

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

14602 *Pleno. Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. 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 modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Garantía institucional del matrimonio y protección de la familia: constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan José González Rivas, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005, interpuesto por don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, comisionado al efecto por otros setenta y un Diputados del Grupo Popular del Congreso, contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 30 de septiembre de 2005, don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, actuando en condición de comisionado de otros setenta y un Diputados del Grupo Popular del Congreso, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil (CC) en materia de derecho a contraer matrimonio, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 2 de julio de 2005.

Tras exponer los fundamentos jurídico-procesales de la demanda y solicitar de este Tribunal que, conforme a lo dispuesto en el art. 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), se recaben de las Cortes Generales y del Gobierno el expediente de elaboración de la ley recurrida y cuantos informes se hayan elaborado en relación con la misma por los órganos constitucionales o de relevancia constitucional a los efectos de poder completar, en su caso, las alegaciones en el trámite procesal oportuno, el escrito de interposición desarrolla los fundamentos de Derecho del recurso en los términos que a continuación se exponen:

a) En un primer apartado titulado «Planteamiento general del recurso» se pone de relieve que la ley impugnada consta de un artículo único con varios apartados que modifican diversos preceptos del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La modificación principal, de la que traen causa todas las demás, es la contenida en el apartado uno, que añade un segundo párrafo al art. 44 CC, que dispone que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Los demás apartados del artículo único, así como

las disposiciones adicionales de la Ley, adaptan desde un punto de vista terminológico diversos preceptos del Código civil y de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil a esta nueva posibilidad, sustituyendo expresiones como «marido y mujer» por la de «los cónyuges» o «los consortes», o «el padre y la madre» por «los padres» o «los progenitores».

En opinión de los recurrentes, mediante esta simple reforma de unas cuantas palabras del Código civil se vendría a modificar la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer. A pesar de parecer una reforma legal mínima, se trata de una de las modificaciones legislativas de mayor trascendencia y repercusiones para la sociedad española, puesto que, en el fondo, se viene a crear una institución nueva, cuyos perfiles son distintos a aquellos por los que hasta ahora ha sido conocido el matrimonio. En este sentido, se señala que la reforma no sólo afecta al conjunto de normas que se refieren a la institución matrimonial, sino también a todo el sistema normativo relativo a la familia, que se apoya en conceptos jurídicos seculares como el de padre, madre, esposo y esposa, y que también se ve afectado por la posibilidad de que los matrimonios en que los cónyuges pertenecen al mismo sexo adopten a menores.

Tras señalar que esta forma de proceder del legislador suscita reproches de todo orden y que en la elaboración de la ley se han despreciado los informes del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado y de la Real Academia Española, los recurrentes cifren sus objeciones a las jurídico-constitucionales y, concretamente, a la vulneración de los arts. 32, 10.2, 14 (en relación con los arts. 1.1 y 9.2), 39.1, 2 y 4, 53.1 (en relación con el art. 32), 9.3 y 167, todos ellos de la Constitución Española, así como a lo que se considera que constituyen tres razones añadidas que dan a la inconstitucionalidad de la Ley un relieve muy particular. Estas razones, que se exponen previamente a las concretas tachas de inconstitucionalidad, son las siguientes:

– El carácter básico de la institución del matrimonio. Se recuerda que existen pocas instituciones en la historia de la humanidad con la tradición, solidez e importancia social del matrimonio, institución que responde a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie, así como a su perpetuación. De ahí la necesidad de reconocer, proteger y fomentar de forma precisa, específica y sostenida en el tiempo la unión entre el hombre y la mujer. Y de ahí que la ley impugnada desnaturalice el matrimonio, haciendo de una institución con unos contornos tan definidos y universales una institución polisémica, borrosa y disponible.

– La imposibilidad de que el legislador modifique la Constitución cambiando el nombre acuñado de las cosas empleado por el constituyente. Se aduce, desde este punto de vista, que mediante el sencillo fraude de modificar el sentido de las palabras utilizadas por el constituyente y el contenido de las instituciones reconocidas por el mismo lo que se está haciendo es vulnerar la integridad y la fuerza normativa del texto constitucional. Los recurrentes admiten la necesidad de adaptar las instituciones a cada tiempo y circunstancia, pero tratándose de una institución garantizada constitucionalmente consideran que esta decisión corresponde al poder de reforma constitucional y no al legislador ordinario.

– La posibilidad de conseguir la finalidad perseguida a través de fórmulas que no supongan una ruptura de la Constitución. Los recurrentes consideran que la reforma aprobada pretende institucionalizar y proteger jurídicamente la convivencia estable de parejas del mismo sexo en iguales o similares términos que se hace en el caso de las parejas heterosexuales. Dicha finalidad es compartida por el grupo parlamentario al que pertenecen los recurrentes, pero en su opinión el error constitucional reside en que para hacer efectivo este propósito no resulta necesario desnaturalizar la institución constitucional del matrimonio o ponderar y escoger entre diversos intereses de relevancia constitucional teóricamente en conflicto. No se recurre la Ley porque amplíe los derechos de los homosexuales, ni porque pretenda introducir en el ordenamiento español un cauce institucional para encauzar su relación de pareja con plenos efectos jurídicos. Se recurre, entre otras cosas, porque 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. La Constitución no se respeta, continúan los recurrentes, privando de derechos a quienes legítimamente los tienen para reconocer con ello los nuevos derechos legítimos de otros; se respeta y avanza desde un punto de vista democrático dando derechos a quienes no los tenían, pero sin perturbar ni disminuir los que la Constitución garantiza. Respetar la institución del matrimonio tal y como la ha querido el constituyente no es incompatible, concluyen los recurrentes, con la plena equiparación de derechos civiles de las personas homosexuales. Existen diversas opciones para ello, pero la peor es la escogida por el autor de la reforma, quien para construir destruye una institución constitucionalmente garantizada como el matrimonio.

b) El primer y fundamental motivo de inconstitucionalidad aducido por los recurrentes es la infracción del art. 32 CE, relativo al derecho a contraer matrimonio y a su garantía institucional. En su opinión, de este precepto se desprenden dos notas fundamentales: que el derecho a contraer matrimonio está constitucionalmente reconocido al «hombre y la mujer», siendo la igualdad y la heterosexualidad las dos notas principales del mismo; y que la Constitución dota al matrimonio de una garantía institucional, asegurando su existencia y preservándolo en los términos que lo hacen reconocible. Se consideran inexactas, en cambio, las tesis de los defensores de la Ley en el sentido que el art. 32 CE no exige que el hombre y la mujer deban casarse «entre sí», así como que la incorporación de las parejas homosexuales a la institución matrimonial no la menoscaba, puesto que añade derechos sin afectar a los de nadie. Los recurrentes argumentan extensamente su posición respecto del art. 32 CE a partir de su interpretación literal, su interpretación en relación con los antecedentes históricos, constitucionales y legislativos, y a partir de la propia doctrina del Tribunal Constitucional. A ello añaden una serie de consideraciones en relación con el art. 32.2 CE, el papel de los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional, las garantías institucionales y el Derecho comparado.

– El criterio del sentido propio de las palabras empleadas en el art. 32.1 CE sirve a los recurrentes para sostener, en primer lugar, que la utilización del término «matrimonio» –y no de otros como «relación de convivencia» o «relaciones estables de familia»– resulta en sí misma significativa, puesto que su propio significado etimológico es revelador de su verdadera naturaleza. Aunque no existe plena coincidencia sobre la etimología latina del vocablo matrimonio, la idea predominante en las diversas derivaciones del mismo es la idea de «madre», que presupone la de engendramiento y la unión sexual entre un hombre y una mujer. De acuerdo con ello, el matrimonio equivale a un vínculo jurídico entre varón y mujer, no siendo casual que el diccionario de la Real Academia Española lo defina como la «unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales».

En esta misma línea de interpretación literal del art. 32.1 CE se señala, en segundo lugar, que la referencia expresa al «hombre y la mujer» permite deducir de modo evidente una reserva constitucional del matrimonio a favor de parejas heterosexuales, puesto que el art. 32 CE es el único precepto constitucional que utiliza dicha referencia para determinar quiénes son los titulares del derecho a contraer matrimonio. Que el único precepto constitucional que hace referencia a la diversidad sexual de las personas sea precisamente el art. 32.1 CE resulta para los recurrentes significativo y determinante, puesto que implica que el hombre y la mujer –no las parejas del mismo sexo– tienen constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio.

Más allá de recordar que este mismo criterio es compartido por el Consejo de Estado, la doctrina científica, la jurisprudencia, la Dirección General de los Registros y el Notariado, y los tratados internacionales suscritos por España, los recurrentes también esgrimen que debe llegarse a idéntica conclusión si se tienen en cuenta los preceptos 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). De lo contrario, no se entendería que

el art. 39.2 CE se refiera a la protección de «las madres», que el art. 39.3 CE aluda a «los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio», ni que el art. 58 CE se refiera a «la Reina consorte» o «el consorte de la Reina».

Finalmente, en este mismo orden de consideraciones se señala que la referencia expresa al hombre y la mujer que hace el art. 32 CE debe interpretarse a la luz de la mención a la «plena igualdad jurídica» contenida en su inciso final, mención que se justifica por la desigualdad existente en el ordenamiento civil preconstitucional, pero que presupone el carácter heterosexual del matrimonio, puesto que de otro modo no cabría predicar dicha igualdad entre los cónyuges.

– A la misma conclusión llegan los recurrentes interpretando el art. 32.1 CE a la luz de sus antecedentes históricos, constitucionales y legislativos. En su opinión, el constituyente de 1978 no creó *ex novo* la institución matrimonial, sino que partió y se remitió a la concepción del matrimonio imperante en el mundo occidental y la tradición jurídica española. A partir del análisis del proceso de elaboración del art. 32 CE los recurrentes concluyen que desde la primera versión del anteproyecto hasta la versión definitiva siempre se contempló la referencia expresa al «hombre y la mujer» en el precepto relativo al derecho a contraer matrimonio (art. 27.1 del anteproyecto, 30.1 del proyecto y 32.1 del texto definitivo de la Constitución), sin que en ningún momento se contemplara otra posibilidad ni se acogiera otra formulación. Es más, se recuerda el rechazo de formulaciones alternativas en las que se hacía referencia genérica a «los cónyuges» (Voto particular del Grupo Parlamentario Comunista) o a «toda persona» (Voto particular del Grupo Parlamentario Socialista), así como enmiendas en sentido similar (números 64 y 479 en el Congreso de los Diputados, y números 25 y 465 en el Senado), lo cual permite deducir que la Constitución sólo contempla el matrimonio heterosexual. De ahí que, en su opinión, ni siquiera fuese necesario añadir el inciso «entre sí» para exigir algo que estaba implícito en la referencia expresa a ambos sexos: la voluntad del constituyente de recoger la institución matrimonial como siempre había existido.

Idéntica conclusión cabe inferir, según los recurrentes, desde la perspectiva de los antecedentes histórico-legislativos. La historia del Derecho civil evidencia que la institución del matrimonio ha suscitado amplios debates sobre aspectos de su configuración jurídica, no habiéndose planteado nunca, en cambio, que pudiese dar cabida a las uniones de personas del mismo sexo. Ni la legislación histórica, ni las sucesivas regulaciones del matrimonio en leyes especiales o en el Código civil se han apartado en ningún momento del carácter heterosexual del matrimonio. Pero es que, además, como se argumentaba en la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 21 de enero de 1988, un matrimonio homosexual sería sin duda nulo por aplicación del art. 73.1 CC. En parecidos términos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1991 consideraba inexistente, por contrario a la Constitución, el eventual matrimonio contraído por un transexual con una persona del mismo sexo cromosómico. Aunque en la Sentencia de 6 de septiembre de 2002 el mismo Tribunal adoptó una solución más innovadora, al posibilitar la rectificación registral como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, también negó la posibilidad que un transexual pueda contraer matrimonio según el nuevo sexo adquirido. Sentado lo anterior, prosiguen los recurrentes, las dos únicas cuestiones desde la aprobación de la Constitución que han afectado de alguna manera al régimen jurídico del matrimonio en lo que atañe a su configuración institucional ha sido el reconocimiento de las uniones de hecho por parte de algunas Comunidades Autónomas, y el acceso de los transexuales al matrimonio a través de la rectificación registral del sexo. Por lo tanto, concluyen, la ley impugnada constituye un paso sin precedentes en la tradición jurídica española, sólo secundada en el Derecho comparado europeo por Holanda y Bélgica, y en el Derecho comparado extraeuropeo por algunos territorios de Canadá (Ontario y la Columbia Británica) y algunos Estados de Estados Unidos de América (Hawai, Alaska, Vermont y Massachussets).

– La interpretación del art. 32.1 CE defendida por los recurrentes también resulta avalada, en su opinión, por la propia doctrina del Tribunal Constitucional. Por un lado, de

sus pronunciamientos sobre la convivencia *more uxorio* cabe deducir que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes, pudiendo otorgarse un trato más favorable al primero (SSTC 184/1990 y 47/1993). En esta misma línea, el Tribunal Constitucional también ha destacado que no es dable reconocer un derecho a formar una unión de hecho que sea acreedora del mismo trato dispensado por el legislador a quienes en ejercicio del derecho reconocido en el art. 32 CE contraigan matrimonio (SSTC 184/1990, 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991, 29/1992 y 66/1994).

Así, por ejemplo, en materia de pensiones de viudedad el Tribunal ha afirmado de modo reiterado que ni el art. 14 CE ni el art. 10.1 CE pueden servir de fundamento a un derecho a percibir dicha pensión en el seno de las parejas de hecho (STC 184/1990), aunque ha tenido en cuenta el elemento de la voluntariedad de la convivencia *more uxorio*. En cambio, en el caso de la subrogación arrendaticia no se ha considerado constitucional establecer una diferencia entre el cónyuge supérstite y el miembro que lo fuera de una unión de hecho, pero no por considerar infringido el art. 14 CE, sino los arts. 39.1 y 47 CE (STC 222/1992).

Más recientemente, recuerdan los recurrentes, en el ATC 222/1994, de 11 de julio, el Tribunal ha señalado que «al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, 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 (STC 184/1990)». Se añade que este argumento viene avalado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con la cual la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo no implica vulneración del art. 12 del Convenio de Roma. Concluye el mencionado Auto 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 un hombre y una mujer frente a una unión homosexual».

