

## **NOTAS**



## STC 198/2012

### Almudena Rodríguez Moya

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico de la UNED

La sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional (TC) decide sobre el recurso de inconstitucionalidad 6864-2005 interpuesto por D. Ignacio Astarloa comisionado, al efecto, por otros setenta y un Diputados del grupo Popular del Congreso, contra la Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. El Tribunal decide DESESTIMAR el recurso con cuatro votos particulares, tres disidentes<sup>1</sup> y uno concurrente<sup>2</sup>.

#### A) El recurso.

Resulta de interés dedicar unas líneas a lo que se denomina por los recurrentes “planteamiento general del recurso”. Los recurrentes señalan que, de la reforma que realiza la Ley 13/2005 del Código Civil, lo jurídicamente relevante es la inclusión de un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil. Esta es la modificación principal de la que traen causa todas las demás. Por lo demás, el resto de apartados no suponen más que la adecuación terminológica de otros preceptos del Código y de la Ley 8 de junio de 1957 (B.O.E nº 151 de 10 de junio de 1957). Con lo que en apariencia es una simple reforma “se vendría a modificar la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer”. Además de enumerar los informes del Consejo General del Poder Judicial; los informes del Consejo de Estado y la Real Academia de la Lengua los recurrentes realizan unas precisiones a nuestro juicio, reveladoras

---

<sup>1</sup> Ramón Rodríguez Arribas, Andrés Ollero Tassara y Juan José González Rivas.

<sup>2</sup> Manuel Aragón Reyes.

y alejadas del objeto del recurso, que no debe ser otro que el ajuste de la norma al texto constitucional.

Los recurrentes entienden que las razones, que quedarán expuestas a continuación, confieren a la inconstitucionalidad de la ley “un relieve muy particular”, como si hubiese grados de inconstitucionalidad. Las normas son constitucionales o no, pero no hay “grados” de inconstitucionalidad. El recurso califica el matrimonio de institución básica “que responde a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie, así como a su perpetuación” por lo que la ley impugnada desnaturaliza el matrimonio. Por último, tras señalar que no se recurre la ley porque amplíe los derechos de los homosexuales, afirman que “la Constitución no se respeta, privando de derechos a quienes legítimamente los tienen para reconocer con ello los nuevos derechos legítimos de otros... Existen diversas opciones para ello, pero la peor es la escogida por el autor de la reforma, quien para construir destruye una institución constitucionalmente garantizada como el matrimonio”. Afirmaciones que parecen más de carácter ideológico que estrictamente jurídico.

El recurso plantea el primer y esencial motivo de inconstitucionalidad, la vulneración del artículo 32 de la Constitución. A su parecer el citado precepto determina como elementos esenciales del matrimonio, la heterosexualidad y la igualdad. Los recurrentes refrendan su postura aludiendo a la interpretación literal del precepto, los antecedentes históricos del matrimonio, génesis constitucional y la doctrina del propio T.C.

La alusión a la interpretación literal resulta el primer argumento utilizado por los recurrentes. La redacción del citado artículo 32, en el que se especifica que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio refleja la voluntad clara del constituyente de reservar la institución, de forma exclusiva, a parejas de distinto sexo. El argumento se encuentra reforzado por ser “el único precepto constitucional que hace referencia a la

diversidad sexual de las personas”. De esta manera los recurrentes afirman coincidir con el Consejo de Estado, la Dirección General de los Registros y el Notariado y la jurisprudencia y la doctrina científica. El jurista echa de menos una cita en la que se aclare de qué jurisprudencia se trata y a qué doctrina científica se refiere<sup>3</sup>. En lo que se refiere a la igualdad, los recurrentes señalan que ésta se entiende, únicamente si se da el componente heterosexual en el matrimonio, “puesto que de otro modo no cabría predicar dicha igualdad entre los cónyuges”.

La tradición jurídica, la social y la génesis constitucional son argumentos que los recurrentes invocan para reforzar su postura. La historia del Derecho civil y los debates acerca de la configuración jurídica del matrimonio no han cuestionado nunca el carácter heterosexual del mismo, los recurrentes se apoyan en sentencias del Tribunal Supremo<sup>4</sup> y en el Derecho comparado, señalando como excepción a los países que habían reconocido el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Los recurrentes continúan con la defensa de su postura invocando la doctrina del propio TC, la cita un sin fin de sentencias que se refieren a las uniones *more uxorio* no crea, a nuestro entender, más que confusión. El Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse respecto de las uniones de hecho y ha

---

<sup>3</sup> Es preciso señalar que la doctrina se encuentra y, se encontraba, dividida. En defensa de la constitucionalidad vid. Fernández-Coronado González, A., “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, en *Revista FORO, Nueva época*. N.3, 2006; Murillo Muñoz, M. “Matrimonio y homosexualidad. La constitucionalidad de la Ley 13/2005 de modificación del Código Civil español sobre derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, n. 5, vol. I, 2005, pp. 261-315 y Pérez Álvarez, S. “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Una cuestión de inconstitucionalidad?”. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 12, 2006.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 19 abril 1991 y STS 6 septiembre de 2002.

