

NO DISCRIMINACIÓN Y NUEVOS DERECHOS

Las relaciones homosexuales ante el Tribunal Constitucional

Andrés OLLERO TASSARA

1. Una antropología no tan novedosa; 2. Debate constituyente: artículo 32; 3. La presión interpretativa del artículo 14 CE; 4. Garantías institucionales y contenido esencial de los derechos; 5. Excursus: un legislador respetado a medias; 6. Entre iusnaturalismo y falacia naturalista; 7. Historicidad del derecho y reforma constitucional; 8. Del sentido propio de las palabras a una presunta *interpretación evolutiva*; 9. Abandono a un sociologismo de escasa consistencia; 10. Un progresista proyecto de ingeniería social; 11. Voluntarioso sucursalismo europeo; 12. Matrimonio y familia; 13. Individualismo más radical que coherente; 14. Un texto para la historia.

No soy sociólogo; no me dedico pues a describir hechos (me temo que, más de una vez, los sociólogos tampoco¹). He de reconocer sin embargo que estas reflexiones filosófico-jurídicas toman ocasión de una circunstancia fáctica: mi participación en la Sentencia que con no poca parsimonia resolvió el Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005, interpuesto por más cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio².

Sentada esta premisa, debo referirme a otro hecho: en julio de 2011, casi un año antes de hacerse pública mi candidatura como Magistrado del Tribunal Constitucional, se me comunicaba –como investigador principal– desde la Dirección General de Investigación y Gestión del Plan Nacional de I+D+i, del entonces Ministerio de Ciencia e Innovación, la aprobación de la

¹ Al respecto *La imposible inocencia de las propuestas metodológicas* en Derechos humanos y metodología jurídica Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 15-25.

² Publicada en el “Boletín Oficial del Estado” núm. 286, del miércoles 28 de noviembre de 2012, Sec. TC. págs. 168 y ss.

propuesta de financiación de la ayuda solicitada para la realización del proyecto de investigación DER2011-26903, que tenía como título “Principio de no discriminación y nuevos derechos”. Mi interés sobre el particular es pues previo a la asunción de mis actuales responsabilidades, como quedó ya de relieve en mi contribución³ al Congreso Internacional sobre “Las libertades en la nueva Europa”, que había organizado en abril del mismo año en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. De todo ello es fácil derivar que las deliberaciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 198/2012 de 6 de noviembre, que me llevarían a suscribir un Voto Particular, así como las relativas a algunas otras resoluciones posteriores aquí comentadas, no fueron sino la privilegiada oportunidad de analizar un ilustrativo caso práctico respecto a problemas filosófico-jurídicos que venían ya atrayendo muy especialmente mi atención.

Soy consciente de que no es muy frecuente que un Magistrado del Tribunal Constitucional analice desde un punto de vista académico lo que en condición de tal ha debido estudiar durante horas. La doctrina del Tribunal ha establecido que lo que un Magistrado plasma en un Voto Particular no lo *contamina* hasta el punto de inhabilitarlo para pronunciamientos posteriores⁴. Ahora que se habla hasta de leyes de *transparencia*, espero que se otorgue –partiendo del lógico respeto a la

³ Titulada *Los nuevos derechos*, actualmente en prensa en la revista “Persona y Derecho” 2012/1 (66), págs. 45-58.

⁴ “Resulta patente la inconsistencia argumental que supone atribuir a un Magistrado ‘interés director o indirecto’ en este pleito” por tal motivo, afirma el epígrafe 5 del Auto del Tribunal Constitucional (en adelante ATC) 394/2006, de 7 de noviembre, ante las propuestas de recusación del Magistrado García Calvo formulada por la Generalitat y el Parlamento de Cataluña. Lo mismo se afirma, respecto a idénticos protagonistas en el epígrafe 6 del ATC 454/2006, de 12 de diciembre. Similar dictamen en el epígrafe 9 a) del ATC 81/2008, de 12 de marzo, ante propuesta de recusación presentada por el Abogado General del Estado contra ese mismo Magistrado y su colega Rodríguez Zapata.

confidencialidad de las deliberaciones- el mismo tratamiento a esta expresiva exposición del contexto filosófico-jurídico en el que suscribí mi Voto, obligadamente escueto; no estaba ciertamente destinado a hacer filosofía práctica, sino solo a calibrar el respeto a la Constitución detectable en la ley que se sometía a control. Al fin y al cabo, ni siquiera el papa ha renunciado a seguir siendo profesor, sin importarle que sus rigurosos análisis sobre el buey y la mula puedan poner en peligro la fe de algún que otro despistado.

1. UNA ANTROPOLOGÍA NO TAN NOVEDOSA

Toda propuesta, exigencia o ponderación de derechos es inevitablemente deudora, de modo consciente o no, de una determinada teoría de la justicia. Siendo esta a su vez fruto del ajustamiento del despliegue de la propia libertad y el respeto a otro, al que se reconoce como un igual⁵, resulta obvia su conexión con una determinada concepción antropológica -filosófica y no meramente empíricopositiva- capaz de dar cuenta del sentido de la propia existencia individual y de la proyección sobre ella de un marco social, que a la vez la condiciona y potencia.

Es bien conocido el discurso sobre la existencia de sucesivas *generaciones* de derechos, particularmente claro en lo que a las dos iniciales se refiere y menos consolidado en lo relativo a la propuesta de una tercera o sucesivas. A mi modo de ver, buena parte de los *nuevos derechos* que pugnan ahora por verse reconocidos son deudores de dos de los tres momentos definidores de la segunda mitad del pasado siglo. La posguerra,

⁵ Planteamiento que, heredado de Sergio Cotta expuse ya en “Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía” y “Para una teoría *jurídica* de los derechos humanos”; trabajos publicados en la “Revista de Estudios Políticos” e incluidos luego en el libro *Derechos humanos y metodología jurídica* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 127-168.

5 Cfr. Sobre el particular *El derecho en teoría* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 256 y ss.

marcada en los cuarenta por la resaca del nazismo, había alumbrado un renacer del iusnaturalismo vinculado al protagonismo de los derechos, efímero doctrinalmente pero indeleble en sus consecuencias prácticas. El mayo francés del 68, al hilo de la revuelta juvenil, y el septiembre del 89, con la caída del muro berlinés, simbolizan dos impactos adicionales de particular interés a la hora de apreciar el trasfondo antropológico que gravita sobre la sentencia; no en vano toda actividad jurídica no es sino filosofía práctica⁶.

El panorama del 68⁷ hace confluír una presencia hegemónica de los planteamientos marxistas en el ámbito académico; aunque sometidos sin duda a matices revisionistas ocasionalmente favorables a un indulto del derecho y los derechos, tan poco apreciados por Marx. La *teoría crítica* de la Escuela de Frankfurt marca dicha inflexión en el ámbito alemán⁸. Marcuse la hará presente en Norteamérica, con una particular incidencia en la relevancia social de las relaciones sexuales⁹. Italia da carta de naturaleza a un *uso alternativo del derecho*, que impregnará a buena parte de su magistratura, encontrará sintonía francesa –en plena hegemonía althusseriana- en las propuestas de Nicos Poulantzas¹⁰ y sobrevivirá –de la mano de la *teología de la liberación*- en Brasil y otros países

⁶ Cfr. Sobre el particular *El derecho en teoría* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 256 y ss.

⁷ Una revisión crítica FJJ.CONTRERAS *Europa: agonía del sesentayochismo, ¿retorno del cristianismo?* “Persona y Derecho” 2008 (58), págs. 300-36).

⁸ De ella me ocupé en *Derecho y sociedad. Dos reflexiones sobre la filosofía jurídica alemana actual* Madrid, Editora Nacional, 1973, traducido luego al alemán: *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlagendiskussion in Deutschland* Ebelsbach, Rolf Gremer Verlag, 1978.

⁹ Clásico al respecto H.MARCUSE *Eros y civilización* Barcelona, Ariel, 2010.

¹⁰ Valga por todos su libro *Para un análisis marxista del Estado* Valencia, Pre-Textos, 1978.

iberoamericanos. No cabe excluir, desde estos, un cierto diálogo con los *Critical Legal Studies*¹¹ norteamericanos.

Este componente marxista concedió una gran fuerza en el ámbito de influencia de lo europeo a una querencia colectivista, que concibe los derechos como instrumentos de emancipación de la clase explotada; más por la vía de la interpretación judicial que por el reconocimiento de reivindicaciones individuales, de sospechoso origen burgués y previsible endeblez formalista.

El 68 norteamericano aparece más vinculado a un *radicalismo individualista*, que cuestiona las bases de las exigencias éticas objetivas históricamente arraigadas en la sociedad. Tras la caída del muro, será este influjo el que –más ‘por defecto’ que reflexivamente- se irá adueñando de la mentalidad occidental. Este movimiento radical, que no pasaba de representar una anécdota en el variopinto mosaico político italiano¹², se acaba convirtiendo en la ideología tácita de una izquierda que, diluida la clase obrera, se ha quedado sin religión. La llamada *ideología de género* impulsará, desde plataformas internacionales que puentean los cauces constitucionales de la posguerra, una gama de nuevos derechos que pugnan con la ética colectiva en vigor¹³. Las propuestas de *no discriminación* de minorías tradicionalmente oprimidas o marginadas colisionan con la

¹¹ Al respecto R.M. UNGER *The Critical Legal Studies Movement* Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1986.

¹² F.D’AGOSTINO recuerda cómo Augusto Del Noce lo calificaba como “libertinismo”, incluyendo una “exhaltación de la vitalidad como valor, más allá de todo sentido del límite (considerado intolerablemente burgués)” –*Linee di una filosofia della famiglia. Nella prospettiva della filosofia del diritto* Milano, Giuffrè, 1991, pág.117.

¹³ M.GARCÍA PECHUÁN alude a cómo en la doctrina norteamericana los ‘basic rights’ dan sucesivamente paso a unos ‘sex rights’ y más tarde a unos ‘love rights’ - *Última evolución jurisprudencial en Estados Unidos y Alemania sobre la noción constitucional de matrimonio: puntos de convergencia en perspectiva de la pendiente decisión de la justicia constitucional española sobre el matrimonio homosexual*, en AA.VV. “Constitución y democracia: Ayer y Hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral” Madrid, Editorial Universitas, 2012, vol. II, pág. 2299, nota 46.

dimensión social que venía animando a instituciones sociales -como la familia- consideradas como decisivas, antes para bien y ahora para mal. La consecuencia puede ser el predominio de un radicalismo individualista que dificulta la adecuada articulación entre instituciones jurídicas -rebosantes de exigencias sociales- y derechos individuales, haciendo que los segundos conviertan en irrelevantes a las primeras.

Desde el punto de vista antropológico la tensión se mantendrá entre un modelo individualista de los derechos, planteado en su día por Thomas Hobbes, y el fundado en el reconocimiento de la sociabilidad natural del ser humano, que se desarrolla de modo tardío por el iusnaturalismo, más vinculado tradicionalmente a leyes que a derechos. Nada tiene de extraño que ello acabe ahora repercutiendo sobre el “contenido esencial del *ius connubii* su carácter relacional y recíproco entre hombre y mujer”¹⁴.

En el modelo hobbesiano la omnímoda libertad presocial pone en peligro la subsistencia individual; de ahí la necesidad de recortar libertad desde un núcleo monopolizador de la fuerza, capaz de evitar una guerra de lobos, todos contra todos. Los derechos consisten en lo que nos queda de libertad, una vez que nos hemos visto expropiados de buena parte de ella como precio de nuestra seguridad. La presión de lo colectivo no es pues fruto de sociabilidad alguna sino de la imposición voluntarista de un leviatán nada inclinado al diálogo. Este individualismo residual llevará a concebir los derechos como freno a la intervención de los otros, personificados en el Estado. Concebidos los derechos como residuo de los recortes de libertad, nada tiene de extraño que ahora se nos propongan nuevos derechos derivados de la eliminación de esos recortes que, perdido

¹⁴ P.PABLO CONTRERAS *La Constitución y la ley 13/2005 de 1 de julio, de reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, en “Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo” Madrid, Rialp – Instituto Ciencias para la Familia Universidad de Navarra, 2007, pág. 106.

todo fundamento, no serían ya sino instrumentos de represión. Esto explica la paradójica vinculación de la *tolerancia* con esta epifanía de *derechos*, en vez de fundarlos en exigencias de *justicia*.

La posguerra, por el contrario, había llevado –también ‘por defecto’- a una emergencia del iusnaturalismo. Los derechos aparecían como expresión de la sociabilidad natural del ser humano. La libertad pierde todo sentido sin el otro o -no digamos- contra el otro. Los derechos expresan un despliegue de la propia libertad ajustada al reconocimiento del otro como un igual. De ahí que –como nuestro Tribunal Constitucional tantas veces ha puesto de relieve- no tenga en ningún caso sentido reconocer “derechos ilimitados”¹⁵. Los derechos estarían vinculados a la *justicia*, que exige *reconocer* a cada uno lo suyo, mientras que la *tolerancia* exhortará a *conceder* al otro lo que no está en condiciones de exigir. Los derechos, anclados en la naturaleza humana, no se mostrarán por ello privados de *historicidad*¹⁶, pero sí ajenos a la mera *novedad* que pueda derivar de una sustitución o inversión de su fundamento.

Mi impresión personal es que, jubilado el colectivismo marxista, el *individualismo* hobbesiano se ha impuesto sin gran aspaviento, con el eficaz refuerzo de una ética *utilitarista*. En el ámbito español el fenómeno encuentra campo particularmente expedito, porque su único freno deriva de planteamientos aparentemente confesionales. De poco sirve que la ética católica se considere vinculada al reconocimiento de una *ley natural* accesible a las meras luces de la razón, que en buena parte habría heredado de la filosofía griega. A la hora de la verdad, esa ley natural aparecerá en el

¹⁵ Ya en la STC 2/1982 de 29 de enero, FJ 5 (3).

¹⁶ Al respecto *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional* Madrid, Discurso de Recepción Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2008.

ámbito público como sobrenatural¹⁷; incluso para los mismos fieles católicos, que suelen evitar perder el tiempo esforzándose en razonar lo que su fe les brinda gratis¹⁸. Los primeros en considerar confesional a la ley natural serán más de una vez los propios católicos; esto facilitará que acaben capitidismos en la vida pública desde una opción por el *laicismo* amparada en un arraigado anticlericalismo, fruto a su vez de esa misma empachosa confesionalidad. La falta de una adecuada distinción entre *derecho* y *moral*¹⁹, unida a un déficit de *laicidad positiva*²⁰, expulsará de todo ámbito de reflexión el debate sobre el título fundamentador de los derechos, generando una curiosa adhesión fideísta a unos derechos fundamentales de ignoto fundamento.

¹⁷ Desde alguna filosofía de la historia “la exclusión de las parejas del mismo sexo” sería fruto de una marca que en Occidente “las concepciones cristianas acerca del matrimonio había dejado en la institución civil del matrimonio, al que aportaron inicialmente in toto el discurso religioso de la provisión en el Génesis por Dios de la mujer al hombre como compañera”; esto acarrearía la “coherente determinación legal del hombre casado como cabeza de familia y el establecimiento de su mujer como obediente al marido y madre de los hijos habidos en el matrimonio. Volatilizados esos elementos de matriz religiosa”, no parece existir una “justificación racional secular para seguir prolongando la exclusión de las parejas del mismo sexo cuando la fundamentación religiosa se ha evaporado” - M.GARCÍA PECHUÁN *Última evolución jurisprudencial en Estados Unidos y Alemania sobre la noción constitucional de matrimonio* (cit. en nt. 13), págs. 2299-2300)

¹⁸ Esto explicaría el duro dictamen de Benedicto XVI ante el Bundestag: “La idea del derecho natural se considera hoy una doctrina católica más bien singular, sobre la que no vale la pena discutir fuera del ámbito católico”. De ello me he ocupado en *Hacer entrar en razón al Estado de Derecho. Benedicto XVI aborda los fundamentos del Estado “Acta Philosophica”* (Pontificia Università della Santa Croce) 2012 (21-II), págs. 386-390.

¹⁹ Al respecto, junto a JA.GARCÍA AMADO y C.HERMIDA DEL LLANO, *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012.

²⁰ Sobre el particular, aparte de otras publicaciones accesibles en www.andresollero.es, *Un Estado laico. Libertad religiosa en perspectiva constitucional* Cizur Menor, Aranzadi, 2009 y *Religión, Racionalidad, Política* Granada, Comares, en prensa.

2. DEBATE CONSTITUYENTE: EL ARTÍCULO 32.

La tensión entre individualismo y sociabilidad natural no estuvo ausente del debate constituyente. Ciertamente el carácter heterosexual del matrimonio nunca se vio cuestionado; expresaba la complementariedad entre hombre y mujer, destinada a desembocar en hijos que encontrarían en la familia la primera escuela de sociabilidad. La preocupación de los constituyentes se centró en otros dos aspectos de mayor carga individual.

En primer lugar, la viabilidad constitucional del divorcio obligaba a ignorar toda exigencia jurídica de indisolubilidad. Esta opción afectaba obviamente al fundamento antropológico hasta entonces en vigor²¹. No deja de ser curioso que un siglo antes -en debate equivalente- los defensores del matrimonio civil -primer signo secularizador de nuestro ordenamiento jurídico- enfatizaran su carácter indisoluble expresamente derivado del derecho natural²²; mientras, sus clericales oponentes consideraban dicha característica como obligada y exclusiva consecuencia del sacramento²³. En todo caso, la negación de la indisolubilidad del matrimonio -que en los años cuarenta era aún considerada en la doctrina alemana como exigencia

²¹ Para C.MARTÍNEZ DE AGUIRRE el divorcio acarrea “la inestabilidad institucional de una figura caracterizada precisamente por su estabilidad institucional: hay algo – bastante- en ello de negación del sentido del instituto”, lo que le lleva a apoyar, citando a Mazeaud, un matrimonio indisoluble optativo –*Diagnóstico sobre el derecho de familia* Madrid, Rialp – Instituto de Ciencias para la Familia, 1996, págs. 202 y 215.

²² No deja de recordarlo, en su apartado III, el polémico *Informe* de 26 de enero de 2005 no solicitado por el Gobierno al CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, que acabaría obligando a su entonces Presidente y hoy Magistrado del Tribunal a abstenerse en la deliberación y votación de la sentencia que analizamos. También en el Voto Particular discrepante del Informe, que encabeza el Vocal AGUIAR, se considera oportuno “recordar que hasta épocas recientes entre nosotros el matrimonio era indisoluble”, como ejemplo de los “viejos y ancestrales prejuicios” que nuestro ordenamiento jurídico se ha visto obligado a superar.

²³ De ello me ocupé en *Christianisme, sécularisation et droit moderne: le débat de la loi espagnole de mariage civil de 1870*, en “Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno” (ed, por L. Lombardi-Vallauri y G. Dilcher) Milano, Giuffrè, 1981, t. II, págs. 1099-1140; incluido en versión abreviada en el ya citado *Derechos humanos y metodología jurídica* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 243-270.

de la *Natur der Sache*²⁴, versión fenomenológica del derecho natural²⁵- implicaba el cuestionamiento de la existencia de un fundamento natural de dicha institución. Se podrá sin duda admitir o no que exista una naturaleza del hombre de la que deriven exigencias jurídicas objetivas y racionalmente captables; lo que no me parece tan fácil, si se me permite el casticismo, es negociar cuarto y mitad de naturaleza humana. Para más de uno, la actual negación de la heterosexualidad del matrimonio, como una futura de su carácter monogámico, no habría de ser motivo de sorpresa.

En segundo lugar, en clara conexión con el principio de *no discriminación* del artículo 14 de la Constitución española (en adelante CE), se mostró preocupación por acentuar la absoluta igualdad de hombre y mujer en el ámbito matrimonial. Es obvio que esa expresa alusión al “hombre y la mujer” dificultaría especialmente tres decenios después argumentar que dicha mención, inexistente en cualquier otro pasaje del texto constitucional, no excluía un posible matrimonio homosexual²⁶. Hasta el protagonismo del mandato de igualdad habría perdido todo sentido. Los

²⁴ El Informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL recordará que “el legislador debe respetar, en palabras de Karl Larenz, la naturaleza de la cosa” -apartado V, 2.1.

²⁵ Muy crítico ante “el afán jurídico de manipular los elementos naturales de la conducta humana” M.DURAN RIVACOBÁ *Filiación y matrimonio homosexual*, en “La reforma del modelo de familia en el Código Civil español” Granada, Comares, 2005, pág. 117. Suscribe también un enfoque iusnaturalista J.L.DE LOS MOZOS, que fue Magistrado del Tribunal Constitucional: *Principios jurídico-naturales del matrimonio: contrato, unidad e indisolubilidad*, en “Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola” Madrid, Centro Estudios Colegio General Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2006, págs. 1713 y ss.

²⁶ El Magistrado Manuel ARAGÓN REYES es expresivo en el epígrafe 1 de su Voto Particular, al aludir a “la sorprendente afirmación de que el matrimonio entre personas del mismo sexo ‘es una opción no excluida por el constituyente’. Creo que la Constitución hay que tomársela en serio y por ello no olvidar algo que es elemental: que cuando se está en presencia de un precepto constitucional que no contiene una cláusula facultativa, sino que enuncia una garantía, como sucede con el art. 32.1 CE, y, como tal garantía, de obligatorio acatamiento, está imponiendo un deber ser y prohibiendo, obviamente, su contrario”.