En definitiva, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, la unión de hecho (heterosexual u homosexual) no es equiparable a la unión constitutiva del matrimonio. Si bien alguno de sus pronunciamientos considera que dicha diferenciación es fruto de una libre elección, tal conclusión puede extenderse a las uniones de hecho homosexuales, con el matiz ciertamente obligado de que el carácter fáctico de esa unión resulta necesario, en la medida en que hasta la reforma impugnada tales uniones no podían convertirse en matrimonio. De ello no puede inferirse, sin embargo, tacha alguna de inconstitucionalidad, en la medida en que no es la legalidad ordinaria, sino la propia Constitución la que opta por reconocer y consagrar la configuración heterosexual del matrimonio.

A mayor abundamiento, señalan los recurrentes, el Tribunal ha dejado claro en el ATC 446/1984, de 11 de julio, que no conculca los principios constitucionales de igualdad y no discriminación una legislación de la que se deriven efectos jurídicos diferentes para las relaciones heterosexuales y las homosexuales. Si no es dable reconocer un derecho a formar una unión fáctica homosexual que sea acreedora del mismo tratamiento jurídico que el dispensado por el legislador a quienes contraigan matrimonio en virtud de lo dispuesto en el art. 32 CE, no parece constitucionalmente admisible, concluyen los recurrentes, que dicho planteamiento pueda subvertirse mediante la aprobación de una ley ordinaria que permita dar cabida en la institución del matrimonio a las uniones de personas del mismo sexo, sobre todo cuando dicho precepto constitucional garantiza esta institución.

– A la vista de los diversos criterios de interpretación que se acaban de emplear, los recurrentes concluyen que el art. 32 CE reconoce un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer, pero no a las parejas del mismo sexo. Aunque ello no obsta para que el legislador pueda arbitrar una regulación de las formas de convivencia *more uxorio* entre estas últimas, sí que impide que pueda extenderse el derecho a contraer matrimonio

a las parejas homosexuales. El art. 32.2 CE remite a la ley la regulación, entre otras cosas, de las formas de matrimonio y los derechos y deberes de los cónyuges, y aunque ello no impide que el mismo realice una regulación general del matrimonio en ejercicio de sus potestades constitucionales, el art. 32 CE constituye un límite infranqueable para el legislador.

Al margen de la interpretación de este precepto realizada hasta ahora, los recurrentes recuerdan que la doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido tradicionalmente el doble carácter de los derechos fundamentales y que, más allá de su dimensión subjetiva, los mismos tienen una dimensión objetiva que obliga al legislador a proteger los valores subyacentes a los mismos y que pone de relieve que los derechos fundamentales tienen una eficacia conformadora de la sociedad al ser fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). Desde esta perspectiva, no resulta admisible, en su opinión, apelar a que la ley extienda un derecho fundamental a quien no lo tiene reconocido, máxime teniendo en cuenta que la sociedad entera se ve afectada por la eliminación de un elemento básico del matrimonio –la heterosexualidad– tanto en su dimensión de derecho fundamental como de institución jurídica. Para ilustrar la argumentación, los recurrentes señalan que lo que lleva a cabo la ley recurrida es equivalente a una hipotética supresión de la facultad de disponer en el derecho a la propiedad (art. 33 CE), o de la voluntad del causante en el derecho a la herencia reconocido en el mismo precepto constitucional.

Los recurrentes reiteran a continuación que los objetivos perseguidos por el legislador no pueden servir de argumento legítimo para desnaturalizar la institución del matrimonio. Se invoca la doctrina de este Tribunal sobre el concepto de garantía institucional y, concretamente, la STC 32/1981 para señalar que lo que se protege constitucionalmente no es un contenido concreto de la institución, sino su preservación en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, de modo que no cabe limitarla privándole en la práctica de sus posibilidades de existencia real para convertirla en un simple nombre. La definición de garantía institucional sirve a los recurrentes para señalar que el art. 32 CE contiene una inequívoca garantía institucional del matrimonio, tal y como reconoció la STC 184/1990, que no sólo afecta a su propia existencia como institución o como derecho a contraerlo, sino también a su preservación en los términos que la hacen reconocible conforme a la propia Constitución, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, lo cual incluye, según su parecer, el principio heterosexual. La garantía institucional también sirve para reaccionar frente a las normas que, sin suprimirla formalmente, la vacían de contenido o la desnaturalizan, ya sea creando figuras paralelas que lleguen a resultados similares, ya sea alterando sustancialmente los perfiles básicos que les son propios. En otras palabras, recuerdan los recurrentes, la existencia de una garantía institucional del matrimonio determina la inconstitucionalidad de las eventuales normas que, sin hacerlo desaparecer, desvirtúan, tergiversan o desnaturalizan su contenido predeterminado por la Constitución.

Además, la Ley impugnada se considera innecesaria para los objetivos perseguidos y, en todo caso, desproporcionada, si se atiende a una debida ponderación de los bienes, derechos y valores en juego. Los objetivos señalados en la exposición de motivos de la Ley (reconocimiento legal de los diversos modelos de convivencia, promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad, remoción de toda discriminación basada en la orientación sexual, y acceso de las parejas del mismo sexo a un *status* equiparable a los matrimonios) no pueden legitimar una alteración de la institución matrimonial como la que se pretende. Para confirmar el carácter innecesario y desproporcionado de la medida recurrida se acude al Derecho comparado, donde el matrimonio se concibe generalmente como una unión de personas de distinto sexo. Únicamente en pocos supuestos (en Holanda, a través de la Ley de 7 de diciembre de 2001; y en Bélgica, mediante la Ley de 30 de enero de 2003) se ha abierto el matrimonio a las parejas del mismo sexo, aunque con algunas diferencias en materia de filiación y adopción. En ambos casos, sin embargo, la institución del matrimonio no está constitucionalmente tan protegida como en España. En el caso holandés la Constitución no incluye el derecho a contraer matrimonio entre los derechos recogidos en su título I; y

en el caso de la Constitución belga únicamente se garantiza que el matrimonio civil deberá preceder a la bendición nupcial, salvo las excepciones que en su caso prevea la ley. En cambio, en los países que, como Alemania, se otorga una especial protección al matrimonio o al derecho a contraerlo no se permite una ampliación del mismo a las parejas homosexuales. Los recurrentes citan en este último caso la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 17 de julio de 2002, relativa al registro de las parejas de hecho. En ella se señaló que la ley recurrida era constitucional porque la protección que dispensa la Ley Fundamental de Bonn al matrimonio no impide al legislador atribuir a las parejas del mismo sexo derechos y deberes parecidos. Y ello porque una institución que se dirige a personas que no pueden contraer matrimonio no constituye amenaza para esta institución. El repaso del Derecho comparado se cierra con la alusión a la regulación existente en algunas provincias de Canadá y estados de los Estados Unidos de América. En el primer caso, se señala que en provincias como Ontario y la Columbia Británica se ha abierto por vía jurisprudencial el matrimonio a las parejas homosexuales, aunque también cabe recordar que la Carta canadiense de derechos y libertades no incluye el derecho a contraer matrimonio. En el caso de los Estados Unidos de América se recuerda que la apertura del matrimonio o uniones civiles a parejas del mismo sexo encontró acogida por vía jurisprudencial en Estados como Hawaii, Alaska, Vermont o Massachussets, aunque la cuestión ha derivado en diferentes soluciones. Todas estas experiencias permiten apreciar, concluyen los recurrentes, que también en el Derecho comparado el matrimonio se contempla como una unión de personas de distinto sexo, siendo muy pocos los casos en que dicha institución ha dado cabida a las parejas homosexuales. Y cuando esto último se ha producido, el marco constitucional difiere notablemente del español, puesto que las Constituciones no le dispensan la misma protección. Por todo ello, frente a la opción escogida por el legislador español, existen otras vías no matrimoniales que permiten razonablemente alcanzar los objetivos perseguidos por el mismo. En opinión de los recurrentes, estas vías, que han sido las preferidas en los ordenamientos jurídicos más próximos al español, son más adecuadas y proporcionadas que la impugnada.

A la vista de todo lo anterior, resumen los recurrentes, puede afirmarse que la Constitución Española y, en concreto, sus arts. 32, 14 y 10 no reconocen ni amparan un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual no impide que el legislador pueda regular otros medios de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo. Por todo ello, se concluye que el primer apartado del artículo único de la ley impugnada es contrario al art. 32 CE y, como consecuencia de ello, que también lo son las previsiones contenidas en los demás apartados de dicho artículo, así como las disposiciones adicionales primera y segunda.

c) El segundo motivo de inconstitucionalidad aducido por los recurrentes es la infracción del art. 10.2 CE, relativo a la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos. Se pone de manifiesto que tanto la Declaración universal de los derechos humanos (art. 16), como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 23.2) y el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 12) se refieren al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, por lo cual el art. 32 CE también debe ser interpretado por imperativo del art. 10.2 CE, en el sentido de entender que los miembros de la pareja han de ser hombre y mujer.

En este mismo sentido, se señala que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al art. 12 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) 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 matrimonio (Sentencias de 6 de noviembre de 1980 –asunto *Dosterwijck c. Reino Unido*–, y de 17 de octubre de 1986 –asunto *Rees c. Reino Unido*). En esta misma línea, la Sentencia de 27 de septiembre de 1990 (asunto *Cossey c. Reino Unido*) señaló que la evolución científica y social habida hasta la fecha no evidenciaba el

abandono de la concepción tradicional del matrimonio. Aunque pronunciamientos más recientes, como la Sentencia de 11 de julio de 2002 (asuntos *I. c. Reino Unido y Christine Goodwin*), permiten atisbar alguna modulación haciendo una interpretación dinámica del Convenio en razón de la evolución social, médica y científica, dichos pronunciamientos no cuestionan tanto el carácter heterosexual del matrimonio como los criterios para determinar si concurre el principio de heterosexualidad en los casos de transexualidad.

Por su parte, también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en el mismo sentido al señalar, en la Sentencia *D. c. Reino de Suecia*, de 31 de mayo de 2001, que a pesar de la evolución experimentada en las mentalidades en relación con la homosexualidad, las relaciones homosexuales duraderas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho al respeto de la vida familiar protegido por el art. 8 CEDH, tal y como ha reconocido el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, los recurrentes citan la Carta de los derechos fundamentales de la Unión y, concretamente, su art. II-69, que reconoce el derecho a contraer matrimonio según las leyes nacionales que regulen su ejercicio. Aunque esta fórmula podría parecer que abre las puertas al reconocimiento del matrimonio homosexual, los recurrentes recuerdan que en el dictamen del Consejo de Estado se pone de relieve que los arts. 69 y 112 cierran las puertas a dicha posibilidad al remitirse al contenido del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y a las tradiciones constitucionales de los países miembros como límites de su interpretación.

A la vista de todo ello, se concluye que la interpretación del art. 32 CE de conformidad con los tratados internacionales suscritos por España lleva a afirmar que el derecho constitucional a contraer matrimonio se predica únicamente respecto de la pareja heterosexual, por lo que la extensión de este derecho a las personas homosexuales contradice el art. 10.2 CE.

d) El tercer motivo de inconstitucionalidad invocado por los recurrentes es la infracción del art. 14 CE, en relación con los arts. 1.1 y 9.2 CE, relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual. En apoyo de esta posición se recuerda que la exposición de motivos de la ley impugnada cita como fundamentos constitucionales de la misma la remoción de toda discriminación basada en la orientación sexual y la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos al permitir el libre desarrollo de la personalidad. Todo ello halla apoyo constitucional explícito en los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE. Sin embargo, los recurrentes sostienen que la ley impugnada parte de una interpretación de estos preceptos que es contraria a la Constitución y a la doctrina del Tribunal Constitucional. Y ello porque, además de que a nadie se le ha impedido nunca contraer matrimonio por ser homosexual, el matrimonio entre personas de sexos distintos no es equiparable a las parejas homosexuales, constituyendo una institución diferente. En este sentido se cita de nuevo el ATC 222/1994, de 11 de julio, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considerando que la no regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo no constituye una violación del art. 12 CEDH. De acuerdo con esta interpretación, prosiguen los recurrentes, no puede pretenderse utilizar una institución como el matrimonio, que tiene unos perfiles tan claros y tradicionales, para aplicarla a una realidad social tan distinta que no ha sido contemplada por la Constitución. En definitiva, concluyen los recurrentes, las normas de la ley impugnada parten de una interpretación del art. 14 CE contraria a la Constitución y a la doctrina de este Tribunal, por lo cual deberían ser declaradas inconstitucionales.

e) El cuarto motivo de inconstitucionalidad invocado por los recurrentes es la infracción del art. 39 CE en sus apartados 1, 2 y 4, relativos a la protección de la familia y de los hijos. Aunque esta vulneración se predica de la Ley en su conjunto, el desarrollo de esta alegación se circunscribe al apartado siete de su artículo único, que da una nueva redacción al art. 175.4 CC que abre la posibilidad que los cónyuges homosexuales adopten hijos conjuntamente. Esta previsión resulta contraria, según los recurrentes, al mandato de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), puesto que antepone la

legitimación u homologación de las relaciones homosexuales al interés del menor, que también es el interés rector de la adopción, así como a la idoneidad de los adoptantes. Coincidiendo con lo señalado por el Consejo de Estado en su informe de 26 de enero de 2005, los recurrentes consideran que plantear la cuestión de la adopción por parte de las parejas homosexuales como un problema de discriminación supone hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar, cuando no cabe hablar de discriminación al no existir tampoco un derecho a adoptar por parte de las parejas heterosexuales.

Los diputados recurrentes también esgrimen en defensa de su postura que no existe una garantía mínima de certeza, en el ámbito de la comunidad científica, sobre la conveniencia del adoptado de vivir en el seno de una pareja homosexual. Prueba de ello sería que en los pocos países que han abierto el matrimonio a las parejas homosexuales no se reconoce la adopción conjunta por parte de las mismas.