dicho que no son equiparables al matrimonio. La argumentación de los recurrentes es la siguiente: si la convivencia *more uxorio* homosexual, no es equiparable al matrimonio, estas parejas tampoco podrán tener cabida en la institución garantizada en el artículo 32, según ellos reservada a parejas heterosexuales. A nuestro modo de ver, esto supondría justo lo contrario, si las parejas del mismo sexo tienen vetada la posibilidad de contraer matrimonio y la convivencia *more uxorio* no puede equipararse al mismo, sería preciso reconocer el matrimonio homosexual so pena de que las parejas homosexuales quedasen en un nivel de protección jurídicamente inferior. Este argumento podría conducirnos a pensar que los recurrentes, no pretenden, en modo alguno, equiparar en derechos y deberes las uniones homosexuales a las heterosexuales, siendo su propuesta, precisamente, “una regulación de las formas de convivencia *more uxorio*”. A este respecto el Abogado del Estado resaltarán que el TC no ha podido manifestarse directamente acerca de la condición homosexual de las parejas de hecho por lo que no es trasladable, sin más la doctrina alegada.

La garantía institucional del matrimonio completa la argumentación en favor de la inconstitucionalidad. Aludiendo, una vez más, a la doctrina del TC, los recurrentes entienden que lo que “se protege constitucionalmente no es un contenido concreto de la institución, sino su preservación en términos reconocibles para la imagen de la misma” lo cual incluye, según el parecer de los recurrentes, el principio de heterosexualidad. Este motivo tiene relación directa con el quinto, la vulneración del art. 53.1 CE “en relación con el art. 32 CE...puesto que el reconocimiento a las parejas del mismo sexo de un derecho que no tienen constitucionalmente reconocido conlleva una alteración de la configuración institucional del matrimonio”. Aquí el Abogado del Estado señala que, para que las instituciones puedan entenderse vulneradas, en primer lugar deben quedar privadas de sus posibilidades de existencia real –algo que no ocurre, las parejas heterosexuales pueden continuar contrayendo

matrimonio- y, segundo, que se violente la imagen que la conciencia social tiene de la misma. Esto último no parece haber sucedido, a día de hoy, con más de 20.000 matrimonios homosexuales contraídos en España<sup>5</sup>.

Por todo lo anterior concluyen que “puede afirmarse que la Constitución Española y, en concreto, sus arts. 32, 14 y 10 no reconocen, ni amparan un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual no impide que el legislador pueda regular otros medios de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo”.

El segundo motivo alegado es la vulneración del artículo 10.2. y se invocan “la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2) y el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 12), todos se refieren al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, por lo cual el art. 32 CE también debe ser interpretado por imperativo del art. 10.2 CE, en el sentido de entender que los miembros de la pareja han de ser hombre y mujer”. Cita además jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Respecto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, realiza un análisis jurídico que pareciera subvertir el sentido propio del artículo 10.2. El artículo II-69 de la Carta reconoce el derecho a contraer matrimonio según las leyes nacionales que regulen su ejercicio, lo cual abriría las puertas al reconocimiento del matrimonio homosexual. Aquí los recurrentes

---

<sup>5</sup> Estimación atendiendo a los datos publicados en el Instituto Nacional de Estadística en: <http://www.ine.es> . Así a modo de ejemplo podemos citar: en 2008:3.194; 2009: 3.412; 2010: 3.193 y 2011: 3.880.

—se remiten al Consejo de Estado para la interpretación de esta norma— recuerdan como en su dictamen, el Consejo “pone de relieve que los arts. 69 y 112 cierran las puertas a dicha posibilidad al remitirse al contenido del CEDH y a las tradiciones constitucionales de los países miembros como límites de su interpretación”. En definitiva: aceptan la interpretación de normas internacionales a la luz de la doctrina del Consejo de Estado.

Los recurrentes afirman, en todo momento, ser partidarios de la protección jurídica a las parejas del mismo sexo, ahora bien, según su parecer, “el matrimonio entre personas de sexos distintos no es equiparable a las parejas homosexuales”. De esta afirmación resultaría obvio concluir que dos realidades diferentes no pueden tener idéntica protección jurídica. Idea sobre la que, a nuestro entender pivota todo el recurso y podría llevarnos a la conclusión, quizá equivocada, de que los recurrentes no pretenden equiparar en derechos a las parejas homosexuales con aquellas formadas por individuos de distinto sexo. En el planteamiento del tercer motivo de inconstitucionalidad se retomará el argumento citado cuando se invoca la infracción del artículo 14 en relación con los artículos 1.1 y 9.2. Los recurrentes añaden que la ley impugnada parte de una interpretación de estos preceptos contraria a la Constitución, ya que a nadie se le ha impedido nunca contraer matrimonio por ser homosexual.

