

# Jurisprudencia

---



**EL MATRIMONIO: ¿GARANTÍA INSTITUCIONAL O ESFERA VITAL?  
A PROPÓSITO DE LA STC 198/2012, DE 6 DE NOVIEMBRE,  
SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO  
Y LA JURISPRUDENCIA COMPARADA**

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA \*

**SUMARIO:**

1. APROXIMACIÓN: EL CONTEXTO NORMATIVO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO
2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA Y SU CONEXIÓN CON LA STC 198/2012
3. EL MATRIMONIO: ¿GARANTÍA INSTITUCIONAL O ESFERA VITAL?

**1. APROXIMACIÓN: EL CONTEXTO NORMATIVO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

Como es bien conocido, y después de 7 años de espera, el Tribunal Constitucional español resolvió en su Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 <sup>1</sup>, que la reforma del Código Civil de 2 de julio de 2005 —en esencia, que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»— es conforme a la Constitución española (CE). Es la respuesta al recurso presentado

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo. Acreditado como Catedrático.

Correo: [presnolinera@gmail.com](mailto:presnolinera@gmail.com); Blog: <http://presnolinera.wordpress.com>

Página Web: <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>

<sup>1</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23106> (consultada el 18 de febrero de 2013).

por 61 Diputados del Grupo Popular que consideraban la reforma contraria al art. 32 de la Constitución —«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 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 STC 198/2012 fue aprobada con el voto favorable de siete magistrados y se emitieron un voto particular concurrente y tres votos particulares discrepantes.

Los Diputados recurrentes alegaron, entre otros motivos, que la reforma del Código Civil vulneraba el carácter básico de la institución del matrimonio y era, en realidad, una reforma encubierta de la Constitución.

A esta última objeción el Tribunal Constitucional (TC) responde en primer lugar y concluye que

«no es posible 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 del primero».

En segundo lugar, ante el argumento de que la equiparación de derechos entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo sería contraria al principio de igualdad, puesto que no tendría en cuenta que el matrimonio y las parejas del mismo sexo son realidades distintas que deben ser tratadas de un modo diferente, el TC sostiene que el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación, por lo que no resulta posible censurar la Ley desde la perspectiva del principio de igualdad por abrir la institución matrimonial a una realidad —las parejas del mismo sexo— que presenta características específicas respecto de las parejas heterosexuales.

Tampoco la reforma legal es contraria a la protección constitucional de la familia, pues la Norma Fundamental no hace depender el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ni la limita a las relaciones con descendencia.

La parte más extensa de la fundamentación jurídica se dedica a analizar si la Ley 13/2005 vulnera el art. 32 CE en su doble contenido de garantía institucional y derecho constitucional pero antes de detenernos en

esta cuestión conviene recordar lo que han dicho en la materia otros tribunales constitucionales u órganos judiciales que tienen atribuida la función del control de constitucionalidad.

No obstante, y para cerrar esta primera aproximación, no puede dejar de mencionarse la inexplicable demora en la resolución de este asunto. Es cierto que el recurso de inconstitucionalidad no impidió que se aplicase la Ley 13/2005 y la consiguiente celebración, como recuerda la propia STC 198/2012 (FJ 9), hasta diciembre del año 2011, de 22.124 matrimonios entre personas del mismo sexo, pero ninguna circunstancia técnica, organizativa o de funcionamiento del Tribunal ni, mucho menos, política o social, puede justificar el transcurso de más de 7 años entre el momento de la interposición del recurso y la respuesta definitiva al mismo.

Al margen de este caso concreto, quizá no estaría de más que el Alto Tribunal estableciera algún criterio para priorizar la resolución de los asuntos pendientes, como pudiera ser el número de personas afectadas por la sentencia, la repercusión social y económica de la misma, la probabilidad —al menos después de una primera aproximación al caso— de que la norma cuestionada vaya a ser declarada inconstitucional...

## **2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA Y SU CONEXIÓN CON LA STC 198/2012**

Como es obvio, también en esta materia debe buscarse la interpretación constitucionalmente adecuada en cada ordenamiento y, por ese motivo, las respuestas de los Tribunales Constitucionales o Tribunales con funciones de control de constitucionalidad han variado. Estas resoluciones también son relevantes en la medida que alguna de ellas ha sido mencionada de manera expresa por el Tribunal Constitucional español en su STC 198/2002.

En Canadá, a lo largo del año 2003 diversos Tribunales provinciales concluyeron que la exigencia de diversidad de sexos para contraer matrimonio era discriminatoria y, por tanto, inconstitucional. Para evitar situa-

ciones distintas en unas y otras provincias, el Gobierno federal solicitó una resolución al Tribunal Supremo federal, que la emitió el 9 de diciembre de 2004<sup>2</sup>, declarando que una eventual reforma legal que admitiese el matrimonio entre personas del mismo sexo no sería contraria a la «Charter of Rights», si bien tendría que garantizar el derecho a la objeción de conciencia de los funcionarios públicos llamados a participar en la celebración del matrimonio. Poco después se aprobó la Ley federal de 20 de julio de 2005, que regula el matrimonio entre personas homosexuales con los mismos derechos y deberes que el de las heterosexuales.

Esta resolución del Tribunal Supremo canadiense ha sido tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional español, que la menciona de forma expresa y acoge su figura metafórica de la Constitución como un «árbol vivo», que, en palabras del Tribunal Supremo de Canadá:

«by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life... A large and liberal, or progressive, interpretation ensures the continued relevance and, indeed, legitimacy of Canada's constituting document. By way of progressive interpretation our Constitution succeeds in its ambitious enterprise, that of structuring the exercise of power by the organs of the state in times vastly different from those in which it was crafted».