Finalmente, se recuerda que el art. 39.2 CE también contempla la protección de las madres, protección que beneficia a la familia. En el caso de la adopción conjunta por una pareja homosexual dicha protección deviene imposible puesto que o bien nos encontramos con dos madres, o bien con ninguna. Ello, además de repercutir necesariamente sobre los hijos adoptados, supondría una discriminación de las familias por razón de sexo prohibida por la Constitución. Es obvio, prosiguen los recurrentes, que la Constitución pensó en proteger a los hijos y a sus progenitores de sexo femenino asumiendo una relación familiar entre ambos.

Por todo ello, se considera que el apartado siete del artículo único de la ley recurrida vulnera el art. 39.2 CE y, en especial, el deber de protección integral de los hijos, en la medida en que posibilita la adopción conjunta de menores por parejas homosexuales.

f) El quinto motivo de inconstitucionalidad desarrollado en la demanda es la infracción del art. 53.1 CE en relación con el art. 32 CE. La inadecuación de las normas contenidas en la Ley impugnada también deben entenderse referidas, en su opinión, al art. 53.1 CE, puesto que el reconocimiento a las parejas del mismo sexo de un derecho que no tienen constitucionalmente reconocido conlleva una alteración de la configuración institucional del matrimonio que vulnera el contenido esencial del art. 32 CE y, por tanto, el art. 53.1 CE.

g) El sexto motivo de inconstitucionalidad invocado en la demanda es la infracción del art. 9.3 CE y, concretamente, del principio de jerarquía normativa. En la medida en que, de acuerdo con lo expuesto en las alegaciones anteriores, las normas contenidas en la ley impugnada contradicen el art. 32 CE y, como consecuencia de ello, otros preceptos constitucionales, debe considerarse también vulnerada dicha vertiente del art. 9.3 CE.

h) El séptimo motivo de inconstitucionalidad aducido es la infracción del art. 9.3 CE en su dimensión de principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. La apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo cuando el art. 32 CE reserva la titularidad y el ejercicio de este derecho al «hombre y la mujer», y ello, además, mediante la aprobación de una ley ordinaria y sin la reforma previa de la Constitución, constituye para los recurrentes una arbitrariedad del legislador que se compadece mal con esta dimensión del art. 9.3 CE, referida a los poderes públicos –no únicamente a la Administración– y, por lo tanto, también al legislador.

i) El octavo y último motivo de inconstitucionalidad es la infracción del art. 167 CE, relativo a la reforma constitucional. Según los recurrentes, la ley impugnada habría infringido implícitamente el art. 167 CE al no haber seguido el cauce formal previsto en este precepto para reformar el art. 32 CE y haber optado en su lugar por una reforma legal que, a través de la simple alteración de unas palabras, habría dado lugar a una auténtica mutación del orden constitucional. En su opinión, la única vía posible para introducir el matrimonio homosexual en el ordenamiento español sería la reforma constitucional, de modo que su introducción por vía de la legislación ordinaria supondría una infracción múltiple de la Constitución que también afecta al art. 167 CE.

j) Expuestas las alegaciones de los recurrentes, el suplico de su escrito solicita la admisión a trámite del recurso y la declaración de inconstitucionalidad del apartado

primero del artículo único de la ley impugnada y, como consecuencia de ello, de los demás apartados del mismo artículo y de las disposiciones adicionales primera y segunda, declarando la nulidad de los preceptos y disposiciones impugnadas y de la Ley en su totalidad.

Por otrosí se solicita que se recabe del Congreso de los Diputados, del Senado y del Gobierno el expediente y cuantos informes y documentos se hayan elaborado por los órganos constitucionales o de relevancia constitucional en relación con la Ley y los extremos impugnados.

2. Por providencia de 25 de octubre de 2005, la Sección Segunda acordó admitir a trámite el recurso y, de conformidad con lo establecido en el art. 34 LOTC, dar traslado de la demanda al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno, al objeto de personarse en el proceso y formular alegaciones en el plazo de quince días. Respecto a lo interesado en el otrosí de la demanda, se decidió acordar lo oportuno en el momento procesal procedente.

3. Mediante escrito registrado el 2 de noviembre de 2005, se persona en el recurso el Abogado del Estado en nombre del Gobierno, solicitando prórroga por el máximo legal del plazo concedido para formular alegaciones, teniéndole el Tribunal por personado y concediéndosele prórroga de ocho días para la presentación de alegaciones mediante providencia de 7 de noviembre de 2005.

4. El 7 de noviembre de 2005 se registra en el Tribunal Constitucional el acuerdo del Congreso de los Diputados de no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, poniéndose a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que el mismo pudiera precisar. El 8 de noviembre de 2005 se registra el acuerdo del Senado en el que se da por personada a dicha Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

5. Las alegaciones presentadas por el Abogado del Estado en representación del Gobierno de la Nación fueron registradas en este Tribunal el 1 de enero de 2005. Dichas alegaciones siguen el orden de la demanda y se estructuran a partir de unas consideraciones generales sobre la impugnación y unas consideraciones específicas sobre los concretos motivos de inconstitucionalidad.

a) El escrito de alegaciones se inicia con un planteamiento previo respecto a los diversos modelos que, desde una perspectiva constitucional, pueden existir en relación con el matrimonio homosexual. Según el modelo constitucional obligatorio la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual obligaría a establecer el matrimonio homosexual en plena igualdad jurídica con el heterosexual. Este sería el caso de la Constitución de Massachussets, según la Sentencia de la Supreme Judicial Court de 10 de noviembre de 2003, *Hillary Goodridge and others v. Department of Public Health*. En el otro extremo estaría el modelo inconstitucional, en el que el establecimiento del matrimonio homosexual sería contrario a la Constitución. Y finalmente, en el modelo intermedio o facultativo el matrimonio homosexual sería una opción libre del legislador, dejando la Constitución un amplio margen a su libertad de configuración. Para la Abogacía del Estado éste es el modelo que se deriva de la Constitución Española. Y ello basándose en dos consideraciones iniciales.

Por un lado, la homosexualidad se halla tutelada constitucionalmente por dos derechos fundamentales: el de libertad-intimidad del art. 18.1 CE, y el de igualdad y prohibición de discriminación del art. 14 CE. El primero protege los actos sexuales privados y consentidos, tal y como se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia *Smith and Grady c. Reino Unido*, de 27 de diciembre de 1999). Aunque el art. 14 CE no alude expresamente a la orientación sexual como criterio de discriminación proscrito, existe unanimidad respecto a su inclusión como «condición o circunstancia personal», sobre todo teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (por todas, Sentencia *Kerner c. Austria*, de 24 de julio de 2003),

de la cual se deriva que las autoridades nacionales deben aportar una justificación especialmente intensa cuando se da una diferencia de trato a los homosexuales frente a los heterosexuales.

El modelo intermedio también se fundamenta, por otro lado, en el art. 32 CE, precepto que ha sido interpretado en tres ocasiones por el Tribunal Constitucional en relación con la homosexualidad, tangencialmente en la STC 13/1982 y directamente en los AATC 446/1984, de 11 de julio, y 222/1994, de 11 de julio. Esta última resolución es la única, según la Abogacía del Estado, en la que el Tribunal se ha manifestado en relación con las parejas del mismo sexo, señalando que se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, pudiendo los poderes públicos otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por un hombre y una mujer. Ello no excluye, según el Tribunal, que el legislador pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

A lo único que obliga la Constitución, prosigue el Abogado del Estado, es al mantenimiento del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en condiciones de igualdad. A partir de ahí se abre un amplio espacio de decisión para el legislador que sólo tiene dos límites derivados del art. 32 CE: el no poder suprimir dicho derecho; y el no poder exigir al legislador, basándose en el art. 14 CE, el establecimiento del matrimonio homosexual, siendo por lo tanto perfectamente constitucional que el matrimonio sea exclusivamente heterosexual. Respetando estos límites, el legislador puede adoptar al menos dos decisiones igualmente constitucionales: establecer un matrimonio heterosexual y una unión civil homosexual de idéntico contenido, salvo en aquellos aspectos en los que concurra una justificación particularmente intensa para establecer una diferencia; o bien admitir un matrimonio que dé cabida a parejas heterosexuales y homosexuales en condiciones de plena igualdad. A juicio del representante del Gobierno, lo que sería posiblemente inconstitucional es no establecer ningún cauce jurídico para las uniones homosexuales que sea semejante al matrimonio en derechos y obligaciones, puesto que cabe entender, con el Consejo de Estado, que la prohibición de discriminación del art. 14 CE y el principio del libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE determinan la obligación de regular las uniones homosexuales si no se quiere incurrir en una discriminación indirecta, es decir, una diferencia de trato basada en un rasgo aparentemente neutro. En este sentido, el Abogado del Estado hace notar que el ATC 222/1994 es anterior al cambio de criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la necesidad de considerar que la orientación sexual es un criterio de discriminación prohibido por el art. 14 CEDH (Sentencia *Salgueiro da Silva c. Portugal*, de 21 de marzo de 2000).

Al margen del mencionado Auto, prosigue el Abogado del Estado, el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse directamente sobre las uniones homosexuales, no siendo trasladable, sin más, la doctrina sentada respecto de las parejas de hecho heterosexuales. La diferencia importante sería que mientras para las parejas heterosexuales la unión de hecho es una mera opción, manifestación de su libertad personal, en el caso de las parejas homosexuales la no regulación del matrimonio o de la unión civil significa condenarlas a vivir extramuros del Derecho, sobre todo teniendo en cuenta que la orientación sexual es un factor unido al libre desarrollo de la personalidad que no es mudable. Se citan, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá *Egan c. Canadá*, así como un informe de la *American Psychological Association* (APA) que se acompaña en las alegaciones.

b) Entrando en los concretos motivos de inconstitucionalidad aducidos en la demanda, se aborda, en primer lugar, de manera conjunta la vulneración de los art. 32, 53.1 y 10.2 CE, puesto que todos ellos están relacionados con la garantía institucional del matrimonio. El punto de partida lo constituye la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la garantía institucional, que no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (por todas, SSTC 32/1981, 26/1987, 76/1988, 109/1998 y 159/2001). Para contestar en este punto a

la demanda, la Abogacía del Estado distingue entre los argumentos interpretativos de la demanda, que son los más desarrollados, y aquellos que se encuentran más dispersos. Entre ambos, sin embargo, se realizan unas consideraciones relativas a la interpretación evolutiva de las instituciones garantizadas constitucionalmente que, en opinión de esta parte, constituyen la clave para resolver el recurso.

– El Abogado del Estado muestra sus reservas respecto a la utilidad de la interpretación etimológica del art. 32 CE defendida en la demanda. Por un lado, porque puede apuntar a una visión del matrimonio vinculada a la idea de carga o gravamen de la madre, incompatible con la plena equiparación entre hombre y mujer que proclama la Constitución, así como con las ideas de comunidad de afecto que genera un vínculo, lo cual es perfectamente compatible con el que emplea la ley recurrida. En términos generales, se considera que la interpretación etimológica no es un argumento de peso, sobre todo si se tiene en cuenta que la etimología de las palabras conecta con lo que en el momento de nombrar se entendía que constituía el contenido del objeto nombrado. Lo verdaderamente relevante, se concluye, es la evolución social de la percepción del objeto y no el contenido histórico que se le hubiere dado.

– Por lo que respecta a la interpretación sistemática del art. 32 CE se aduce que el precepto pretendía garantizar la plena igualdad jurídica de los contrayentes, acabando así con la inadmisibles tradición de establecer algún tipo de sumisión de la mujer a la *manus maritalis*. Lo máximo que podría derivarse de la interpretación sistemática de este precepto sería que no existe un derecho constitucional al establecimiento del matrimonio homosexual. Pero ello no impide, se recuerda una vez más, que del art. 32 CE se derive que el modelo constitucional en relación con el mismo es el facultativo, es decir, aquél en el que el legislador tiene un amplio margen de maniobra para reconocer las uniones de personas del mismo sexo. Probablemente, concluye el Abogado del Estado, de no existir el art. 32 CE resultaría difícil admitir una elección del legislador que excluyera del matrimonio a las personas del mismo sexo.

– En relación con la interpretación histórica del art. 32 CE se considera que no hay duda de que históricamente ni el constituyente ni el legislador español se plantearon la posibilidad del matrimonio homosexual. La homosexualidad ha estado tradicionalmente ausente del mundo del Derecho y cuando este último se ha ocupado de ella ha sido desde la perspectiva de la punición. La historia de la homosexualidad está vinculada a las ideas de pecado, delito y enfermedad o anomalía psiquiátrica y, por lo tanto, no puede servir como criterio para definir el futuro. Es así máxime cuando existe un evidente cambio de las convicciones sociales sobre la misma. A juicio del representante del Gobierno quedan desautorizados, pues, todos los argumentos que tratan de justificar la prohibición del matrimonio homosexual basándose en la historia de la institución matrimonial. La homosexualidad, se concluye, estaba fuera del matrimonio simplemente porque había sido expulsada de la sociedad.

– Las alegaciones de esta parte relativas a la interpretación evolutiva del art. 32 CE ocupan un apartado autónomo. Como planteamiento general, se señala que la aproximación histórica no es la adecuada para abordar los derechos de las parejas del mismo sexo, puesto que en la historia está el origen de la discriminación hoy proscrita. Además, se recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado que el histórico no es el criterio relevante para definir el contenido de las garantías institucionales. Su contenido va redefiniéndose con la evolución de la conciencia social, y si ello no fuese así las Constituciones estarían condenadas a ir pereciendo en un proceso de alejamiento de la realidad que deben disciplinar. El Tribunal tiene señalado que dichas garantías no aseguran un contenido concreto fijado una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Por ello, para que puedan entenderse vulneradas es necesaria la concurrencia de dos requisitos: que la institución sea limitada, de tal modo que sea privada de sus posibilidades de existencia real; y segundo, que se vulnere la imagen que la conciencia social tiene de la misma, que quedaría irreconocible. En el caso que nos ocupa, prosigue el Abogado del Estado, falta evidentemente el primero de los

elementos, puesto que después de la entrada en vigor de la reforma los heterosexuales pueden seguir contrayendo matrimonio en las mismas condiciones que lo hacían antes. Al no suponer ningún recorte de los derechos de las parejas del mismo sexo, la institución matrimonial no habría sido limitada, sino, en todo caso, ampliada en su ámbito subjetivo. Pero tampoco se considera que se haya vulnerado la imagen del matrimonio que en este momento tiene la conciencia social.