El cuarto motivo es quizá el más ideológico, se basa en la idoneidad de las parejas homosexuales para la adopción, lo cual si bien puede ser discutido por una mínima parte de la comunidad científica no puede suponer un motivo de inconstitucionalidad. A este respecto y, tomando como base las afirmaciones de los recurrentes, el Abogado del Estado adjunta informes que manifiestan “que la psicología y la psiquiatría aceptan plenamente la homosexualidad como opción sexual y no como trastorno. De hecho, se recuerda que las Asociaciones Americanas de ambas disciplinas han firmado manifiestos de apoyo para el establecimiento legal del matrimonio homosexual”.

Según entienden los recurrentes la posibilidad de adopción por parejas homosexuales “resulta contraria, al mandato de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), puesto que antepone la legitimación u homologación de las relaciones homosexuales al interés del menor, que también es el interés rector de la adopción, así como a la idoneidad de los adoptantes. Coincidiendo con lo señalado por el Consejo de Estado en su informe de 26 de enero de 2005, los recurrentes consideran que plantear la cuestión de la adopción por parte de las parejas homosexuales como un problema de discriminación supone hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar, cuando no cabe hablar de discriminación al no existir tampoco un derecho a adoptar por parte de las parejas heterosexuales”. Entendemos que este argumento resalta una vez más que los recurrentes no buscan el reconocimiento de iguales derechos entre parejas heterosexuales y las del mismo sexo ya que, la vulneración del artículo 39 no se produciría únicamente por el hecho de que la pareja sea matrimonio sino por pertenecer ambos miembros al mismo sexo. Y, además, resulta de difícil anclaje constitucional la afirmación de que la adopción conjunta de menores, realizada por parejas del mismo sexo, vulnera el deber de protección integral de los hijos.

Sexto y séptimo motivos de inconstitucionalidad se fundamentan en la contravención del artículo 9.3. Quedarían vulnerados los principios de jerarquía normativa e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, toda vez que la aprobación de la Ley 13/2005 implicaba la reforma constitucional previa. Por esta razón los recurrentes consideran vulnerado el artículo 167 relativo a la reforma constitucional, considerando que ese sería el cauce formal, previsto, para la reforma del artículo 32.

#### B) Las alegaciones del Abogado del Estado.

Las alegaciones del Abogado del Estado son de extremo interés, además de contestar según el orden establecido en la

demanda realiza un planteamiento previo. Según el Abogado del Estado, respecto del reconocimiento constitucional al matrimonio realizado por parejas de distinto sexo se pueden encontrar tres modelos

\* Matrimonio homosexual constitucionalmente obligatorio. Es aquel que se da en aquel modelo constitucional según el cual la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual obligaría a establecer el matrimonio homosexual en plena igualdad jurídica con el heterosexual<sup>6</sup>

\* Matrimonio homosexual anticonstitucional. Es aquel que queda expresamente prohibido por la Norma Suprema.

\* Matrimonio facultativo. Es aquel en el que el matrimonio homosexual sería una opción libre del legislador, dejando la Constitución un amplio margen a su libertad de configuración.

Este último es el que se deriva de la Constitución Española. Esta afirmación, que compartimos con la Abogacía del Estado, se ve respaldada por diversos preceptos constitucionales, art. 14; 18.1; 32 y diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>7</sup>.

Así, el Abogado del Estado entiende que “a lo único que obliga la Constitución, es al mantenimiento del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en condiciones de igualdad. A partir de ahí se abre un amplio espacio de decisión para el legislador que sólo tiene dos límites derivados del art. 32 CE: el no poder suprimir dicho derecho; y el no poder exigir al

---

<sup>6</sup> Este sería el caso de la Constitución de Massachussets, según la sentencia de la Supreme Judicial Court de 10 de noviembre de 2003, *Hillary Goodridge and others v. Department of Public Health*.

<sup>7</sup> Sentencia *Smith and Grady v. Reino Unido*, de 27 de diciembre de 1999 y Sentencia *Kerner v. Austria*, de 24 de julio de 2003.

legislador, basándose en el art. 14 CE, el establecimiento del matrimonio homosexual”. Esto implica que corresponde al legislador la opción de regular, o no, el matrimonio de parejas del mismo sexo. Esta opción sería tan constitucional como la de crear un instituto jurídico ex novo con **idéntico contenido**, lo cual, no nos engañemos resultaría llamativo ya que se estaría creando el mismo estatuto jurídico por duplicado.

Respecto de la garantía institucional del matrimonio de la doctrina del TC, el Abogado del Estado resalta que no asegura un contenido determinado y, si bien debe preservar la institución en términos reconocibles, estos términos derivarán, directamente, de la conciencia social en cada tiempo y lugar.