En esa línea, dice el TC español (FJ 9) que:

«se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta como hemos visto por el Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un «árbol vivo», —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— que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a su»

<sup>2</sup> <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc79/2004scc79.pdf> (con versiones en inglés y francés, consultada el 18 de febrero de 2013).

puestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta».

Sin embargo, hay que recordar que el Tribunal Supremo canadiense acude a esa interpretación «progresista» para analizar una Ley Constitucional con 137 años de antigüedad —es de 1867— mientras que el Tribunal español está analizando el significado de una norma constitucional con 34 años de vida.

En segundo lugar, y como ya se ha apuntado, habrá que extraer en cada caso la interpretación constitucionalmente adecuada que derive de la concreta Norma Fundamental ante la que nos encontramos y es, cuando menos, muy discutible que de la Constitución española se deduzca una

«lectura evolutiva..., que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, [y] nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11)».

Y es que una cosa es la interpretación de una norma legal —la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que se refiere la STC 17/1985, mencionando eso sí el principio de efectividad del derecho fundamental afectado; el Código Penal, analizado en la STC 89/1993, o la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, de la que se trata en la STC 341/1993— y otra la interpretación de la propia Constitución. Por otra parte, la mención a la cultura jurídica española que se hace en las SSTC 29/1995 y 298/2000 no se asemeja ni en el contexto ni en la argumentación a lo que hace el Tribunal en la sentencia que comentamos.

A diferencia de lo que sucede con la resolución del Tribunal Supremo de Canadá, no se menciona en la STC 198/2012 lo acaecido en Sudáfrica, donde el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo partió precisamente de su Tribunal Supremo, que en su sentencia de 1 de diciembre de 2005 (*Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*)<sup>3</sup> declaró que el concepto de matrimonio presente en el «Common Law» y en la «Marriage Act» eran incompatibles con los arts. 9 y 10 de la Constitución (derecho a la igualdad y a la dignidad, respectivamente) pues no permitían que las parejas del mismo sexo disfrutasen del estatus, derechos y obligaciones concedidos a las parejas heterosexuales.

El Tribunal Supremo concedió un plazo de un año al Parlamento para igualar las situaciones, lo que culminó con la aprobación de la «Civil Union Act» el 14 de noviembre de 2006.

Cabe recordar que, al igual que en Canadá, también el Tribunal Supremo de Sudáfrica se siente vinculado por una interpretación que «adapte» la normativa infraconstitucional a los derechos fundamentales:

«The Bill of Rights provides that when applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person a court, in order to give effect to a right in the Bill, «must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right» though it may develop the rules of the common law to limit the right in accordance with the limitations provision in section 36(1). It also provides that when developing the common law the Court must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights. Taken together, these provisions create an imperative normative setting that obliges courts to develop the common law in accordance with the spirit, purport and objects of the Bill of Rights. Doing so is not a choice. Where the common law is deficient, the courts are under a general obligation to develop it appropriately».

En segundo lugar, es cierto que la propia Constitución de Sudáfrica prevé de manera expresa la orientación sexual como una de las circunstan-

<sup>3</sup> <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html> (consultada el 18 de febrero de 2013).

cias que no pueden justificar un trato discriminatorio<sup>4</sup>, pero, como también es conocido, el Tribunal Constitucional español declaró en la STC 41/2006, de 13 de febrero<sup>5</sup>, que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 de la Constitución como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación.

Llama la atención que en la STC 198/2012 no se apele a la dignidad reconocida en la Constitución más que al final de la sentencia (FJ 11), admitiendo que con el matrimonio entre personas del mismo sexo «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».

Tampoco se menciona en la STC 198/2012 la resolución del Tribunal Constitucional portugués, que, en un control preventivo de 11 de abril de 2010<sup>6</sup>, consideró infundadas las dudas de constitucionalidad sobre la Ley 9/2010, que, entre otras cosas, modificó el art. 1.577 del Código Civil para definir el matrimonio como «o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código».

Esta decisión tiene relevancia para nuestro análisis pues en ella, como también hace el Tribunal Constitucional español, se le presta especial aten-

<sup>4</sup> La Section 9(3) dispone: «The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth».

<sup>5</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5643> (consultada el 18 de febrero de 2013).

<sup>6</sup> Disponible en las páginas <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html> y [http://www.sexualorientationlaw.eu/news/2010/National%20Courts/tribunalconstitucional.pt\\_tc\\_acordaos\\_20100121.pdf](http://www.sexualorientationlaw.eu/news/2010/National%20Courts/tribunalconstitucional.pt_tc_acordaos_20100121.pdf) (consultadas el 18 de febrero de 2013).

ción a la garantía constitucional del instituto del matrimonio y se hace un exhaustivo análisis del derecho y la jurisprudencia comparados.

El art. 36 de la Constitución portuguesa tiene un contenido semejante a la suma de los arts. 32 y 39 de la Constitución española, si bien cuando habla de los titulares del derecho al matrimonio emplea la expresión «todos» y no «el hombre y la mujer»:

«1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.

3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.

5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.

6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação».