Magistrados mayoritarios²⁷ sin embargo no se arredrarán; consideran que no se ha vulnerado el artículo 32 CE, ya que a su juicio “manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones”²⁸. Para tomar en serio tal afirmación, si a la Constitución no le preocupara lo que sea el matrimonio sino sólo la igualdad de trato a la mujer, habría que preguntarse por qué alude al hombre; si no es porque las mujeres solo se casan con hombres, podría ser porque -con no poco optimismo- se da por hecho que las mujeres nunca se tratan desigualmente entre sí²⁹.

Una vía argumentativa complementaria sugerirá, ya en clara deriva relativista, el voluntarioso Abogado del Estado. A su juicio, aunque el precepto no dice “todos tienen derecho a contraer matrimonio” sino, precisamente, que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio” eso no expresa un determinado *concepto* de dicha institución. “La Constitución Española no contiene un concepto de matrimonio, sino que se limita a reconocer el derecho del hombre y la mujer a contraer

²⁷ Reitero obviamente, para esta y sucesivas alusiones, “el máximo respeto a la opinión de la mayoría” con que encabezo mi Voto Particular a la Sentencia.

²⁸ STC 198/2012, de 6 de noviembre (prescindiremos de la fecha en citas posteriores), Fundamento (en adelante FJ) 8 (para facilitar la localización de las citas añadiremos, aun no siendo usual, entre paréntesis el párrafo del Fundamento o Antecedente; en este caso, 3). Discrepa de lo apuntado el CONSEJO DE ESTADO, para el que “la referencia expresa al ‘hombre y la mujer’ tiene, al menos, un doble alcance”, introduciendo junto a la igualdad “una mención expresa de la diversidad sexual” - *Dictamen* 2628/2004 de 16 de diciembre (se prescinde de la fecha en citas posteriores), III A 1 (2).

²⁹ No menos acrobática resulta la afirmación del Abogado del Estado –STC 198/2012, Antecedente (en adelante A.) 5 A) (4)- de 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”; podría llevar a admitir que la Constitución no prohíbe el matrimonio entre hombre y mujer, siempre que se realice en condiciones de igualdad, mientras sí permitiría el matrimonio homosexual incluso sin igualdad de trato entre los contrayentes. Para J.V.GAVIDIA SÁNCHEZ, que argumentará en favor de un matrimonio homosexual, “está claro que la referencia al hombre y la mujer no era imprescindible para aclarar que la plena igualdad jurídica se refería a la prohibición de distinciones por razón de sexo entre los cónyuges” -*Uniones de hecho y concepto constitucional de matrimonio* “Revista Española de Derecho Constitucional” 2001 (21/61), pág. 17.

matrimonio en plena igualdad jurídica, rompiendo con ello con la tradicional discriminación de la mujer”³⁰. La no discriminación del artículo 14 CE engulle pues a la sociabilidad natural del 32.1.

Todo parece indicar que el intento de avalar un proyecto de ingeniería social suscitado por vía legislativa parece exigir que su texto, para salvar el control de constitucionalidad, haya de buscar amparo en una teoría del derecho de diseño no poco contradictorio. Es bien conocida la distinción que un recién fallecido estudioso de la jurisprudencia constitucional norteamericana plantea entre conceptos y concepciones. Las constituciones establecen *conceptos* susceptibles de verse luego interpretados desde plurales *concepciones*; lo ejemplificaré analizando la posible interpretación de conceptos de aquella Constitución, como los de “equidad” o “crueldad”.

“Quienes ignoran la distinción entre conceptos y concepciones, pero creen que la Corte debe volver a determinar si la pena de muerte es cruel, se ven obligados a presentar un argumento vulnerable. Dicen que las ideas de crueldad cambian con el tiempo, y que la Corte debe ser libre de rechazar las concepciones anticuadas; esto sugiere que la Corte debe cambiar lo que la Constitución promulgó”. Para Dworkin no hay demasiada duda de que cuando “quienes promulgaron las cláusulas amplias hubieran tenido la intención de formular concepciones particulares, habrían encontrado el tipo de lenguaje que convencionalmente se usa para hacerlo; es decir, habrían presentado teorías particulares de los conceptos en cuestión”³¹.

³⁰ STC 198/2012, A. 5. F) (1).

³¹ R.DWORKIN *Los derechos en serio* Barcelona, Ariel, 1984, págs. 215-216. Sin ser ‘originalista’, deja claro que “debemos encontrar las palabras que mejor expresan, en términos que nos resulten claros, el contenido de lo que los ‘artífices’ intentaron decir. (Los constitucionalistas utilizan la expresión ‘artífices’ para describir, de forma algo ambigua, las diferentes personas que redactaron y sancionaron una disposición

Personalmente no tengo demasiadas dudas de que la opción por “el hombre y la mujer” es un meridiano ejemplo de esto último. Por supuesto es legítimo que haya quien considere que tal referencia puede resultar ya arcaica o estaría hoy superada, pero ello no haría sino obligarle a dar paso por la vía del art. 167 CE a una reforma del texto constitucional, en vez de relativizar tal artículo hasta convertirlo en inocuo y vacío. Esto es lo que ocurriría si fuera cierto que nuestra Constitución no contiene un concepto determinado de matrimonio; solo así cabría sostener que la referencia al hombre y la mujer no impide que el matrimonio homosexual sea “una opción no excluida por el constituyente”³².

No lo entendieron así los primeros comentaristas del texto que elaboraron. Uno de ellos, entonces estrechamente vinculado a uno de los considerados *padres* de la Constitución, no dudó en afirmar que “la referencia al ‘hombre y la mujer’ no supone un reconocimiento de la universalidad del derecho, sino una alusión a la heterosexualidad del matrimonio, cerrando así el paso a la institucionalización de relaciones estables homosexuales”³³. Del propio Gregorio Peces Barba se ha escrito

constitucional). La historia es crucial para ese proyecto, porque debemos saber algo sobre las circunstancias en las cuales la gente habló para tener alguna buena idea de lo que quiso decir al hablar como lo hizo. (...) Dijeron lo que las palabras que utilizaron normalmente quieren decir” -*La lectura moral y la premisa mayoritarista*, en “Democracia deliberativa y derechos humanos” (Harold Hongju Koh y Ronald C. Slye comp.), Barcelona, Gedisa, 2004, pág. 108.

³² STC 198/2012, FJ 9 (15).

³³ Previamente había traslucido su buen conocimiento del proceso, al afirmar que un anteproyecto de Constitución elaborado por el “PSOE reconocía implícitamente el derecho a la homosexualidad (‘toda persona tiene derecho al desarrollo y a la libre disponibilidad de su afectividad y su sexualidad’), institucionalizaba las relaciones estables de familia que no tuviesen su origen en el matrimonio, legalizaba los medios anticonceptivos, autorizaba la investigación de la paternidad y, por último daba entrada a la institución del divorcio, tanto por mutuo disenso como por justa causa, a petición de uno de los cónyuges” -L.PRIETO SANCHÍS *Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales* en Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría “La Constitución española de 1978” Madrid. Civitas, 1981 (2ª), págs. 350 y 348-349. En efecto, la frase citada y alguno de los contenidos aludidos aparecen en el

que “reconoció pasados los años que la intención no era abrir las puertas al matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque se alegraba de que la imprecisión pudiera posibilitarlo”³⁴.

Se ha señalado cómo la capacidad de control del Tribunal Constitucional sobre el Poder Legislativo reposa sobre “la sujeción al *texto* de las disposiciones iusfundamentales y a la *voluntad* del legislador constitucional”. La obvia consecuencia es que “con el texto de las disposiciones iusfundamentales es conciliable mucho, pero no todo”³⁵. La idea de una Constitución sin *conceptos* me parece tan contradictoria como la de un texto legal sin letra. Ni siquiera la propia Sentencia es capaz de mantenerla, ya que, aunque dé por ausente los conceptos de matrimonio o familia, considera que “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”³⁶. Cómo cabría identificar los perfiles delimitadores de algo inconceptuable me parece un profundo misterio. No habría manera de adivinar cuál puede ser para el legislador ese límite que, según se afirma, se le impone como “reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza”³⁷. Asunto bien distinto es que la Constitución sea “un texto cuyos grandes principios son de

Voto Particular presentado por el Grupo Socialista del Congreso al Anteproyecto, que comentamos más abajo (cfr. nt. 46).

³⁴ I.LAFUENTE *Del Tribunal Constitucional a la Constitución* “Lanza” 9.11.2012.

³⁵ R.ALEXY *Teoría de los derechos fundamentales* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 533 y 534.

³⁶ STC 128/2012, FJ 5 (2).

³⁷ STC 128/2012, FJ 7 (1). Se aprecia similar contradicción entre estas dos afirmaciones: “La concepción ‘abierta’ de la familia parte necesariamente de una falta de definición” y “No debemos confundir una norma de contornos imprecisos, pero con un núcleo absolutamente fijado, con la arbitrariedad del operador jurídico. No estoy propugnando la imprecisión, sino la flexibilidad” -E.ROCA TRÍAS *Libertad y familia* Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el Acto de Recepción Pública como Académica de Número. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2012, págs. 43 y 211.

aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron”³⁸; pero habría que molestarse al menos en definir tales principios, tarea imposible sin suscribir algún concepto de matrimonio.

Los Magistrados mayoritarios, sin embargo, no dudan en abundar en dicha argumentación. Al parecer, tan extraño fenómeno no sería nuevo en nuestra jurisprudencia constitucional sino que vedría de lejos; recuerdan³⁹ que “hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este Tribunal a definir un concepto constitucional de familia”. Queda de nuevo en el aire cómo es posible que, aun no existiendo un concepto, se nos pueda indicar que se sabe perfectamente lo que cabría o no incluir en él...

No resulta menos sorprendente alguna otra de sus alusiones al papel de la familia en la Constitución. Cuando afirman, por ejemplo, que “en el año 1978, en que se delibera y aprueba el texto constitucional, los problemas que ocuparon al constituyente a la hora de regular la institución matrimonial fueron básicamente, tal y como se deduce de los trabajos parlamentarios, el problema del divorcio, la diferenciación conceptual entre matrimonio y familia, y la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio”⁴⁰; con ello vuelve a resucitar la problemática diferenciación entre conceptos presuntamente inexistentes.

Basta repasar los debates sobre el artículo 32 CE para comprobar que se centraron en efecto en la conveniencia o no de dejar abierta una vía constitucional al divorcio⁴¹. Es lógico que la reclamación de un mayor

³⁸ STC 128/2012, F.9 (1).

³⁹ Citando en el FJ 5 (2) la STC 45/1989 de 20 de febrero, FJ 4.

⁴⁰ En el FJ 8 (3).

⁴¹ Así lo resalta, por ejemplo P.TALAVERA FERNÁNDEZ tras un riguroso análisis del debate. Sus claves serían: “deseo de los constituyentes de establecer el divorcio, necesidad de una forma civil alternativa a la religiosa y la exigencia de otorgar los mismos derechos a la mujer en la relación conyugal”; mientras que “la razón de proteger un derecho al matrimonio radicaba sobre todo en que se presuponía la directa y exclusiva conexión entre el matrimonio y la familia”, sin perjuicio de que luego la

protagonismo de la familia en este artículo fuera minoritaria, dada su presencia en el 39, al que no hay en este debate particular alusión. Sobre la familia se argumentaría luego también muy poco. Aun así, el peculiar Xirinacs, en el debate en Comisión en el Senado sobre el que acabaría siendo artículo 39 CE, abunda en referencias al padre y la madre; cuando sustituye tales términos es para referirse al “hombre y la mujer”, por si se trata de tutores⁴². También Villar Arregui defenderá, hablando en nombre del Grupo de Progresistas y Socialistas, que la patria potestad sea compartida “por el padre y la madre” aludiendo a la discriminación por razón de sexo, sin duda por no imaginar ninguna otra relacionada con el asunto⁴³.

Todo esto acabará llevando a insistir en una peculiar versión del debate constituyente poco respetuosa con el Diario de Sesiones de las Cortes. Tras admitir que “lo que el constituyente se planteaba en el año 1978 respecto del matrimonio no tenía nada que ver con la orientación sexual de los contrayentes”, se insistirá sin mayor fundamento en que lo que le preocupaba, aparte de “proclamar la igualdad de los cónyuges en el seno de la institución, y de constitucionalizar la separación y la disolución”, era “desligar el matrimonio y la familia” [sic]⁴⁴. Desligar conceptos inexistentes debe resultar ardua tarea. Obviamente no se trata de la doctrina dominante al respecto: “La familia se agrupa necesariamente en torno a la filiación. Lo pone decisivamente en claro el artículo 39 de la Constitución, con el que el artículo 32 se conecta, y se puede decir que el

jurisprudencia constitucional se apartara de este punto de partida –*La unión de hecho y el derecho a no casarse* Granada, Comares, 2001, págs. 152.

⁴² *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* Madrid, Cortes Generales, 1980, t. III, pág. [3462].

⁴³ *Ibidem*, pág. [3465].

⁴⁴ STC 198/2012, FJ 8 (3).

matrimonio es una institución del Derecho de familia en la medida en que como institución busca tendencialmente la procreación”⁴⁵.

En realidad, los no muy intensos debates giraron de modo prioritario, como hemos señalado, en torno a la conveniencia de dar paso a la constitucionalidad del divorcio. Si la Constitución no excluye el matrimonio homosexual de modo expreso y consciente es porque resultaba inconcebible; basta repasar sus debates para descartar toda inconsciencia.

En las enmiendas planteadas al Anteproyecto es casi continua la referencia al hombre y la mujer, centrándose la mayor parte de las discrepancias en alusiones al divorcio o la planificación familiar. Solo no se alude al “hombre y la mujer” en los votos particulares del PC (que habla de “cónyuges”) y del PSOE (que propone “Toda persona”, pero alude en epígrafe posterior a “los padres”)⁴⁶; la no aprobación de tales enmiendas fue obviamente consciente. Lo mismo ocurre en el debate en Comisión en el Congreso el 23 de mayo de 1978⁴⁷ y en el del Pleno del 11 de julio, con muy breve intervención socialista y nula comunista, girando sobre todo en torno al divorcio⁴⁸.

En las enmiendas planteadas en el Senado, el Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes habla ahora de “cónyuges” y no hace suyo el epígrafe en que el PSOE aludía a “los padres”⁴⁹; mientras que en el debate en Comisión⁵⁰ Villar Arregui habla del matrimonio como “unión entre hombre y mujer”⁵¹ y Xirinacs, desde el Grupo Mixto, será el que opte

⁴⁵ Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN *Contestación* al Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el Acto de Recepción Pública como Académica de Número de la Excmá, Sra. D^a Encarnación ROCA TRÍAS sobre *Libertad y familia* Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2012, pág. 233.

⁴⁶ *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* t. I, págs. [42] y [52].

⁴⁷ *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* t. I, págs. [1152] a [1164].

⁴⁸ *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* t. I, págs. [2144] a [2158].

⁴⁹ *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* t. III, pág. [2680].

⁵⁰ *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* t. III, págs. [3406] a [3421].

⁵¹ *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* t. III, pág. [3409].

entonces por “Toda persona” y lo mantenga en su voto particular, tras el debate en Comisión en el que había aludido a “la actual desigualdad de derechos del padre y de la madre”⁵². Cobra en ese debate protagonismo, con el divorcio, la edad para contraer matrimonio y se prescinde de aludir a la “núbil”.

En el debate en el Pleno del Senado⁵³ solo Xirinacs aludirá a que los autores de los textos debatidos “no entienden las reivindicaciones feministas, las del inmenso mundo de los homosexuales, no saben que en todo el mundo se están haciendo experimentos de comunas de convivencia o familia ancha”⁵⁴; pero sin insinuar en ningún caso una modificación del matrimonio sino para resaltar la de la familia, que ahora sí cobra protagonismo, aunque siempre menos que el divorcio.

No hay referencias al asunto al debatirse en el Pleno del Congreso el 31 de octubre de 1978 el dictamen de la Comisión Mixta⁵⁵, pese a que ésta había modificado el texto del artículo 32 salido del Senado. Tampoco las habrá en el debate similar celebrado ese mismo día en el Senado⁵⁶ con claro protagonismo, como en el anterior, de lo concerniente al Estado de las Autonomías. Xirinacs se quejará de que “no se reconoce el derecho a la planificación familiar, ni la igualdad de la madre y el padre en lo referente al tema de la patria potestad”⁵⁷. La continua referencia de unos y otros a la heterosexualidad descarta pues toda inconsciencia.

En cualquier caso, la querencia individualista no deja de hacerse sentir en el propio artículo 32 CE; no solo al quedar convertido prácticamente en reflejo de la no discriminación del artículo 14, sino

⁵² *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* t. III, págs. [2860], [4250] y [3407].

⁵³ *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* t. IV, págs. [4497] a [4504].

⁵⁴ *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* t. IV, págs. [4499-4500].

⁵⁵ *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* t. IV, págs. [4911] a [4938].

⁵⁶ *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* t. IV, págs. [4941] a [4978].

⁵⁷ *La Constitución española. Trabajos parlamentarios* t. IV, pág. [4948].

porque no se refiere tanto a la institución matrimonial, con su dimensión social merecedora de una específica garantía constitucional, como al derecho de los individuos a insertarse en ella en condiciones de igualdad.

3. LA PRESIÓN INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 14

La primera incidencia de la no discriminación individual sobre la dimensión social de la familia surge, con obvio fundamento, del rechazo en el artículo 14 CE de toda diferencia de trato por razón de nacimiento; primero de los criterios expresamente contemplados en su texto. Toda persona es legítima por sí misma y no será pues compatible con la Constitución distinguir entre hijos legítimos e ilegítimos. La tensión entre el respeto al individuo y el condicionamiento social se hace inevitable, por lo que la familia no podrá -sin replantearse- salir incólume del envite⁵⁸. No cabe incluso descartar que sean los propios hijos los primeros afectados: “El principio de igualdad de filiación, tan trabajosamente conquistado en Europa entre las décadas de 1950 y 1970, puede quebrarse en aras de la diversidad de uniones que mantienen entre sí los aparentes o posibles padres”⁵⁹.

No es de extrañar que la aceptación de esta circunstancia generara resistencia en mentes conservadoras, llegando a provocar tempranamente una de las Sentencias más duras dentro de la problemática relación entre nuestro Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria. Se consideró en esta que el artículo 14 tenía solo el alcance de una declaración de principios, incapaz en consecuencia de derogar el artículo 137 del Código

⁵⁸ “En el contexto de un principio de igualdad que no permite discriminar por razón del nacimiento, el matrimonio no puede constituir la única puerta de acceso a la plenitud familiar, ya que ello se opondría a las claves constitucionales vigentes” –J.M.ESPINAR VICENTE *Sobre la urgente necesidad de reformas la regulación jurídica del matrimonio* “Actualidad Civil” 2003 (19), págs. 479-480.

⁵⁹ D.TIRAPU *La cuestión no cerrada del llamado matrimonio homosexual* “Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado 2011 (26), pág. 4.

Civil, llegando a comparar su eficacia vinculante a la de las Leyes Fundamentales del franquismo. La respuesta del Tribunal fue contundente⁶⁰.

La inclusión en el ámbito familiar de los hijos concebidos fuera del matrimonio abre un novedoso panorama, dejando al margen que no llegara a contemplarse en el debate constituyente. Se ha llegado a afirmar en sede académica por un miembro del Tribunal que, “si bien el matrimonio es disoluble, la familia no lo es”⁶¹; el divorcio no pondría en realidad fin a la relación familiar sino que se limitaría a modificarla. Me surge sin embargo la duda de -no pudiendo remitirnos a exigencias de la naturaleza humana para fundamentar la del matrimonio- en qué podríamos apoyarnos para fundamentar la indisolubilidad de la familia.

Al plantearse la posible constitucionalidad de un matrimonio homosexual, tanto los obstáculos interpretativos planteados por el expresivo texto del artículo 23 CE como la opción directa por un radicalismo individualista, invitaban a plantear un novedoso dualismo: admitir que el matrimonio contemplado en dicho artículo era obviamente heterosexual, pero sugerir a la vez que el imperativo de no discriminación del artículo 14 CE podría servir de fundamento a un derecho –con exigencia no menos constitucional- a contraer matrimonio homosexual⁶². De haberse aceptado, sería obligado estimar que la negativa a dicha

⁶⁰ STC 80/1982 de 20 de diciembre, FJ 1 y 2, con ponencia de Francisco TOMÁS Y VALIENTE.

⁶¹ E.ROCA TRÍAS *Libertad y familia* (cit. en nt. 37), pág. 15. J.M.ESPINAR VICENTE precisa que “una cosa es que la familia exista al margen del matrimonio y otra muy distinta es que el matrimonio se conciba al margen de la familia”; para él, “ha quedado claro que un sujeto puede tener tantas familias como hijos habidos de distintas madres o de diferentes padres” –*Sobre la urgente necesidad de reformas la regulación jurídica del matrimonio* (cit. en nt. 58) págs. 483 y 484.

⁶² El CONSEJO DE ESTADO se muestra drástico al respecto: “el artículo 32 reconoce un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer y no lo reconoce, en cambio, a las parejas del mismo sexo” –*Dictamen 2628/2004, III A 4 (1)*.

posibilidad había constituido una prolongada y arraigada discriminación a la que era constitucionalmente ineludible poner fin⁶³. No faltó quien lo defendiera, pero bien pronto quedó claro que la postura mayoritaria se inclinaba a limitarse a considerar posible tal tipo de matrimonio solo cuando el legislador lo considerara deseable, con carácter también legalmente reversible. Si, para que pueda apreciarse discriminación, debe entrar en juego un trato desigual falto de fundamento objetivo y razonable, poco fundamento reunirá más claramente tal característica que el mismo texto del artículo 32 CE.