El análisis del art. 32 lo realiza diferenciando el argumento etimológico, el literal, el histórico y, por último, la interpretación evolutiva. El argumento etimológico es despejado afirmando que no se trata de un argumento de peso jurídico, ya que la etimología de las palabras conecta con el momento preciso en que se da nombre al objeto de que se trate. Esta afirmación lleva implícito que, en el supuesto de producirse una evolución social, el contenido del objeto varíe. A modo de ejemplo sirva comparar la patria potestad romana con su contenido en el Derecho positivo actual. La interpretación literal limita la protección del precepto a la garantía de igualdad entre los cónyuges. El Abogado del Estado reconoce que es obvio que el constituyente no se planteó el matrimonio homosexual, esto es, precisamente por razones históricas, prohibición, persecución, condenas...La homosexualidad, estaba fuera del matrimonio, y de otros muchos ámbitos, “simplemente porque había sido expulsada de la sociedad”.

La postura de la Abogacía del Estado respecto de la interpretación evolutiva de la institución matrimonial, se resume en la siguiente afirmación: “Hoy cabe afirmar con rotundidad...que la conciencia social del momento en España permite integrar con naturalidad la homosexualidad en la

institución matrimonial”. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América; Tribunal Supremo de Hawái; Tribunal Supremo de Alaska; Tribunal Supremo de Massachussets; Parlamento Europeo, análisis de Derecho comparado, evolución normativa de las Comunidades Autónomas, estudios sociológicos, etc. refuerzan la postura defendida por el Abogado del Estado.

En definitiva, el modelo facultativo que informa el texto constitucional permitía tanto reconocer uniones entre parejas del mismo sexo como la regulación del matrimonio homosexual, siendo esta última opción la más respetuosa con la prohibición de discriminar por orientación sexual. A entender de la Abogacía del Estado, tampoco quedan vulnerados los artículos 14 y 9.3 ya que no concurren razones debidamente justificadas que permitan un trato desigual. La protección del artículo 39 no es exclusiva de los matrimonios heterosexuales sino que pretende proteger a los distintos modos de convivencia que se expresen en la sociedad, por lo que no se vulnera el artículo 39 y tampoco el 167, “puesto que una Ley no puede pretender modificar la Constitución, sino que es simplemente inconstitucional si la contradice “.

### C) Fundamentos jurídicos.

El Tribunal comienza a tratar la posible inconstitucionalidad de la Ley 13/2005 señalando que, de los ocho motivos planteados por los recurrentes, el principal es la vulneración del artículo 32 y así adelanta que centrará el análisis en este precepto, despejando previamente el resto de las alegaciones. Unos motivos se tratarán vinculados a la adecuación del texto recurrido al artículo 32 de la Norma Suprema. En este sentido los artículos: 9.3, respecto del principio de contradicción; 10.2; 53.1 y 167. El Tribunal considera que existen razones que permiten descartar los argumentos de los recurrentes, sin mayores dificultades, cuando se invocan los artículos 9.3 en su dimensión de interdicción de la arbitrariedad; 14 y 39

Comenzaremos el estudio de la sentencia siguiendo el orden trazado por el Tribunal. En primer lugar, analizaremos la posible inconstitucionalidad de los los preceptos vinculados con el artículo 32.

Los recurrentes entienden que la Ley 13/2005 vulnera el artículo 9.3, ya que la garantía de jerarquía normativa impide que una norma de rango inferior, contravenga lo dispuesto en una de rango superior. En un proceso de inconstitucionalidad, este motivo resulta llamativo, es obvio que se interpone recurso de inconstitucionalidad porque subyace un problema de jerarquía normativa. Como señala el Tribunal “la apreciación de contradicción entre un texto legal y la Constitución no entraña una mera transgresión, por norma de rango inferior de lo establecido en otra de rango superior, sino, pura y simplemente, la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley (STC 91/1998, de 23 de abril, FJ 2). Por tanto, la eventual inconstitucionalidad de la norma impugnada derivaría, en su caso, de la transgresión del art. 32 CE, y no de la lesión directa del art. 9.3 de la Constitución.”

El artículo 10.2 de la Constitución establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Como podemos ver, este motivo tampoco puede ser tratado de forma autónoma, ya que su lesión se encuentra siempre vinculada con la vulneración de un derecho fundamental, en este caso el reconocido por el artículo 32. Lo mismo ocurre con la posible contravención del artículo 53.1, en tanto que, para determinar la constitucionalidad y adecuación de la ley al citado precepto, es preciso concretar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio. Idéntica vinculación con el artículo 32 tiene la posible vulneración del artículo 167. “Como cualquier ley, la impugnada no puede afectar a la fuerza normativa de la Constitución ni incidir en su contenido

normativo. La posibilidad de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo puede tener cabida en el texto constitucional o puede vulnerarlo, como enseguida se analizará. Pero como señalamos en la STC 49/2008, de 9 de abril (FJ 7), lo que no es posible es hablar de alteración de la Constitución en el sentido de modificación de su contenido normativo puesto que cualquier contradicción entre un enunciado legal y otro constitucional se salda con la declaración de inconstitucionalidad”. Todas estas cuestiones quedarán despejadas cuando el Tribunal decida sobre el posible quebranto del artículo 32 por la Ley 13/2005.