El Tribunal Constitucional portugués ya consideró en su Acórdão núm. 590/2004 que el derecho a casarse: «comporta duas dimensões. Por um lado, consagra um direito fundamental, por outro, é uma verdadeira norma de garantia institucional». En su decisión de 2010, se sostiene que es «possível conceber os direitos fundamentais como apresentando ou comportando um “lado” jurídico individual, enquanto garantem aos seus titulares um direito subjectivo público, e um “lado” institucional objetivo, enquanto garantias constitucionais de ámbitos de vida juridicamente ordenados e conformados».

Sobre esta apelación a la dimensión institucional objetiva volveremos más adelante. Ahora basta recordar que para el Tribunal portugués el concepto constitucional de matrimonio es «abierto», admite diversas conformaciones legislativas y concluye que

«a atribuição do direito ao casamento a pessoas do mesmo sexo não afecta a liberdade de contrair casamento por pessoas de sexo diferente, nem altera os deveres e direitos que para estas daí resultam e a representação ou imagem que elas ou a comunidade possam atribuir ao seu estado matrimonial. Em resumo: o casamento entre pessoas de sexo diferente mantémse intocado, nas suas condições de realização, nos seus efeitos jurídicos, entre os cônjuges e perante o Estado e terceiros, e no seu significado como fonte de relações familiares e compromisso social».

La STC 198/2012 menciona la Ley de Bélgica de 30 de enero de 2003 que modificó el Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. No se refiere, sin embargo, al Arrêt de la Cour d'arbitrage núm. 159/2004, de 20 de octubre de 2004<sup>7</sup>, que desestimó el recurso contra dicha norma, que, entre otras cosas, dispone:

Art. 2. Dans le texte français de l'article 75 du Code civil, les mots «pour mari et femme» sont remplacés par les mots «pour époux».

Art. 143. Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage.

Para la Corte, corresponde al Legislador «déterminer la nature et les conditions du mariage. Il doit toutefois respecter, à cette occasion, notamment, le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination».

En segundo lugar,

«la différence entre, d'une part, les personnes qui souhaitent former une communauté de vie avec une personne de l'autre sexe et, d'autre part, les personnes qui souhaitent former une telle communauté avec une personne de même sexe n'est pas telle qu'il faille exclure pour ces dernières la possibilité de se marier».

En tercer término,

<sup>7</sup> <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/eur/bel/fra/bel-2004-3-011> (consulta de 18 de febrero de 2013).

«la circonstance que la Constitution attribue une importance particulière à l'égalité entre hommes et femmes, par le biais des articles 10, alinéa 3, et 11*bis*, n'a pas pour effet que la «dualité sexuelle fondamentale du genre humain » puisse être considérée comme un principe de l'ordre constitutionnel belge».

Finalmente,

«la Cour n'aperçoit pas en quoi la «position de protection relative» de la famille pourrait être affaiblie par les dispositions attaquées, dès lors que la loi entreprise n'apporte aucune modification matérielle aux dispositions légales qui régissent les effets du mariage civil de personnes de sexe différent».

El Tribunal Constitucional español no menciona el Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de 16 de agosto de 2010<sup>8</sup>, en el que se analizó la constitucionalidad de la reforma del art. 146 del Código Civil para el Distrito Federal, que pasó de decir:

«Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige»

a preceptuar que

«Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código».

Debe recordarse que la Constitución mexicana no menciona el derecho a contraer matrimonio y que la impugnación de la reforma se hizo in-

<sup>8</sup> <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/> (consulta de 18 de febrero de 2013).

vocando el art. 4.1: «El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia».

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia rechazó el recurso con los siguientes argumentos: el enunciado del art. 4 de la Constitución

«obedeció a la discriminación histórica advertida hacia las mujeres, buscando eliminarla, a fin de lograr la igualdad de hombres y mujeres frente a la ley, constituyéndose así un límite material a la actividad legislativa...»

En segundo lugar,

«lo que se consagra constitucionalmente es la protección de la familia — su organización y desarrollo—, dejando al legislador ordinario garantizarlo de manera tal que, precisamente, conlleve su promoción y protección por el Estado, sin que tal protección constitucional, empero, se refiera o limite a un tipo de familia, como sería la nuclear (padre, madre e hijos) y que, de ahí, se pueda desprender que la familia se constituya exclusivamente a través del matrimonio entre un hombre y una mujer y, mucho menos, que sea éste un requisito para que «proceda» la protección constitucional a la familia, como esgrime el accionante».

Por todo lo señalado, la Suprema Corte

«estima que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente, un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que, en un momento histórico dado, existía, mas no el núcleo esencial del matrimonio y, por consiguiente, el legislador, al aprobar la reforma legal impugnada, redefiniendo el concepto de matrimonio, como la unión entre dos personas, extendiendo, de esta manera, esa institución civil a las personas homosexuales, no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, como aduce el accionante, ni tampoco podría sostenerse que la Constitución se opone a esa opción elegida por el legislador ordinario...».

Finalmente, por lo que ahora interesa, la Corte recuerda que ya en el amparo directo civil 6/2008, señaló que,

«de la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el sistema jurídico mexicano, deriva, entre otros, el libre desarrollo

de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal; así como su libre opción sexual... Aunado a lo anterior, si bien, en nuestra Constitución, no se contempla un derecho a contraer matrimonio, lo cierto es que... esta Corte ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no».

Tampoco alude la STC 198/2012 a la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano 13/2010, de 23 de marzo<sup>9</sup>, ni a la Decisión del Consejo Constitucional francés de 28 de enero de 2011<sup>10</sup>.