Nos encontramos, en consecuencia, ante un derecho “reconocido por el legislador, pero que seguiría siendo disponible por el legislador, y que no estaría dotado de la protección que el artículo 32 reconoce al derecho a contraer matrimonio por el hombre y la mujer”⁶⁴. Asunto distinto – permítaseme el inciso- es que el nulo entusiasmo político que tal reversibilidad pueda llegar a suscitar se disfrace de acatamiento a la Sentencia⁶⁵. La situación no es por lo demás muy diversa de la que por inadvertencia genera en el ciudadano la dinámica del propio Tribunal; cuando Magistrados que votaron en contra del texto de una Sentencia

⁶³ El Magistrado Manuel ARAGÓN REYES se muestra drástico al negarlo, en el epígrafe 1 de su Voto Particular: “la regulación legal del matrimonio anterior a la reforma recurrida no había vivido en la inconstitucionalidad”.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO *Dictamen* 2628/2004, IV C d) (2), después de recordar que “como ha afirmado el Tribunal Constitucional, no existe un derecho constitucional a contraer matrimonio (o unión civil de análoga significación) para las personas del mismo sexo”.

⁶⁵ “Estaremos ante un doble régimen del matrimonio, puesto que mientras que tendrá realce constitucional el heterosexual, el homosexual dependerá de la libre voluntad del legislador democrático. Es, pues, disponible para el legislador su pervivencia, o la creación de un régimen jurídico diferenciado de alguno de sus presupuestos, contenido o efectos, si lo estima oportuno. Aunque estamos persuadidos de que es muy difícil retroceder en materia de libertades” -F.J.MATÍA PORTILLA *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo*, en AA.VV. “Constitución y democracia: Ayer y Hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral” Madrid, Editorial Universitas, 2012, vol. II, pág. 2275.

renuncian a suscribir un Voto Particular se les tiene por votantes afirmativos. Para ser más claro: una Sentencia votada por siete Magistrados contra cinco aparece ante el ciudadano como unánime si ninguno de los últimos emite un voto resaltando su discrepancia. Asunto distinto es el del Voto Particular concurrente, como el que se emitió en este caso, que equivale a manifestar que se está de acuerdo con el fallo aunque la fundamentación se considere manifiestamente mejorable.

Volviendo a nuestro tema, la posible existencia de un derecho constitucional al matrimonio homosexual, condición para considerar discriminatorio el veto a su celebración, volverá a plantearse no mucho después. Lo provocará la laboriosa deliberación del recurso de amparo 6704-2004, anterior pues a la reforma legal de 2005; avocado al Pleno, vio ocho años aplazada su deliberación para que fuera posterior a la del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la reforma. El fallecimiento de uno de los dos homosexuales que durante cuarenta años habían convivido como pareja de hecho llevó al supérstite a reclamar pensión de viudedad, solicitando (sin específico fundamento legal) el mismo trato que en su día el legislador había reconocido a los convivientes de hecho que por impedimento legal no habían podido divorciarse y regularizar matrimonialmente su relación. Dividido el Tribunal, acaba prosperando *in extremis* el planteamiento de una *autocuestión* de constitucionalidad destinada al parecer a replantearse la diferencia de trato entre parejas matrimoniales y de hecho como posibles receptores de este tipo de pensión⁶⁶. Esto podría acabar dando paso a otra novedosa figura: los *viudos de hecho*, tanto homosexuales como heterosexuales. La verdad es que “la diferencia entre el matrimonio y las uniones se ha ido difuminando

⁶⁶ Según hice notar en el Voto Particular que respecto al ATC 8/2013 suscribí en solitario, aunque los discrepantes de la mayoría fueron en esta ocasión más numerosos que en la sentencia anterior.

progresivamente, hasta el punto de suscitar dudas sobre la necesidad o conveniencia de establecer un régimen jurídico especial para quienes conviven sin estar casados”; heterosexualidad aparte, “el rasgo jurídicamente más característico de las uniones de hecho es la libre disolubilidad. Ambas diferencias han desaparecido tras las reformas de 2005”⁶⁷.

Resucitaba en este caso el debate sobre si cabía considerar como discriminación -directa o indirecta, para complicar aún más el problema- un trato con consecuencias desfavorables para los homosexuales. Es difícil imaginar la existencia de una discriminación cuando no se niega un derecho y, como queda señalado, el de contraer matrimonio homosexual solo se reconoce como un eventual derecho legal no exigido por la Constitución; no era pues tampoco exigible a un legislador que no había tenido a bien ofertarlo. A su vez habría sido posible que la reforma legal de 2005 contemplara una excepción en el acceso a la pensión de viudedad para aquellos homosexuales que se habían visto impedidos de contraer matrimonio; pero -aun siendo el caso anterior y bien conocido- el legislador optó por no hacerlo.

De la posibilidad de considerar discriminatoria la exclusión de un matrimonio homosexual se había hablado no poco en la deliberación de la Sentencia que venimos comentando; sin embargo, significativamente, las referencias al asunto acabarían prácticamente desapareciendo de su texto, para centrarse en descartar la alegación de los recurrentes al considerar que el novedoso matrimonio implicaba más bien un trato discriminatorio para

⁶⁷ C.MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ *Perspectivas sobre el “matrimonio” entre personas del mismo sexo*, en “Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo” Madrid, Rialp-Instituto Ciencias para la Familia Universidad de Navarra, 2007, págs. 22 y 23.

los heterosexuales⁶⁸, por no disponer estos ya de una institución adecuada a su condición. En realidad no habían alegado expresamente discriminación alguna sino que la ley: “amplía tales derechos de un modo innecesario y cuando podría hacerse sin desvirtuar una institución tan fácil y universalmente reconocible como el matrimonio, y sin respetar el derecho querido por millones de ciudadanos y protegido por la Constitución a adherirse personalmente a una institución como el matrimonio entre un hombre y una mujer”⁶⁹.

En todo caso, no deja de resultar significativo que también los recurrentes hicieran girar buena parte de su discurso en torno a los derechos. Las instituciones jurídicas no son un mero corolario de los derechos sino más bien, con frecuencia, razón de su fundamento. El respeto a la naturaleza de una institución social exige plantearse esa disyuntiva sin reducir el problema a una contraposición simplista entre limitación o ampliación de derechos individuales⁷⁰. De lo contrario, se da entrada a un radicalismo individualista, que parece reducir el ordenamiento jurídico al blindaje de las más variadas pretensiones, con sensible pérdida de la dimensión social que acompaña a todo lo jurídico⁷¹.

No ha dejado de reflejarse dicha tensión en los debates doctrinales. Se constata, en términos nada peyorativos, que este “nuevo individualismo impide, por una parte, que pueda considerarse la familia como una institución natural”; “decir que la familia matrimonial debe ser protegida

⁶⁸ STC 198/2012, FJ 3 (2) y (3).

⁶⁹ STC 198/2012, A. 1. A) c).

⁷⁰ Para el CONSEJO DE ESTADO la reforma “no supone una simple ampliación de la base subjetiva del matrimonio, reconociendo a las parejas del mismo sexo un derecho que no tienen constitucionalmente garantizado; determina una alteración de la institución matrimonial” -*Dictamen 2628/2004*, III B (3); también IV. A e) (4).

⁷¹ Esto inspiraría a juicio de C.MARTÍNEZ DE AGUIRRE las propuestas de legalización de un matrimonio homosexual, que enmarca en “la concepción individualista y subjetivo-relativista de la sexualidad, el matrimonio y la familia” – *Diagnóstico sobre el derecho de familia* (cit. en nt. 21), pág. 161.

incluso contra los derechos fundamentales de sus miembros es tanto como vulnerar el principio de libre desarrollo de la personalidad”⁷². Se objetará que “cualquier otro tipo de uniones que las personas puedan establecer entre sí tienen un carácter nítidamente asociativo y si se hace abstracción de la procreación no pertenecen en sentido estricto al Derecho de familia”; “si no sigue el camino que hemos esbozado, la alternativa es entender la familia como reducto último de intimidad del ser humano y, por consiguiente, como ámbito reservado de privacidad. Es ésta una idea *prima facie* atractiva, aunque algo nos dice que identificar familia y privacidad es desconocer puntos sustanciales del ordenamiento jurídico”; en consecuencia, si “dado el valor instrumental que asigna a la familia, ésta es una especie protegida debidamente, dentro de la cual pueden ejercitarse los derechos fundamentales de unas y otras personas implicadas”, nos encontramos ante “una idea evanescente con poca utilidad”⁷³.

⁷² E.ROCA TRÍAS *Libertad y familia* (cit. en nt. 37), págs. 47 y 134. L.DÍEZ-PICAZO, con su retranscripción habitual, no deja de señalar esta querencia a confluencia entre individualismo y derechos; a propósito de “la polémica sobre el Derecho de familia como Derecho público o como Derecho privado”, apunta: “habrá que reconocer que el poder de la autonomía de la organización de la familia y de los derechos y deberes de pertenencia a esa organización no es absoluto, y que el Derecho del Estado interviene en esta materia para permitir un espacio aséptico en el que a la profesora Roca le gusta decir que puedan ejercitarse los derechos fundamentales” –*ibidem*, pág. 238. El propio CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL en su *Informe –V, 3.2-* recuerda “algo elemental y es que el Derecho de familia no es una parte de nuestro Derecho Privado que se fundamente en la exclusiva autonomía de la voluntad”; contiene normas civiles reguladoras de aspectos que trascienden al interés particular” afectando a “intereses supraindividuales”, lo que obliga a coherencia la libre determinación del individuo con un orden público jurídico.

⁷³ Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN *Contestación* (cit. en nt. 45), págs. 234 y 236.

4. GARANTÍAS INSTITUCIONALES Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

La tensión entre derechos individuales e instituciones sociales se pondrá particularmente de relieve al entrar en juego el término *garantía institucional*. Su origen en la doctrina alemana deriva precisamente de la necesidad de no circunscribir la reforzada protección constitucional al *contenido esencial* de los derechos fundamentales, extendiéndola también a instituciones en las que no cabría identificar tal contenido, sino más bien una *imagen maestra*. Surge así la necesidad de una específica garantía para realidades tan dispares como la autonomía local o el matrimonio.

Casi veinte años después de la nuestra, se continuará dando por hecho que la ley fundamental alemana impide que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, porque la garantía institucional del matrimonio incluiría la heterosexualidad, aun cuando el artículo 6 de la Ley Fundamental no se refiere expresamente al hombre y la mujer. Se nos dirá que “cuando la Constitución habla de matrimonio” nos “remite a una relación vital que no es por completo creación del Estado y que consiste en la comunidad libremente creada entre el hombre y la mujer, con carácter estable”; en consecuencia, “no es compatible con el art. 6.1 de la Ley Fundamental la propuesta de la Coalición 90/Los Verdes de introducir el derecho a contraer matrimonio por personas del mismo sexo”⁷⁴.

No faltan opiniones similares en nuestra cultura jurídica. Un Magistrado Emérito del Tribunal ha dejado sentado que en “el art. 32 de la Constitución se presta una garantía institucional a una institución muy concreta como es el matrimonio, que es contraído por un hombre y una

⁷⁴ P.BADURA *Staatsrecht* Munich, C.H.Beck, 1996, pág. 134. En el mismo sentido B.PIEROTH/B.SCHLINK, *Grundrechte, Staatsrecht II*, Heidelberg, C.FJMüller, 1999, págs. 155-156; H.D.JARASS/B.PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Munich, C.H.Beck, 1992, págs. 178-179.

mujer y que tiene una función institucional como es la creación o fundación de una familia. Porque carecen de tal perfil institucional, no hay razón alguna para fomentar otro tipo de uniones, sin perjuicio de encontrar para ellas soluciones justas”, ya que “los datos de procreación y matrimonio, nos colocan en el buen camino de encontrar el sustrato último de la idea de familia y por ello es derecho de familia”⁷⁵.

En el marco de esta tensión, la referencia a contenido esencial y garantía será en la Sentencia con frecuencia “confusa y tortuosa (a veces incluso contradictoria)”, a juicio del Magistrado Manuel Aragón en la dura crítica -sobre todo a su fundamento noveno- recogida en Voto Particular, no obstante su carácter *concurrente*.

A propósito de la figura jurídica de la *garantía institucional* los Magistrados mayoritarios citarán repetidamente la temprana STC 32/1981 de 28 de julio, que sin duda vale la pena leer. Se ocupó, como es sabido, de las Diputaciones Provinciales y recordó a la *Generalitat* catalana que acabar con ellas exigiría reformar la Constitución, sin que el Tribunal temiera en aquella ocasión ser tachado de inmovilista. Alude, en su fundamento tercero, a la existencia de unos “procesos de cambio” que “no pueden llevar, sin embargo, a menos que la Constitución sea modificada, a una desaparición de la provincia como entidad local dotada de autonomía para la gestión de sus propios intereses”⁷⁶. No deja de resultar sorprendente

⁷⁵ L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN Prólogo a E.ROCA *Familia y cambio social. (De la “casa” a la persona)* Madrid, Civitas, 1999, págs. 20 y ss.

⁷⁶ La STC 109/1998 de 21 de mayo no permitió tampoco tomarse a beneficio de inventario la autonomía local. J.RODRIGUEZ ZAPATA, Magistrado Emérito del Tribunal critica, en un trabajo con estructura de voto particular, que la Sentencia aunque recoge la distinción de la doctrina alemana entre ‘garantías de las instituciones’ (Institutsgarantien) y ‘garantías institucionales’ (institutionellen Garantien), “en forma sorprendente, no extrae consecuencia alguna de la misma” -*El matrimonio entre parejas del mismo sexo (Comentario a la STC 198/2012, de 6 de noviembre)* en prensa (epígrafe 3 del texto original)

que, como veremos, el mismo Tribunal considere ahora que acabar con la heterosexualidad del matrimonio no exige tal reforma⁷⁷.

Se acabará aceptando que se ha producido una mutación tal como para obligar a plantearse si se han derivado similares consecuencias, llegando a “reconocer que la institución matrimonial, antes de la reforma y después de ella, se ha modificado jurídicamente, debiendo determinar este Tribunal si esa modificación resulta contraria o no a la garantía institucional del matrimonio”⁷⁸. El problema adicional es que quien la habría modificado habría sido un legislador coyuntural, no habilitado en ningún caso por la Constitución para hacerlo⁷⁹. Ya se había señalado a propósito de esto, desde fuente no poco autorizada, que la ley ordinaria no puede cambiar el contenido de los derechos recogidos en la Constitución mediante la alteración radical de los conceptos⁸⁰, ya que habría desaparecido la garantía tanto del contenido esencial del derecho (que el legislador podría alterar libremente a través de este sencillo expediente) como de la institución (que vería cambiar su contenido, manteniendo inalterado únicamente el nombre).

⁷⁷ L.ARECHEDERRA se pregunta si “se puede sostener que un cambio de tanta transcendencia, en una institución tan básica como el matrimonio, requiera una votación menos cualificada que la reforma del régimen de sucesión en la Corona” y se responde: “A todas luces, no” -*El matrimonio es heterosexual* “Actualidad Jurídica Aranzadi” 24 febrero 2005, pág. 11.

⁷⁸ STC 198/2012, FJ 8 (1).

⁷⁹ Para E.RAMOS CHAPARRO, nuestro legislador “quiere elevar la permisividad o relativismo ético preconizado por ciertas subculturas minoritarias al rango de las ‘buenas costumbres’ o moral dominante contemporánea”, pero el poder legislativo “en el cumplimiento de los mandatos constitucionales expresos (como lo son los de los arts. 32.2 y 39), no puede pretender ser ‘más constituyente’ que la propia Norma Fundamental” -*Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre “matrimonio homosexual”* “Aranzadi Civil” 2006 (1-XV), pág. 2040.

⁸⁰ *Informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL*, apartado VI, Conclusión Tercera: “el legislador no debe adular una institución como el matrimonio”; “la opción no puede consistir en desnaturalizar –pérdida de reconocibilidad jurídica- una determinada institución jurídica”

Los Magistrados mayoritarios parecen fracasar en su laborioso intento de constatar la existencia de un cambio de cultura jurídica que justifique tal mutación⁸¹, aunque -de existir- no sería tan difícil detectarlo. Es más, cuando desde la doctrina se intenta reconfigurar una Constitución *a la carta* suele acabar siendo de hoja caduca. Se propuso, por ejemplo, que el concepto constitucional de matrimonio no incluiría la heterosexualidad, pero sí la forma solemne, la monogamia la exogamia y el compromiso, entendido como ausencia de libre ruptura⁸²; pero este último ingrediente acabaría siendo también negado por ley días después que el anterior⁸³. No parece en efecto nada fácil diseñar conceptos jurídicos esenciales desde este ajetreado existencialismo legal.

En todo caso, aun existiendo un cambio de la cultura jurídica, si su alcance hubiera sido profundo, no ahorraría tampoco una reforma constitucional. Cuando la Constitución prevé cambios sociales capaces de justificarla, está dando por hecho que habrán sido lógicamente advertidos y resaltados por la cultura jurídica en vigor. Si acaso cabría discutir si el objetivo de la reforma habría de ser modificar el art. 32 CE o simplemente

⁸¹ STC 198/2012, FJ 9 (1) y (2). El Magistrado Manuel ARAGÓN REYES se muestra particularmente crítico al respecto en el epígrafe 1 de su Voto particular.

⁸² J.V.GAVIDIA SÁNCHEZ *Uniones de hecho y concepto constitucional de matrimonio* (cit. en nt. 29), págs. 22-23 y 51.

⁸³ Con no poca relevancia, como deja entrever otro trabajo de J.V.GAVIDIA SÁNCHEZ, que gira de modo absoluto en torno al planteamiento anterior: *Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa)* “Diario La Ley” 3 diciembre 2001 (5431), D-261. Las consecuencias son previsibles, dado “lo paradójico que resultaría que el Congreso o las legislaturas de los Estados se pusiesen a competir entre sí al objeto de ‘defender’ el matrimonio de los gays y lesbianas mientras que, simultáneamente, desplegasen un celo equivalente en evitar la más ligera carga sobre los heterosexuales que conforman la gran mayoría de los electores y, así, por ejemplo, universalicen el régimen no causal del divorcio” - M.GARCÍA PECHUÁN *Última evolución jurisprudencial en Estados Unidos y Alemania sobre la noción constitucional de matrimonio* (cit. en nt. 13), pág. 2303.

suprimirlo, dados los actuales diagnósticos de *desjuridificación* del matrimonio⁸⁴.

Esto último podría verse justificado por dos vías. La ya aludida de quienes limitan el alcance del artículo 32 CE a un superfluo reflejo de la no discriminación de la mujer, ya contemplada en el artículo 14; o también la curiosa actitud de quienes, oponiéndose a la reforma legal, se mostraban generosos al no formular objeción alguna a una concesión a las parejas de hecho de los mismos derechos y deberes de las matrimoniales, reduciendo aparentemente su discrepancia a mero problema terminológico⁸⁵. Quizá el pasaje más razonable de la Sentencia es el que afirma que la reforma “parece responder a la lógica de que dos relaciones jurídicas equiparables - matrimonio heterosexual y unión civil homosexual con similares efectos- reciban la misma denominación”⁸⁶.

⁸⁴ C.MARTÍNEZ DE AGUIRRE citando a M.A. Glendon en *Diagnóstico sobre el derecho de familia* (cit. en nt. 21), 1996, págs. 49 y ss. Cfr. también R.NAVARRO VALLS *Matrimonio y derecho* Madrid, Tecnos, 1994, págs. 41 y ss. J.M.ESPINAR VICENTE lo atribuye a “exigencias que derivan del principio de igualdad, del alejamiento de modelos confesionales y de la desjerarquización familiar” -*El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado* Madrid, Civitas, 1996, pág. 33. Dado que “como instituto jurídico, el matrimonio se configura en la actualidad con base en unos perfiles demasiado imprecisos y un contenido deliberadamente difuso”, debería “suprimirse el contenido del Título IV del Primer Libro del Código Civil y sustituirlo por una normativa sencilla donde se estableciesen las condiciones esenciales mínimas para el reconocimiento jurídico del inicio y del fin de las convivencias en parejas de cualquier tipo” -*Sobre la urgente necesidad de reformas la regulación jurídica del matrimonio* (cit. en 58), págs. 478 y 479.

⁸⁵ Postura tan absurda como la del Epígrafe II de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, al calificar de “adaptación terminológica” la sustitución en el Código Civil de marido y mujer por cónyuges, o el padre y la madre por los padres. El CONSEJO DE ESTADO recuerda que “la garantía institucional es desconocida, según el Tribunal Constitucional, cuando la institución es reducida a un simple nombre” -*Dictamen* 2628/2004, III B (8).

⁸⁶ STC 198/2012, FJ 9 (14). J.RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ entiende, por el contrario, que “al equiparar jurídicamente lo que de hecho es diferente”, “se lesiona gravemente la institución matrimonial”. En consecuencia, “la equiparación de efectos jurídicos nunca podrá ser, obviamente, absoluta, pues hay determinada suerte de derechos y obligaciones jurídicas que serán distintas en la medida en que existe una

Se deja así en evidencia que no pocos críticos del proyecto han perdido igualmente toda sensibilidad sobre la dimensión social del matrimonio, al ser incapaces de justificar un peculiar tratamiento jurídico⁸⁷, limitándose a defender un monopolio terminológico por mero respeto a la tradición. No sería de extrañar que por esa vía se acabara justificando igualmente -salvo que se suscriba una llamativa opción preferencial por la homosexualidad- la paralela equiparación con el matrimonio de todas las parejas de hecho, en línea con el problemático desenlace de la *autocuestión* de constitucionalidad planteada más tarde, con ocasión del recurso de amparo⁸⁸ que ya hemos comentado.