La importancia de la interpretación evolutiva de las instituciones es reforzada con el repaso de algunas sentencias de Tribunales de otros países. Así, se citan la Sentencia *Hillary Goodridge* del Tribunal Supremo de Massachussets, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004, en la que se recuerda que la Constitución es un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad. Especialmente importante, continúa el representante del Gobierno de la Nación, es la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América *Lawrence v. Texas*, de 26 de junio de 2003, en la que se recuerda que la historia y la tradición son dos puntos de partida, pero no siempre el punto final de la valoración. Finalmente, se señala que la visión evolutiva también está implícita en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981; *Rees c. Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986; y *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 1 de julio de 2002).

Hoy cabe afirmar con rotundidad, concluye el Abogado del Estado, que la conciencia social del momento en España permite integrar con naturalidad la homosexualidad en la institución matrimonial. Para justificarlo se analiza la evolución reciente de las decisiones de diversos órganos judiciales, legislativos –tanto internos como extranjeros–, así como de la opinión pública y de la comunidad científica en relación con la percepción de la homosexualidad y las parejas homosexuales.

Comenzando por la evolución de la doctrina de los tribunales, se recuerda que el primer paso en la normalización social de la homosexualidad se produjo cuando algunos tribunales declararon que se trata de una opción protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha considerado que la incriminación de las relaciones homosexuales voluntarias privadas constituye una vulneración del derecho al respeto de la vida privada (Sentencia *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981), mientras que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha considerado que la libertad ampara a los adultos a la hora de decidir cómo conducir sus vidas privadas en lo que concierne al sexo (Sentencia *Lawrence v. Texas*). El segundo paso en esta evolución lo constituye la inclusión de la orientación sexual entre las circunstancias de discriminación prohibidas por el art. 14 CEDH (Sentencia *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de marzo de 2000). En último término, en algunos supuestos se ha planteado directamente el derecho a contraer matrimonio por parte de parejas homosexuales. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo *Hawai Baehr v. Lewin*, de 1993, donde se declaró que la prohibición de matrimonios entre personas del mismo sexo constituye una discriminación por razón de orientación sexual a menos que se demuestre que obedece a un fin público primordial. También se alude a la Sentencia del Tribunal Supremo de Alaska y a la ya citada del Tribunal Supremo de Massachussets, de 18 de noviembre de 2003, que ha considerado que la decisión de contraer matrimonio constituye uno de los momentos máximos de autodeterminación de la vida, por lo que la exclusión de las personas del mismo sexo sólo es admisible si cumple un objetivo público imprescindible y constituye un medio razonable para conseguir tal fin. Por último, se recuerda que la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 ha declarado la constitucionalidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Por lo que respecta a la Unión Europea, se señala que el Parlamento Europeo ha instado desde su resolución de 8 de febrero de 1994 a que finalice la prohibición de contraer matrimonio a las parejas homosexuales o que se permita su acceso a regímenes jurídicos equivalentes. En su resolución de 15 de enero de 2003 se insta a la Unión

Europea a incluir en la agenda política el reconocimiento de los matrimonios homosexuales. Finalmente, se recuerda que en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se incluye específicamente la orientación sexual como causa de discriminación expresamente prohibida (arts. II-81 y III-118).

En relación con la evolución del Derecho comparado se señala que en Dinamarca existe desde 1989 una legislación de parejas registradas abierta a personas del mismo sexo que otorga unos efectos jurídicos idénticos al matrimonio excepto en algunos aspectos como la adopción, la patria potestad o la reproducción asistida. El llamado modelo nórdico se adopta por Noruega en 1993, por Suecia en 1994 (en 2002 se reforma para acercarlo aún más al matrimonio civil), por Islandia en 1996 y por Finlandia en 2001. Por su parte, en Holanda se abrió en 2001 la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo, permitiéndoles la adopción conjunta (excepto en el caso de niños extranjeros). En Bélgica también se ha abierto el matrimonio a las parejas del mismo sexo, aunque con limitaciones en el ámbito de la adopción y la filiación. En Alemania se introdujo en el año 2001 la institución de la pareja registrada, limitada a los homosexuales, dándole perfiles similares al matrimonio, excepto en la adopción. En el caso de Canadá se da cuenta de la tramitación de un proyecto de ley (*Bill C-38*) de ámbito federal para el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, después de que siete provincias ya lo reconozcan. Incluso en Gran Bretaña estaría en tramitación una regulación de la unión civil de homosexuales equiparada prácticamente a los matrimonios heterosexuales.

El Abogado del Estado también da cuenta, por otra parte, de la evolución legislativa de las Comunidades Autónomas, que han regulado las parejas de hecho, abiertas a personas del mismo sexo, en los casos de Cataluña, Aragón, Navarra, Comunidad Valenciana, Baleares, Madrid, Andalucía, Canarias, Extremadura y el País Vasco, destacándose que en el caso navarro y vasco se incluye la adopción conjunta por los miembros de la pareja.

Por su parte, se señala que los estudios sociológicos realizados en España revelan un alto grado de aceptación del matrimonio homosexual en la sociedad española. En este sentido, se cita el barómetro del Centro de Investigaciones Científicas de junio de 2004, según el cual el 79 por 100 de los españoles se muestra de acuerdo con la afirmación de que la homosexualidad es una opción personal tan respetable como la heterosexualidad, un 67 por 100 considera que a las parejas estables homosexuales se les debe reconocer los mismos derechos y deberes que a las heterosexuales, y un 66,2 por 100 de la población se muestra favorable a que tengan derecho a contraer matrimonio. A partir de este barómetro, que se aporta, se concluye que la sociedad española no parece compartir la tesis de los recurrentes de que la integración de la homosexualidad en el matrimonio haga irreconocible esta institución.

Finalmente, respecto del parecer de la comunidad científica se señala que la psicología y la psiquiatría aceptan plenamente la homosexualidad como opción sexual y no como trastorno. De hecho, se recuerda que las asociaciones americanas de ambas disciplinas han firmado manifiestos de apoyo para el establecimiento legal del matrimonio homosexual y han instado su pleno reconocimiento con el argumento que los prejuicios y la discriminación contra los homosexuales afecta a su salud mental y a la de los menores a su cargo. Los mencionados manifiestos se acompañan a las alegaciones.

En definitiva, concluye el Abogado del Estado, el examen evolutivo pone de relieve una realidad compartida por la sociedad, el Derecho y la comunidad científica: la homosexualidad es una opción sexual tan aceptable como la heterosexualidad, de modo que no existe razón alguna para que las parejas del mismo sexo no puedan disfrutar exactamente de los mismos derechos que las parejas heterosexuales. Tal afirmación se confirma con la experiencia de otros países pioneros en el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, que comienzan por regular la unión legal con beneficios más o menos cercanos al matrimonio para, a continuación, llegar a una plena equiparación con el matrimonio y, posteriormente, a una definitiva integración de la homosexualidad en la institución matrimonial.

– Una vez analizados los argumentos interpretativos en relación con el art. 32 CE y los preceptos relacionados con el mismo, las alegaciones del Abogado del Estado se detienen a contestar algunos argumentos de la demanda que, aunque más dispersos, se refieren a la garantía institucional del matrimonio. Por un lado, y frente al argumento según el cual el matrimonio es una institución de perfiles comunes, universalmente reconocible, que responde a las necesidades de perpetuación de la especie, se aduce que no cabe sostener en la actualidad que exista una relación directa entre matrimonio y procreación. Tampoco se considera sostenible, en segundo lugar, que el matrimonio haya sido una institución con un contenido natural universalmente aceptado e invariable a lo largo de la historia. En este sentido, se repasa la evolución que han experimentado aspectos como la monogamia, la posición jurídica de la mujer, las prohibiciones de contraer matrimonio entre determinadas personas o la indisolubilidad del matrimonio, circunstancias todas ellas que han ido variando con la concepción moral de cada tiempo y lugar. El propio concepto de matrimonio y la influencia de la Iglesia Católica en su regulación jurídica han variado enormemente a lo largo del tiempo, de modo que la actual concepción del matrimonio es relativamente reciente.

Prosiguiendo con el análisis de otros argumentos dispersos de la demanda, el Abogado del Estado discrepa de la consideración, tomada del informe del Consejo de Estado, de que a nadie se le ha prohibido contraer matrimonio por ser homosexual. Ello es así siempre que lo haga con una persona del mismo sexo, lo cual implica, en el caso de los homosexuales, una renuncia a algo como la orientación sexual, que nunca es optativo.

También se discrepa del argumento según el cual el reconocimiento de los matrimonios homosexuales no respeta el derecho de los heterosexuales a unirse a una institución milenaria como el matrimonio. La ley recurrida no priva a las parejas heterosexuales del derecho a contraer matrimonio en los mismos términos en que lo han hecho hasta ahora.

El Abogado del Estado también reacciona frente a la cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 17 de julio de 2002 y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 31 de mayo de 2001 por parte de los recurrentes. En el primer caso se señala que el caso discutido era distinto al que se plantea en el presente procedimiento, puesto que lo que regulaba el legislador alemán eran las uniones estables de personas del mismo sexo y no el matrimonio homosexual. De ahí que se considerase que tal regulación no afecta a la garantía institucional reconocida en el art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn. Además, y a diferencia de lo que sucede en el caso español, debe tenerse en cuenta que dicho precepto constitucional regula de modo conjunto la protección del matrimonio, la familia, los hijos y la madre. Por su parte, en el caso de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo se señala que se trataba de un caso que afectaba a un funcionario comunitario y, por lo tanto, al Derecho comunitario, y no a la posibilidad de que las legislaciones de los Estados miembro reconozcan el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Finalmente, frente a la tesis de la demanda, compartida por el Consejo de Estado, según la cual existen otras opciones más proporcionadas de reconocer las uniones entre personas del mismo sexo, se aduce que ello no convierte en inconstitucional la opción elegida por el legislador y que previamente se presentaron en sede parlamentaria otras iniciativas que fueron rechazadas. En cualquier caso, la opción aprobada se considera proporcionada y razonable, puesto que la plena equiparación con los matrimonios heterosexuales es la opción más respetuosa con la prohibición de discriminar por razón de orientación sexual. También desde la perspectiva de la seguridad jurídica y de la protección de terceros se considera más aconsejable no crear una nueva institución *ex novo*, sino dar cabida a las parejas homosexuales en el matrimonio, cuyo régimen jurídico, especialmente en el ámbito económico, es conocido por todos. Finalmente, se señala que no existe razón para excluir a las parejas homosexuales del matrimonio si desde un punto de vista sociológico y psicológico las relaciones homosexuales y las heterosexuales

tienen unas mismas necesidades y expectativas y el matrimonio civil no es más que el cauce jurídico a través del cual se expresan tales relaciones.

c) El Abogado del Estado también rechaza que la Ley recurrida vulnere el principio de igualdad (art. 14 CE) y el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Del primero de dichos principios, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal Constitucional, se deriva la necesidad de dar un trato igual a homosexuales y a heterosexuales salvo que concurran razones especialmente justificadas. Al no haber apreciado la concurrencia de tales razones, el legislador ordinario ha otorgado un trato igual a ambos colectivos haciendo uso de su libertad de configuración. Pero además, debe tenerse en cuenta que no es exacto que dicha igualdad de trato sea absoluta, puesto que la ley recurrida exceptúa los arts. 117 y 118 CC de su aplicación a los matrimonios en que ambos cónyuges pertenecen al mismo sexo, dado que los supuestos de hecho a que se refieren sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales.

d) Por lo que respecta a la pretendida vulneración del art. 39.1, 2 y 4 CE se rechazan los diversos argumentos empleados en la demanda para fundamentarla. Así, se recuerda que la doctrina del Tribunal Constitucional ha insistido en que del art. 39 CE no se deriva un modelo constitucional de familia basado en la figura de la madre y en el matrimonio, sino un mandato a los poderes públicos de dar protección efectiva a los modos de convivencia que se expresen en la sociedad. Por otro lado, se rechaza la posibilidad de sostener, en términos generales, que las parejas homosexuales no sean idóneas para adoptar conjuntamente a menores. Como en el supuesto de los matrimonios heterosexuales el interés del menor se tutela en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual. Como se deriva de la Sentencia *Frette c. Francia* de 26 de febrero de 2002, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que el Convenio de Roma no impide que un Estado pueda conceder el derecho de adopción a los homosexuales ya sea individual o colectivamente, así como que tampoco resulta obligado a hacerlo. Este razonamiento es trasladable al sistema constitucional español, donde también existe un amplio margen de libertad para que el legislador regule la adopción por parte de los homosexuales. De hecho, señala el Abogado del Estado, la adopción por una sola persona es posible según la legislación española con independencia de la orientación sexual del adoptante. Por ello también se rechaza el argumento de la demanda de que la filiación adoptiva tiene como referencia a la biológica y, por consiguiente, que el ámbito natural en el que se desenvuelve un menor es la unión heterosexual.

Finalmente, se hace referencia a estudios sociológicos y psicológicos que desmienten el menor grado de compromiso de las parejas homosexuales y que señalan que no existen diferencias entre los niños criados en el seno de parejas homosexuales y heterosexuales, salvo la mayor naturalidad en la aceptación de la homosexualidad como opción sexual, lo cual no incide en su propia orientación sexual. Dichos informes también demuestran que lo que resulta positivo para el desarrollo del menor es permitir que quienes perciben como sus progenitores también lo sean jurídicamente. Entre la comunidad científica existe asimismo consenso sobre que el aspecto que resulta determinante para conformar el desarrollo de los niños que conviven en su seno no es la estructura de la familia, sino la dinámica de las relaciones que se dan en su seno. Las alegaciones del Abogado del Estado acompañan un estudio del Departamento de psicología evolutiva y de la educación de la Universidad de Sevilla en relación con todas estas cuestiones.

e) Por lo que respecta a la pretendida vulneración de los arts. 9.3 –en lo que se refiere al principio de jerarquía normativa– y 167 CE el Abogado del Estado aduce que la misma no se produce cuando, como se ha intentado demostrar, la Ley recurrida es perfectamente constitucional. La invocación del art. 167 CE se considera, a su vez, sorprendente, puesto que una ley no puede pretender modificar la Constitución, sino que es simplemente inconstitucional si la contradice.

f) Las alegaciones del representante del Gobierno finalizan con una serie de conclusiones. En primer lugar, se recuerda que la Constitución Española no contiene un concepto de matrimonio, sino que se limita a reconocer el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica, rompiendo con ello con la tradicional discriminación de la mujer. Del art. 32 CE no resulta ni la prohibición ni la exigencia del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que la Constitución otorga un amplio margen de libertad de configuración al legislador para establecer un matrimonio exclusivamente heterosexual y una unión legal homosexual, o un matrimonio que dé cabida a las parejas del mismo o de distinto sexo.