En Italia el asunto se planteó por dos órganos jurisdiccionales para que el Tribunal Constitucional decidiera si debía extenderse a las uniones entre personas del mismo sexo la disciplina del matrimonio civil.

El Tribunal responde, en primer lugar, que, en su caso, correspondería al Parlamento concretar «le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni».

En segundo lugar, se avala una interpretación evolutiva de los conceptos de familia y matrimonio, que

«non si possono ritenere «cristallizzati» con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi».

No obstante, con dicha interpretación evolutiva no se puede llegar hasta el punto «d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale

<sup>9</sup> <http://www.giurcost.org/decisioni/2010/0138s-10.html> (consultada el 18 de febrero de 2013), donde además se incluyen varios análisis doctrinales.

<sup>10</sup> <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html> (consultada el 18 de febrero de 2013).

da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata».

En tercer lugar, se recuerda que el art. 29 de la Constitución italiana dispone:

«La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

Y, para el Tribunal, los constituyentes tuvieron en cuenta, a la hora de redactar ese precepto,

«la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che... stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale».

Parece, pues, que la heterosexualidad es consustancial a la noción constitucional de matrimonio. En conclusión, la normativa civil que prevé el matrimonio entre hombre y mujer no es contraria a las disposiciones constitucionales,

«ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio».

Finalmente, el Tribunal italiano tampoco encuentra incompatibilidad entre la legislación interna y la normativa y jurisprudencia europea, en sentido amplio (Convenio Europeo de Derechos Humanos y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y en sentido estricto (normativa de la Unión Europea y doctrina del Tribunal de Justicia), pues «la citata normativa non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna».

Es cierto que el Tribunal italiano, a propósito de lo previsto en la normativa europea, concluye que «con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento», pero no está claro que tal cosa signifique la constitucionalidad de una ley que introduzca el matrimonio igualitario en Italia, a no ser que se tratara de una Ley constitucional.

Por su parte, en la Decisión del Consejo Constitucional francés de 28 de enero de 2011 <sup>11</sup>, se concluyó que las disposiciones que no permitían el matrimonio entre personas del mismo sexo no eran contrarias a la Constitución:

«Considérant... qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation».

Pero también se recuerda, y aquí radica lo importante,

«qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant "l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités"; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant.

En consecuencia,

«la liberté du mariage ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage

<sup>11</sup> <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html> (consultada el 18 de febrero de 2013).

dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel».

Y en uso de esta libertad del legislador, el 7 de noviembre de 2012 se presentó el *Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, núm. 344<sup>12</sup>, que fue aprobado de manera definitiva el 23 de abril de 2013 por la Asamblea Nacional y avalado por el Conseil Constitutionnel el 17 de mayo (Décision núm. 2013-669)<sup>13</sup>.

La jurisprudencia que sí es citada de manera recurrente tanto en la STC 198/2012 como en los votos particulares es la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En el Fundamento 9 de la STC 198/2012 se recuerda que el Tribunal de Estrasburgo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en el asun-

<sup>12</sup> [http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/mariage\\_personnes\\_meme\\_sexe.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/mariage_personnes_meme_sexe.asp) (consulta de 18 de febrero de 2013).

<sup>13</sup> Considerando, entre otras cosas que «21... la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946; que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946; qu'en outre, doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait "naturellement" l'union d'un homme et d'une femme; ...

22. Considérant, en troisième lieu, qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation;...»; disponible en

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html> (consultada el 26 de mayo de 2013).

to Schalk y Kopf c. Austria, de 24 de junio de 2010, aunque ya lo había hecho previamente respecto del matrimonio de los transexuales en los asuntos Christine Goodwin c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002; I. c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002; y Parry c. Reino Unido y R. y F. c. Reino Unido, ambas de 28 de noviembre de 2006<sup>14</sup>.

En cuanto a las personas transexuales, ha sido, precisamente, en estos casos donde se ha producido una auténtica y rápida, en términos jurisdiccionales, «revolución» en la jurisprudencia del TEDH, que pasó de considerar que «la imposibilidad para los demandantes transexuales de casarse con una persona del sexo opuesto a su nuevo sexo no [era] contraria al art. 12 del Convenio» (asuntos Rees c. Reino Unido, de 17 de octubre de 1986, Cossey c. Reino Unido, de 27 de septiembre de 1990, y Sheffield y Horshman c. Reino Unido, de 30 de julio de 1998) a concluir que «no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse» (asuntos I. c. Reino Unido y Christine Goodwin c. Reino Unido) En estas sentencias se estiman vulnerados los arts. 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Resulta conveniente detenerse en los «nuevos» argumentos del TEDH acogidos en la sentencia I. c. Reino Unido (80 a 85):

«... Volviendo a examinar la situación en el año 2002, el Tribunal señala que mediante el art. 12 se encuentra garantizado el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y fundar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero, y la incapacidad para una pareja de concebir o criar a un hijo no puede en sí misma privarle del derecho citado por la primera parte de la disposición en cuestión...