A nadie puede pues sorprender que el texto de la Sentencia no se muestre demasiado nítido a la hora de abordar una posible ampliación de derechos y de reconocerles o no dimensión constitucional. Se nos dirá que el artículo 32 CE encierra un doble contenido: “el matrimonio, en la Constitución española, es una garantía institucional y, simultáneamente, un derecho constitucional”⁸⁹. Se reconoce que el fundamento segundo de la STC 184/1990 de 15 de noviembre, había sido claro al respecto: “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que

diferencia de naturaleza” -*Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo* “Diario La Ley” 18 ENERO 2005 (6170), D-14, págs. 1614 y 1615.

⁸⁷ P.TALAVERA FERNÁNDEZ considera que “matrimonio y unión de hecho no son en absoluto figuras análogas”, por lo que “no procede e absoluto equiparar globalmente” uno y otra “por virtud del razonamiento analógico, en todos sus efectos”, aunque luego no parezca tan consecuente al abordar “una regulación coherente de las uniones de hecho -*La unión de hecho y el derecho a no casarse* (cit. en nt. 41), págs. 81, 351 y ss.

⁸⁸ El 6704-2004.

⁸⁹ STC 198/2012, FJ 6 (4).

es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes”⁹⁰.

La pregunta inevitable es -como veremos- si puede el legislador, sin reformar el texto de la Constitución, crear un nuevo derecho constitucional. Existía también otra respuesta, solo dos años anterior a la reforma, no menos clara; la del fundamento tercero del Auto 204/2003 de 16 de junio: la convivencia *more uxorio*, “ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”; en consecuencia estará “legitimado el legislador para establecer diferencias en las consecuencias que se derivan de la opción por uno u otro régimen”⁹¹. Si no hay pues derecho a un reconocimiento jurídico de la convivencia fáctica, menos lo habrá para que los que la practiquen –homosexuales o no- la vean convertida en matrimonio...

El texto de la Sentencia intenta autoconvencerse, sin embargo, de que “lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución, es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio”⁹². En realidad se ha alterado incluso el contenido del “consentimiento matrimonial”⁹³, porque lo que se ha hecho es cambiar el matrimonio mismo⁹⁴.

Se acaba generando así una notable ambigüedad. Tras la repetida afirmación de los recurrentes de que sólo a los heterosexuales se reconoce un

⁹⁰ STC 198/2012, FJ 8 (2).

⁹¹ Citado en la STC 198/2012, FJ 10 (5).

⁹² STC 198/2012, FJ 11 (5).

⁹³ Diez años después de la Constitución la Dirección General de los Registros y el Notariado afirmaba, el 21 de enero de 1988, que “si llegara a contraerse un matrimonio entre personas del mismo sexo, el mismo sería, sin duda nulo”, dado que el Código establece que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”.

⁹⁴ “Modifica con carácter general el concepto de matrimonio en el Derecho español, considerándolo sexualmente indiferenciado” –P.DE PABLO CONTRERAS *La Constitución y la ley 13/2005 de 1 de julio, de reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio* cit., pág. 93.

derecho constitucional al matrimonio, el propio Abogado del Estado admitirá respecto al artículo 32 CE que un resultado derivable “de la interpretación sistemática de este precepto sería que no existe un derecho constitucional al establecimiento del matrimonio homosexual”.

En los fundamentos jurídicos, sin embargo, como fruto de la continua confusión entre la institución matrimonial garantizada por la Constitución y el derecho individual a acceder a ella, no queda tan clara tal distinción. Se afirma, por ejemplo, que “la Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio”⁹⁵, que incluiría a los homosexuales; o se traza una dudosa frontera entre legalidad y constitucionalidad al afirmar que “lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido”⁹⁶, después de haber afirmado que “desde una estricta interpretación literal, el art. 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio”⁹⁷.

Se insiste pues en presentar equivocadamente el problema planteado como si afectara a titulares de derechos, más que como la vulneración de una garantía institucional, lo que lleva en la Sentencia a interrogarse más de una vez -sin mucho sentido- por el contenido esencial de tal derecho. Por lo visto, “la duda, en este caso, radica en determinar si la nueva regulación

⁹⁵ STC 198/2012, FJ 11 (3).

⁹⁶ STC 198/2012, FJ 11 (5).

⁹⁷ STC 198/2012, FJ 8 (3). Para J.RODRÍGUEZ ZAPATA, “La sentencia no acierta a explicar en forma convincente cómo el artículo 32.1 de la Constitución pueda garantizar que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio” como norma de Derecho fundamental, como garantía de instituto y como valor objetivo del ordenamiento y pueda admitir también, dentro de su ámbito de protección, a las parejas del mismo sexo” –*El matrimonio entre parejas del mismo sexo* (cit. en nt. 76), en prensa (epígrafe 8 del texto original).

supone un ataque al contenido esencial del derecho al matrimonio”⁹⁸. El contenido de tal derecho consiste en realidad en la voluntaria y libre inserción en un marco institucional, de modo no muy diverso a lo que ocurriría en el caso de la propiedad o la sucesión *mortis causa*⁹⁹; aunque el texto prefiera caracterizarlo, en clave individualista, como “acceso a un status jurídico”¹⁰⁰.

5. EXCURSO: UN LEGISLADOR RESPETADO A MEDIAS

Resulta inevitable un inciso para ocuparnos de la deriva surgida tras la aprobación de la sentencia, que la devalúa al hacer aparecer el respeto a las opciones del legislador –que se presentaba como su argumentación central- como coyuntural recurso de oportunidad. Esta reapertura de la laboriosa y novedosa doctrina recién estrenada, con asomos de temprana revisión, explica alguna peripecia expresada en una neta división del Tribunal digna de ser saldada por el voto de calidad del Presidente. Se ha tratado de un recurso de amparo, al que se han añadido cuestiones de constitucionalidad, cuya deliberación –ante su posible conexión con el fallo de la sentencia- se fue viendo aplazada hasta que se formalizara el fallo.

⁹⁸ STC 198/2012, FJ 10 (3). También FJ 10 (7) y FJ 11 (1) y (3). Para A.CIDONCHA MARTÍN, “[l]os derechos fundamentales no son garantías institucionales, como tampoco son un ‘totum revolutum’ en el que quepan derechos subjetivos y garantías institucionales”; ejemplificando: “la libertad de empresa o el derecho de propiedad, o son derechos fundamentales, o son garantías institucionales, pero no las dos cosas a la vez” –Garantía institucional, dimensión institucionales y derecho fundamental: balance jurisprudencial “Teoría y Realidad Constitucional” 2009 (23), págs. 183-184.

⁹⁹ Analogía suscrita por la REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN -en su *Informe* acerca del proyecto de modificación del código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, aprobado por el Pleno de Académicos de Número en sesión del día 21 de febrero de 2005 y publicado el 14 de marzo del mismo año-, en el que afirma que “no se puede hablar de *ius connubii* como un derecho fundamental o como un derecho constitucional si no existe previamente la institución a la cual se presta, libremente, la adhesión” y en el que entiende que “la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales sería inconstitucional”.

¹⁰⁰ STC 198/2012, FJ 4 (3).

El recurso de amparo tiene su origen en una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 8 de octubre de 2004, que habría vulnerado el art. 14 en relación con el art. 39 CE. Abordaba, como hemos visto, la exigencia de pensión de viudedad por un homosexual como consecuencia del fallecimiento de su pareja, con el que habría convivido establemente durante cuarenta años. La negativa obtenida, al vincularse viudedad y matrimonio, le lleva a considerarse discriminado por razón de su orientación sexual, al estimar que “no es razonable introducir ese requisito para determinar si procede o no una determinada prestación”¹⁰¹. El Tribunal se ve así emplazado -días después de avalar la figura del matrimonio homosexual- a revisar su doctrina sobre la constitucionalidad de una diferencia de trato entre matrimonio y parejas de hecho en lo relativo a pensión de viudedad.

La figura de la *cuestión de constitucionalidad* viene regulada por el artículo 35.1 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el cual cuando un Juez o Tribunal “considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya aplicación dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal”. Éste suele mostrarse exigente a la hora de constatar el *juicio de relevancia* realizado por el Juez *a quo*, lo que le lleva en más de una ocasión a descartarla. Igualmente, de acuerdo con el artículo 37.1, la falta de razones para adentrarse en el fondo de la cuestión le llevará a rechazarla por considerarla *notoriamente infundada*.

Por otra parte, el artículo 55.2 de la misma Ley Orgánica regula la llamada *cuestión interna*, prevista para “el supuesto de que el recurso de

¹⁰¹ ATC 8/2013 de 15 de enero, FJ Único. J.V.GAVIDIA SÁNCHEZ resalta que “la cuestión que plantea el matrimonio homosexual no es tanto la relativa a la orientación sexual (bisexual, heterosexual, homosexual) de los contrayentes, sino su identidad sexual (mujer, hombre)” - *Matrimonio y uniones libres* (cit. en nt. 83), pág. 1504.

amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas”, previendo que se eleve la cuestión al Pleno. Éste se ocupaba en este caso ya del problema, al haberse visto avocado a él el recurso de amparo, dada su previsible trascendencia. Se acabó pues planteando la auto-cuestión, superando el número de Magistrados discrepantes al cosechado pocos días antes por la sentencia.

La verdad es que no encontré motivo de duda sobre la constitucionalidad del art. 174.1 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹⁰², si se lo interpretaba de acuerdo con la doctrina consolidada de modo reiterado e incluso muy reciente por el Tribunal. Este tiene establecido, desde hace más de veinte años¹⁰³, que “el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado porque al supérstite de una unión de hecho la Ley no le reconozca una pensión de viudedad”, reconociendo la constitucionalidad de “aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio”. Se recordaba en aquella ocasión cómo esta doctrina se había ya expresado tres años antes¹⁰⁴, afirmando que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida”, apostillando: “y ello también respecto de

¹⁰² Aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el art. 32 Uno de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social

¹⁰³ En la STC 184/1990, de 28 de febrero, FJ 2 (1).

¹⁰⁴ En el ATC 156/1987, de 11 de febrero, FJ 1.

las pensiones de viudedad”. Tal doctrina se reiterara con posterioridad¹⁰⁵ al considerar el Tribunal de nuevo “admitida la constitucionalidad del vínculo matrimonial como presupuesto legítimo para que el legislador haga derivar de aquél determinados efectos -como el de conceder las pensiones de viudedad”.

También más recientemente -precisamente cuando el Tribunal decide, con no escasas discrepancias, admitir el matrimonio homosexual en la sentencia que venimos comentando, deja claro que se trata de una opción “escogida por el legislador español, en uso de su libertad de configuración de la institución matrimonial”, “dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce”¹⁰⁶. Recordaba a la vez cómo diez años antes¹⁰⁷ había resaltado que la unión *more uxorio* “ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”. Menos aún lo habría pues para contraer matrimonio. En efecto la sentencia se refiere siempre a una “opción legislativa”, sin reconocer en modo alguno la existencia de un derecho constitucional a

¹⁰⁵ En la STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3 (3). No menos elocuente al respecto se muestra el ATC 222/1994, de 11 de julio FJ 2 (4), al señalar que “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre un hombre y una mujer, que es un derecho constitucional que genera ‘ope legis’ una pluralidad de derechos y deberes”.

¹⁰⁶ Se descarta con ello la existencia de un derecho constitucional a contraerlo, como resalta el *Informe* del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, que insistirá – apartado IV, 2.1 y V, 3.1; cfr. también V.1- en que será fruto de un “deber jurídico” sino de un deseo político”. Los mismos Vocales discrepantes suscribirán la inexistencia de tal derecho, citando el dictamen del Consejo de Estado. F.J.MATÍA PORTILLA profetiza que prosperará esta solución entre las tres que plantea: “que la apertura del matrimonio constitucionalmente previsto a las parejas homosexuales es una decisión libre del legislador y que, aunque no viene impuesta por la Constitución, tampoco la contraviene” es -nos dice- “nuestra principal apuesta” -*Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional* (cit, en nt. 65), pág. 2264.

¹⁰⁷ En el ATC 204/2003, de 16 de junio, FJ 3 (2).

contraer matrimonio con persona del mismo sexo que derivara de exigencias del artículo 14 CE¹⁰⁸.

No cabe pues estimar discriminación, al ser imposible apreciarla cuando no se niega derecho alguno. Si se dan posibles consecuencias menos favorables serán simple fruto de situaciones generadas por innovaciones o modificaciones normativas, constitucionalmente inocuas según se había afirmado en doctrina anterior¹⁰⁹.

En el caso sometido a cuestión el legislador tuvo oportunidad de - como ha hecho en otras ocasiones- contemplar la situación atribuyéndole consecuencias más favorables. No lo hizo, sin que ello pueda extrañar. No en vano la Memoria Económica, que acompañaba al proyecto de la futura Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, estimaba que no generaría incremento alguno de gasto al no llevar consigo repercusión en el régimen de pensiones. Sin perjuicio de la viabilidad práctica que cupiera atribuir a tal pronóstico, la intención del legislador -que es lo que resulta constitucionalmente relevante- queda fuera de toda duda.

No siendo posible apreciar ninguna desigualdad de trato falta de fundamento objetivo y razonable -ni en consecuencia discriminación, se la aprecie de modo directo o indirecto- no creo que pueda considerarse notoriamente fundado dudar de la constitucionalidad de la ley ahora cuestionada; salvo que lo que se pretendiera revisar fuera la aludida doctrina expresada de modo reiterado por el Tribunal a lo largo de los años,

¹⁰⁸ Planteamiento que ya había suscrito un decenio antes J.V.GAVIDIA SÁNCHEZ: “la referencia al hombre y la mujer en el artículo 32.1 CE nos muestra toda su virtualidad: excluir el juego de la cláusula general de no discriminación por razón de sexo, contenida en el artículo 14 CE, de forma que, en ningún caso, se vea forzado constitucionalmente el legislador a admitir el matrimonio entre dos personas del mismo sexo -*Uniones de hecho y concepto constitucional de matrimonio* (cit. en nt. 29), pág. 33.

¹⁰⁹ STC 70/1983, de 26 de julio, FJ 2, o la 121/1984, de 12 de diciembre, FJ 2 (2).

sobre la que sus Magistrados no habían llegado a manifestar explícitamente duda alguna. Veremos en qué acaba esta peripecia...

El problema reaparecería en el Pleno al abordarse una cuestión de constitucionalidad¹¹⁰, congelada también a la espera de la sentencia que venimos comentando. La ley cuestionada contemplaba la posibilidad de reconocer con efecto retroactivo “derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad” concurren algunas excepcionales circunstancias: “convivencia ininterrumpida como pareja de hecho” durante, “al menos, los seis años anteriores al fallecimiento” y que “el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes”. Este último requisito es el que llevó al juez a dudar de la constitucionalidad de la norma, al considerarlo de “muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho homosexuales”. Es obvio que no pocas parejas de hecho heterosexuales no habrían tampoco -en contra de su voluntad- logrado tener hijos comunes, lo que relativizaba no poco la posibilidad de discriminación por razón de orientación sexual. Asunto distinto es que la fórmula –utilizada también en otros pasajes de la ley¹¹¹- pueda parecer, desde el plano de la legalidad y no de la constitucionalidad, manifiestamente mejorable; pero esa distinción entre ambos planos no es precisamente irrelevante al ejercer el control de constitucionalidad.

La ponencia inicial, con un Tribunal muy dividido, acabó cobrando laborioso carácter estimatorio, al considerarse que tal “requisito (haber

¹¹⁰ La 8970-2008, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona respecto de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

¹¹¹ Así ocurre, como posible alternativa, en la nueva versión de su artículo 174: “En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijo comunes”. El nuevo artículo 174 bis vuelve a aludir a ese planteamiento, dando a los que no acrediten tales condiciones derecho a prestación durante dos años.

tenido hijos en común) no sólo carece de justificación constitucionalmente legítima por las razones expuestas, sino que, además, resulta ser de imposible cumplimiento, por razones biológicas, tanto para las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo como para las parejas de hecho de distinto sexo que no pudieron tener hijos por causa de infertilidad”¹¹². Considerar dicha desigualdad de trato discriminatoria y no mera consecuencia de una sustitución normativa parece indicar que la opción del legislador, notorio conocedor de que ya se había aprobado la reforma del matrimonio abierta a los homosexuales, no ha merecido de nuevo particular respeto.

Una llamativa consecuencia fue puesta de relieve en un expresivo Voto Particular¹¹³: “eliminado el requisito en cuestión, el acceso a la pensión ‘excepcional’ y retroactiva que configuró el legislador resulta más asequible que el previsto con carácter general para las parejas de hecho. En conclusión, el requisito que la mayoría del Pleno considera irrazonable, a mi juicio, no lo es y, anulado el mismo, la regulación legal queda seriamente menoscabada en su lógica”.

La aparente querencia a una opción preferencial por la homosexualidad puede verse luego atemperada al entrar en juego otra cuestión de constitucionalidad objeto de deliberación posterior¹¹⁴.

¹¹² STC de 12 de febrero de 2013, FJ 8.

¹¹³ El planteado a la Sentencia de 19 de febrero de 2013 por Francisco PÉREZ DE LOS COBOS, al que se adhirieron otros tres Magistrados.

¹¹⁴ La 5642-2012 planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación a la misma Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. En este caso la pareja de hecho que no había tenido “hijos comunes” era heterosexual, por lo que -de ser estimada- apuntaría a una equiparación de la viudedad con la situación del supérstite de una pareja de hecho, al margen de cuál fuera su orientación sexual.

6. ENTRE IUSNATURALISMO Y FALACIA NATURALISTA

Volvamos pues al hilo de nuestro discurso. Como es bien sabido, la principal crítica dirigida contra los planteamientos que pretenden derivar de la naturaleza humana exigencias jurídicas es la de incurrir en la llamada *falacia naturalista*, por pretender derivar de constataciones de hecho deberes éticos. En realidad no está tan claro que esto ocurra, porque cuando se afirma que el hombre es sociable por naturaleza no se constata hecho alguno, ni se ignora que de hecho exista no poca violencia doméstica; lo que se afirma es que, si se pretende actuar *humanamente* (en sentido obviamente ético), resulta obligado desarrollar la propia sociabilidad. La primigenia afirmación de que no es bueno que el hombre esté solo no constataba que no lo estuviera, sino que formulaba una razón antropológica y ética para que se viera cuanto antes acompañado.

El problema por lo demás es en qué medida no incurren con mucha más claridad en tal falacia los intentos de sustituir los planteamientos iusnaturalistas por otros, no tan confusos como para disimular su similar alcance metafísico. El Voto Particular concurrente, que apoya y critica la ya citada Sentencia, nos ofrece oportunidad de discernirlo. Intenta defender que se ha producido en España un cambio en la *cultura jurídica* capaz de alterar la *imagen maestra* de la institución matrimonial, ahorrándonos la reforma constitucional que, en caso contrario, exigiría el artículo 32 CE. Lo que ha ocurrido, se nos dice, es que “la misma norma constitucional llama (interiormente) al ‘ser’ para configurar su ‘deber ser’”; casi nada... Como he afirmado más de una vez, opino justamente lo contrario: el intento de determinar lo que *es* derecho positivo obliga más de una vez a interpretar – conscientemente o no- cómo este *debe ser*; desde un punto de vista jurídico y no moral¹¹⁵, por cierto...

¹¹⁵ *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada* (cit. en nt 19), pág. 51.

Cabría aducir que una cosa son las conductas fácticas y otra los juicios que tales conductas merezcan. La frecuente discrepancia entre lo que un individuo piensa que debe hacer y cómo de hecho se comporta no deja de darse también en las colectividades. Fundamentar en la conducta de los ciudadanos normas jurídicas llevaría a incurrir en falacia naturalista, pero fundarlo en el juicio de valor que tal conducta merezca sería asunto distinto. En realidad, sin embargo, la llamada “cultura jurídica” no hace sino constatar un hecho: que determinados ciudadanos, a los que se atribuye particular autoridad teórica, se muestran más o menos acordes en cómo cabe regular una conducta. En el citado Voto se exige solo que no haya surgido una unánime negativa a la regulación propuesta¹¹⁶: por nuestra cultura jurídica “la heterosexualidad de la pareja ya no es unánimemente concebida como un elemento indispensable del matrimonio. Ese cambio históricamente producido, que considero verídico, y que no precisa que sobre él se concite unanimidad, pues basta con que ya no sea tampoco unánime el entendimiento precedente (que tuvieron el constituyente y el propio Tribunal Constitucional hasta hace poco tiempo), es suficiente para no anular la opción tomada por el legislador”¹¹⁷. Lo que se constata pues es que, de hecho, se ha producido un cambio de enjuiciamiento; sigue sin aclararse quiénes y por qué gozan de autoridad para protagonizarlo. Para no incurrir en falacia naturalista, habría de ser consecuencia de que se les reconoce una peculiar aptitud racional para captar determinadas exigencias éticas que no derivarían de circunstancias meramente fácticas.

¹¹⁶ J.V.GAVIDIA SÁNCHEZ, que se afanará por argumentar la constitucionalidad de un posible matrimonio homosexual, no pone en duda que “de acuerdo con la doctrina, por el momento, claramente mayoritaria, el concepto constitucional de matrimonio, recogido en el artículo 32.1 CE, incorporase la diferencia en la identidad sexual de los contrayentes” -*Uniones de hecho y concepto constitucional de matrimonio* (cit. en nt. 29), pág. 12.