En segundo lugar, también se reitera que las garantías institucionales protegen frente a limitaciones que hagan inviable la subsistencia de la respectiva institución. El matrimonio heterosexual no resulta limitado por la ley impugnada. Además, para definir el contenido de dichas garantías lo más relevante no es la historia, sino la imagen que de la garantía tiene la conciencia social en un momento y lugar. En el caso del matrimonio homosexual la conciencia social ha cambiado, permitiendo integrar a las parejas del mismo sexo en el matrimonio sin que por ello padezca la imagen social de esta institución.

Finalmente, se recuerda que los elementos del matrimonio han ido cambiando a lo largo de la historia y que la homosexualidad ha estado tradicionalmente fuera de la institución matrimonial por la sencilla razón que el Derecho sólo la ha contemplado para reprimirla. Actualmente el Derecho prohíbe toda forma de discriminación por razón de orientación sexual y la comunidad científica y la propia sociedad consideran la homosexualidad como una opción sexual tan legítima como la heterosexualidad. Por tanto, si es la interpretación evolutiva la que define el contenido de la garantía institucional, no cabe duda de la constitucionalidad del reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio.

Como consecuencia de todo ello, el suplico de las alegaciones solicita la desestimación del recurso de inconstitucionalidad.

6. El Pleno de este Tribunal, por ATC 140/2012, de 4 de julio, acordó aceptar la abstención formulada por el Magistrado don Francisco José Hernando Santiago en el presente recurso de inconstitucionalidad, apartándole definitivamente del conocimiento del mismo.

7. Por providencia de fecha 6 de noviembre de 2012 se señaló para deliberación y votación del presente recurso de inconstitucionalidad el día 6 de noviembre de 2012.

II. Fundamentos jurídicos

1. La resolución del presente recurso de inconstitucionalidad debe partir de la correcta delimitación tanto de su objeto, como de las causas de inconstitucionalidad aducidas por los recurrentes en la demanda.

Por lo que respecta a la primera cuestión, tanto el encabezamiento como el suplico del escrito de interposición dirigen el recurso contra la totalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil (CC) en materia de derecho a contraer matrimonio. Pero, como alegan los propios recurrentes y ha aceptado la Abogacía del Estado, el núcleo del recurso lo constituye el primer apartado del artículo único de la Ley, que añade un segundo párrafo al art. 44 CC, en virtud del cual «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Los restantes apartados de dicho artículo único, así como las disposiciones adicionales primera y segunda, no vienen más que a adaptar algunos preceptos del Código civil y de la Ley sobre el registro civil a la existencia de matrimonios entre personas del mismo sexo, de modo que su inconstitucionalidad sería una simple consecuencia de la de aquel precepto, que podría ser declarada por este Tribunal al amparo de lo previsto en el art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), y que dejaría sin sentido las dos disposiciones finales de la Ley, relativas al título competencial que ampara su aprobación y a su entrada en vigor. Por ello, nuestro análisis deberá centrarse en la

nueva redacción del párrafo segundo del art. 44 CC, aunque una eventual estimación del recurso podría proyectarse sobre toda la Ley impugnada.

2. Como se ha expuesto en los antecedentes, la fundamentación jurídica de la demanda se basa en ocho motivos de inconstitucionalidad que se traducen en la infracción de los arts. 9.3, 10.2, 14 (en relación con los arts. 1.1 y 9.2), 32, 39.1, 2 y 4, 53.1 (en relación con el art. 32), y 167 de la Constitución española. Pero su lectura pone de relieve que el motivo de inconstitucionalidad principal, y aquel que por sí mismo podría llegar a fundamentar la estimación del recurso en su totalidad, es la vulneración del art. 32 CE, que establece en su apartado primero que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», y en su apartado segundo que «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Por esa razón centraremos el análisis en el ajuste constitucional de la norma impugnada confrontándola con este precepto, descartando previamente el resto de alegaciones, algunas de ellas porque las causas de inconstitucionalidad aducidas por los recurrentes no son autónomas, sino que dependen completamente de la infracción del art. 32 CE, y otras porque existen razones que permiten descartar los argumentos de los recurrentes sin mayores dificultades.

Respecto de la invocación de los arts. 9.3 –en su dimensión de principio de jerarquía normativa–, 10.2, 53.1 y 167 CE, es preciso sentar que tales invocaciones no son autónomas, de tal modo que los preceptos apuntados sólo resultarían vulnerados en caso de serlo también el art. 32 CE, sin que su análisis aporte nada que no forme parte de la interpretación constitucional de este último precepto.

a) A juicio de los recurrentes, las normas contenidas en la ley impugnada contradicen el art. 32 CE, razón por la que estiman que debe considerarse también vulnerada la vertiente apuntada del art. 9.3 CE. Este Tribunal ya ha dicho que la «garantía de la jerarquía normativa proscrib[e] que una norma de rango inferior contravenga lo dispuesto en una de rango superior. Sin embargo, si el criterio de enjuiciamiento en un proceso de constitucionalidad viene proporcionado por la Constitución y, eventualmente, por las normas que integran el bloque de constitucionalidad, dado que, por definición, en todo recurso de inconstitucionalidad subyace un problema de jerarquía normativa, resulta que tal jerarquía no es un canon idóneo para esta labor. La apreciación de contradicción entre un texto legal y la Constitución no entraña una mera transgresión por norma de rango inferior de lo establecido en otra de rango superior, sino, pura y simplemente, la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley» (STC 91/1998, de 23 de abril, FJ 2). Por tanto, la eventual inconstitucionalidad de la norma impugnada derivaría, en su caso, de la transgresión del art. 32 CE, y no de la lesión directa del art. 9.3 de la Constitución.

b) La invocación del art. 10.2 CE se basa en la consideración de que su observancia exigiría interpretar el art. 32 CE, conforme a la exégesis que hacen los recurrentes de los arts. 16 de la Declaración universal de los derechos humanos, 23.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y 12 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), así como de diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ya han sido citadas en los antecedentes, en el sentido de que el derecho al matrimonio lo es del hombre y la mujer a contraerlo entre sí. Ahora bien, el art. 10.2 CE recoge un criterio interpretativo aplicable a la exégesis de los preceptos constitucionales que tutelan los derechos fundamentales (STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8), que pone de manifiesto la decisión del constituyente de reconocer nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que protegen los instrumentos internacionales a que remite, «así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). Por tanto, en la medida en que el art. 10.2 CE recoge una directriz sobre el modo en que debe ser realizada la interpretación del título I de la Constitución española,

su lesión, en caso de darse, nunca sería autónoma, sino que dependería de la verificación de la lesión de uno de los derechos contenidos en ese título I, agravada por el hecho de que tal vulneración pondría de manifiesto la falta de respeto al único criterio interpretativo del texto constitucional que recoge expresamente la propia Constitución.

c) Respecto de la alegada lesión del art. 53.1 CE, la misma se habría producido, según los recurrentes, porque la normativa impugnada va contra el contenido esencial del art. 32 CE, que el art. 53.1 CE obliga al legislador a respetar. En este caso los recurrentes no realizan una argumentación independiente de la desarrollada para fundamentar la lesión del art. 32 CE por parte de la Ley 13/2005 y, teniendo en cuenta que este Tribunal ya ha dicho que «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5 y Sentencias allí citadas), no cabe realizar un análisis independiente de la lesión del art. 53 CE, sino que su eventual vulneración se vincula a que se reconociera, en su caso, la infracción del art. 32 CE, si dicha vulneración consistiera en la lesión del contenido esencial del derecho allí reconocido.

d) Por último, también debemos descartar por falta de autonomía respecto de la invocación del art. 32 CE, la pretendida vulneración del art. 167 CE. En opinión de los recurrentes, esta infracción, que se califica de implícita, tendría su origen en el hecho de no haber empleado el cauce formal previsto en dicho precepto para reformar el art. 32 CE y haber optado en su lugar por una reforma legal que, a través de la simple alteración de unas palabras, habría dado lugar a una auténtica mutación del orden constitucional. Como cualquier ley, la impugnada no puede afectar a la fuerza normativa de la Constitución ni incidir en su contenido normativo. La posibilidad de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo puede tener cabida en el texto constitucional o puede vulnerarlo, como enseguida se analizará. Pero como señalamos en la STC 49/2008, de 9 de abril (FJ 7), lo que no es posible es hablar de alteración de la Constitución en el sentido de modificación de su contenido normativo puesto que cualquier contradicción entre un enunciado legal y otro constitucional se salda con la declaración de inconstitucionalidad 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.

3. El resto de motivos de inconstitucionalidad desvinculados de la invocación del art. 32 CE que alegaban en su demanda los recurrentes, es decir los relativos a la vulneración de los arts. 9.3 CE (interdicción de la arbitrariedad), 14 CE (en relación con los arts. 1.1 y 9.2 CE), y 39.1, 2 y 4 CE, es posible descartarlos por diversas razones, de modo que podamos concentrar nuestra argumentación en la valoración del principal motivo del recurso, esto es el referido a la compatibilidad entre el artículo único de la Ley 13/2005 y el art. 32 CE.

En relación con la alegada vulneración del principio de igualdad, los recurrentes entienden que la equiparación de derechos que realiza la norma entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo sería contraria a los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE, y a la interpretación que de estos preceptos ha realizado este Tribunal, puesto que no tendría en cuenta que el matrimonio y las parejas del mismo sexo son realidades distintas que deben ser tratadas de un modo diferente.

La pretensión debe ser rechazada en aplicación de la doctrina que, desde los años ochenta y hasta la fecha, sostiene este Tribunal sobre la «discriminación por indiferenciación». Según nuestra jurisprudencia la «discriminación por indiferenciación» no puede situarse en el ámbito de protección del art. 14 CE, porque lo que éste impide es la distinción infundada o discriminatoria (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). Este Tribunal ha establecido reiteradamente que el art. 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de

abril, FJ 2), si bien también hemos dicho que «cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4). Por tanto, habiendo dicho ya que el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 7) y no pudiendo por tanto censurar lo que en la STC 135/1992, de 5 de octubre, denominamos «desigualdad por exceso de igualdad» (FJ 9), no resulta posible censurar la Ley desde la perspectiva del principio de igualdad por abrir la institución matrimonial a una realidad – las parejas del mismo sexo– que presenta características específicas respecto de las parejas heterosexuales.

4. Por lo que respecta a la pretendida vulneración del art. 9.3 CE en su dimensión de interdicción de la arbitrariedad, los recurrentes vinculan dicha vulneración a tres circunstancias: que el legislador haya tratado de manera igual situaciones desiguales, que no se haya respetado el art. 32 CE (que reserva la titularidad y el ejercicio del derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer), y que ello se haya realizado por ley ordinaria y sin previa reforma de la Constitución. Expuesta en estos términos, debemos rechazar *ab initio* esta pretensión por dos motivos. Por un lado, porque bajo la cobertura del art. 9.3 CE no se hace más que reiterar algunos de los argumentos que para los recurrentes fundamentan la infracción de los arts. 14, 32 y 167 CE. Y, por otro, porque no se cumplen los requisitos que este Tribunal ha venido exigiendo de modo reiterado para analizar si el legislador democrático ha actuado de modo arbitrario.

Así, sin necesidad de recordar una vez más nuestra doctrina al respecto, recogida ampliamente, entre otras, en la STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 5, los recurrentes no han razonado en detalle la vulneración de dicho mandato constitucional, habiéndose limitado, como se ha visto, a reiterar otras infracciones constitucionales aducidas en la demanda. Tampoco se cumple el requisito material de que la pretendida arbitrariedad del legislador sea el resultado de una discriminación normativa o de una carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada. Por lo que respecta a lo primero, como acaba de ser analizado, el carácter discriminatorio de la ley impugnada se ha basado en un «exceso de igualdad» no censurable desde la perspectiva del art. 14 CE.

Por lo que respecta a lo segundo, los propios recurrentes admiten que la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo persigue una finalidad legítima que se dice compartir, cual es el acceso a un *status* jurídico equiparable al matrimonial, centrándose esta discrepancia concreta en el medio empleado por el legislador para alcanzar tal finalidad, esto es la extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo, en lugar de la regulación de una unión civil o un régimen equiparable. Esta opción legislativa no es ajena a una explicación racional sobre la medida adoptada, conteniéndose la misma en la exposición de motivos de la norma. Tal justificación se basa en «la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución)». Sin entrar a valorar en este momento el fondo de los argumentos ofrecidos por el legislador en la exposición de motivos de la norma se puede, en cambio, afirmar que la explicación racional concurre, sin perjuicio de que los recurrentes puedan estar en desacuerdo con la misma. Por tanto ni se cumple en este caso el requisito formal de que los recurrentes hayan razonado en detalle la invocación de la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad, ofreciendo una justificación convincente para destruir la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada, ni concurre tampoco el elemento material que conduciría a entender concurrente en este caso la arbitrariedad, y por tanto la lesión del

art. 9.3 CE, porque ni de la norma resulta discriminación normativa, ni existe en este caso carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada.