La primera frase alude expresamente al derecho para un hombre y una mujer a casarse. El Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda seguir admitiendo que estos términos impliquen que el sexo deba ser deter-

<sup>14</sup> Me he ocupado de esta cuestión en «El matrimonio de las personas transexuales y homosexuales», *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Editorial Universitas, Madrid, 2012, volumen 2, páginas 2239 a 2254. Las sentencias pueden consultarse en <http://www.echr.coe.int/echr/>

minado según criterios puramente biológicos... Desde la adopción del Convenio, la institución del matrimonio se ha visto profundamente trastornada por la evolución de la sociedad, y los progresos de la medicina y de la ciencia han llevado consigo cambios radicales en el ámbito de la transexualidad... El Tribunal constata también que el texto del art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea adoptada recientemente se aparta —y ello no puede ser sino deliberado— del art. 12 del Convenio en cuanto a que excluye la referencia al hombre y a la mujer... aunque el matrimonio de los transexuales tiene una gran adhesión, el número de países que autorizan dicho matrimonio bajo su nueva identidad sexual es inferior al de los Estados que reconocen el cambio sexual en sí mismo. El Tribunal no está convencido sin embargo de que ello constituya la base de la tesis según la cual los Estados parte deban poder reglamentar totalmente la cuestión en el marco de su margen de apreciación. En efecto, ello llevaría a concluir que el abanico de las opciones abiertas a un Estado contratante llega hasta prohibir en la práctica el ejercicio del derecho a casarse. El margen de apreciación no puede ser tan amplio; aunque corresponda al Estado parte determinar, concretamente, las condiciones que debe reunir un transexual que reivindica el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que realmente ha habido un cambio de sexo y aquellas en las que un matrimonio anterior deja de ser válido, o incluso las formalidades aplicables a un futuro matrimonio (por ejemplo, las informaciones a proporcionar a los futuros esposos), el Tribunal no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse...»

Esta doctrina ha sido acogida de manera expresa por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto K.B. (Sentencia de 7 de enero de 2004) <sup>15</sup>, donde se recuerda

«que el TEDH ha declarado que la imposibilidad de que un transexual contraiga matrimonio con una persona del sexo al que pertenecía antes de la operación de cambio de sexo, y que resulta del hecho de que, desde el

<sup>15</sup> <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-117/01> (consultada el 18 de febrero de 2013).

punto de vista del estado civil, son del mismo sexo porque la normativa del Reino Unido no permite el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual, constituye una vulneración de su derecho a contraer matrimonio en el sentido del art. 12 del CEDH».

La interacción entre el derecho europeo en sentido amplio y el derecho europeo en sentido estricto se muestra de manera gráfica en estas sentencias, pues en la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se mencionan tanto el CEDH como la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (casos *Christine Goodwin* e *I.*) y en las sentencias de este último Tribunal se cita como argumento que no puede ser desdeñado la redacción del art. 9 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

Volviendo al matrimonio entre personas del mismo sexo, en el caso *Schalk y Kopf*, el TEDH dice que las palabras empleadas por el art. 12 («A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho») del CEDH han sido escogidas deliberadamente, lo que, teniendo en cuenta el contexto histórico en el cual el Convenio fue adoptado, lleva a pensar que se refieren al matrimonio entre personas de distinto sexo. Pero afirma también que 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.

Estas reflexiones llevan al Tribunal de Estrasburgo a entender que el art. 12 CEDH no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y continúa reconociendo que «el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra», absteniéndose de imponer su propia apreciación sobre el matrimonio a «las autoridades nacionales que son las mejor situadas para apreciar las necesidades de la sociedad y responder a ellas» (§ 62).

Finalmente, tampoco aquí se puede descartar una evolución jurisprudencial en el mismo sentido que ha ocurrido con las personas transexuales o de la experimentada, por ejemplo, en materia de adopción por personas homosexuales (asunto E. B. c. Francia, de 22 de enero de 2008, donde se concluyó, revocando una jurisprudencia anterior —asunto Fretté c. Francia, de 26 de febrero de 2002— que no está amparada por el margen de apreciación nacional la exclusión como potencial adoptante a causa de la orientación sexual) o en relación con el acceso a la subrogación arrendaticia mortis causa (asunto Karner c. Austria, de 24 de julio de 2003).

En conclusión, y al margen de no entender qué motivos tiene el Tribunal Constitucional español para citar la Sentencia canadiense y no las otras, especialmente la del Tribunal Constitucional portugués, este largo recorrido por la jurisprudencia comparada nos ha servido para constatar que 1) hay Tribunales para los que el no reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo es discriminatorio, pues entienden que se trata de un imperativo constitucional; 2) existen Tribunales que consideran que el matrimonio entre personas del mismo sexo es constitucional porque no desfigura la configuración constitucional del casamiento el permitir que se pueda contraer con una persona del mismo sexo, y 3) hay Tribunales que concluyen que la existencia solo del matrimonio entre personas de distinto sexo no es inconstitucional, pero sin que eso signifique que el matrimonio entre personas del mismo sexo esté excluido. En definitiva, ninguno de los Tribunales analizados acoge la tesis de los recurrentes, que al alegar la garantía institucional parecen querer fundar su pretensión en una prohibición implícita del matrimonio entre personas del mismo sexo.

### **3. EL MATRIMONIO: ¿GARANTÍA INSTITUCIONAL O ESFERA VITAL?**

Como ya se mencionó al principio, el Tribunal centra buena parte de su argumentación en el análisis del respeto por parte de la Ley 13/2005 a la «garantía institucional del matrimonio» y concluye que, tras las reformas introducidas en el Código civil por dicha Ley, la institución matrimo-

nial 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. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el Legislador... Puede concluirse, por tanto, que la Ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el art. 32 CE, desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea» (FJ 9).