¹¹⁷ Epígrafe 1 del Voto particular del Magistrado Manuel ARAGÓN REYES.

Este planteamiento no es en el ámbito constitucional nada novedoso. Autores que han pretendido sustituir el derecho natural por esquemas racionales capaces de fundamentar las normas jurídicas en exigencias éticas objetivas han reconocido al Tribunal de turno como portavoz de la “razón pública”¹¹⁸. Ya nuestro propio Tribunal Constitucional había recurrido tempranamente a una fórmula equivalente a la que se nos propone, a la hora de intentar una fundamentación presuntamente no iusnaturalista del *contenido esencial* de los derechos fundamentales. Sugería -como uno de los “dos caminos” para determinar sus perfiles- “acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta”¹¹⁹. Parece difícil negar realidad a algo *preexistente* al concepto recogido en un texto jurídico positivo, tan objetivo como para poder ser *reconocido* por el; claro que, si cabe admitirlo, es más fácil no ser iusnaturalista. El problema consiste en que un Tribunal Constitucional no tiene sentido si sus miembros no se consideran capaces de captar fundamentos objetivos y razonables -o sea, susceptibles de raciocinio- y el

¹¹⁸ “En un régimen constitucional con revisión judicial, la razón pública es la razón de su Tribunal Supremo” –J.RAWLS *El liberalismo político* Barcelona, Crítica, 1996, pág. 266.

¹¹⁹ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8 (1).

iusnaturalismo (apropiaciones confesionales aparte) consiste precisamente en admitir la existencia de exigencias jurídicas objetivas prepositivas racionalmente cognoscibles...

7. HISTORICIDAD DEL DERECHO Y REFORMA CONSTITUCIONAL

Admitir la existencia de un fundamento objetivo de las exigencias constitucionales no implica en modo alguno desconocimiento de la dimensión histórica de toda realidad jurídica. La Constitución española, en concreto, se muestra abierta a inevitables reformas que el fluir de los problemas sociales convertirá en inevitables. No incluye siquiera, como otros textos constitucionales, cláusulas que blinden parte de su contenido, haciéndolo inmune a todo posible cambio. La *rigidez* que hace posible que la Constitución sirva de control del ámbito de decisión del legislador no implica una querencia estática; sí se traduce en la exigencia de requisitos más exigentes de acuerdo con la relevancia que se atribuye a las posibles reformas. Esto puede dificultarlas más de lo conveniente, hasta provocar el peligro de que la Constitución muera de éxito. La inviabilidad política de una reforma puede en efecto suscitar una presión para provocar su mutación al margen de los cauces previstos.

La práctica ausencia de euroescepticismo en el panorama político español ha facilitado hasta dos veces que se llegue con toda rapidez y prácticamente sin debate público a reformas constitucionales. Ya la primera vez sin embargo -al plantearse la del artículo 13 CE- el Gobierno de turno intentó evitarla proponiendo una mutación por vía legislativa. La fundamentaba presentándola como resultado de una ingeniosa “compatibilidad entre dos preceptos que pertenecen a dos ordenamientos -

el estatal y el comunitario- distintos e independientes”¹²⁰. El Tribunal se negó a darlo por bueno, sin que a ninguno de sus integrantes se le ocurriera apelar a una *interpretación evolutiva* que llevara a entender que, puesto que todos los españoles eran ya europeos, cupiera a considerar a todos los europeos como españoles. Tampoco se sugirió trasplantar ningún árbol vivo. Admitieron que “la Constitución no define quiénes son españoles” pero estimaron que el artículo 13 “ha introducido reglas imperativas e insoslayables”, cuyos contenidos “sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución”¹²¹.

Por el contrario, la convicción de que el consenso alcanzado en nuestra transición democrática sería hoy irreplicable, especialmente en aquellos puntos que -precisamente por la dificultad de llegar a lograrlo- quedaron abiertos, lleva hoy a descartar toda reforma. Esto originó que, ante las exigencias nacionalistas de revisión estatutaria, llegara a plantearse que respetar los cauces previstos “supondría supeditar la resolución del problema planteado” a exigencias inviables, “si tenemos en cuenta que el consenso entre las dos grandes formaciones políticas del Estado va a ser necesario”. Aun admitiendo que teóricamente “la opción por racionalizar el Estado Autonómico resolviendo sus problemas estructurales no tiene más que un camino posible: la reforma constitucional”, en la práctica, “mientras esa reforma constitucional no sea posible, “su inviabilidad no puede condicionar el desarrollo de las reformas estatutarias”. En consecuencia,

¹²⁰ A. 3 a) de la subsiguiente Declaración 1/1992, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional.

¹²¹ En el FJ 5 de la citada Declaración. Se había entendido por la doctrina que el método histórico evolutivo no implicaba “atribución al intérprete de unos poderes de índole discrecional”, sino que “la adaptación entre ley y realidad social debe hacerse desde la misma norma que se trata de interpretar y que el juego de los factores sociales se postula como mera pauta hermenéutica” –M.A.PÉREZ ÁLVAREZ *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas* Madrid, Colex, 2005, págs. 31-32.

por la misma época en que se proyecta olvidar el carácter heterosexual del matrimonio, se sugerirá que “si la reforma constitucional se sigue manifestando como una vía imposible de seguir en la actualidad, se estableciera algún tipo de fórmula de coordinación de las reformas estatutarias”¹²². O sea, para entendernos: dejar de supeditar determinados nuevos Estatutos autonómicos a la Constitución, para pasar a interpretar esta de modo conforme a las propuestas estatutarias.

Los Magistrados ahora discrepantes han coincidido en dar por hecho que no es muy diverso lo ocurrido esta vez a propósito del matrimonio. Los mayoritarios lo descartan a las primeras de cambio. Ignoran las exigencias del artículo 167 CE con un discurso circular, que no tiene mucho que envidiar al argumento ontológico de San Anselmo sobre la existencia de Dios: “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 del primero. Si a ello se añade, además, que la Ley impugnada en ningún caso se ha presentado como un intento de reformar la Constitución, debemos concluir que la invocada infracción del art. 167 CE no precisa de un análisis más detallado, habida cuenta de su alcance y significado, ínsito ya en el juicio de constitucionalidad que realiza este Tribunal”¹²³. O sea que, una vez preestablecido que la ley no es inconstitucional, no tiene mucho sentido plantearse una reforma de la Constitución. El problema radicará sin embargo en la arraigada costumbre de que la argumentación sea la que condicione el fallo y no viceversa...

¹²² F.J.BALAGUER CALLEJÓN, siguiendo a C.VIVER PI-SUNYER, en *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, págs. 14 y 13, así como 41-42 y 54. J.TAJADURA TEJADA, que comparte autoría, se desmarca claramente, en la pág. 72, de estas propuestas de “auténtica mutación constitucional”.

¹²³ STC 192/2012, FJ2 d).

Que la necesidad de proceder a una reforma de la Constitución no era una ocurrencia pintoresca parece confirmado por una menos conocida anécdota. Con motivo de mi comparecencia parlamentaria como candidato a la magistratura de la que ahora soy titular, el portavoz socialista Jáuregui no me preguntó si yo era o no partidario del matrimonio homosexual, sino si yo suscribiría una petición de reforma constitucional para que, respetando obviamente el art. 167 CE, en el art. 32 la referencia al “hombre y la mujer” se sustituyera por la expresión “todos”¹²⁴. No deja de resultar paradójico que el texto de la Sentencia preconice precisamente la apertura de la institución del matrimonio a todos, independientemente de su orientación sexual, pero sin necesidad de trámite de reforma alguno.

En efecto, como ya afirmé entonces, lo que estaba en juego no es el matrimonio, como algunos piensan quizá más por reparos morales que jurídicos. Lo que estaba jurídicamente en juego era el alcance real de la capacidad del Tribunal para evitar que la Constitución se vea reformada por el legislador, sin respetar los procedimientos que ella misma en su artículo 167 impone. Si la respuesta fuera que ese control es en la práctica –por unas u otras razones- nulo, la Constitución se convertiría en papel mojado¹²⁵. Con motivo de la única ocasión en que el Tribunal ha tenido la

¹²⁴ Puede consultarse en CORTES GENERALES *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Consultiva de Nombramientos*. Año 2012 X Legislatura Núm. 144, lunes, 9 de julio de 2012, págs. 14-17.

¹²⁵ L.ARECHEDERRA adjudica a Gregorio Peces Barba tal consecuencia por afirmar que “la ponencia dejó abierta ‘de manera muy consciente’ la posibilidad de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que al establecer en el artículo 32 que ‘el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio’, no se añadió ‘entre sí’, lo que hubiera cerrado el paso al matrimonio gay. Consultados otros ponentes de la Constitución (Miquel Roca, Gabriel Cisneros, José Pedro Pérez Llorca, Miguel Herrero de Miñón) discrepan de la opinión de Peces Barba. Así, Herrero de Miñón ‘no creo que se planteara la posibilidad, por remota que fuera, del matrimonio entre homosexuales. Y desde luego no hubo debate, porque, de haberlo habido, era un asunto tan llamativo entonces (1978) que me acordaría’. *Diario El País*, sábado 22 de enero de 2005, página 28. “Peces Barba dice que los ponentes constitucionales abrieron la puerta a las bodas gays” –*El matrimonio es heterosexual*, (cit. en nt. 77), pág. 11 nota 1. “Si el intérprete

oportunidad de pronunciarse hasta el momento sobre la inconstitucionalidad del aborto¹²⁶, abundaron los Votos Particulares que sugerían que había oficiado como tercera cámara, excediéndose en sus competencias. El problema ahora era si el mismo Tribunal ha decidido atribuirse la facultad de conferir salvoconductos a un determinado legislador para que pueda ignorar las exigencias del art. 167 CE.

8. DEL SENTIDO PROPIO DE LAS PALABRAS A UNA PRESUNTA *INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA*

La situación provocada obligaba a plantearse qué relevancia habría que conceder, como criterio de interpretación jurídica, al *sentido propio de las palabras*. Es de agradecer que se acabara esquivando la tentación facilona de refugiarse en meros juegos lingüísticos del tipo de sugerir que el artículo 32 CE, cuando habla del matrimonio, no llega a precisar que se contrae *entre*¹²⁷ “el hombre y la mujer”¹²⁸. Ya se había rondado intento similar, sin contribuir demasiado al prestigio del Tribunal, cuando se sugirió -a propósito de la desde entonces discutida elección de los Vocales

de la Constitución puede hacerle decir en cada momento lo que él quiera, sobra la Constitución”, apunta por su parte C.MARTÍNEZ DE AGUIRRE *Perspectivas sobre el “matrimonio” entre personas del mismo sexo* (cit. en nt. 67), pág. 14.

¹²⁶ STC 53/1985, de 11 de abril.

¹²⁷ Relativiza su alcance D.TIRAPU *La cuestión no cerrada del llamado matrimonio homosexual* cit., pág. 2. Para G.CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA “casi roza en lo ridículo la interpretación literal que se hace del art. 32.1 CE, o del art. 44 CC -vigente-, al afirmar que no dice ‘entre sí’ o ‘entre ellos’. ¿Acaso debería haber aclarado más y decir, a.e., ‘sólo entre ellos dos’, para así excluir la poligamia o la poliandria?” -¿Es constitucional, hoy, el matrimonio ‘homosexual’ (entre personas de idéntico sexo)? “Revista de Derecho Privado” 2005 (marzo-abril), pág. 43.

¹²⁸ Para J.M.ESPINAR VICENTE esto “responde a la constatación de una diferencia histórica y sociológica entre los contrayentes que el legislador constitucional quiere apresurarse a proscribir, añadiendo que, “si hubiese tenido en mente matrimonios del mismo sexo”, “este celo por subrayar aquí un principio ya constitucionalizado en el artículo 14 resultaría superfluo” -*El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado* (cit. en nt. 84), pág. 32.

de procedencia judicial del Consejo General- que la Constitución hablaba en este caso de elección *entre* pero no *por* Jueces y Magistrados¹²⁹.

Ese efecto favorable se diluye pronto sin embargo, al afirmarse que “el art. 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse”, o incluso al llegar a sugerir - aunque pueda sonar a broma- que el texto de dicho artículo “lo que hace, sin lugar a dudas, es asumir el principio heterosexual del matrimonio como una opción válida del legislador”¹³⁰; como si mentes calenturientas se hubiesen visto alguna vez atribuladas por dudas tales. El cuadro se completará con la rotunda afirmación –criticada, como hemos visto, incluso por uno de los Magistrados favorables- de que la referencia heterosexual del texto del artículo no excluye la homosexualidad. La dicción del art. 32 “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”¹³¹. Cabe sin duda

¹²⁹ STC 108/1986, de 29 de julio.

¹³⁰ STC 198/2012, FJ 8 (3), aunque se atempere añadiendo en el primer caso que “hay que insistir en ello, sistemáticamente resulta claro que ello no supone en 1978 la voluntad de extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales”. Para la segunda afirmación -FJ 10 (8)- se busca apoyo en cita al ATC 222/1994 de 11 de julio. La capacidad de admitir una cosa y la contraria llega a ser admirable; se puede afirmar que “de los debates constituyentes cabe concluir que no se pensaba en otro matrimonio que no fuera el contraído entre personas del mismo sexo” y a la vez, una página después, que “la Constitución no ha querido definir el matrimonio como la unión entre una mujer y un hombre” -M.A.PRESNO LINERA *El matrimonio de las personas transexuales y homosexuales*, en AA.VV. “Constitución y democracia: Ayer y Hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral” Madrid, Editorial Universitas, 2012, vol. II, págs. 2246 y 2247.

¹³¹ STC 198/2012, FJ 8 (3). El *Informe* del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL estima con amplia cita –en su apartado IV, 3.1- que es criterio “compartido por la práctica totalidad de la doctrina” derivar de ello una exigencia de heterosexualidad. Los Vocales del Consejo discrepantes se ocupan del artículo 32 sin prestar atención alguna a su tenor literal, dando por hecho que “la ampliación del elenco de posibles titulares de un derecho a ciudadanos que tradicionalmente carecían de éste, en ningún caso puede suscitar dudas o admoniciones de inconstitucionalidad (máxime si estos nuevos titulares son colectivos tradicionalmente marginados e incluso, en

admitir que no todo lo que la Constitución no contempla es necesariamente inconstitucional; pero, obviamente, sí lo será todo aquello que prive de sentido a lo que contempla. No mejora la situación cuando se alude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) de Estrasburgo, garante del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) signado en Roma, para resaltar que “reconoce que las palabras empleadas por el art. 12 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”¹³². Nada hace pensar, en efecto, que la elección de similares términos por el constituyente español pueda considerarse menos deliberada.

Cabría sin duda aducir que la interpretación literal de las normas puede resultar en más de una ocasión insuficiente a la hora de precisar su sentido. No puede, en efecto, el sentido propio de las palabras considerarse como la única vía para determinar hermenéuticamente el contenido de una norma, pero que no sea siempre suficiente como *único* criterio interpretativo no quita que sea siempre obligadamente el *primero* de ellos; sobre todo en una norma como la constitucional, cuya relevancia se apoya en su postulada *rigidez*.

La situación lleva a evocar un conocido pasaje de las andanzas de Alicia por el país de las maravillas:

ocasiones, perseguidos penal o administrativamente)”, diga lo que diga el texto constitucional.

¹³² STC 198/2912, F .9 (8). La Sentencia del TEDH de 24 de junio de 2010, en el caso *Schalk y Kopf c. Austria* resuelve desestima la demanda planteada por una pareja de homosexuales, que se consideraban discriminados al no poder contraer matrimonio en su país. En Voto Particular, tanto el juez Malinverni como el juez Kovler, dejan constancia de que no les cabe duda de que el artículo 12 de la Convención no puede interpretarse de otra manera distinta a la de entender que es aplicable únicamente a las personas de distinto sexo.

“Cuando yo empleo una palabra -insistió Tentetieso en tono desdeñoso- significa lo que yo quiero que signifique..., ¡ni más ni menos!

La cuestión está en saber -objetó Alicia- si usted puede conseguir que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

La cuestión está en saber -declaró Tentetieso- quién manda aquí... ¡si ellas o yo!”¹³³.

Desgraciadamente no es en nuestro caso necesario salir del ámbito del discurso constitucional para encontrar argumentos similares. Valga esta bien conocida muestra del debate constituyente sobre el derecho a la vida: “Desengañense Sus Señorías. Todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, ‘todos’ permitirá una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la ‘persona’ impide una ley de aborto”¹³⁴.

El escenario se hace aún más llamativo al no tener inconveniente los Magistrados mayoritarios en repasar -sin intentar siquiera un razonamiento que lleve a descartarlos- los criterios interpretativos planteados por los recurrentes para defender el carácter heterosexual de todo matrimonio: “basándose en una interpretación *originalista* del art. 32 CE, compartida por una parte de la doctrina y por el propio dictamen del Consejo General del Poder Judicial a que se hace referencia en los antecedentes. Así, desde una interpretación *literal* –entendiendo que la referencia expresa al ‘hombre y la mujer’ permite deducir de modo evidente una reserva constitucional del matrimonio a favor de parejas heterosexuales-, desde una interpretación *sistemática* -si se tienen en cuenta los preceptos

¹³³ L.CARROLL *A Través del Espejo y lo que Alicia encontró allí*. Madrid, Cátedra, 1992, págs. [316-317].

¹³⁴ Intervención del ponente socialista G.PECES BARBA MARTÍNEZ ante el Pleno del Congreso en la sesión del 6 de julio de 1978 -en *La Constitución española. Trabajos Parlamentarios* t. II, pág. [2038].

constitucionales que, al margen del art. 32 CE, hacen referencia al matrimonio ya sea de modo expreso (art. 39 CE) o implícito (art. 58 CE)-, desde una interpretación *auténtica* –teniendo presente el devenir del debate constituyente- y desde la interpretación que impone el *art. 10.2 CE*– considerando que los tratados internacionales sobre la materia ratificados por España no contemplan directamente el matrimonio entre personas del mismo sexo”¹³⁵. Quien espere una argumentación alternativa se verá defraudado; el texto admite que así se pensaba tanto en 1978 como dieciséis años después¹³⁶, pero al parecer han bastado dieciocho años más para que toda argumentación resulte ahora superflua.

En realidad la Constitución reconoció la relevancia del matrimonio¹³⁷, institución tan conocida como para que no necesitara definición. Se limitaba a reconocer una obvia realidad antropológica; no en vano la beatería ante lo jurídico es privilegio de los no juristas, que tienden a atribuirle facultades demiúrgicas. No se trata pues de que, a la luz de la jurisprudencia constitucional desarrollada en torno al art. 32 CE, no exista en su debate una respuesta clara y consolidada a la cuestión que plantean los recurrentes. Parece mucho más sensato reconocer que se consideraba tan clara la respuesta que ni llegó a plantearse la cuestión¹³⁸; como tampoco se consideró necesario definir qué es la educación, la religión, la propiedad o el mercado. Se hicieron resaltar en el matrimonio dos características esenciales, que solo caprichosamente pueden reducirse a una. La primera

¹³⁵ STC 198/2012, FJ 8 (3); cursivas nuestras.

¹³⁶ Como atestiguaría el ya citado ATC 222/1994.

¹³⁷ La propia Sentencia recuerda –en el FJ 6 (4)- con cita del FJ 3 de la STC 184/1990 de 15 de noviembre, que es una “institución garantizada por la Constitución”. En el epígrafe 1 de su voto Particular el Magistrado Juan José GONZÁLEZ RIVAS resaltaré que “el matrimonio es una institución preexistente al texto de nuestra Constitución”.

¹³⁸ Para R. NAVARRO VALLS “afirmar que el modelo matrimonial en el mundo ha sido siempre heterosexual, es decir algo tan obvio que históricamente, por su evidencia, no ha necesitado de argumentación alguna. De ahí la dificultad de explicar lo más evidente” -*Matrimonio y derecho* (cit. en nt. 84), pág. 89.

era la heterosexualidad, ajena a toda discusión. Respecto a la otra -la igualdad- se aspiraba a conseguir que llegara a convertirse en no menos indiscutible; lo que llevaba consigo una notable necesidad de desarrollo, superando obstáculos en línea con lo apuntado en el artículo 9.2.

La conciencia de la *historicidad* de las normas jurídicas me parece una exigencia fundamental en toda razonable teoría del derecho; lo que no es de extrañar si se tiene en cuenta mi personal recorrido académico¹³⁹. Ello exige, sin embargo, no confundir la historicidad del sentido de un texto con una mera relativización de su contenido, que lo deje totalmente disponible para que el intérprete pueda atribuirle de modo voluntarista cualquier significado. Es lo que me temo ha ocurrido cuando los Magistrados mayoritarios hacen propia la metáfora canadiense suscrita por el Abogado del Estado de que la Constitución es como un “árbol vivo, que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”¹⁴⁰. Esto nos descubriría, sorprendentemente, que no es la Constitución la que garantiza la legitimidad de las conductas sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas¹⁴¹. En realidad toda historia

¹³⁹ Baste recordar un trabajo de hace casi treinta años: *Positividad jurídica e historicidad del derecho*, incluido luego en el libro *Derechos humanos y metodología jurídica* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 181-194; en alemán en *Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart. Festgabe für Alois TROLLER zum 80. Geburtstag* Berlin, Duncker & Humblot, 1987, págs. 135-140. Igualmente el ya citado (cfr. nt. 16) discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en 2008.