Preceptos como el 14, 9.3 como interdicción de la arbitrariedad y el 39, son despejados por el TC de manera rotunda. “Este Tribunal ha establecido reiteradamente que el art. 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato... (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2), si bien también hemos dicho que cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos”. No resulta posible tildar de discriminatoria a una ley que se limita a ampliar derechos a otros colectivos. Por lo que respecta a la pretendida vulneración del art. 9.3 CE, en su dimensión de interdicción de la arbitrariedad, el Tribunal señala que “ni se cumple en este caso el requisito formal de que los recurrentes hayan razonado en detalle la invocación de la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad, ... ni concurre tampoco el elemento material que conduciría a entender concurrente en este caso la arbitrariedad, y por tanto la lesión del art. 9.3 CE, porque ni de la norma resulta discriminación normativa, ni existe en este caso carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada”. Y, antes de centrarse en el análisis del artículo 32 y su compatibilidad con la Ley 13/2005 el TC, refiriéndose al artículo 39 recuerda que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes. “Es cierto que, hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este Tribunal a definir un concepto constitucional de

familia, y no siendo tampoco este el momento para elaborarlo, ello 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 (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4)". Luego no es posible la identificación total entre matrimonio y familia.

*Artículo 32. Constitución Española.*

*1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*

*2. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*

La cuestión de fondo del recurso queda centrada en la posible inconstitucionalidad de la Ley por vulneración del artículo 32 de la Norma Suprema. Como muy bien señala el tribunal, el artículo objeto de estudio tiene un doble contenido, garantía institucional y un derecho constitucional.

El reconocimiento de la garantía constitucional pasa, según los recurrentes, por entender la heterosexualidad como contenido mínimo, aquello que hace reconocible la institución. El Tribunal ha tenido ocasión de afirmar que “la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”<sup>8</sup>. La regulación de la institución compete al legislador ordinario a reserva del núcleo esencial de la misma. El único cambio que ha sufrido el matrimonio con la reforma acontecida, es que ha abierto la posibilidad, a las parejas del mismo sexo, a contraer matrimonio. La siguiente cuestión es, por tanto, si esta

---

<sup>8</sup> STC 32/1981, Fundamento Jurídico (FJ) 3.

modificación altera el reducto indisponible para el legislador. Recordando los argumentos de los recurrentes, el TC comienza a desarrollar su discurso reconociendo que en 1978, el constituyente no tenía en mente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Igualdad, divorcio y diferenciación entre matrimonio y familia eran las cuestiones que ocupaban los debates y las deliberaciones en la génesis constitucional. “Así, el art. 32 CE manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones, lo cual no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera. Por lo demás, desde una estricta interpretación literal, el art. 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse”<sup>9</sup>.

El TC entiende que la institución matrimonial es, después de la reforma, perfectamente reconocible. El matrimonio es concebido por la sociedad actual como una comunidad de afecto, formada por dos personas que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, cuyas notas esenciales son: la igualdad entre los cónyuges; la libre voluntad de contraer y la manifestación de esa voluntad. La única diferencia entre la institución matrimonial antes y después de la reforma, es que los contrayentes puedan pertenecer al mismo sexo. El sexo de los cónyuges no altera el régimen económico matrimonial, tampoco el régimen sucesorio, régimen tributario, prestaciones de seguridad social, etc. Puede afirmarse que el régimen jurídico del matrimonio y, “consecuentemente 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).

---

<sup>9</sup> FJ 9

La teoría del “árbol vivo”<sup>10</sup>, traída en sus alegaciones por el Abogado del Estado, sirve al Tribunal para realizar una interpretación evolutiva de la Constitución. El Derecho no puede entenderse, a la luz de la Constitución, como algo estático, es un fenómeno vinculado a la realidad en que se desarrolla, esta afirmación se hace con apoyo en jurisprudencia previa del Tribunal<sup>11</sup>. La observación de la realidad social en el momento de la promulgación de las normas, las opiniones de la doctrina jurídica, los órganos consultivos previstos por el ordenamiento, el Derecho comparado, el Derecho internacional, opiniones y dictámenes elaborados por Naciones Unidas y otros organismos internacionales.