Completado el razonamiento relativo al matrimonio como garantía institucional, el Tribunal estudia si la nueva regulación supone un ataque al contenido esencial del derecho al matrimonio. Por una parte, de la dicción literal del art. 32.1 CE se deduce que ambos cónyuges se encuentran en régimen de plena igualdad jurídica; en segundo lugar, el derecho al matrimonio, aunque es un derecho de titularidad individual, no lo es de ejercicio individual, pues, tal y como dispone el art. 45 del Código Civil, no hay matrimonio sin consentimiento mutuo. Además, de este derecho a contraer matrimonio se puede extraer la libertad de no contraerlo.

El TC argumenta que el reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro

derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse.

«La opción que contiene la Ley 13/2005 se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el art. 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, en la que se incluye la discriminación por razón de la orientación sexual, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 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).

El Tribunal también rechaza el argumento de los recurrentes, que tachan la reforma legal de discriminatoria por indiferenciación al tratar igual lo que es distinto. Responde el Tribunal que el art. 14 no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, F. 2). Y es que no puede haber «desigualdad por exceso de igualdad» (STC 135/1992, de 5 de octubre, F. 9), por lo que no resulta posible censurar la Ley desde la perspectiva del principio de igualdad. Adicionalmente, cabría señalar que la discriminación por indiferenciación es muy difícil que opere invocando las circunstancias protegidas por el art. 14, que son características personales indisponibles: una persona no decide su edad, nacimiento, género, raza,.... El trato diferenciado sí tiene sentido cuando la posición distinta es fruto de elecciones personales: por ejemplo, si una pareja que no tiene impedimento alguno para casarse decide permanecer soltera, su relación puede tener consecuencias jurídicas diferentes a las de la pareja que sí ha contraído matrimonio.

Expuesto de la manera más breve posible lo que ha dicho el Tribunal, y compartiendo el resultado final al que llega —es conforme a la CE el matrimonio entre personas del mismo sexo—, creo que la vía argumentativa empleada no es la más idónea, pues se incide de manera especial en la compatibilidad entre la nueva regulación y la garantía constitucional de la «ins-

titución» del matrimonio, de la que derivan una serie de facultades, y no en la garantía del matrimonio como un derecho constitucional de libertad, cuando, al menos en mi opinión, esta última condición es la relevante.

Es conocido que en España la técnica de la «garantía institucional» fue articulada por la jurisprudencia constitucional a propósito de la autonomía provincial en la STC 32/1981, de 28 de julio <sup>16</sup>, donde se señala que persigue la protección de instituciones fundamentales dentro del orden constitucional que no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo.

El concepto ha sido utilizado para referirse a la autonomía local, la Seguridad Social, la familia, los colegios profesionales, las fundaciones, etc., pero también se ha proyectado hacia los derechos fundamentales para incluir el habeas corpus, el habeas data y la autonomía universitaria.

El Tribunal entiende que un razonamiento del mismo tipo debe desarrollarse respecto del matrimonio, que, como garantía, exige una protección objetiva para que el Legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución y, como derecho, requiere una protección subjetiva, de manera que la posición jurídica del ciudadano derivada del reconocimiento constitucional del derecho no quede eliminada o desnaturalizada por el Legislador.

No menciona nuestro Tribunal, como sí hace el portugués, que el concepto de garantía institucional resultó acuñado por la doctrina alemana en un contexto normativo —la Constitución de Weimar— en el que se ignoraba la existencia de mecanismos efectivos de vinculación del Legislador a la Constitución y de aplicabilidad directa de los derechos fundamentales para proteger determinados sectores del ámbito infraconstitucional frente a la actuación del Legislador ordinario. En origen la «garantía institucional» servía al objetivo de conferir a los derechos cierta indisponibilidad, especialmente frente al Legislador.

Pero en un Estado que somete a los ciudadanos y a todos los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 CE), que garantiza la aplicación inme-

<sup>16</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/32> (consultada el 18 de febrero de 2013).

diata de los preceptos de la Norma Fundamental, que proclama que «la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE), que se fundamenta en valores como la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo (art. 1.1 CE), esa garantía de indisponibilidad se consigue a través de la constitucionalización de los derechos, que impone a los poderes constituidos, y singularmente al Legislador, la obligación de respetar su contenido.

Por estos motivos, si bien puede justificarse el empleo de la «garantía institucional» para referirse a la autonomía local o universitaria, nada hay en la CE que imponga la protección del objeto del derecho matrimonio a través de esa técnica y no por medio de su configuración como derecho de libertad<sup>17</sup>. Sin embargo, lo que hace el Alto Tribunal en la STC 198/2012 es insistir en el derecho constitucional al matrimonio como una facultad que deriva de la garantía institucional, de manera que la dimensión subjetiva de ese derecho se deduce de la configuración legal de dicha garantía.

Es verdad que las modernas garantías institucionales dotan de eficacia normativa informadora de todo el ordenamiento jurídico a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales (efecto de irradiación) e imponen a los Poderes públicos la ordenación de aquella realidad en los términos constitucionalmente previstos y a través de un deber positivo de protección. En este sentido, las garantías institucionales son normas sobre procesos y organización a las que no puede sustraerse el Legislador. Allí donde hay una garantía institucional, se impone al Estado una estructura normativa o institucional que encarna la dimensión objetiva de un derecho fundamental y en la que debe encuadrarse el disfrute de su dimensión subjetiva.

