrimonios poligámicos.

Por otra parte, la evolución de la sociedad en sí misma, así como el surgimiento de nuevas demandas en su seno, exige de los Estados respuestas normativas que las satisfagan. Respuestas que está obligado a dar el legislador democrático en tanto que representante de la soberanía popular y en el ejercicio de su principal cometido: la función legislativa. El Tribunal Constitucional deberá verificar la adecuación de las mismas a la Constitución, sin que con ello pueda sustituir la voluntad mayoritaria manifestada en un Parlamento, conjugando, de esta manera, los postulados en los que se articula el equilibrio de poderes en el seno de un Estado constitucional.

Llegados a este punto en el que el legislador ha decidido regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, existen, a mi juicio, argumentos de peso para sostener que la equiparación de estatutos jurídicos de las uniones entre dos personas del mismo a través de la creación *ad hoc* de una figura distinta del matrimonio, a pesar de ser una solución técnicamente conforme a la Constitución diferiría, en mucho, de ser la más ajustada si tenemos presentes los principios y valores en los que se asienta la letra constitucional.

Una operación similar conseguiría, sin duda alguna, la equiparación de efectos. Ahora bien, también legitimaría al legislador para imponer un determinado estado civil en contra de la voluntad de un colectivo de personas, respetándose así la libertad negativa de no contraer, pero amputando seriamente esta libertad en su vertiente positiva. Una solución que, a mi entender, lejos de poner fin a la discriminación por razón de orientación sexual, la perpetuaría.

Tras más de tres décadas de vigencia de la Constitución seguir excluyendo el matrimonio entre personas del mismo sexo constituye el reconocimiento de una suerte de 'privilegio' a favor de las personas heterosexuales, las cuales podrán optar entre casarse -sin que se produzca limitación, reducción alguna del contenido esencial del derecho- o establecer otras formas de convivencia estable distintas a la institución matrimonial. Las personas del mismo sexo, por el contrario, estarían 'condenadas' únicamente a constituir esas otras formas de convivencia estables distintas del matrimonio.

Por esta misma razón, si durante siglos el matrimonio, como institución, ha excluido a las personas del mismo sexo, aceptar hoy otra denominación para la unión de dos hombres o dos mujeres, sería una manera de mantener incólume esa tradición que históricamente los ha postergado. Si de lo que se trata es de ser iguales pero por

separado, no creo que avanzáramos mucho en la lucha por los derechos y las libertades de la ciudadanía.

El matrimonio homosexual, constituye, a mi entender, una adaptación del texto constitucional a una realidad social muy distinta a la existente en el año 1978 cuando se promulgó la Constitución. Se puede discutir entonces si el legislador se limita a recoger simplemente el cambio o contribuye a su consolidación. Pero responder a esta cuestión nos llevaría adentrarnos en el eterno dilema del derecho regulador o transformador, a la vez que habríamos de matizar esa función integradora y transformadora que se atribuyó a nuestro texto constitucional desde el momento de su aprobación.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ PICAZO, L.M^a, “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2/2007, pp. 1-12. Puede consultarse en www.indret.com

EXPÓSITO, E., “El matrimonio entre personas del mismo sexo. Análisis constitucional”, en CASTELLÁ ANDREU, J.M^a y GRAMMOND, S. (Coords.), *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo. Un diálogo entre Canadá y España*, Barcelona, Atelier, 2010, p. 325-338.

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A., “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, *Foro, Nueva época*, núm. 3, 2006, pp. 93-112.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21, 2001, pp. 11-58.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “La garantía del matrimonio en la Constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2137, 2011, pp. 1-16. Disponible en www.mjusticia.es/bmj

MATIA PORTILLA, F.J., “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*, núm. 15, 2012, pp. 1-21. Disponible en www.iustel.com

MATIA PORTILLA, F.J., “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 535-554.

PARDO FALCÓN, J., “El matrimonio homosexual, un derecho constitucional. (Algunas consideraciones básicas a la espera del TC)”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 60-67.

PÉREZ ÁLVAREZ, S., “El matrimonio entre personas de un mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12, 2006, pp. 1-10.

PÉREZ CÁNOVAS, N., “¿Es constitucional el matrimonio homosexual?”, *Jueces para la Democracia*, núm. 58, 2007, pp. 33-41.

PRESNO LINERA, M.A., “La garantía europea de los derechos a casarse y a fundar una familia”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 7, 2007, pp. 13-27.

PRESNO LINERA, M.A., “El matrimonio de las personas transexuales y homosexuales”, *Revista da AJURIS*, núm. 126, 2012, pp. 343-360,

PRESNO LINERA, M.A., “El matrimonio: ¿garantía constitucional o esfera vital? A propósito de la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, 2013, pp. 1-29. Disponible en <http://www.ugr.es/~redce/>

QUERALT, A., *La interpretación de los derechos. Del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.

RODRÍGUEZ RUIZ, B., “Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 69-102.

ROYO ARPÓN, J. M^a, *Palabras con poder*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

SALAZAR BENÍTEZ, O., “Derecho al matrimonio y diversidad familiar”, *Revista de Derecho Político*, núm. 86, 2013, pp. 195-226.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O., “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 45- 69.

TORRES GUTIÉRREZ, A., “El derecho a contraer matrimonio. (Art. 12 CEDH)”, en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (Coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2005, pp. 621-635.