5. La pretendida vulneración del art. 39, en sus apartados 1, 2 y 4 CE como fundamento de la inconstitucionalidad de toda la Ley, también debe ser descartada. No se trata en este momento de responder a la cuestión de si es contrario o no al art. 39 CE permitir la adopción conjunta a los matrimonios cuyos cónyuges son del mismo sexo, asunto que se resolverá más adelante, sino de determinar si la regulación que la Ley 13/2005 introduce respecto de la institución matrimonial en sentido estricto supone en su caso, además de un ataque al art. 32 CE, una lesión simultánea del art. 39 CE. Aunque los recurrentes consideran que se vulnera efectivamente el art. 39 CE con la regulación matrimonial impugnada y que se trata de un motivo de inconstitucionalidad de la Ley en su conjunto y así lo afirman en varias ocasiones en su demanda, la lectura de esa misma demanda pone de relieve que lo único que se reputa contrario a los mandatos de protección de la familia, los hijos y las madres es el apartado siete de su artículo único, que introduce la posibilidad de que los matrimonios en que los cónyuges son del mismo sexo adopten conjuntamente. La redacción del art. 175.4 CC, previa a la reforma aquí impugnada, establecía que «fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado». La nueva redacción supone que «nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado». Aunque la dicción literal del precepto no se refiere al sexo de los adoptantes, en la práctica hace posible que los hijos adoptados por un *único* progenitor, homo o heterosexual, puedan ser posteriormente adoptados también por su cónyuge, dándose cabida a la regularización de familias homoparentales, ya existentes o futuras, a través de la adopción de los hijos comunes por parte del cónyuge que no hubiera podido adoptar previamente a esos hijos. Por tanto, esta nueva redacción permite la adopción conjunta y simultánea por parte de todas las parejas casadas independientemente del sexo de los cónyuges.

Aunque la demanda conecta en varias ocasiones la protección constitucional del matrimonio (art. 32 CE) con la de los diversos apartados del art. 39 CE por considerar que estos últimos tienen su fundamento principal en el matrimonio tradicional, debemos recordar que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que «el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ... ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia» (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada). Por tanto, son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales (STC 222/1992, de 11 de diciembre) y, sobre todo, los hijos a los que el art. 39 CE, que «refleja una conexión directa con el art. 14 CE» (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8), protege «con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 del Código civil) o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (arts. 110 y 111 *in fine*, CC).» (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada). Dicho lo anterior, es cierto que, hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este Tribunal a definir un concepto constitucional de familia, y no siendo tampoco este el momento para elaborarlo, ello no impide determinar que en el art. 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4). Cabe recordar aquí que asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desconecta el derecho a contraer matrimonio y

la garantía de protección de la familia, cuando establece que el concepto de vida familiar protegido por el art. 8 CEDH no se reserva únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino que puede referirse también a otras relaciones *de facto* (entre otras muchas SSTEDH en los asuntos *X, Y y Z c. Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, § 36; y *Van Der Heijden c. Países Bajos*, de 3 de abril de 2012, § 50).

Aunque nuestra doctrina se muestra firme respecto del hecho de que el art. 32 CE faculta al legislador para proteger especialmente a las familias matrimoniales (por todas STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3), el que la Constitución no identifique sino que regule de manera diferenciada la institución del matrimonio y de la familia, conduce a desestimar el argumento de que la eventual vulneración del art. 32 CE se traduce necesariamente en una infracción de los diversos apartados del art. 39 CE señalados. De ahí que el examen de la posible vulneración de estos apartados deba limitarse a la cuestión de la adopción conjunta en el seno del matrimonio entre personas del mismo sexo, esto es, al apartado séptimo del artículo único de la ley impugnada, y no a los restantes preceptos de la misma.

6. En definitiva, de todos los preceptos constitucionales invocados por los recurrentes para sustentar su pretensión, el único que podría conducir a la declaración de inconstitucionalidad de toda la Ley, en caso de que se entienda vulnerado, es el art. 32 CE. De ahí que debamos dedicar los siguientes fundamentos jurídicos a esta cuestión, sin perjuicio de analizar en su momento, si fuera necesario, si la posibilidad de adoptar conjuntamente en el seno de los matrimonios entre personas del mismo sexo es compatible con el art. 39 CE y de que, como se ha señalado anteriormente, la interpretación del art. 32 CE deba realizarse teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 10.2 y 53.1 CE.

Centrada la cuestión de fondo del presente recurso, debemos proseguir nuestro razonamiento analizando el contenido y alcance concretos de la norma parámetro de control, esto es del art. 32 CE para, una vez definidos ese contenido y alcance, verificar si la norma objeto de control se ajusta a los mismos.

Así pues, un análisis como el que se pretende ha de partir del art. 32.1 CE, que se contiene en la Sección segunda («De los derechos y deberes de los ciudadanos») del capítulo segundo («Derechos y libertades») del título I de la Constitución («De los derechos y deberes fundamentales»), y reconoce el derecho del hombre y de la mujer a «contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», estableciendo en el apartado segundo del mismo artículo 32, que será el legislador a través de la ley quien regule «las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Esta escueta regulación constitucional es heredera de la contenida por primera vez en el art. 43 de la Constitución de 1931, y redactada conforme con el art. 16 de la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, el art. 23 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, el art. 10 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, el art. 12 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950, y la Convención de Naciones Unidas de 15 de abril de 1969 sobre consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos.

Nuestra jurisprudencia ha interpretado el art. 32 CE en el sentido de otorgarle un doble contenido, de modo que el matrimonio, en la Constitución española, es una garantía institucional y, simultáneamente, un derecho constitucional. Por tanto, el matrimonio se configura, tal y como aparece en el fundamento jurídico 3 de la STC 184/1990, de 15 de noviembre, como una «institución garantizada por la Constitución», y a su vez «contraer matrimonio» es un derecho constitucional tal y como se desprende de su ubicación en la norma fundamental, correspondiendo el desarrollo de su régimen jurídico, por mandato constitucional *ex art. 32.2 CE*, a una ley que debe respetar su contenido esencial.

Teniendo presente este doble contenido, el razonamiento que se impone en la sentencia exige afrontar el análisis sobre el ajuste constitucional de la reforma introducida en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, desde una doble perspectiva. En primer término se deberá dar respuesta a la duda de si la reforma impugnada supone un

menoscabo constitucionalmente inadmisibles de la garantía institucional del matrimonio y, en segundo lugar, a la cuestión de si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio.

7. La categoría garantía institucional, adoptada por nuestra jurisprudencia en la STC 32/1981, de 28 de julio, persigue la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas. Aunque en el momento de su surgimiento este concepto se asociaba exclusivamente a la protección de instituciones públicas, la garantía institucional se proyectó posteriormente hacia instituciones privadas –refiriéndose parte de la doctrina en este caso a la noción de garantía de instituto– o incluso sobre determinadas manifestaciones sociales. En la STC 32/1981 se afirmaba que «la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (FJ 3). De este modo, el Tribunal reconocía un amplio margen al legislador para definir el contenido de la institución, preservando la misma en términos reconocibles, al entender que «las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza» (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3).

Por tanto, nuestra jurisprudencia reserva la noción de garantía institucional a la protección de aquellas instituciones que, encontrando reflejo constitucional y siendo fundamentales dentro del orden constitucional, no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo. Este concepto ha sido utilizado por nuestra jurisprudencia para referirse a diversas instituciones, como la autonomía local (SSTC 32/1981, de 28 de julio y 240/2006, de 20 de julio), el régimen foral (STC 76/1988, de 26 de abril), la Seguridad Social (SSTC 37/1994, de 10 de febrero y 213/2005, de 21 de julio), la familia (STC 116/1994, de 18 de abril), los colegios profesionales (STC 179/1994, de 16 de junio), etc. Pero también se ha proyectado hacia el ámbito de los derechos fundamentales calificándose como garantía institucional o garantía constitucional tanto el *habeas corpus* (SSTC 44/1991, de 25 de febrero y 288/2000, de 27 de noviembre) como el *habeas data* (STC 292/2000, de 30 de noviembre, entre otras), y el derecho de fundación, definido simultáneamente como «institución preservada» y como derecho fundamental (STC 341/2005, de 21 de diciembre), del mismo modo que se define la autonomía universitaria (entre otras STC 75/1997, de 21 de abril).

Un razonamiento del mismo tipo debe desarrollarse respecto del matrimonio, que posee, como se ha adelantado, una doble dimensión conceptual, tratándose por un lado de una garantía institucional y por otro de un derecho fundamental. Ha de tenerse en cuenta que ambas categorías no son idénticas, puesto que la primera exige una protección objetiva por parte del Tribunal que debe garantizar que el legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución, exigiendo el segundo una protección subjetiva, de manera que el Tribunal garantice al ciudadano, titular del derecho en cuestión, que la posición jurídica derivada del reconocimiento del derecho no queda eliminada o desnaturalizada por el legislador.

8. Centrándonos ahora en el matrimonio como garantía institucional, y para resolver las dudas de constitucionalidad planteadas por los recurrentes, es preciso determinar si la regulación contenida en la Ley 13/2005, y que da nueva redacción al párrafo segundo del art. 44 CC, hace del matrimonio una institución irreconocible y, por tanto, desnaturalizada, o si el legislador ha actuado dentro del amplio margen que la Constitución le otorga. En este punto, es preciso recordar que el art. 44 CC, que encabeza el capítulo II del título IV del Código civil, relativo a los requisitos del matrimonio, dispone en su párrafo primero

que «(E)l hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código», estableciendo el nuevo párrafo segundo que «(E)l matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Resulta indiscutible, pues, que la nueva regulación legal del matrimonio no sólo ha abierto las puertas de esta institución a las parejas del mismo sexo, sino que, al optar por esta solución normativa de entre las diversas que estaban a su alcance, ha equiparado de forma absoluta los matrimonios contraídos entre personas homosexuales y personas heterosexuales. Así pues, debemos constatar 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.

Los recurrentes entienden que la ley impugnada vulnera efectivamente la garantía institucional del 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 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–, entienden los recurrentes que la institución matrimonial configurada por la ley impugnada hace irreconocible la institución clásica del matrimonio, suponiendo una desnaturalización de la institución incompatible con el respeto a la garantía institucional del mismo. Esta interpretación se basa en la que se contiene en el Auto 222/1994, de 11 de julio, por el que este Tribunal Constitucional inadmitió en su día un recurso de amparo que, sin cobertura legal, solicitaba la equiparación de efectos entre el matrimonio y la convivencia *more uxorio* de dos personas homosexuales, diciendo que «al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, 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 es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)» (FJ 2).

Teniendo estos argumentos presentes, es trasladable a nuestro razonamiento la afirmación mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del art. 12 CEDH, consistente en que «en los años 50, el matrimonio era, evidentemente, entendido en el sentido tradicional de unión entre dos personas de sexo diferente» (STEDH en el asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, § 55). En el año 1978, cuando se redacta el art. 32 CE era entendido mayoritariamente como matrimonio entre personas de distinto sexo, también en el seno de los debates constituyentes. 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, sino con la voluntad de desligar el matrimonio y la familia, de proclamar la igualdad de los cónyuges en el seno de la institución, y de constitucionalizar la separación y la disolución. Estas cuestiones, así como la determinación de la edad para contraer, protagonizaron casi en exclusiva los debates constituyentes sobre el actual art. 32 CE, que fuera el 27 del Anteproyecto constitucional, y que no encontró su redacción definitiva hasta la Comisión Mixta Congreso-Senado. Dicho de otro modo, 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, la cuestión del divorcio, la diferenciación conceptual entre matrimonio y familia, y la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio, una igualdad que, en aquel momento, estaba todavía construyéndose. No puede olvidarse a este respecto que el

reconocimiento normativo pleno de la capacidad de obrar a la mujer casada databa del año 1975 (Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges), a pesar de lo cual los maridos eran todavía administradores de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario (art. 59 CC en la redacción vigente en 1978), se exigía su consentimiento para algunos negocios jurídicos de la esposa (por ejemplo art. 361 CC en la redacción vigente en 1978), y la madre sólo ostentaba la patria potestad en defecto del padre (art. 154 CC en la redacción vigente hasta 1981). Así, el art. 32 CE manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones, lo cual no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera. Por lo demás, desde una estricta interpretación literal, el art. 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse aunque, 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.

9. Para avanzar en el razonamiento es preciso dar un paso más en la interpretación del precepto. Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta como hemos visto por el Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un «árbol vivo», –en expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo– que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11). Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición.

Por lo que hace a nuestro sistema constitucional, el camino de entrada de parte de estos elementos conformadores de la cultura jurídica, que por lo demás se alimentan e influyen mutuamente, viene dado por el recurso a un principio fundamental de la interpretación de la Constitución, que es el dispuesto en el art. 10.2 CE. La referencia a ese precepto, también invocado por los recurrentes, nos exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el título I de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos

internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, interpretación que de ninguna manera puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5, y en la misma línea, entre otras muchas, SSTC 50/1989, de 21 de febrero, 64/1991, de 22 de marzo, y 38/2011, de 28 de marzo). A lo anterior se une la constatación de que esos tratados se van incorporando paulatina y constantemente a nuestro ordenamiento, a medida que, acordados en el seno de la sociedad internacional, la Unión Europea o el Consejo de Europa, España los ratifica, con lo cual la regla hermenéutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva, que nos permitirá explicar el art. 32 CE y el ajuste al mismo de la Ley 13/2005.

La interpretación evolutiva a que nos referimos facilita la respuesta a la cuestión de si el matrimonio, tal y como resulta de la regulación impugnada, sigue siendo reconocible en el contexto sociojurídico actual como tal matrimonio. Tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador.

Estando claro, por tanto, que la única diferencia entre la institución matrimonial antes y después de julio de 2005 se refiere al hecho de que los contrayentes puedan pertenecer al mismo sexo de modo que el matrimonio puede ser tanto entre personas de distinto sexo como entre personas del mismo sexo, es preciso determinar si esa circunstancia, es decir, la posibilidad de la existencia de estos últimos, es, hoy por hoy, en nuestra sociedad, un elemento que hace irreconocible el matrimonio o que, por el contrario, se integra en la imagen que permite reconocer la institución matrimonial. Dicho de otro modo, se trata de determinar cuán integrado está el matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestra cultura jurídica, acudiendo para ello a los elementos que sirven para conformar esa cultura.