Pero, insistimos, nada impide configurar la protección del matrimonio como un derecho de libertad, que, como es sabido, es la forma típica de

<sup>17</sup> Seguimos en este trabajo la definición que de objeto y contenido de los derechos fundamentales se ofrece en el libro colectivo (BASTIDA y otros) *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004; en particular lo expuesto por Ignacio Villaverde Menéndez en el Capítulo 5, pp. 103 ss.

garantía del objeto de un derecho cuando éste consiste en un permiso constitucional y su propósito es la salvaguardia de una esfera vital, dando amparo constitucional a cualquiera de los posibles comportamientos que en principio se puedan encuadrar en la definición abstracta de la mencionada esfera vital que es objeto del permiso constitucional establecido por la norma iusfundamental.

Cuando el art. 32 dispone que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica lo que hace la Norma Fundamental es garantizar un esfera vital, que incluye la toma de decisiones como casarse —o no— según diversas formas (civil, religiosa), separarse, disolver el matrimonio una vez celebrado, volver a contraer matrimonio, ... Por eso este derecho es una garantía de posibilidades, al permitir realizar cualquiera de los comportamientos posibles que encajen en su objeto. El problema constitucional residía, entonces, en que con la anterior legislación civil se impedía el ejercicio de una conducta —la decisión de casarse— que encajaba en el derecho a las personas que quisieran hacerlo con otra de su mismo sexo. Y tal cosa ocurría sin que hubiera una habilitación constitucional expresa que permitiera la limitación de la autodeterminación individual.

Para alcanzar esta conclusión es preciso, no obstante, demostrar que el enunciado constitucional incluye esa opción a la que nos estamos refiriendo —la de casarse con una persona del mismo sexo— pues la autodeterminación de la conducta sólo es posible en el marco del objeto definido abstractamente en el enunciado constitucional del derecho fundamental.

Pues bien, ese entendimiento estaría avalado por la propia jurisprudencia constitucional, que ha declarado que la orientación sexual es una circunstancia en la que no puede basarse un trato peyorativo para el ejercicio de otro derecho constitucional como es el derecho al trabajo. Así, en la ya citada STC 41/2006 se dice que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 de la Constitución como uno de los concretos supuestos en los que está prohibido un trato discriminatorio, está incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación.

A esta conclusión se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos men-

cionados en el art. 14 el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2, debe servir de fuente interpretativa del art. 14.

En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho art.<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Al analizar el alcance del art. 14 del CEDH, el TEDH ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el art. 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, § 48, y S.L. contra Austria, § 37, o 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. contra Austria; o 22 de enero de 2008, caso E.B. contra Francia, § 91).

Del mismo modo, y en relación con el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo comprende la discriminación basada en la orientación sexual (Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488-1992, caso Toonen contra Australia, § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941-2000, caso Young contra Australia, § 10.4).

Una vez declarado por el Alto Tribunal que una persona no puede recibir en materia laboral un trato distinto por el mero hecho de ser homosexual si se siguiera considerando que esa circunstancia sí impide el ejercicio de otro derecho de la misma índole como el de contraer matrimonio, nos encontraríamos ante lo que Luigi Ferrajoli ha denominado «diferen-

---

Por su parte, y en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2000/78 entiende por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, teniendo en cuenta que «existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados» y discriminación indirecta «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas», salvo que, en el caso de la discriminación por orientación sexual «dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios».

La propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 21) contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

Previamente, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOC 28.02.94)... «pide a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales; 14. Opina que la recomendación debería, como mínimo, tratar de poner fin: § A la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales. § A la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres. § A toda forma de discriminación en el derecho laboral y relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el derecho penal, civil, contractual y comercial. § Al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su conocimiento y consentimiento, o a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos. § A la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia...».

ciación jurídica de las diferencias»<sup>19</sup>: una identidad determinada por una diferencia valorizada —la heterosexualidad— se asume como fuente de derechos mientras que otra —la homosexualidad— se configura como un estatus discriminatorio y excluyente. De este modo, la igualdad en el acceso al matrimonio es una igualdad amputada, relativa a una parte privilegiada de la sociedad, arbitrariamente confundida con la totalidad.

Algo similar sucedió en Estados Unidos con la prohibición de los matrimonios interraciales, vigente en algunos Estados hasta que en 1967 el Tribunal Supremo la consideró inconstitucional en el caso *Loving et ux. v. Virginia* (388 U. S. 1)<sup>20</sup>. Las palabras del Tribunal Supremo («no puede haber ninguna duda de que la restricción de la libertad de casarse únicamente por criterios raciales viola el significado central de la cláusula de igual protección») bien pudieran ser aplicadas a la exclusión del matrimonio únicamente por criterios de sexo o de orientación sexual.

Y es que, como señala Ferrajoli, «igualdad» es término normativo: quiere decir que los diferentes deben ser tratados y respetados como iguales y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. Diferencia es término descriptivo: quiere decir que, de hecho, entre las personas hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias y que son éstas las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas.

La Constitución parte, precisamente, de la igual «valoración jurídica de las diferencias»: al convertir la no discriminación (art. 14) en una norma, los diferentes (por razones de sexo, edad, raza u orientación sexual) deben ser tratados como iguales. La igualdad jurídica es igualdad en derechos, también para contraer matrimonio. Se protege la diferencia —en eso consiste el libre desarrollo de la personalidad y por eso todos somos diferentes— y se prohíbe la discriminación: un tratamiento jurídico excluyente basado precisamente en una diferencia protegida por la Constitución.

<sup>19</sup> Derechos y garantías. La ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999, pp. 73-96.