Atendiendo al Derecho comparado resulta fácil confirmar la integración del matrimonio homosexual en distintos ordenamientos<sup>12</sup>. Es cierto que las modificaciones en materia matrimonial han ocurrido en un breve espacio de tiempo, fruto, sin duda, de la ampliación paulatina de derechos de los homosexuales. El Derecho y la jurisprudencia internacionales, refuerzan la idea de que la institución matrimonial ha sufrido

---

<sup>10</sup> “En expresión de la sentencia Privy Council, *Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”. FJ 9.

<sup>11</sup> STC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; STC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; STC 41/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; STC 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y STC 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11.

<sup>12</sup> Países Bajos (Ley de 2000), Bélgica (Ley de 2003), Estado de Massachusetts en EEUU (Sentencia de la Supreme Judicial Court, *Goodridge v. Department of Public Health*, de 2004), Canadá (Civil Marriage Act de 2005), Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006), Ciudad de México (Ley de 2009), Noruega (Ley de 2009), Suecia (Ley de 2009), Portugal (Ley núm. 9/2010), Islandia (Ley de 2010), Argentina (Ley de 2010), Dinamarca (Ley de 2012) Connecticut -2008-, Iowa -2009-, Vermont -2009-, New Hampshire -2010-, Distrito de Columbia (Washington) -2010-, y New York -2011.

distintos cambios. Así en el ámbito europeo, el Tribunal de Estrasburgo ha tenido ocasión de manifestar que el artículo 12 es compatible con el matrimonio homosexual, aunque no implique un mandato para que los Estados lo incluyan en su normativa. Desde la perspectiva social, el matrimonio entre personas del mismo sexo parece ser cada vez más aceptado a tenor de los estudios sociológicos que a este respecto se han hecho en los últimos años<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> El Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), con motivo de la elaboración del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, incluyó la cuestión en diversas encuestas. En el barómetro de junio de 2004 (Estudio nº 2.568) se refleja que el 66,2% de los encuestados creía que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio, mientras que en el Estudio relativo a “opiniones y actitudes sobre la familia” (núm. 2578) realizado durante los meses de octubre y noviembre de 2004, se recoge que el 56,9% de los encuestados estaban a favor de permitir el matrimonio civil para las parejas del mismo sexo. Tras la aprobación de la Ley 13/2005, los datos facilitados por la Comisión Europea contenidos en el Eurobarómetro 2006 (núm. 66), apuntan que el 44% de los encuestados –pertenecientes a los entonces 25 Estados Miembros de la Unión, y a Bulgaria, Rumanía, Croacia, Turquía y la comunidad turco chipriota- está de acuerdo con la idea de que se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, frente a un 49% que manifiesta su oposición. En este contexto europeo, España se sitúa por encima de la media de aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo (56%), lo que supone un acercamiento de la opinión pública, en este punto, a países del norte de Europa y un apartamiento, tal y como observa la propia Comisión Europea, de la tendencia de los países del sur y el este del continente, mayoritariamente situados por debajo de la media europea en nivel de aceptación. Los datos más recientes del CIS sobre este particular se encuentran en el Estudio sobre las “actitudes de la juventud ante la diversidad sexual” (núm. 2.854), realizado entre noviembre y diciembre de 2010 a jóvenes de entre 14 y 29 años, y del que resulta que el 76,8% de los encuestados consideran aceptable el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por su parte las cifras del Instituto Nacional de Estadística contenidas en la estadística sobre “movimiento natural de la población”, permiten saber que, durante los años de vigencia de la Ley 13/2005 y hasta diciembre del año 2011, se habían contraído 22.124 matrimonios entre personas del mismo sexo. Aunque todas estas cifras no sean por sí solas un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley sometida a nuestro examen, no es menos cierto que las mismas ofrecen una imagen

Desde el estudio del Derecho comparado, el Derecho internacional y el Derecho positivo español y, a la luz de la realidad social, puede afirmarse que de las múltiples opciones que tenía el legislador la opción escogida resulta compatible con el margen de discreción que la Constitución le reconoce.

El segundo aspecto que el Tribunal debía analizar era si la nueva regulación en materia matrimonial vulnera el contenido esencial del matrimonio como derecho. En primer lugar nos encontramos ante un *derecho constitucional*<sup>14</sup>, de titularidad individual, pero no de ejercicio individual. El derecho a contraer matrimonio sólo se puede realizar en pareja. Decir que antes de la reforma los homosexuales no tenían limitado el derecho a contraer matrimonio es una afirmación jurídicamente inexacta<sup>15</sup>, aunque sea cierto que pudieran casarse con una persona de otro sexo. La nueva redacción del Código Civil permite que el derecho a contraer matrimonio pueda ejercitarse aún si el otro cónyuge es del mismo sexo. A juicio del TC esto no se trata de una ampliación “del elenco de titulares del derecho individual, sino una modificación de las formas de su ejercicio”. La Ley 13/2005 no supone, en ningún caso, limitación del derecho a contraer matrimonio sino “una modificación de las condiciones de ejercicio en una lógica de equiparación de estatutos jurídicos” y no impide el ejercicio del derecho a aquéllos que ya lo tenían reconocido. Los ciudadanos que quieran ejercer su derecho a

---

refleja del grado de identificación de los titulares del derecho al matrimonio con la institución en la que se integra progresivamente la unión entre personas del mismo sexo. Citas reflejadas en FJ 9.