Si se acude al Derecho comparado, en la balanza de la integración del matrimonio entre personas del mismo sexo en la imagen actual del matrimonio pesa el hecho de que la equiparación del matrimonio entre personas de distinto sexo y entre personas del mismo sexo se ha consolidado, en los últimos años, en el seno de varios ordenamientos jurídicos integrados en la cultura jurídica occidental. Cuando se aprobó en España la Ley 13/2005, aquí cuestionada, sólo los Países Bajos (Ley de 2000), Bélgica (Ley de 2003), y el Estado de Massachusetts en EEUU (Sentencia de la Supreme Judicial Court, *Goodridge v. Department of Public Health*, de 2004) reconocían el matrimonio entre personas del mismo sexo. Desde entonces la institución se ha reconocido también en otros ordenamientos como los de Canadá (*Civil Marriage Act* de 2005), Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006), Ciudad de México (Ley de 2009), Noruega (Ley de 2009), Suecia (Ley de 2009), Portugal (Ley núm. 9/2010), Islandia (Ley de 2010), Argentina (Ley de 2010), Dinamarca (Ley de 2012) y en varios Estados de Estados Unidos de América, en algunos casos a resultas de la interpretación judicial, en otros de la actividad del legislador [Connecticut –2008–, Iowa –2009–, Vermont –2009–, New Hampshire –2010–, Distrito de Columbia (Washington) –2010–, y New York –2011–]. Existen además proyectos legislativos, en distinto estadio de tramitación, en Eslovenia (cuyo Tribunal Constitucional declaró en Sentencia de 2 de julio de 2009 que era inconstitucional que las uniones estables del mismo sexo no gozasen de los mismos derechos que las parejas casadas de sexo distinto) y Finlandia.

Siendo lo anterior cierto, no lo es menos que hasta finales de los años 80 ningún país del mundo otorgaba derechos a las uniones entre personas del mismo sexo, y que, aunque actualmente casi todas las democracias de corte occidental han elaborado algún instrumento legal que concede derechos a las parejas del mismo sexo, la opción de muchos de los ordenamientos de nuestro entorno y cultura jurídica no ha sido la misma que la escogida por el legislador español, en uso de su libertad de configuración de la institución matrimonial.

Así distintos Estados han reconocido efectos a la unión civil entre personas del mismo sexo, equiparando esos efectos, con mayor o menor nivel de intensidad, a los asociados al matrimonio. Sin detenernos en ese mayor o menor nivel de equiparación de efectos entre matrimonio y unión civil, hemos de recordar aquí la regulación de la unión civil que se hace, en el ámbito europeo, en Francia (1999), Alemania (2001), Finlandia (2001), Luxemburgo (2004), Reino Unido (2004), Andorra (2005), República Checa (2006), Suiza (2007) Austria (2010), o Liechtenstein (2011). En el mismo sentido varios países de la comunidad iberoamericana de naciones también han regulado o aceptado por la vía de la interpretación jurisprudencial la unión civil de personas del mismo sexo, siendo éste el caso de Colombia (2007), Uruguay (2008), Ecuador (2009), y Brasil (2011). Otros países, por fin, no han establecido regulación alguna ni de las uniones de hecho ni de matrimonios entre personas del mismo sexo.

La aproximación al Derecho internacional y a los pronunciamientos jurisdiccionales de órganos internacionales apunta también hacia una apertura relativa de la noción más tradicional de matrimonio. El Tribunal de Estrasburgo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en el asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, (aunque ya lo había hecho previamente respecto del matrimonio de los transexuales en los asuntos *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002; *I c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002; y *Parry c. Reino Unido y R. y F. c. Reino Unido*, ambas de 28 de noviembre de 2006). En este reciente pronunciamiento el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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. Pero junto a ello afirma también que la institución del matrimonio se ha visto profundamente modificada por la evolución de la sociedad desde la aprobación del Convenio de Roma, a pesar de lo cual no existe consenso total en Europa sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo porque en cada Estado la institución matrimonial ha evolucionado de forma diferente. Estas reflexiones llevan al Tribunal de Estrasburgo a entender que el art. 12 CEDH no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y continúa reconociendo que «el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra», absteniéndose de imponer su propia apreciación sobre el matrimonio a «las autoridades nacionales que son las mejor situadas para apreciar las necesidades de la sociedad y responder a ellas» (§ 62).

En la misma línea el art. 9 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea tal y como resulta interpretado por el Praesidium en el texto de las «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales», ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo, habiendo sido además explicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una versión modernizada del art. 12 CEDH que abarca «los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a las del matrimonio para fundar una familia» (STEDH asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, § 60).

Ello nos lleva a afirmar que la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los derechos humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del

mismo sexo. Una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva «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.

Por otra parte, este Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005. Respecto a la opinión que merece a los españoles la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo, el Centro de Investigaciones Sociológicas, con motivo de la elaboración del anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, incluyó la cuestión en diversas encuestas. En el barómetro de junio de 2004 (estudio núm. 2.568) se refleja que el 66,2 por 100 de los encuestados creía que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio, mientras que en el estudio relativo a «opiniones y actitudes sobre la familia» (núm. 2578) realizado durante los meses de octubre y noviembre de 2004, se recoge que el 56,9 por 100 de los encuestados estaban a favor de permitir el matrimonio civil para las parejas del mismo sexo. Tras la aprobación de la Ley 13/2005, los datos facilitados por la Comisión Europea contenidos en el Eurobarómetro 2006 (núm. 66), apuntan que el 44 por 100 de los encuestados –pertenecientes a los entonces 25 Estados miembros de la Unión, y a Bulgaria, Rumanía, Croacia, Turquía y la comunidad turco chipriota– está de acuerdo con la idea de que se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, frente a un 49 por 100 que manifiesta su oposición. En este contexto europeo, España se sitúa por encima de la media de aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo (56 por 100), lo que supone un acercamiento de la opinión pública, en este punto, a países del norte de Europa y un apartamiento, tal y como observa la propia Comisión Europea, de la tendencia de los países del sur y el este del continente, mayoritariamente situados por debajo de la media europea en nivel de aceptación. Los datos más recientes del Centro de Investigaciones Sociológicas sobre este particular se encuentran en el estudio sobre las «actitudes de la juventud ante la diversidad sexual» (núm. 2.854), realizado entre noviembre y diciembre de 2010 a jóvenes de entre 14 y 29 años, y del que resulta que el 76,8 por 100 de los encuestados consideran aceptable el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por su parte las cifras del Instituto Nacional de Estadística contenidas en la estadística sobre «movimiento natural de la población», permiten saber que, durante los años de vigencia de la Ley 13/2005 y hasta diciembre del año 2011, se habían contraído 22.124 matrimonios entre personas del mismo sexo. Aunque todas estas cifras no sean por sí solas un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley sometida a nuestro examen, no es menos cierto que las mismas ofrecen una imagen que refleja el grado de identificación de los titulares del derecho al matrimonio con la institución en la que se integra progresivamente la unión entre personas del mismo sexo.

Acudiendo a la doctrina para perfilar la noción de matrimonio que se asume en nuestra cultura jurídica, hay que constatar que entre los juristas especializados en la materia no existe una posición unánime respecto de la cuestión que nos ocupa, si bien se verifica una tendencia creciente a reconocer que el hecho de que el matrimonio entre personas del mismo sexo se integre en la institución matrimonial, es una realidad susceptible de ser asumida en nuestra cultura jurídica, existiendo matices distintos respecto del vínculo constitucional de la institución así configurada.

Por último, y teniendo en cuenta que el análisis del ordenamiento en su conjunto puede dar una idea del alcance jurídico y social de la modificación legislativa que se somete a nuestro examen, y sin querer convertir a la legislación civil, o de otros órdenes, mediante ese recurso, en parámetro directo de constitucionalidad, cabe concluir que ninguna disfunción se produce en la institución matrimonial por el hecho, por ejemplo, de que el matrimonio formado por dos personas del mismo sexo tenga un régimen económico matrimonial, bien el pactado en capitulaciones matrimoniales, bien uno de los dispuestos

por el Código civil o por las correspondientes normas de Derecho civil foral. Tampoco el régimen de Derecho sucesorio se violenta por la identidad de sexo de los componentes del matrimonio en lo relativo al orden sucesorio, régimen testamentario, etc., ni en aspectos de normas concretas que tradicionalmente fueron conflictivos como el régimen de la sucesión arrendaticia. Lo mismo ha de decirse de normas que regulan aspectos personales derivados de la existencia de matrimonio entre dos personas, como pudieran ser los llamamientos preferentes para desempeñar ciertas funciones como la representación del ausente, la tutela o la curatela. Tampoco en el ámbito del Derecho público existen especiales dificultades para que cónyuges del mismo sexo sean destinatarios de las normas que contemplan al cónyuge como sujeto de obligaciones o de derechos, tales como el régimen tributario, el correspondiente a las prestaciones de Seguridad Social o incluso para aplicar el sistema penal en los casos en que la situación del cónyuge como víctima o como responsable de infracción penal sea determinante. Puede decirse, por tanto, que, excepción hecha de normas muy singulares (la propia exposición de motivos de la Ley 13/2005 cita los artículos 116, 117 y 118 CC como supuestos que sólo pueden producirse en el caso de matrimonios entre dos personas de diferente sexo), el régimen jurídico del matrimonio y consecuentemente la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo.

Puede concluirse, por tanto, que la Ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el art. 32 CE tal y como ha sido interpretado hasta aquí, desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea. El legislador, tal y como sugería el Consejo de Estado en su dictamen de 16 de diciembre de 2004 respecto del anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (expediente núm. 2628-2004), y apunta el Abogado del Estado en sus alegaciones, podría haberse inclinado por otras opciones a la hora de reconocer las uniones entre personas del mismo sexo usando la categoría, empleada en otros países de nuestro entorno, de las uniones civiles, opción que es la que parecen preferir los recurrentes. Pero esta elección que hubiera supuesto la no modificación de la institución matrimonial clásica junto con la simultánea creación de un régimen diferente al del matrimonio, con un contenido más o menos equiparable pero diferente, no fue la escogida por el legislador, que optó en cambio por generalizar el régimen único del matrimonio para cualquier persona, independientemente de su orientación sexual, opción ésta ajustada a la Constitución y que parece responder a la lógica de que dos relaciones jurídicas equiparables –matrimonio entre personas de distinto sexo y unión civil entre personas del mismo sexo– y con similares efectos reciban la misma denominación. El legislador español, como otros de nuestro entorno jurídico cercano, tenía varias opciones a su alcance a la hora de otorgar reconocimiento jurídico a la situación de las parejas del mismo sexo, y la opción escogida es respetuosa con los dictados del texto constitucional, sin que esta afirmación prejuzgue o excluya la constitucionalidad de otra.

Por tanto, desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada.

10. Completado el razonamiento relativo al matrimonio como garantía institucional, es preciso abordar la cuestión del matrimonio como derecho constitucional que, por su ubicación en el texto de la norma fundamental, carece de «protección por la vía de amparo constitucional, conforme a lo preceptuado en arts. 53.2 de la C.E. y 41.1 de la LOTC» (ATC 188/1993, de 14 de junio, FJ 2), pero goza de la garantía de preservación de su contenido esencial frente a la libertad del legislador.

En la STC 11/1981, de 8 de abril, que aclara la noción de «contenido esencial» de un derecho, se nos ofrecen dos caminos para aproximarnos a esa noción; y aunque en el mismo pronunciamiento se afirma que no se trata de caminos necesariamente alternativos sino más bien complementarios, en este caso nos resulta suficiente con abordar el primero de ellos que propone «tratar de 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 ... Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.» (FJ 8).

La duda, en este caso, radica en determinar si la nueva regulación supone un ataque al contenido esencial del derecho al matrimonio que el legislador debe respetar por imperativo del art. 53.1 CE. Hasta la fecha, el contenido esencial del derecho al matrimonio, que analizado desde la perspectiva objetiva del derecho constitucional acaba por confluir con la noción de garantía institucional antes definida, sin que puedan llegar a confundirse dogmáticamente, ha sido definido en los siguientes términos.

Por una parte, de la dicción literal del art. 32.1 CE se deduce que ambos cónyuges se encuentran en régimen de plena igualdad jurídica en el seno de la institución jurídica del matrimonio, «regla que supone una manifestación específica del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (art. 14 CE)» (SSTC 159/1989, de 6 de octubre, FJ 5; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 5; y 51/2011, de 14 de abril, FJ 8). Junto a lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha precisado que el derecho al matrimonio, aunque es un derecho de titularidad individual, no lo es de ejercicio individual, pues, tal y como dispone el art. 45 CC, no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5; 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4; 51/2011, de 14 de abril, FJ 9), y que el vínculo matrimonial «genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes» (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3).

Además, de este 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 ejercita en un determinado sentido los mismos efectos que se atribuyen a quien lo hace en otro», añadiendo que «pese a la identidad de los sujetos titulares de la libertad, el contenido de la libertad positiva y negativa no (tiene) por qué ser homogéneo, y que el legislador ordinario (puede) atribuir ... consecuencias a una y a otra manifestación», de manera «que la primera se constituya en un auténtico derecho subjetivo, mientras que la segunda no sea más que una mera libertad jurídica, integrada en el mismo derecho fundamental, y cuyo contenido se ciñe a la posibilidad de optar o a la existencia de una alternativa de acción» (ATC 204/2003, de 16 de junio, FJ 3). Por tanto, el Tribunal ha asumido la existencia de dos regímenes diferenciados por voluntad del legislador, el del matrimonio y el de la convivencia *more uxorio*, que son reflejo de la capacidad de elección de las personas respecto del ejercicio de su derecho a contraer matrimonio, pero ello sin entrar a valorar, por el momento, la cuestión de la orientación sexual de los integrantes de la pareja, y reconociendo que la convivencia *more uxorio*, «ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento» (ATC 204/2003, de 16 de junio de 2003, FJ 3), estando legitimado el legislador para establecer diferencias en las consecuencias que se derivan de la opción por uno u otro régimen (en este sentido, por todas STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 2). Esta posición jurisprudencial ha tenido una amplia repercusión en materia de cobro de pensiones, particularmente de viudedad (por todas véanse las SSTC 184/1990, de 15 de

noviembre y 69/2007, de 16 de abril) y en algún caso en materia de la subrogación arrendaticia (STC 222/1992, de 11 de diciembre).