<sup>20</sup> <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=388&invol=1> (consulta de 18 de febrero de 2013).

Pero de seguir esta vía argumentativa la conclusión entonces tendría que ser que no solo no se vulnera la Norma Fundamental con la reforma introducida por el Legislador en el año 2005 sino que, precisamente, lo inconstitucional era una situación normativa en la que un grupo de personas quedaban excluidas, pese a concurrir en ellas una condición protegida por la Constitución, del ejercicio de un derecho garantizado por esa misma norma.

Y es que no parece, de acuerdo con los propios principios de interpretación constitucional que se derivan de nuestra Norma Fundamental, que quepa configurar legislativamente el desarrollo de un derecho de manera que se excluya del mismo a una persona o grupo de personas si dicha exclusión vulnera su derecho a no ser discriminadas y, por tanto, su dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

Así, y como es conocido, conforme al principio de unidad de la Constitución, las normas constitucionales deben ser interpretadas en relación con el conjunto de la Norma Fundamental como un todo coherente, en el que no puede haber contradicciones entre sus partes (véase, por ejemplo, la STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5)<sup>21</sup> y se produce dicha contradicción si entendemos que el art. 32, que no establece excepción alguna a otros preceptos constitucionales, permite una configuración legislativa que vulnera, al menos, el art. 14 y, de manera refleja, el art. 10.1. Concluir que la exclusión del matrimonio homosexual es contraria a la Constitución encaja de forma coherente con lo ya reiterado en materia laboral en la STC 41/2006: si no se puede recibir un trato peyorativo en el derecho constitucional al trabajo por ser homosexual, ¿dónde está el fundamento para justificar que dicho tratamiento sí es posible en el derecho constitucional al matrimonio?

En segundo lugar, y de acuerdo con el principio de concordancia práctica, los bienes e intereses protegidos por la Constitución han de ser armonizados en la decisión del caso práctico, sin que la protección de unos entrañe el desconocimiento o sacrificio de otros (al respecto, STC 154/2002,

<sup>21</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4791> (consultada el 18 de febrero de 2013).

de 18 de julio, FJ 12)<sup>22</sup>. Pues bien, dicho principio exigiría, en el asunto que nos ocupa, la concordancia entre el derecho a contraer matrimonio, la prohibición de discriminación y la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad que se irradian a todos los derechos, también al reconocido por el art. 32. La concordia se produce ahora que no se está excluido del derecho al matrimonio por motivos de orientación sexual, no antes de que se removieran los obstáculos legales que impedían el ejercicio de ese derecho a un colectivo de personas.

En tercer lugar, el principio de efectividad impone a los poderes públicos la obligación de interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la realización de los derechos constitucionales (STC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4)<sup>23</sup>, lo que podría haber servido de base en España para que algún órgano jurisdiccional, de manera similar a lo que ocurrió en Italia, planteara una cuestión de inconstitucionalidad sobre la anterior regulación del matrimonio.

Y es que, en cuarto lugar, parece poco compatible esa normativa anterior con el principio de interpretación conforme, que impone la obligación de interpretar todo el ordenamiento jurídico de acuerdo con la Constitución, lo que entraña dar la máxima efectividad a la pretensión de vigencia de la Norma Fundamental. De ello se deriva que, de entre las distintas interpretaciones posibles de las normas cuestionadas, ha de prevalecer la que permita en más alto grado aquella efectividad, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 4)<sup>24</sup>.

Por otra parte, no cabe invocar como argumento contrario a lo que aquí se defiende el principio de interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los Tratados internacionales ratificados por España, pues ya ha dicho el TEDH que el matrimonio entre personas del mismo

<sup>22</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4690> (consultada el 18 de febrero de 2013).

<sup>23</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/397> (consultada el 18 de febrero de 2013).

<sup>24</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/457> (consultada el 18 de febrero de 2013).

sexo no vulnera el CEDH. Además, encaja perfectamente en la configuración que de ese derecho ha realizado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En atención a todo lo expuesto, creemos que la interpretación constitucionalmente adecuada del matrimonio conduce a entenderlo como un derecho cuyo objeto es una esfera vital protegida no como una garantía institucional sino a través de la técnica de los derechos de libertad, que otorga amparo a cualquiera de los posibles comportamientos que en principio se puedan encuadrar en la definición abstracta de la mencionada esfera vital establecida por la norma iusfundamental.

**Resumen:**

*Este trabajo analiza la reciente sentencia del Tribunal Constitucional español STC 198/2012, de 6 de noviembre, que resolvió que el matrimonio entre personas del mismo sexo es compatible con la Constitución española. El autor está de acuerdo con esa conclusión pero sostiene que la forma adecuada de definir el matrimonio es entenderlo como una esfera vital y no como una garantía institucional.*

**Palabras Clave:** *Tribunal Constitucional español, derechos fundamentales, derecho al matrimonio, matrimonio entre personas del mismo sexo, derecho fundamental como esfera vital, garantía institucional.*

**Abstract:**

*This paper analyzes a recent judgment of the Spanish Constitutional Court —STC 198/2012— of 6 November, 2012, which determines that the marriage between same sex people is compatible with the Spanish Constitution. The author agrees with this conclusion but argues that the appropriate way to define marriage is understood as a vital area and not as an institutional guarantee.*

**Keywords:** *Spanish Constitutional Court, fundamental rights, the right to marriage, marriage between same sex people, fundamental right as vital sphere, institutional guarantee.*