<sup>14</sup> “Que, por su ubicación en el texto de la norma fundamental, carece de “protección por la vía de amparo constitucional, conforme a lo preceptuado en arts. 53.2 de la C.E. y 41.1 de la LOTC” (ATC 188/1993, de 14 de junio, FJ 2), pero goza de la garantía de preservación de su contenido esencial frente a la libertad del legislador”. FJ 10

<sup>15</sup> “Tal y como dispone el art. 45 CC, no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5; 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4; 51/2011, de 14 de abril, FJ 9)”. FJ 10.

contraer matrimonio con una persona de otro sexo, pueden hacerlo exactamente igual que antes de la reforma. “Sin embargo, 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 (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4), además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8), sin perjuicio de que se puede reconocer que el mecanismo elegido por el legislador para dar ese paso no era el único técnicamente posible”. FJ 11.

En definitiva, lo que ha hecho el legislador es consagrar una de las opciones posibles, permitir que el derecho a contraer matrimonio, tal y como se encontraba reconocido a parejas heterosexuales, pueda ser ejercido por dos personas del mismo sexo. La ley 13/2005 no introduce modificaciones en cuanto a los derechos y deberes de los cónyuges, requisitos y efectos del matrimonio.

Es cierto que el legislador podía haber optado por una regulación distinta, sin embargo creemos que esta no ofrece dudas en cuanto a la equiparación de derechos. Es cierto que las uniones civiles pueden configurarse de manera jurídicamente idéntica al matrimonio, pero no es menos cierto que al jurista puede resultarle innecesaria la duplicidad de institutos jurídicos diferenciados exclusivamente por el nombre.

“En consecuencia, desde la perspectiva de la configuración del matrimonio como derecho fundamental, tampoco existe

reproche alguno de inconstitucionalidad que pueda ser realizado a la Ley 13/2005.”FJ 11.

Antes de concluir, el Tribunal procede a analizar la posible vulneración del artículo 39.2 por quebrantamiento del mandato de protección integral de los hijos, toda vez que permite la adopción conjunta por matrimonios entre personas del mismo sexo. La objeción no es a la adopción conjunta, es a la realizada por matrimonios del mismo sexo. Esto nos resulta llamativo ya que el Derecho positivo español permitía, antes de la reforma, la adopción a homosexuales. El interés del menor se protege realizando el procedimiento de idoneidad previsto para las adopciones, algo que no se puede hacer depender de la orientación sexual de los adoptantes<sup>16</sup>. La conculcación del interés del menor se produciría si el procedimiento de adopción no estuviese orientado a ese fin, adoptando las medidas precisas para garantizar la idoneidad de los adoptantes. Como ya dijera el TC en la STC176/2008 de 22 de diciembre “lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores”.

---

<sup>16</sup> El Tribunal de Estrasburgo ha derivado a los Estados la potestad normativa en este sentido. La Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, en el asunto Frette c. Francia de 26 de febrero de 2002 establece “que las autoridades nacionales, que deben tomar en cuenta dentro de los límites de sus propias competencias, los intereses de la sociedad en su conjunto, dispongan de un amplio margen cuando son llamadas a pronunciarse en este ámbito...estando en contacto directo con la realidad de sus países, las autoridades nacionales están, en principio, mejor situadas que una jurisdicción internacional para evaluar las sensibilidades y contextos locales. Teniendo en cuenta que las cuestiones planteadas en el supuesto de hecho tocan aspectos donde no existe comunidad de perspectivas entre los Estados miembros del Consejo de Europa y donde, de manera general, el derecho parece atravesar una fase de transición, es preciso dejar un amplio margen de apreciación a las autoridades de cada Estado (ver *mutatis mutandis*, sentencias Manoussakis y otros c. Grecia, 26 septiembre 1996, Recueil 1996-IV, p. 1364, § 44, y *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia* [GC], nº 27417/95, § 84, CEDH 2000-VII)” (§ 41).

Por todo lo expuesto se DESESTIMA el recurso.

D) Los votos particulares.