¹⁴⁰ STC 198/2012, FJ 9 (1). Es curioso cómo R.DWORKIN recuerda que en Estados Unidos los conservadores e incluso “algunos liberales” consideraron “a la Constitución un documento ‘vivo’ y dijeron que debía ser ‘actualizado’ para adecuarse a las nuevas circunstancias y sensateces. Decían adoptar un enfoque ‘activo’ de la Constitución, (...) lo que parecía sugerir la invención de un nuevo documento, más que la interpretación del viejo” -*La lectura moral y la premisa mayoritarista* (cit. en 31), pág. 104.

¹⁴¹ J.RODRÍGUEZ ZAPATA apunta, sobre la “doctrina del árbol vivo (living tree doctrine) del Derecho canadiense”, que esa “técnica de interpretación, novedosa en España, hace irrazonable la argumentación de la Sentencia. La doctrina del árbol vivo choca, en forma frontal, con la técnica de las normas de ‘garantía institucional’, de

implica la evolución de un sustrato permanente, incompatible por tanto con una sucesión *per saltum* de instantáneas dispersas o incluso contradictorias.

De la citada metáfora forestal arrancará el súbito entusiasmo por una *interpretación evolutiva* reiterada a lo largo del fundamento noveno y no en vano criticada en los cuatro Votos Particulares. Incluso quien formula el suyo con intención “concurrente” la considerará “la razón más importante de mi discrepancia”. El intérprete no podría traspasar “un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma (tenor literal, insisto, que es completo en si mismo), de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacersele decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello”; en realidad, se llama “interpretación evolutiva a la que no lo es (la averiguación del contenido esencial de una garantía institucional), sino, que, y eso resulta más grave, se hacen afirmaciones generales, aplicables a cualquier precepto constitucional, que parecen dejar reducido a la nada el carácter normativo de la propia Constitución”¹⁴². No puedo estar más de acuerdo con el diagnóstico¹⁴³.

‘garantía de las instituciones’ o, si se prefiere, ‘de instituto’ así como con la interpretación de las normas de derechos fundamentales”. Concluirá irónicamente, sobre la Constitución como ‘árbol vivo’, que “con el viejo refrán español, no se pueden pedir peras al olmo” -*El matrimonio entre parejas del mismo sexo* (cit. en nt. 76), en prensa (epígrafes 4 y 8 del texto original).

¹⁴² Epígrafe 2 del Voto Particular del Magistrado Manuel ARAGÓN REYES. No es menos elocuente el Magistrado Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS en el epígrafe 2 de su Voto Particular: “era imprescindible la reforma constitucional, con todas las formalidades y mayorías que la misma ha previsto, para hacer lo que el legislador llevó a cabo por su cuenta e invadiendo las funciones del constituyente”.

¹⁴³ También el Magistrado Juan José GONZÁLEZ RIVAS, en el epígrafe 4 de su Voto Particular insistirá en que “tal evolución ha de respetar la esencia de las instituciones comprendiendo su espíritu y finalidad pues, en este caso, el matrimonio tiene un

Aunque pueda resultar anecdótico, esta falta de respeto al sentido propio de las palabras resultaba particularmente inoportuna al producirse no mucho después de que el propio Presidente del Tribunal, en el solemne momento de la toma de posesión de los cuatro Magistrados que entonces nos incorporábamos, calificara de “dislate” que el legislador entendiera que cuando la Constitución alude a un plazo de nueve años como duración de nuestro mandato podía sin embargo reducirlo a su antojo a otro de siete y medio (o incluso de seis años, en el caso de nuestros antecesores). No parece dislate menor considerar que es lo mismo decir hombre y mujer que decir dos personas; cambio de paradigma que, en un alarde de sinceridad, la propia Sentencia acaba asumiendo.

Se ha hecho emerger en efecto una nueva institución a la que se define 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”¹⁴⁴.

Me temo que, como resultado, la norma que se recoge en el art. 32 CE se ha convertido en un receptáculo vacío, abierto a contener lo que las opiniones coyunturales del legislador de turno tenga a bien en cada caso; lo que no tiene ya nada que ver con historicidad alguna.

La apelación a esta presunta *interpretación evolutiva* me llevó a recordar el título concreto de un auténtico *bestseller* de teoría de la ciencia. Cuando Kuhn apoyó su concepto de *ciencia normal* en la consolidación

carácter fundamental y una finalidad esencial basada en la unión entre personas de distinto sexo, requisito que no puede quedar eliminado por una interpretación evolutiva que no preserve su garantía constitucional”.

¹⁴⁴ STC 198/2012, FJ 9 (3); cursivas nuestras

histórica de determinados paradigmas capaces de explicar los fenómenos de modo más satisfactorio que los que le precedieron, no calificó a esos sucesivos cambios como *evoluciones*; no en vano el evolucionismo es en sí mismo un paradigma, precisamente contradictorio con la aceptación en su seno de cambios *per saltum*. Por eso, no aludió a evoluciones sino que dedicó su obra a la estructura de las *revoluciones* científicas¹⁴⁵.

Los Magistrados mayoritarios se resisten a dar por bueno que lo que se ha producido es en realidad un cambio de paradigma; o sea, una revolución. Aun así acabarán admitiendo no solo que, al evaluar la reforma del “derecho a contraer matrimonio, ha de partirse de la certeza de que la misma ha introducido importantes matices”¹⁴⁶, sino que –como vimos- han de aceptar que “la institución matrimonial, antes de la reforma y después de ella, se ha modificado jurídicamente”¹⁴⁷; nos encontramos ante una “nueva institución diseñada por el legislador”¹⁴⁸. Parece obligado recordar que una interpretación, por evolutiva que sea, no puede considerarse sinónimo de reforma o cambio. Ante una institución nueva no tiene sentido hablar de evolución sino de revolución, término este sin duda hoy menos poco prestigiado que hace cincuenta años. En efecto no es lo mismo interpretar la Constitución que cambiarla; al menos eso establece, en términos inequívocos, el art. 167 del propio texto constitucional.

9. ABANDONO A UN SOCIOLOGISMO DE ESCASA CONSISTENCIA

La clave evolutiva parece consistir en encomendarse a los vaivenes de la opinión pública, o quizá incluso de la publicada; se contradice con

¹⁴⁵ T.S.KUHN *La estructura de las revoluciones científicas* México, Fondo de cultura económica, 1971.

¹⁴⁶ STC 198/2012, FJ 11 (1).

¹⁴⁷ STC 198/2012, FJ 8 (1).

¹⁴⁸ STC 198/2012, FJ 9 (3).

ello, una vez más, doctrina ya sentada por el propio Tribunal. Se olvida en efecto una distinción que se había establecido con acierto: “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”¹⁴⁹.

Cuando se ha planteado la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, teniendo en cuenta que los Magistrados no son directamente elegidos por los ciudadanos, no se ha intentado solucionarlo convirtiéndolos en meros altavoces de la opinión pública dominante. La clave estaría en una “representación argumentativa”, expresiva de una “pretensión de corrección” basada en la aportación de razones vinculadas al propio texto constitucional, partiendo de la convicción de que “el control de constitucionalidad como argumento no permite todo”¹⁵⁰.

Afecta, a mi juicio, a la *rigidez* -que en términos técnicos justifica la existencia misma de la Constitución y, en consecuencia, la del propio Tribunal Constitucional- la erosión producida al apelar reiteradamente los Magistrados mayoritarios a una presunta presión social que obligaría a convertir la letra de la Constitución en prácticamente delicuescente. Quizá se trate de un aspecto más de lo que ha llevado a un conocido sociólogo a caracterizar a la actual como sociedad *líquida*¹⁵¹.

Este planteamiento, un tanto sociologista, tropieza para empezar con un hecho bien conocido. Los Magistrados del Tribunal son seleccionados

¹⁴⁹ STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2 (4).

¹⁵⁰ “No solo es necesario que los tribunales sostengan que dichos argumentos son argumentos del pueblo, sino que, además un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, estos argumentos como razones de corrección” –R.ALEXY *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, en “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, Cátedra Garzón Valdés, México DF, Fontamara, 2007 (reimpr.), págs. 99, 101 y 102.

¹⁵¹ Z.BAUMAN *Modernidad líquida* Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999.

en su condición de juristas de prestigio y no otra cosa ocurrirá con los Letrados; en ningún caso ha habido ocasión de evaluar en unos u otros su prestigio como sociólogos. A nadie puede pues extrañar que este intento de fundamentación -secundando al Abogado del Estado, que lo practica con reiteración- cobre cierta apariencia de reflexión sociológica planteada por aficionados.

Discutiblemente oportuna resultó, por ejemplo, la alusión al número de matrimonios homosexuales ya celebrados, como presunta expresión de lo consolidado de la novedad. Si hubiera estado en vigor el en otros tiempos existente recurso previo de inconstitucionalidad, se habría sin duda activado, suspendiendo la entrada en vigor de la ley. Esta circunstancia habría provocado igualmente una inmediata resolución del Tribunal sobre la cuestión; como ocurriera en 1985, al declararse inconstitucional la recién aprobada ley despenalizadora del aborto. Las consecuencias de la supresión de dicho recurso han sido pues dobles; no solo entran en vigor leyes de efecto difícilmente reversible, sino que el Tribunal no se considera obligado a resolver con celeridad alguna y puede concederse años de calma.

Es lo que ya sucedió con ocasión del recurso planteado contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Un Magistrado Emérito lo hizo notar, considerando la ley “un punto prematura, por tratar de estar *a la page*, o por querer favorecer a los profesionales dedicados a estas técnicas según se mire”, a la vez que recordaba que “el Tribunal Constitucional a pesar de haber transcurrido ya dos lustros todavía no se ha considerado en la obligación de decidir”¹⁵².

¹⁵² L.DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN Prólogo a E.ROCA *Familia y cambio social* (cit. en nt. 75), págs. 16-17.

Con la polémica sobre la constitucionalidad de la figura del preembrión planteada, la espera se prolongaría aún un año más.

Lo mismo ha ocurrido ahora, al demorarse sorprendentemente¹⁵³ más de siete años la resolución de cuestión tan polémica. Esta actitud es tanto más asombrosa pues los Magistrados deberían haber recordado¹⁵⁴ el Auto del propio Tribunal de 18 de diciembre de 2003, en relación con la suspensión del artículo 8 de la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 mayo, reguladora de las parejas de hecho, que permitía, entre otras cosas, que los miembros de parejas homosexuales adopten de forma conjunta. En él se lee: “Dado que la adopción produce por regla general la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y su anterior familia y que es irrevocable, salvo extinción de la misma acordada por el juez -arts. 178.1 y 180 CC-, es obvio que quienes fueren adoptados de acuerdo con el precepto recurrido experimentarían perjuicios de muy difícil, y acaso imposible, reparación si el precepto recurrido fuera en su día considerado inconstitucional y nulo, perjuicios extensibles también a la familia por naturaleza y a los adoptantes, con vulneración de las exigencias del principio de seguridad jurídica”. No otra cosa habría ocurrido ahora.

Es claro que la ajetreada deliberación sobre el Estatuto de Cataluña había atascado notablemente el funcionamiento del Pleno del Tribunal, pero tampoco es ningún secreto que recursos posteriores al que analizamos han encontrado más rápida solución. Las suspicacias sobre el posible afán de mantener una vía libre para los nuevos matrimonios se agudizaron dada la fecha de la entrada de tal cuestión en el orden del día del Tribunal;

¹⁵³ No faltará quien se lo tome con calma; haciendo balance del año del 2010, considerará solo que “ya empieza a resultar llamativa” – M.GARCÍA PECHUÁN *Última evolución jurisprudencial en Estados Unidos y Alemania sobre la noción constitucional de matrimonio* (cit. en nt. 13), pág. 2279.

¹⁵⁴ Como hizo el CONSEJO DE ESTADO en su *Dictamen* 2628/2004, IV C e) (7).

cuando ya comenzaban a vislumbrarse futuros cambios en su composición, que podrían alterar antes de un año el resultado pronosticable.

Pasando de estos escauceos políticos a consideraciones de orden doctrinal, la mención del número de matrimonios practicados al amparo de la pasividad del Tribunal puede aparecer como tardía expresión de reconocimiento a la hace tiempo periclitada doctrina de la *fuerza normativa de lo fáctico*, ejemplo impar de falacia naturalista. Resulta bastante arcaico dar la impresión de que del hecho de que se hubieran casado más o menos ciudadanos pudiera derivarse que la novedosa institución se considerara más o menos constitucional. Desde el Gobierno se había cifrado en cuatro millones el número de personas que se verían beneficiadas por la reforma; fuentes periodísticas más moderadas hablaron de más de cien mil parejas que estarían esperando. Llamativo en todo caso, dado que por entonces había en España censadas 10.474 parejas del mismo sexo: 3.619 de sexo femenino y 6.855 de sexo masculino”¹⁵⁵.

A la hora de lanzar el nuevo modelo la mítica cifra de 500.000, que se consideró imprescindible esgrimir con ocasión de la polémica del divorcio, sabía a poco. Sí resultó, al parecer, suficiente para que los Magistrados mayoritarios obtuvieran una neta conclusión: “Ello nos lleva a afirmar que la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando”, como fruto de “una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva

¹⁵⁵ Recoge todo ello C.MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, con una obvia conclusión: “no parece que hubiera una demanda social real, sino, en todo caso, inducida artificialmente” -*Perspectivas sobre el “matrimonio” entre personas del mismo sexo* (cit. en nt. 67), págs. 33 y 34-35. Se presupuestaban 100.000 matrimonios para los dos primeros años, según anota el exdiputado de CIU J.MIRÓ ARDÈVOL, que atribuye estas cifras a la asunción del slogan propagandístico norteamericano, que cifra en un 10% de la población el número de homosexuales; cuando en España el INE en 2004 lo cifra en un 1%, llegando al 3% los que reconocen haber tenido alguna relación de ese tipo -¿Cuántos millones de homosexuales dice usted que hay en España? “Forumlibertas” 19.11.2004.

‘imagen’ del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural”¹⁵⁶. Esto es lo que permitiría considerar a la nueva institución como una opción (nunca mejor dicho) “ajustada a la Constitución”¹⁵⁷; aunque no se ajuste a su texto...

En todo caso, si cabe la anécdota, se puede afirmar sin vacilación que el número esgrimido no influyó demasiado en la actitud de los Magistrados mayoritarios; por error, se manejó inicialmente la cifra de 20.040 ciudadanos que lo habrían contraído, mientras se terminaría aclarando que el número real era el de 22.124 matrimonios celebrados. El hecho de que se duplicara así con largueza la cifra inicialmente estimada no fue pues en modo alguno decisivo a la hora de contabilizar apoyos en favor del fallo final, prácticamente establecidos desde la primera deliberación.

Habría que manejar por lo demás estudios sociológicos de mayor solvencia para derivar de unos u otros datos consecuencias esclarecedoras de si nos encontramos ante una actitud de mera tolerancia social o más bien de sólido apoyo. La Sentencia se ha ahorrado entrar en estos detalles, así como ha preferido finalmente no insistir en afirmaciones tales como que la percepción social respecto del matrimonio -antes y después de la reforma legislativa- no haya variado substancialmente, que la cuestión no suscite una contestación social mayoritaria o que ello lleve a afirmar que la institución del matrimonio, como unión entre dos personas

¹⁵⁶ STC 198/2012, FJ 9 (10). Las cifras pueden más bien indicar que la iniciativa ha sido recibida sin particular entusiasmo por no pocos homosexuales. Por su parte, L.DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN ya había apuntado: “por muy pluralista que se quiera ser habrá que reconocer que una cosa son las opciones personales que sin duda deben mantenerse en la órbita del pluralismo y otra bien distinta las instituciones que el ordenamiento haya de acoger y regular” - Prólogo a E.ROCA *Familia y cambio social* (cit. en nt. 75), pág. 24.

¹⁵⁷ STC 198/2012, FJ 9 (14).

independientemente de su orientación sexual, se ha consolidado cultural y socialmente.

Resulta sin embargo contradictorio que se suscriba el diagnóstico de que la conducta homosexual es fuente de una aguda discriminación social - lo que parece fuera de duda- y se defienda simultáneamente la existencia en la misma sociedad de un mayoritario consenso favorable a su legitimación legal. La consolidación de una actitud discriminatoria respecto a determinados colectivos es habitualmente fruto de la existencia de *tópicos* muy arraigados. Parece explicable que se intente neutralizar esa realidad por vía legal o por una directa aplicación interpretativa de la Constitución, generando así *utópicamente* una nueva mentalidad. Es lo que afortunadamente viene entre nosotros ocurriendo en lo relativo a la discriminación por razón de sexo, sobre todo en el ámbito laboral. Lo que no es tan razonable es dar por hecho que esa nueva mentalidad ya existe, lo que más bien ahorraría tan singular operación. No es muy coherente afirmar que existen tópicos discriminatorios arraigados y -a la vez y de modo no menos reiterado- dar por existente un consenso (no menos tópico) en favor de los discriminados, de magnitud tal como para exigir una interpretación *ultra Constitutionem*.

No menos cuestionable resulta, desde una perspectiva sociológica, el paralelismo que se pretende establecer entre el margen de apreciación que en el ámbito del Convenio de Roma se concede a los Estados miembros en determinadas circunstancias y el que nuestro Tribunal Constitucional habría de reconocer al legislador. Aun admitiendo que el Convenio experimenta una “fase de transición”, parece oportuno resaltar que no dispone de un mecanismo de reforma equiparable al que ofrece el artículo 167 CE; de ahí que el Tribunal de Estrasburgo delegue en los Estados la búsqueda de la solución más oportuna; pero lo hace precisamente por

constatar la inexistencia de consenso entre los Estados europeos sobre algún aspecto determinado¹⁵⁸.

La situación es bien distinta en nuestro caso, ya que el texto constitucional, con todas las reformas que resulten necesarias, es el llamado a expresar dicho consenso. Nuestro legislador, en contra de lo que se sugiere¹⁵⁹, no está habilitado para “definir el contenido de la institución”, dado que esta tiene una expresa configuración constitucional; ni puede preservarla “en términos reconocibles” sino respetando el texto constitucional, o modificándolo por la vía del art. 167. De ahí que sea ineludible rebatir que la generosa conversión del legislador en oráculo de la evolución de la conciencia social resulte compatible con nuestra Constitución, cuando contradice su expreso contenido. Más bien ese pretendido consenso, que respaldaría rotundamente a la nueva institución, se convierte en un argumento más en favor del cambio constitucional.

10. UN PROGRESISTA PROYECTO DE INGENIERÍA SOCIAL

Exigiría también un más riguroso análisis sociológico establecer en qué medida se puede estar interpretando como consenso social, capaz de fundamentar una notable mutación jurídica, lo que desgraciadamente pudiera en más de un caso ser mera expresión de indiferencia¹⁶⁰. En todo

¹⁵⁸ “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” –STC 198/2012, FJ 12 (5).

¹⁵⁹ En el FJ 7 (1) de la STC 198/2012.

¹⁶⁰ Según el Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de junio de 2004, en vísperas de la entrada en juego de la ley, Los españoles no se reconocen demasiado tolerantes con la homosexualidad: un 49.2% piensan que sí, mientras el 47.5% no lo tiene nada claro; una cifra cercana a la del aborto, considerado tolerado por un 45.9%, y bastante alejada de la indulgencia ante las relaciones prematrimoniales, que llegaría al 79%; mientras, el rechazo al primero sería del 48.6% y el merecido por las segundas solo del 17.8%. Por lo demás, un 41.5% nos considera menos tolerantes con la

caso, la actitud ante las parejas homosexuales será más negativa que la generada por las parejas de hecho¹⁶¹; en términos más personales puede llegarse a constatar un evidente despegue (por no recurrir a términos más duros)¹⁶² generado por esa misma discriminación que resulta obligado combatir. De ser acertado ese análisis, buena parte del conformismo social ante esta insólita reforma legal podría ilustrar paradójicamente la persistencia de un rechazable desinterés¹⁶³ hacia sus eventuales beneficiarios.

Buscando salida a tan llamativa contradicción no faltará quien sugiera que la realidad es más bien la primera, lo que explicaría el intento de dar paso a una norma legal al servicio de lo que se ha dado en llamar un proyecto de ingeniería social, destinado a conseguir por vía jurídica un cambio de la mentalidad social efectivamente existente. Así parece asumirse cuando se invoca el artículo 9.2¹⁶⁴. En cuanto a su posible éxito, no faltan autorizadas opiniones que invitan al escepticismo: la solución adoptada “plantea serias dudas, teniendo en cuenta los objetivos que

homosexualidad que los europeos; cifra comparable (41.2%) a la merecida por el aborto.

¹⁶¹ Según el citado Barómetro del CIS, a la pregunta de si una Ley de Parejas de Hecho debería reconocerles los mismos derechos y obligaciones que tienen los matrimonios, la respuesta afirmativa fue del 74.8%, mientras la negativa solo llega al 17.6%. Si se precisa que se trata de parejas homosexuales, el abanico se cierra: 67.7% de acuerdo y un 23.7% en contra. Si se plantea su derecho a contraer matrimonio, se cerrará aún más: 66.2% y 26.5%.

¹⁶² En el mismo Barómetro, para un 30%, independientemente de que tenga hijos o no, sería un problema grave que un hijo suyo varón mantuviera relaciones homosexuales; si se tratara de una hija la cifra ascenderá incluso unas décimas: 30.3%. Silencia cuidadosamente esta pregunta N.PÉREZ CÁNOVAS, tras convertir las anteriores en motivo para afirmar que a “la constitucionalidad de la ley hay que sumar en su defensa la oportunidad política por responder a una demanda social” -*El matrimonio homosexual* “Actualidad Civil” 20 noviembre 2005 (20), t. 2, pág. 2445, nota 18 (LA LEY 4553/2005).