Los cuatro votos particulares, incluso el coincidente, difieren en el concepto de interpretación evolutiva que sirve al Tribunal para reconocer la constitucionalidad de la ley recurrida. Ollero Tassara entiende que la interpretación evolutiva no puede considerarse sinónimo de reforma y recordando las palabras del propio Tribunal señala que, “el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse 'actualidad', sino su conformidad con la Constitución” (STC 81/1982, FJ 2). González Rivas opina que el criterio evolutivo ha de respetar, en todo caso, la esencia de las instituciones que, en el caso del matrimonio –y aquí coincide con Rodríguez Arribas- tiene como núcleo indisponible la diferencia de sexo de los contrayentes, argumento que avala Ollero Tassara basándose en el debate constituyente. Aquí Aragón Reyes entiende “que no se subraya suficientemente, como era obligado, que el texto constitucional, en el momento de su aprobación, partía de un entendimiento del matrimonio como unión entre parejas de distinto sexo. Ese es un dato que se desprende del debate constituyente y del significado que entonces, sin duda, el matrimonio tenía en la cultura jurídica y en la conciencia social españolas y que no puede relativizarse como hace la Sentencia”. El Magistrado sostiene que el criterio evolutivo no puede servir para hacerle decir a la norma lo que no dice, en ese caso no se interpreta la Constitución sino que se cambia. Abundando en el argumento ya expuesto, Aragón Reyes manifiesta que “la realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional”.

Otro aspecto discrepante es el relativo a la adopción conjunta de parejas homosexuales. González Rivas entiende que

el matrimonio reconocido en la Constitución –garantizado en su estructura esencial como unión de dos personas de distinto sexo– es vinculante para todo el Derecho de familia. “La inclusión de las parejas del mismo sexo en la garantía constitucional del matrimonio implica reconocer una actuación que era indisponible por el legislador ordinario, lo que supone una mutación constitucional, al margen del procedimiento de reforma previsto en el artículo 167 de la CE”. Rodríguez Arribas refiere un argumento que, a nuestro juicio, es estrictamente ideológico. Nada puede oponerse –afirma el Magistrado– a que una persona homosexual adopte a un menor, siempre que lo haga a título individual. El hecho de que la adopción se realice en pareja hace que el niño “en lugar de tener un padre y una madre o solo un padre o solo una madre, para sustituir la pérdida o abandono de los naturales, se encuentre con que tiene dos padres y ninguna madre o dos madres y ningún padre o haya que convertir a una mujer en padre o a un hombre en madre.” Este no es argumento que avale la inconstitucionalidad de la norma, más bien pareciera la postura que tiene el Magistrado de la paternidad ejercida por parejas homosexuales. Parece obviar que nuestro Derecho no impide que un homosexual con descendencia –adoptada o no– comparta la vida e incluso las actividades<sup>17</sup> paternas con su pareja.

Apelando a afirmaciones de la propia sentencia, en la que se reconoce que la institución matrimonial ha sido modificada jurídicamente, Ollero alude a la “idoneidad” del método elegido, a su entender esta reforma requería la modificación del texto constitucional. “El problema radica en que quien la ha modificado ha sido un legislador coyuntural que, en contra de lo afirmado (FJ 7), no está habilitado para “definir el contenido de la institución”, dado que esta tiene una expresa configuración constitucional; tampoco está en condiciones de preservarla “en

---

<sup>17</sup> Empleamos el término actividades para evitar el debate que podría sugerir el empleo de la palabra “deberes”.

términos reconocibles”, si no es respetando el texto constitucional o modificándolo por la vía del art. 167”.

Tratamiento aparte precisa el voto particular de Aragón Reyes, que, de acuerdo con el fallo, discrepa en la fundamentación jurídica. El Magistrado manifiesta su desacuerdo con el uso que hace el Tribunal de la interpretación evolutiva de la Constitución. La lectura evolutiva del texto constitucional, equiparando la “cultura jurídica” con “sociologismo jurídico”, implicaría la redundancia con la garantía que al servicio de la rigidez significa el procedimiento de reforma. “El Tribunal Constitucional, entonces, en lugar de ser, como es, un poder constituido, pasaría a ser... un poder constituyente permanente”. La solución -con la que coincidimos plenamente- del recurso es, a juicio del Magistrado, más sencilla. El carácter cambiante del núcleo esencial del matrimonio, antes para toda la vida, ahora disoluble, antes con el sometimiento de la esposa, ahora en igualdad, etc. nos obliga a reparar en si la heterosexualidad es hoy un elemento indispensable del matrimonio y la respuesta es no. Existen divergencias, cierto, pero esto hace que “si el entendimiento de la institución ya no es unánime, sino plural...debemos aplicar la máxima de *in dubio pro legislatoris*. Cuando controlamos al legislador y apreciamos que no vulnera la Constitución, la función de este Tribunal no es, en realidad, apreciar que la ley es “constitucional”, sino, que “no es inconstitucional”, y ello no es un mero juego de palabras, sino que encierra un profundo sentido sobre la capacidad y legitimidad del ejercicio de la jurisdicción constitucional. Precisamente esas son las razones que me condujeron a apoyar el fallo de la presente Sentencia”.