¹⁶³ Los Vocales discrepantes del Informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL optan por referirse en su Voto Particular al “olvido una vez más (e indirectamente el desprecio) de un determinado sector de los ciudadanos españoles”.

¹⁶⁴ STC 198/2012, FJ 11 (6).

persigue”, pues “no alcanzaría, en gran medida, aquellos objetivos y podría producir efectos no deseados (incluso con discriminación de parejas del mismo sexo”; “las discriminaciones que se puedan dar en el tejido social no se evitan mediante la configuración legal de un matrimonio que dé cabida a dos realidades diferentes (solución que, incluso, podría dificultar el control de tales discriminaciones)”¹⁶⁵.

La polémica surgirá ante la admisibilidad de que se desnaturalice una *institución*¹⁶⁶ para que pase a proteger bienes jurídicos distintos, como la deseable *no discriminación* de determinados colectivos de orientación sexual incompatible con ella. Resultaría jurídicamente razonable crear otra institución relevante para el reconocimiento legislativo de efectos jurídicos a las relaciones homosexuales. Extender a quienes suscriben esa orientación sexual el derecho reconocido constitucionalmente a los heterosexuales exigiría que la propia Constitución lo respalde, lo que implica obviamente respetar el procedimiento previsto para su reforma. La propia Sentencia incluye al matrimonio entre los “bienes constitucionales”¹⁶⁷, con lo que le reconoce una dimensión institucional previa a cualquier derecho a contraerlo. Sin embargo ahora es un presunto *nuevo derecho*, ajeno a su contenido, lo que se pretende convertir en bien jurídico. Tal opción legislativa, sin duda legítima, se ve condicionada por la necesidad de proceder a una reforma del texto constitucional, vía art. 167 CE, evitando una relativización que lo vacíe de contenido. El respeto a una

¹⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen* 2628/2004, IV C (1) y IV C b) (2).

¹⁶⁶ No niegan tampoco que de eso se trate quienes no lo consideran una tragedia. Cuando “determinadas Administraciones Públicas se prestan a actuar como pantomimos de las ceremonias civiles de celebración del matrimonio o como remedos de los registros”, esa “situación es mucho peor que la que derivaría de la simple desaparición del matrimonio como relación jurídica, pues este tipo de actuaciones contribuyen a desacreditar a las instituciones” –J.M.ESPINAR VICENTE *Sobre la urgente necesidad de reformas la regulación jurídica del matrimonio* (cit. en nt. 58), págs. 485 y 486.

¹⁶⁷ STC 198/2012, FJ 5 (2).

determinada orientación sexual, que lleva a mantener unas relaciones ajenas al matrimonio, no obliga a reconocer la posibilidad de contraerlo.

Como clave argumentativa se nos dibuja una evolución histórica que, en continuo progreso, habría llegado ahora a su cenit¹⁶⁸, lo que convertiría en absurdo plantear objeción alguna. “Se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales. Esta evolución parte de la despenalización de las conductas homosexuales”¹⁶⁹. No deja de ser significativo este énfasis en centrar el punto de partida en la desaparición de las sanciones penales, al tratarse de un aspecto no cuestionado por ninguna de las partes del proceso.

En todo caso, de esa fase inicial quedó indirecta constancia en la jurisprudencia constitucional, al haberse negado acceso a la casación a un militar condenado por “delito contra el honor militar, tipificado en el art. 352 del Código de Justicia Militar”, por haber mantenido “relaciones homosexuales, consentidas mutuamente, con otro soldado, ocurridas de noche, fuera del servicio, en los recintos del acuartelamiento, y en zona totalmente apartada”. El Fiscal descartó la existencia de “la discriminación alegada” por tipificarse “la relación homosexual como delito, y no haciéndolo en la relación heterosexual, por ser distintas ambas relaciones en su contenido y finalidad, no siendo asimilables ni comparables entre sí”. El Tribunal acabaría por otorgar amparo al militar declarando “el derecho

¹⁶⁸ Particularmente entusiasta N.PÉREZ CÁNOVAS ante “la extinción del Estado heterosexual” (sic), tras “la rebelión de las Comunidades Autónomas” -*El matrimonio homosexual* (cit. en nt. 162), pág. 2443. Tampoco se queda atrás F.J.MATÍA PORTILLA, que titula uno de sus epígrafes: “La respuesta del Tribunal Constitucional. Una apuesta de futuro” -*Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional* (cit. en nt. 65), pág. 2263.

¹⁶⁹ STC 198/2012, FJ 11, (3). R.MOLINER NAVARRO realiza un minucioso repaso de lo que llama “hoja de ruta” de este proceso: *El matrimonio de personas del mismo sexo en el derecho comparado*, en “Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo” (dir. Josefina Alventosa del Río) Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial 2005 (XXVI), págs. 198 y ss.

del mismo a formular recurso de casación” y anulando su denegación; se ahorró así pronunciarse sobre la segunda pretensión no examinada (la aludida discriminación), “sin perjuicio de la posible reproducción posterior, en su caso”, de la solicitud de amparo¹⁷⁰.

Superada aquella rechazable *tipificación delictiva*, estaríamos viviendo ya la tercera fase de un largo proceso. Se pasó de la conducta criminalizada a su conversión en un no prohibido *agere licere*; ahora habría llegado el momento de plantearse una posterior elevación a fuente de un *derecho*, capaz de desvirtuar a su servicio una milenaria institución social¹⁷¹. Todo ello parece exigir más profundo fundamento que el que llevó al cuestionamiento de la punición de las relaciones homosexuales; no cabe identificar no punición con existencia de un derecho, pues con ello no se iría más allá de posibilitar un mero *agere licere*.

El proceso que aparentemente ahora culmina es sin embargo fruto de una descripción truncada, al ocultar un ulterior escalón, resaltado ya por la doctrina¹⁷²; se está llegando a la conversión de la relación homosexual en ingrediente indispensable del concepto de *orden público*, que se recoge en el art. 16.1 como único límite reconocido a la libertad ideológica y religiosa. Como consecuencia, se vuelve al derecho penal, pero ahora para incriminar como *fobia* -en un contexto no muy diverso del de las islámicas leyes de blasfemia- a cualquier intento de expresar públicamente, incluso por

¹⁷⁰ STC 33/1985, de 7 de marzo, A. 1 a) y d), 4 (2) y Fallo.

¹⁷¹ Para L.ARECHEDERRA, “tratar de desvelarnos la realidad matrimonial a estas alturas de la historia del género humano constituye una tarea de difícil calificación” -*El matrimonio es heterosexual* (cit. en 77), pág. 11. E.RAMOS CHAPARRO, en su *Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre “matrimonio homosexual”* defiende que “el matrimonio entre personas del mismo sexo jamás ha estado prohibido, sino que era (y es) simplemente inexistente” y en consecuencia no necesitaba “ni declaración de ineficacia”. Busca apoyo argumental en el iusnaturalismo de Suárez, que por razones que hubiera venido bien explicara considera convincentes “especialmente para los fieles católicos” (cit. en nt. 79), págs. 2038 y 2041-2042.

¹⁷² Incluso modestamente por nuestra parte: *Libertad de expresión, filias y fobias*, en “Libertad de expresión y sentimientos religiosos” Lisboa, Juruá, 2012, págs. 61-70.

ministros religiosos, un rechazo moral a tales relaciones. Cabrá expresar que se considera inmoral el adulterio, sin convertirse por ello en adulteróforo; pero será imposible esquivar la acusación de homofobia ante la más mínima reticencia pública respecto a estas relaciones, sin que pueda servir de excusa que –como en el caso anterior- no vaya acompañada en la práctica por actitud alguna discriminatoria hacia quienes las hagan propias. El Tribunal tuvo ya ocasión de sentar doctrina contra esta posible deriva final, al negar carácter inconstitucional a actitudes de *negacionismo* respecto al Holocausto, por no considerarlas punibles si no iban acompañadas de una incitación práctica al antisemitismo¹⁷³. El resultado final podría ser el nacimiento de otro *nuevo derecho*: el poder impedir que nuestras conductas –o al menos algunas de ellas particularmente relevantes- puedan verse moralmente rechazadas.

Resulta por lo demás absolutamente caprichoso afirmar, sin fundamento conocido, respecto al matrimonio que “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”¹⁷⁴; pero todo ello puede acabar viéndose impulsado por un peculiar motor progresista: optemos por lo que inevitablemente acabará siendo cierto aunque aún no lo sea. A este fenómeno había aludido, en relación a las parejas de hecho de uno u otro sexo, un Magistrado Emérito: “Los modos de vida de una sociedad permisiva han facilitado la demanda de los *lobbies* de este tipo de personas y tampoco faltan –por el contrario, abundan- los creadores de opinión que colaboran en la tarea sobre la base de criterios que ellos califican como

¹⁷³ En la STC 235/2007, de 10 de diciembre.

¹⁷⁴ STC 198/2012, FJ 9 (14). Pocas dudas sobre cuál era el punto de partida. Para R.BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO “El marco constitucional excluye pues del matrimonio a las uniones homosexuales” y “las leyes autonómicas sobre parejas de hecho parten de la premisa de que éstas, siendo parecidas al matrimonio, son en realidad otra cosa”, lo que “se fundamenta en la doctrina del Tribunal Constitucional” *La competencia para legislar sobre parejas de hecho* “Derecho Privado y Constitución” 2003 (17), págs. 65 y 67; también 79.

‘progresistas’ como si fueran poseedores de un don de adivinación para calibrar por como corren las líneas del progreso en el futuro”¹⁷⁵.

Queda pues flotando la impresión de que se ha tratado de amparar constitucionalmente una minoritaria operación de ingeniería social, instrumentalizando el prestigio de una institución para convertirla en bálsamo de una lamentable situación discriminatoria que nada tiene que ver con ella. Se trataría en definitiva de hacer aparecer como normal¹⁷⁶ lo que la sociedad sigue considerando anormal. Nadie considerará, por ejemplo, indicio de normalidad que se haya evitado cuidadosamente incluir en la fundamentación de la Sentencia el término *matrimonio homosexual*, hasta quince veces presente en los Antecedentes por ella recogidos. Resulta sin embargo muy de agradecer su renuncia a incluir como estreno constitucional el término *matrimonio igualitario*, hoy confesionalmente exigido dentro de la jerga de la ideología de género, evitando que el Tribunal pareciera instrumentalizado a su servicio.

11.VOLUNTARIOSO SUCURSALISMO EUROPEO

Aunque compartamos algunas querencias culturales con otros países, no es difícil detectar rasgos tan peculiares como sorprendentes en nuestra particular solución a determinados problemas. En ocasiones puede ser un antifranquismo más póstumo aun que tardío, pero tampoco hay que menospreciar el magnetismo que de su mano sigue produciendo atravesar los Pirineos. Eso puede explicar que mientras el Tribunal Constitucional alemán mide escrupulosamente desde Karlsruhe los gramos de su soberanía que el derecho europeo pueda poner en juego, en España no importe

¹⁷⁵ L.DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN Prólogo a E.ROCA *Familia y cambio social* (cit. en nt. 75), pág. 18.

¹⁷⁶ F.J.D’AGOSTINO resalta un “irresistible deseo mimético”, al considerar las reformas legales danesas encaminadas a tal fin –*Linee di una filosofia della familia* (cit. en nt. 12), pág.129.

demasiado que Estrasburgo nos anime a responsabilizarnos del margen de apreciación que nos corresponde en todo lo no netamente consensuado; habrá que atiborrarse de citas europeas, no vaya a ser que nos equivoquemos. España se negará ahora a ser diferente, por mucho que Europa se empeñe en que pueda serlo... Es obvio que, como miembros de la Unión Europea, el derecho comunitario goza de prevalencia respecto a nuestro ordenamiento interno; tan obvio como que el derecho comunitario controlado desde Luxemburgo se mueve en el plano de la legalidad y en modo alguno en el de la constitucionalidad.

Este tropismo europeísta puede explicar un curioso fenómeno. Para empezar, se renuncia a conceder valor hermenéutico alguno al *sentido propio de las palabras*, sacrificándolo en aras de una supuesta *interpretación evolutiva* de la norma; se la erige luego en exigencia fundamental de la Constitución a la hora de ser interpretada, a “riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta”¹⁷⁷; se la vincula al fin, por razones ignotas, con la “regla hermenéutica del art. 10.2 CE”¹⁷⁸, aunque no quede muy claro qué puedan tener de evolutivos lo tratados allí aludidos.

La confluencia de la opción sociologista con el seudoevolucionismo interpretativo parece desembocar en una desfiguración del alcance del artículo 10.2 CE. Lo que se nos propone como mero criterio de interpretación cobra categoría de norma supraconstitucional.

Es lógico que los tratados suscritos por España, pese a su obligada generalidad, deban orientarnos a la hora de buscar salida ante posibles dudas hermenéuticas; pero convertir la doctrina constitucional en una suerte de

¹⁷⁷ STC 198/2012, FJ 9 (1).

¹⁷⁸ STC 198/2012, FJ 9 (2). Como es sabido el citado párrafo 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”.

terminal vicaria de la jurisprudencia de Estrasburgo, o incluso de foros menos perentorios, parece excesivo. No somos jurídicamente una colonia europea.

Lo más llamativo es que la misma jurisprudencia del TEDH reconoce - en casos que la propia Sentencia cita- que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma. Así ocurre con los casos Rees, de 17 de octubre de 1986, y Cossey, de 27 de septiembre de 1990, citados ya –como recuerda la Sentencia¹⁷⁹- por el ATC 222/1994, cuando resaltaba que “se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual”. En aquellos casos se recordaba que, al garantizar el derecho a casarse, el Convenio se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo, sin que su remisión a la normativa de los Estados¹⁸⁰ excluya que en algunos -como el nuestro- pueda incluso revestir rango constitucional. Pese a todo –quizá de la mano de ese antifranquismo póstumo- el reconocimiento europeo de un margen de apreciación basado en nuestro ordenamiento constitucional encontrará como respuesta la petición de una receta europea que nos dispense de ser quienes somos.

Por lo demás, el intento de la Sentencia de proponer en términos sociológicos la existencia de un contexto internacional abrumadoramente mayoritario en favor del reconocimiento del nuevo matrimonio basado en una

¹⁷⁹ STC 198/2012, FJ 10 (7).

¹⁸⁰ Los recurrentes recuerdan que el TEDH “ha proclamado expresamente la concepción heterosexual del matrimonio y el reconocimiento a los Estados miembros de un ámbito de decisión en cuanto a extremos tales como los requisitos para contraer” –STC 198/2012, A. 1 c) (2). También el citado Auto aludió a “la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante las leyes el ejercicio del derecho de casarse”, lo que merece cita –FJ 2 (2).

relación homosexual no tiene fundamento real alguno¹⁸¹. Se lo niega el propio TEDH, que considera que “el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra”; sin que la querencia a la divagación errática ahorre en el texto de la resolución esa cita¹⁸².

La realidad es que desde el Parlamento Europeo y el Tribunal de Estrasburgo lo que “se propugna no es directamente la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo, sino la regulación de esos otros modelos de pareja junto al matrimonio”; pues “la apertura del matrimonio a parejas del mismo sexo es absolutamente minoritaria tanto en la Unión Europea como en el ámbito internacional”¹⁸³. No en vano, nuestro nada modesto legislador lo planteó en su momento, con toda razón, como una ambiciosa opción vanguardista destinada a convertir a España en pionera a la hora de formular tan revolucionaria propuesta.

12.MATRIMONIO Y FAMILIA

Frente a la ya comentada afirmación de que nuestra Constitución habría desvinculado matrimonio y familia¹⁸⁴, se ha resaltado –como vimos– que la familia es cosa de tres; lo que la haría implícitamente ininteligible, no solo sin matrimonio, sino sin el indispensable complemento de la filiación. No puede extrañar pues que entre en escena la *adopción*. No en

¹⁸¹ Al hacerse pública la Sentencia, el matrimonio homosexual había sido aprobado en 11 países: Holanda, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina y Dinamarca. En Méjico solo en el Distrito Federal y en el Estado de Quintana. En EE.UU., 41 Estados lo prohíben y 8 y el Distrito de Columbia lo han legalizado. En California fue legal durante unos meses en 2008, pero fue anulado en referéndum.

¹⁸² STC 198/2012, FJ 9 (8).

¹⁸³ CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen* 2628/2004, V (1).

¹⁸⁴ Para J.M.ESPINAR VICENTE, por el contrario, “ninguna norma de la Constitución habla de proteger al matrimonio. Por consiguiente hemos de entender que se protege al matrimonio como uno de los modelos de familia” –*El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado* (cit. en nt. 84), pág. 273.

vano se ha recordado “el viejo brocardo escolástico según el cual *tria faciunt collegium*. En puridad no existe familia en el sentido moderno de la palabra si no existe procreación y filiación”¹⁸⁵.

Resulta también llamativo que en nuestro país tenga menos incidencia que en otros el diverso rechazo que encuentra la posibilidad de contraer matrimonio homosexual en relación al mucho más acusado con que tropiezan los intentos de adopción por tales parejas. No en vano un miembro del Tribunal había considerado hace ya años que “el caso de la adopción conjunta por parejas homosexuales es uno de los más polémicos en estos momentos en el Derecho europeo”. A su juicio, “la única posibilidad de afrontar la solución del problema debe tener como base la protección del menor, porque cualquier argumento sobre derechos de las parejas homosexuales en este tema carece de sentido, en un sistema pensado para proteger a los menores”¹⁸⁶.

La radicalidad de la impugnación del matrimonio clásico llega al extremo de convertir en políticamente incorrecta la referencia a la función social que se deriva de su repercusión sobre la tasa de natalidad¹⁸⁷, incluso

¹⁸⁵ Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN *Contestación* (cit. en nt. 45), pág. 233. Aludió a la vez, oralmente, a que ello podía explicar la propuesta de regularizar la adopción por parejas homosexuales... Ya más de una docena de años antes había afirmado: “En puridad no existe familia en el sentido moderno de la palabra si no existe procreación y filiación. La familia se agrupa necesariamente en torno a la filiación” – Prólogo a E.ROCA *Familia y cambio social* (cit. en nt. 75), pág. 23.

¹⁸⁶ E.ROCA *Familia y cambio social. (De la “casa” a la persona)* Madrid, Civitas, 1999, págs. 256 y 257. El problema constituye uno de los aspectos centrales del recurso de inconstitucionalidad 5297/2000, presentado contra la Ley Foral 6/2000, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables, cuya deliberación se inicia -más de doce años después- cuando se escriben estas líneas.

¹⁸⁷ No deja de resultar llamativo el aparato con que los Vocales del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL discrepantes desvelan en su Voto Particular unas rechazables claves: “la concepción del matrimonio que late en dicho texto, asentada en criterios tradicionales, sin duda fuertemente enraizados en los sectores ideológicos conservadores”; “bajo la veste de la heterosexualidad de los cónyuges, pone indirectamente el énfasis en los fines reproductivos del matrimonio”. Para el *Informe*, la clave no estará “en la ‘tendencia’ heterosexual de sus miembros –lo que implicaría un

aunque se produzca en el marco de reflexiones de mera política económica. La arriesgada alusión de uno de los Magistrados discrepantes a que el matrimonio es “una unión sexual que la naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana” mereció titulares¹⁸⁸, como si el problema estuviera degradándose a un contexto ganadero; así nos va...

La alusión resulta al parecer más tolerable en el contexto académico, sobre todo si se resaltan sus nefastas consecuencias: “para afrontar las necesidades de reproducción y crianza de la prole, es necesaria una institución que cumpla las necesidades de previsión y protección y de ahí, el matrimonio, que históricamente ha alcanzado caracteres semejantes a la seguridad social, función que aun cumple en la actualidad, como puede comprobarse en tiempo de crisis. Pero esta función ha producido, a lo largo de los siglos, una perversa conclusión: la identificación entre matrimonio y familia”; que “llevó a otra identificación aún mas perversa, la del hogar con el patriarcado”¹⁸⁹. Aun así nunca estará de más tomar precauciones: “Puede seguramente pensarse que hay un concepto prejurídico de ‘familia’, compartido con las especies zoológicas y botánicas, pero no es éste un camino útil para divagar”; “la ‘naturalidad’ si es que existe solo se puede encontrar en el fenómeno de la procreación y del nacimiento de los nuevos miembros del grupo social y ello sin exagerar las notas”¹⁹⁰.

No es extraño pues que el pronóstico legal de que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, del nuevo artículo 44 del Código Civil no haya podido por el momento cumplirse en lo relativo a la determinación de la

elemento subjetivo- , sino en la realidad biológica, física o anatómica en que se plasma la diversidad y complementariedad de sexos” –apartado V.1.

¹⁸⁸ Epígrafe 1 (3) del Voto Particular del Magistrado Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS; titular en “El Periódico” y ForumLibertas.com, 16-11-12.

¹⁸⁹ E.ROCA TRÍAS *Libertad y familia* (cit. en nt. 37), pág. 18.

¹⁹⁰ Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN *Contestación* (cit. en nt. 45), págs. 231 y 233.

filiación y la consiguiente presunción de paternidad del marido, presentes en el no modificado artículo 116¹⁹¹.

Debatir en ese contexto ambiental sobre la mayor o menor conveniencia de los referentes masculino y femenino entre los progenitores se convierte en tarea ardua. Jugando con las encuestas resultaría mucho más fácil: un 47.6% considera que la pareja heterosexual garantiza mejor el bienestar de los niños, mientras que solo un 9.7% opinaría lo mismo de la homosexual¹⁹². Por si fuera poco, entra en juego la antigua aceptación en nuestro país de la adopción por personas solteras, partiendo de la idea de que mejor que el menor cuente con uno de los padres que con ninguno; en un contexto que hacía inimaginable que ello fuera compatible con una declarada homosexualidad¹⁹³.

Si vale el inciso, cabría invitar a plantearse por qué el tratamiento jurídico del matrimonio es tan antiguo como el derecho mismo, lo que lleva a resaltar a un Magistrado discrepante que “como institución precedió a la tribu”¹⁹⁴. No parece que haya sucedido lo mismo con la amistad¹⁹⁵; ni siquiera cuando esta cobra una dimensión erótica. Existe sin duda en el matrimonio una dimensión social que le hace cobrar una relevancia que

¹⁹¹ La propia Exposición de Motivos se excusa: “Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”.

¹⁹² Según el citado Barómetro del CIS de junio de 2004; la solución salomónica de garantizar el bienestar del niño, con independencia de la orientación sexual de los adoptantes no fue más allá de un 41%.

¹⁹³ Buena prueba de ello es el caso de 22 de enero 2008 *E.B. contra Francia*, con similar regulación legal, que llevó a este país a verse condenado por el Tribunal de Estrasburgo por negar la adopción a una lesbiana.

¹⁹⁴ Epígrafe 1 (2) del Voto Particular del Magistrado Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS.

¹⁹⁵ Valdría la pena repasar Luigi LOMBARDI VALLAURI *Amicizia, carità, diritto* Milano, Giuffrè, 1974. J.V.GAVIDIA SÁNCHEZ descarta que la afectividad pueda justificar la relevancia jurídica del matrimonio y en consecuencia “resulta claramente impropio describir las uniones familiares no matrimoniales como relaciones de afectividad análogas a la conyugal” -*Matrimonio y uniones libres* (cit. en nt. 83), pág. 1502.

exige verse jurídicamente institucionalizada. Si -lo que puede a estas alturas no ser descartable- alguien entendiera el matrimonio como una cooperativa individualista de consumo sexual, sería bastante razonable considerar discriminatorio que porque alguien prefiera consumir de modo peculiar se le tratara desigualmente. La cuestión radica es si cabe entenderlo así.

Se ha recordado con acierto que todo negocio tiene causa, lo que contradiría un posible divorcio sin causa, para resaltar que la reforma legal del divorcio ha condicionado (antropológicamente, a mi modo de ver) la del matrimonio homosexual. La respuesta consistiría en que “el tema de las relaciones de afectividad es precisamente (nos guste o no) el que parece esté destinado a convertirse en clave”. El matrimonio acabaría “concebido así, en lo fundamental, como cauce para la realización de la afectividad interpersonal”, aun admitiendo que “los sentimientos no son controlables jurídicamente”¹⁹⁶.

No parece por otra parte que, si se suscribe el razonamiento de los Magistrados mayoritarios, quepa descartar un matrimonio a tres, rompiendo así con el tradicional diseño monogámico¹⁹⁷. No se trata de

¹⁹⁶ S.CARRIÓN OLMOS *Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio* “Diario La Ley” 19 julio 2005 (6298), D-180, págs. 1331, 1333 y 1334. El *Informe* de la REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN (cit. en nt. 99), por el contrario, afirma que, “desde el punto de vista jurídico no puede decirse que el matrimonio sea un instrumento para dar cauce a la afectividad de las personas”, ya que “lo que se garantiza con el matrimonio es un compromiso de vida común y que es independiente de las relaciones de afectividad, porque éstas pertenecen al terreno de la intimidad”.

¹⁹⁷ J.V.GAVIDIA SÁNCHEZ argumentará que “no es, en modo alguno, evidente ni, por tanto, incuestionable, que el concepto de matrimonio incluya la diferencia de sexo entre los contrayentes, del mismo modo que no incluye la nota de monogamia” -*Uniones de hecho y concepto constitucional de matrimonio* (cit. en nt. 29), pág. 22. El *Informe* del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL equipara reiteradamente –apartado IV, 3.2 y 3.3- ambas situaciones: “llamar matrimonio a la unión de personas del mismo sexo es un cambio radical, como lo sería llamar matrimonio a la unión de más de dos personas”.

ninguna excentricidad argumental, ni de algo que solo se haya planteado en alguna remota notaría brasileña. La argumentación esgrimida en dicho país por la comunidad LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales) es parecida, aunque en contexto literal más favorable, a la suscrita por la Sentencia española. “Ninguna ley ni tampoco la Constitución prohíben la unión estable poliafectiva. Prevén como entidad familiar la unión entre dos personas, pero reglamentar una norma sin prohibir la otra representa una laguna normativa y no una prohibición implícita”, afirma la notaria. “Por otro lado, entiendo que sería inconstitucional prohibir esa unión estable poliafectiva porque la Constitución ampara toda familia y no sólo la que esté constituida por un casamiento. La familia conyugal estaría definida por la afectividad, la durabilidad y la continuidad de la unión en comunión”¹⁹⁸.

También en Canadá cobra fuerza la defensa de “multi-partner unions” o “polyamory”. En septiembre de 2010 el Fiscal General de British Columbia pidió al gobierno canadiense que levantara la prohibición de la poligamia en esa provincia. Un año después, el Tribunal Supremo de British Columbia declaró constitucional la ley que prohíbe la poligamia en Canadá, pero el asunto no hay por qué considerarlo cerrado. No falta tampoco bibliografía favorable¹⁹⁹. No hay por qué descartar que nos hallemos ante una

¹⁹⁸ La abogada y notaria Claudia do Nascimento Domingues, del municipio de Tupã (Estado de São Paulo) ha autenticado como unión estable la relación “poliafectiva” entre dos mujeres y un hombre; aclara que “existe una relación afectiva entre las tres personas, no se trata de un hombre viviendo con dos mujeres”, según informa “El Mundo” el 29.VIII.2012. El terceto lleva tres años conviviendo; la bisexualidad descartaría sin duda cualquier veto feminista a la poligamia.

¹⁹⁹ Por ejemplo, D.ANAPOL *Polyamory in the 21st Century: Love and Intimacy with Multiple Partners* Rowman & Littlefield Publishers, 2010; o la discípula de Rawls E.BRAKE *Minimizing Marriage: Marriage, Morality, and the Law* Oxford University Press, 2012. Obviamente tampoco faltan argumentos en contra: S.GERGIS, R.ANDERSON y R.P.GEORGE *What is Marriage? Man and Woman: A Defense* Encounter Books, 2012. Entre nosotros, J.V.GAVIDIA SÁNCHEZ consideraba que, cuando “el legislador estatal se ocupe de elaborar una ley en la que se contenga un estatuto general de las parejas no casadas”, “tendrá que precisar si sólo contempla a las

caprichosa discriminación anclada en atavismos dignos de ser superados; cabe pronosticar que no faltaría una acogida social llena de suficiente indiferencia como para acabar disfrazada de consenso.

Volviendo a la adopción, como acertadamente recoge la Sentencia, se trata con ella de “dar una familia a un niño, y no un niño a una familia”²⁰⁰. En efecto no sería tolerable instrumentar al menor como mascota o animal de compañía. La adopción es fruto de la deseable aspiración de que el menor goce de apoyo familiar y no de la existencia de un derecho al hijo, necesario quizá para dar más apariencia de matrimonio a lo que socialmente no la ha tenido.

Para uno de los Magistrados discrepantes, nos encontramos ante “el asunto más delicado de la reforma operada por la Ley”; considerar que “para la protección de los derechos e intereses del menor basta con la intervención del juez que autoriza la adopción que, caso por caso, ya se ocupará de valorar la conveniencia y oportunidad de la misma” le parece “una simplificación del verdadero problema”, que “no se le puede deferir al juez, porque es ponerle en una tesitura socialmente muy comprometida”; nos encontraríamos ante “otra consecuencia más de haber hecho decir al art. 32.1 CE lo que no decía”²⁰¹. Desde luego, los datos estadísticos internacionales sobre la escasa estabilidad de las parejas homosexuales deberían ser tenidos en cuenta por un legislador prudente; un juez, por prudente que sea, nunca estará en condiciones de traducir esas cifras macro para calibrar las exigencias del interés del menor en un caso concreto²⁰².

parejas o también a uniones de más de dos personas” -*Matrimonio y uniones libres* (cit. en nt. 83), pág. 1502.

²⁰⁰ Citando, en el FJ 12 (5), al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²⁰¹ Epígrafe 4 del Voto Particular del Magistrado Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS.

²⁰² Quizá pueda dar idea de la gravitación del interés del menor en la elaboración de la ley que el CONSEJO DE ESTADO considere “llamativo que, teniendo en cuenta el alcance del Anteproyecto, también en materia de adopción, no se haya recabado un

Para otro Magistrado discrepante, “no está a disposición de los miembros de una pareja del mismo sexo la adopción conjunta”; repasa a la vez sentencias de Estrasburgo que constatan en más de un caso la “ausencia de discriminación ante la negativa de conceder a una persona homosexual la adopción de un menor”²⁰³.

Tras haber suscrito la necesidad de una reforma constitucional para que resulte viable un matrimonio homosexual, no tendría demasiado sentido que abundara sobre la conveniencia de que lleve o no aparejada la posibilidad de adoptar, reconocida hasta ahora en nuestro derecho incluso a solteros sin obligado escrutinio de su orientación sexual. Me limitaré a recordar en qué medida ello despierta polémica en nuestra sociedad y a manifestar mi asombro al constatar que lo que en ella suscita tantas dudas se despeje tan dogmáticamente por los Magistrados mayoritarios: “El mandato de protección a la familia en general (art. 39.1 CE) y de los hijos en particular (art. 39.2 CE) contenido como principio rector de la política social y económica en el art. 39 CE, no queda incumplido por la opción que realiza en este caso el legislador, puesto que tal mandato orienta, precisamente, la opción legislativa adoptada”²⁰⁴.

Si se acepta que la familia es cosa de tres, resulta explicable el empeño en vincular al emparejamiento homosexual la posibilidad de adopción. Entre los detractores de la operación de ingeniería social no faltará quien piense que un niño ayuda a no desentonar... El problema consiguiente es si cabe esperar que ello se lleve a cabo en favor del menor o si está tipificando tácitamente un novedoso principio de *interés inferior*

informe de la Dirección General de las Familias y la Infancia” –*Dictamen* 2628/2004, I (4).

²⁰³ Epígrafe 5 (1) y (5) del Voto Particular del Magistrado Juan José GONZÁLEZ RIVAS.

²⁰⁴ STC 198/2912, FJ 12 (6).

*del menor*²⁰⁵. No tranquiliza demasiado constatar que los Magistrados mayoritarios lo consideran un instrumento positivo para “la regularización de familias homoparentales”²⁰⁶.

13.INDIVIDUALISMO MÁS RADICAL QUE COHERENTE

Volviendo a las líneas iniciales, todo invita a pensar que el *uso alternativo del derecho* de los sesenta resucita ahora, una vez archivada la invocación a la lucha de clases, al servicio de un radicalismo individualista²⁰⁷. Por eso no me extrañó demasiado que en una reciente conferencia en las Jornadas organizadas por la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional uno de los ponentes -favorito destacado en las quinielas para convertirse en Magistrado como candidato del Consejo General del Poder Judicial- citara a un autor tan posmarxista como posmoderno. Aunque no fuera ese el pasaje aludido, me resultó fácil recordar una de sus escasas propuestas jurídicas, arquetípica de un progresismo que sustituye la lucha de clases por el individualismo radical: “Una sociedad liberal ideal es una sociedad que no tiene propósito aparte de la libertad, no tiene meta alguna aparte de la complacencia en ver cómo se

²⁰⁵ En el *Informe* del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL se subraya que “plantear la cuestión como un problema de discriminación supone, inconscientemente, hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar”; considera que “la adopción conjunta de menores por parejas homosexuales, es inconstitucional por ser contraria al artículo 39.2 de la Constitución” –apartado IV, 3.4, Tercera.

²⁰⁶ STC 198/2012, FJ 5 (1).

²⁰⁷ No deja de resultar sintomático que C.AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ relativice la crítica ce que “el matrimonio homosexual implicaría un quebranto de la institución” invitando a preguntarse “si ese quebranto, tanto del matrimonio como de la familia tradicional, no se ha producido ya en los últimos tiempos”, tras aludir a leyes a su juicio progresistas que han hecho posible la fecundación in vitro a “mujer sola, sin pareja”. Pese al título de su trabajo, no deja de detectar en la ley “un criterio poco meditado y notablemente precipitado” y de admitir que “el texto es de dudosa constitucionalidad” – *Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo* “Revista General de Legislación y Jurisprudencia” 2005 (CLII/3) págs. 362 y 360, 351 y 353.

producen tales enfrentamientos y aceptar el resultado. No tiene otro propósito que el de hacerles a los poetas y a los revolucionarios la vida más fácil, mientras ve que ellos les hacen la vida más difícil a los demás sólo por medio de palabras, y no por medio de hechos"²⁰⁸. La verdad es que no acabo de adivinar cómo hacer esto coherentemente compatible con esa captación racional de exigencias éticas objetivas que justifica la existencia del control de constitucionalidad.

La misma valoración de la orientación homosexual en la Sentencia no parece en ocasiones rebosar coherencia. Lo comparto o no, entiendo perfectamente que se la pueda enlazar, como hacen los Magistrados mayoritarios, con “el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE”²⁰⁹. Al fin y al cabo la llamada *ideología de género* concede notable relevancia a la capacidad de la autonomía personal para liberarse, no sólo de presuntas exigencias antropológicas de la naturaleza humana, sino incluso de los condicionamientos físicos derivados de la corporalidad. Ese demiúrgico autodomínio -o quizá, más bien, autoapropiación- tiene su peculiar lógica. No veo sin embargo que rime demasiado con una especie de fidelidad genética que llevaría a considerar como una traición a la propia identidad el apartarse de una homosexualidad fruto de determinismo genético.

El Abogado del Estado se enreda no poco con el asunto, hasta llegar - muy a su pesar- a maltratar a aquellos a los que pretende favorecer. Para fundamentar la relevancia discriminatoria del descarte de un posible matrimonio homosexual, parece presentar la homosexualidad como fruto de un determinismo originario. Se muestra, de modo contradictorio, muy decidido a proteger “algo como la orientación sexual, que nunca es

²⁰⁸ R.RORTY *Contingencia, ironía y solidaridad* Barcelona, Paidós, 1991, pág. 79.

²⁰⁹ STC 198/2012, FJ 11 (4).

optativo”²¹⁰; convencido de que “la orientación sexual es un factor unido al libre desarrollo de la personalidad que no es mudable”²¹¹. Se hace dudosa la frontera entre su postura y la de quienes entienden más bien la homosexualidad –con no poco enojo de los afectados- como una patología congénita susceptible de tratamiento terapéutico. No se sabe si lo que se está ensalzando es la libre elección o una obligada fidelidad a la propia condición liberada de complejos.

Si la orientación homosexual se considera como fruto de la libre elección personal, sería como es lógico tan optativa como mudable. Si hay algo que enorgullece a los colectivos homosexuales es presentar su confesada orientación sexual como destacada expresión del libre desarrollo de su personalidad²¹². Los mismos Magistrados mayoritarios suscriben cómo del “derecho a contraer matrimonio se puede extraer la libertad de no contraerlo. El derecho a contraer matrimonio, o a no contraerlo, se limita a asegurar la capacidad de elección, a impedir el mandato o la imposibilidad absoluta, pero no a asegurar a quien la ejerce en un determinado sentido los mismos efectos que se atribuyen a quien lo hace en otro”²¹³.

Parece obligado derivar de ahí coherentemente que no cabe apreciar discriminación alguna en respetar que alguien libremente pueda optar por una relación homosexual prefiriéndola al matrimonio, en modo alguno necesario

²¹⁰ En contra de lo expresado en el epígrafe II de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, que justifica su preocupación por “quienes adoptan una opción sexual y afectiva”, como fórmula para “la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere”.

²¹¹ STC 198/2012, A. 5 b) (14) y A. 5 a) (5).

²¹² Para el CONSEJO DE ESTADO, “el libre desarrollo de la personalidad y la libertad en cuanto a las formas de convivencia se preservarían mejor -cuando menos, en igual medida- si se permitiese a cada persona elegir uno u otro modelo de convivencia con perfiles propios según cual sea su personal opción, sin constreñir a quienes tienen una opción sexual y de afecto por personas de su mismo sexo a insertarse en una institución jurídica cuyo régimen ha sido conformado para dar cauce a una realidad distinta” - *Dictamen* 2628/2004, IV C b) (3).

²¹³ STC 198/2012, FJ 10, (5), citando el FJ 3 del ATC 204/2003, de 16 de junio.

ni para satisfacerla ni para regular sus posibles consecuencias. Resultaría caprichoso decidir que es la renuncia al matrimonio lo que ha generado una diferencia históricamente arraigada que haya 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. Buena prueba de ello es el gran número de convivientes homosexuales que siguen sin mostrar el menor interés por el matrimonio, como ocurre por lo demás crecientemente con no pocos heterosexuales. El problema por tanto se reduciría al afán de algunos de los que suscriben una opción homosexual por asegurarse los mismos efectos que se atribuyen a quien lo hace en otro, comenzando por la respetabilidad social que pueda ofrecer la institución matrimonial.

La situación no sería, desde esta perspectiva, muy distinta a la de un caso ya analizado por el Tribunal, al negar pensión de viudedad al anarquista que –fiel a sus convicciones, que le presentaban el matrimonio como incompatible con la libertad- se había negado a someterse a las exigencias de dicha institución²¹⁴.

No menos incoherente resulta una anómala y excepcional afinidad entre paternalismo y autonomía de la voluntad. Nadie considerará rechazable que, en libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, se facilite a los ciudadanos asumir decisiones patrimoniales jurídicamente irreversibles. Sin necesidad de aludir a discriminación alguna de los heterosexuales, parece razonable aceptar que se ha llegado de hecho a una negativa de reconocimiento jurídico a la libre asunción de un vínculo matrimonial indisoluble, reducido hoy a hazaña ajena a todo principio de justicia, comparable verse incluido en el Guinness o a lograr una estrella Michelin.

²¹⁴ STC 66/1994, de 28 de febrero.

No parece muy coherente considerar a un matrimonio indisoluble como incompatible con la dignidad humana; al menos si se admite que “el derecho de familia debe interpretarse en la línea de la protección de la dignidad de la persona humana, evitando el paternalismo a que tienden los operadores jurídicos en general”²¹⁵. En el fondo nos encontramos ante un incoherente paternalismo individualista, que considera obligado proteger al ciudadano de posibles desvaríos altruistas, impidiéndole toda vinculación irreversible. De ahí que no revista ya demasiada consistencia jurídica el antes llamado *vínculo matrimonial*; el matrimonio aparece más bien situado de modo obligatorio en el marco de referencia de una desvinculada emancipación individualista.

14. UN TEXTO PARA LA HISTORIA

En resumen, sería despreciar el alcance de la sentencia presentarla - como se ha hecho- atribuyéndole una mera ampliación de derechos individuales, gracias a la mutación de una institución pre-individualista. Sin duda el desarrollo del derecho constitucional al matrimonio compete a la ley, pero se trata del desarrollo del derecho a insertarse en una institución, no del derecho a redefinirla. Como había señalado el Tribunal, “los derechos constitucionales no sólo se imponen al legislador, sino que son resistentes al mismo”²¹⁶; mientras que en este caso es el legislador el que se está inventando un nuevo derecho, desfigurando una institución.

Se ha trastocado la teoría jurídica, convirtiendo en difícilmente inteligibles términos como concepto, institución o interpretación. Se ha instrumentalizado una institución milenaria, no reconociéndole otra función que la de otorgar reconocimiento social a conductas hasta no hace mucho

²¹⁵ E.ROCA TRÍAS *Libertad y familia* (cit. en nt. 37), pág. 15.

²¹⁶ STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13 a) (2).

injustamente discriminadas. Se ha dado vía libre a un individualismo sin referencias sociales, que niega el sentido mismo de lo jurídico. El precio de esta operación de ingeniería social, de dudoso éxito²¹⁷, es la desnaturalización de la institución misma y la desprotección de los bienes jurídicos de dimensión social que amparaba.

Con todo ello en realidad lo que se ha puesto en riesgo es una Constitución convertida, sea cual el sentido propio de sus palabras, en universalmente disponible para el legislador.

No me queda, como andaluz, sino recordar los versos del poeta, que los consideraba más revolucionarios que evolutivos:

Manifiestos, escritos, comentarios, discursos
humaredas perdidas, neblinas estampadas
qué dolor de papeles que ha de llevar el viento
qué tristeza de tinta que ha de borrar el agua
Las palabras entonces no sirven, son palabras...²¹⁸

²¹⁷ “Por mucho que tras la entrada en vigor de la ley se utilice unívocamente el término, el matrimonio heterosexual seguirá siendo una ‘realidad’ distinta a la representada por el matrimonio homosexual”. “Y ello por la propia naturaleza de las cosas” - S.CARRIÓN OLMOS *Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio* (cit. en nt. 196), pág. 1335.

²¹⁸ R.ALBERTI *Nocturno*, en *De un momento a otro* Madrid, Europa-América, 1937.