Como puede deducirse de lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha realizado hasta ahora una interpretación del contenido esencial del art. 32 CE que deja un amplio margen al legislador no sólo para configurar las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos –configuración de la que se ha ocupado el legislador estatal en virtud de la competencia exclusiva que le confiere el art. 149.1.8 CE para regular las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio (STC 51/2011, de 14 de abril, FJ 9)–, sino también para establecer regímenes de convivencia *more uxorio* paralelos al régimen matrimonial, pero con un reconocimiento jurídico diferenciado, lo que ha sido realizado, hasta la fecha, exclusivamente por el legislador autonómico.

Esta interpretación se ha referido de forma limitada a la cuestión de la orientación sexual de los titulares del derecho. El ATC 222/1994, de 11 de julio, al hilo de la reclamación de una pensión de viudedad por parte del superviviente de una pareja homosexual, recuerda el margen a la libre apreciación de los Estados que otorga el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en sentencias como las que resuelven los asuntos *Rees*, de 17 de octubre de 1986 y *Cossey*, de 27 de septiembre de 1990, y afirma 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. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo.» (ATC 222/1994, de 11 de julio, FJ 2).

Ahora bien, la interpretación contenida en el ATC 222/1994 no puede entenderse como consagración constitucional de la heterosexualidad en el seno del matrimonio, aunque tampoco puede entenderse que esta opción, como única posible, quede absolutamente excluida. Lo que hace, sin lugar a dudas, es asumir el principio heterosexual del matrimonio como una opción válida del legislador contenida en el marco de la Constitución y dar cabida constitucional a una eventual regulación de la convivencia *more uxorio* para los homosexuales. Pero de ello no puede colegirse de forma automática que el matrimonio heterosexual sea la única opción constitucionalmente legítima, debiendo determinarse si la opción del legislador aquí enjuiciada también cabe dentro de la norma constitucional vigente.

11. Así pues, para determinar si la reforma objeto de este recurso vulnera el derecho a contraer matrimonio, ha de partirse de la certeza de que la misma ha introducido importantes matices respecto del derecho constitucional. Decíamos anteriormente, evocando nuestra jurisprudencia previa, que siendo un derecho de titularidad individual no lo es de ejercicio individual, puesto que exige de otra persona para realizarse y del consentimiento mutuo libremente expresado por los contrayentes dentro de los límites que se deriven de la configuración legal que realiza el Código civil de los requisitos para contraer matrimonio. Dejando de lado el debate sobre si las personas homosexuales gozaban ya del derecho a contraer matrimonio antes de la reforma legal aquí analizada, resulta evidente que la nueva redacción del Código civil que introduce la Ley 13/2005 permite que el ejercicio del derecho se concrete con una persona del mismo sexo. No estamos, pues ante una cuestión relativa a la ampliación del elenco de titulares del derecho individual, sino ante una modificación de las formas de su ejercicio. Por tanto, es preciso determinar si la citada modificación supone un ataque al contenido esencial del derecho fundamental.

Para abordar esta reflexión y profundizar en la realizada hasta este momento, partimos de la afirmación de que la imagen del matrimonio como institución, esto es la garantía institucional del matrimonio, coincide substancialmente con la dimensión objetiva del derecho constitucional al matrimonio, puesto que ambas nociones, contenido esencial

y garantía institucional, se solapan al definir el matrimonio, aunque dogmáticamente su naturaleza sea diferente. Por eso, una vez establecido que la garantía institucional del matrimonio permanece intacta con la nueva regulación legal, ello nos conduce a entender que también la dimensión objetiva del derecho permanece inalterada, debiendo dirigir nuestra reflexión exclusivamente hacia la dimensión subjetiva del mismo, que impone al legislador, que debe preservarla, la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad que contiene el derecho (en este sentido, STC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 3).

La Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, y esta modificación, una vez analizado el Derecho comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el Derecho originario de la Unión Europea, 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 (cabe citar aquí la pionera STEDH *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981), y pasa por el reconocimiento de la tutela antidiscriminatoria frente a las discriminaciones por razón de la orientación sexual de las personas (véanse aquí, entre otras las SSTEDH en los asuntos *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, § 28, y *L. y V. c. Austria* de 9 de enero de 2003, § 48, después recogidas en nuestra STC 41/2006, de 13 de febrero, así como el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007).

Teniendo en cuenta lo anterior, y el hecho de que la aprobación de la Ley 13/2005 no supone tanto una limitación del derecho al matrimonio como una modificación de las condiciones de ejercicio en una lógica de equiparación de estatutos jurídicos, habría que determinar si la regulación impugnada impide el ejercicio del derecho por parte de las personas heterosexuales, en las mismas condiciones en que anteriormente lo ejercían, afectando por tanto al contenido esencial de ese derecho, y la respuesta a esta cuestión ha de ser negativa. El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código civil. Sin embargo, las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual. De este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4), además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8), sin perjuicio de que se puede reconocer que el mecanismo elegido por el legislador para dar ese paso no era el único técnicamente posible.

Por tanto, 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, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta de que la ley recurrida no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, y sin que la opción adoptada suponga

denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio.

No corresponde al Tribunal Constitucional enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles (entre otras muchas STC 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5), puesto que debemos respetar las opciones legislativas siempre que las mismas se ajusten al texto constitucional. Como dice el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, se pudo optar por diversas modalidades de regulación de la unión entre personas del mismo sexo. La opción que contiene la Ley 13/2005, sometida a nuestro examen se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el art. 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, en la que hemos incluido la discriminación por razón de la orientación sexual (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3), en la línea de la jurisprudencia de Estrasburgo (entre otras, STEDH en el asunto *L. y V. c. Austria* de 9 de enero de 2003, § 48).

En consecuencia, desde la perspectiva de la configuración del matrimonio como derecho fundamental, tampoco existe reproche alguno de inconstitucionalidad que pueda ser realizado a la Ley 13/2005.

12. Las afirmaciones anteriores no evitan entrar al examen de la posible vulneración, por parte del apartado séptimo del artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que posibilita la adopción conjunta de menores por parejas homosexuales, del art. 39.2 CE en especial, del deber de protección integral de los hijos. No obstante sí condicionan ese examen.

El apartado séptimo del artículo único de la Ley 13/2005 da nueva redacción al apartado 4 del art. 175, que queda redactado en los siguientes términos: «Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.»

Sin aludir expresamente a la orientación sexual de los adoptantes, la redacción resultante de la reforma posibilita la adopción conjunta de menores por matrimonios entre personas del mismo sexo, y los recurrentes entienden, desarrollando esta idea como argumento principal de su impugnación, que tal previsión resulta contraria al mandato de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), puesto que antepone la legitimación u homologación de las relaciones homosexuales al interés del menor, que también es el interés rector de la adopción, así como a la idoneidad de los adoptantes.

A este respecto, tal y como dice el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, el interés del menor adoptado por un matrimonio entre personas del mismo sexo, o por un matrimonio entre personas de distinto sexo, ha de ser preservado conforme a lo dispuesto en el art. 39.2 CE. Y este interés se tutela en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del art. 39.2 CE no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge.

La Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, en el asunto *Frette c. Francia* de 26 de febrero de 2002, que se refiere a la cuestión de la exclusión de una persona soltera homosexual de un procedimiento de adopción en razón de su orientación sexual, analiza la compatibilidad de tal exclusión con las previsiones del Convenio europeo de derechos humanos, y desarrolla a este respecto una argumentación muy similar a la que el mismo Tribunal realiza respecto de la compatibilidad entre la exclusión o inclusión de las personas homosexuales de la institución matrimonial y el art. 12 CEDH, ofreciendo una lectura amplia del margen de apreciación nacional. El Tribunal Europeo de Derechos

Humanos afirma que la mayoría de los Estados firmantes del Convenio de Roma no prevé explícitamente la exclusión de los homosexuales de los procedimientos de adopción en régimen de monoparentalidad, pero que de ello no cabe deducir principios comunes y uniformes en los Estados miembros del Consejo de Europa respecto de una cuestión social en relación con la cual existen divergencias profundas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima, pues, normal «que las autoridades nacionales, que deben tomar en cuenta dentro de los límites de sus propias competencias, los intereses de la sociedad en su conjunto, dispongan de un amplio margen cuando son llamadas a pronunciarse en este ámbito», y continúa: «estando en contacto directo con la realidad de sus países, las autoridades nacionales están, en principio, mejor situadas que una jurisdicción internacional para evaluar las sensibilidades y contextos locales. Teniendo en cuenta que las cuestiones planteadas en el supuesto de hecho tocan aspectos donde no existe comunidad de perspectivas entre los Estados miembros del Consejo de Europa y donde, de manera general, el derecho parece atravesar una fase de transición, es preciso dejar un amplio margen de apreciación a las autoridades de cada Estado (ver *mutatis mutandis*, sentencias *Manoussakis y otros c. Grecia*, 26 septiembre 1996, *Recueil* 1996-IV, p. 1364, § 44, y *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia* [GC], núm. 27417-95, § 84, CEDH 2000-VII)» (§ 41). Reconociendo este amplio margen de apreciación, el Tribunal de Estrasburgo recuerda que «La adopción es 'dar una familia a un niño, y no un niño a una familia' y el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones de acogida más favorables» (§ 42) y, a este respecto, no existe certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual.

En conclusión, 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. El ordenamiento jurídico, que no reconoce un derecho fundamental a adoptar, prevé mecanismos suficientes en las disposiciones que regulan la adopción nacional (arts. 175 y ss. CC y disposiciones autonómicas equivalentes, y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor) e internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional), como para garantizar la preservación del interés superior del menor en el proceso de adopción, garantía contemplada también en el art. 21 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, como fin primordial por el que deben velar los Estados. Nuestra propia jurisprudencia ha establecido ya que, en los procedimientos de adopción, «se configura como prevalente el interés superior del menor. Principio que con carácter general proclama la mencionada Convención, al disponer que 'en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño' (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (exposición de motivos, arts. 2, 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil; arts. 172.4, 173.3 y 4, y 173 bis CC; arts. 1826 y 1827 LEC).» (STC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4).

La eventual lesión del art. 39.2 CE vendría dada si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor, circunstancia que no concurre en este caso, en el que la normativa del Código civil establece que la resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual (art. 176 CC). Además, como recoge la recién citada STC 124/2002, el juez que conoce del proceso de adopción tiene la facultad de denegarla cuando sea contraria al

interés del menor, sea cual sea el motivo y después de su correcta valoración, que se realiza mediante el procedimiento reglado pertinente.

En un sentido muy similar, aunque salvando las evidentes diferencias, porque allí la cuestión de fondo era la de una eventual discriminación por razón de identidad sexual y presencia de disforia de género y no por razones de orientación sexual, y aunque entonces no se trataba de una cuestión de adopción sino de la determinación del régimen de visitas de un progenitor transexual, dijimos en la STC 176/2008, de 22 de diciembre (FJ 7), posteriormente confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia *P.V. c España* de 30 de noviembre de 2010, «que lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el art. 14 CE.»

No existe, en consecuencia y de acuerdo con los argumentos desarrollados, tacha de inconstitucionalidad alguna en el artículo único de la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a seis de noviembre de dos mil doce.—Pascual Sala Sánchez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 6 de noviembre de 2012 dictada en el recurso de inconstitucionalidad 6864-2005

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en lo siguiente:

1. La Sentencia de la mayoría, de la que discrepo, parte de la consideración —que sí comparto— del art. 32 CE como integrado por la configuración de una garantía institucional, la del matrimonio, y la consagración de un derecho, el de contraerlo, cuando proclama literalmente en su núm. 1 que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».

Para definir la institución matrimonial que la Constitución garantiza, se utiliza (en el fundamento jurídico 9) la llamada «interpretación evolutiva», para llegar a decir que el matrimonio es «una 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 previstas en el ordenamiento».

La descripción que acaba de reproducirse, un tanto enrevesada y poco eufónica, realiza una verdadera filigrana para eludir hablar de sexo al definir el matrimonio, con lo que, a primera vista, éste podría constituirse entre un tío y un sobrino. De cualquier manera y con esta formulación se prescinde absolutamente del componente biológico (o antropológico, si se quiere) ínsito en el matrimonio desde que apareció el ser humano en el planeta y que como institución precedió a la tribu.

En efecto, además de todos los componentes jurídicos del matrimonio, éste es también una unión sexual que la naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana y aunque este fin natural pueda satisfacerse fuera del matrimonio y también aunque no sea el único fin de la institución que permanece si cumple los demás fines, no puede desconocerse sin incurrir en un salto ilógico imposible de admitir. Y no se diga – que se dice– que entonces las parejas estériles o voluntariamente abstenidas de cumplir el fin reproductivo, quedarían excluidas del matrimonio, porque es la posibilidad genérica, la potencia en sentido ontológico, de servir al fin respecto de la especie humana y no el acto concreto o el efecto cierto, lo que caracteriza a cualquier institución colectiva.

2. A pesar de que según la dicción literal del art. 32.1 CE, se habla de «el hombre y la mujer», la Sentencia de la que me aparto llega a la conclusión de que la garantía institucional no ve alterada su «imagen maestra» o núcleo esencial por el hecho de que se haya reformado el Código civil, modificando su artículo 44 de forma que, después de mantener la disposición originaria de que « el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código», añade: «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo», con lo que, aunque se trate de eludir en el fundamento jurídico 8 y después en el fundamento jurídico 10 de la Sentencia, se entra en flagrante contradicción con la doctrina sentada en el ATC 222/1994, de 11 de julio en el que este Tribunal dijo: «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 es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)».

Pero es que, ese mismo Auto añadió a renglón seguido: «Este argumento viene avalado, además, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que opera aquí como canon de interpretación al amparo de lo previsto en el art. 10.2 CE. En sendas Sentencias (caso *Rees*, 17 de octubre de 1986, y caso *Cossey*, 27 de septiembre de 1990), ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; y, que todo depende de la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante las leyes el ejercicio del derecho de casarse».

Por lo tanto, la posible regulación de un matrimonio entre personas del mismo sexo, o de una unión de éstas, distinta del matrimonio, es una cuestión que queda a la decisión de los Estados, según su Ordenamiento Jurídico, lo que, en definitiva, depende de lo que establezcan las respectivas Constituciones.

La cita, que en el fundamento jurídico referido hace la Sentencia de la mayoría, del asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, § 55, no puede servir para desvirtuar lo dicho anteriormente ni para justificar una mutación constitucional en España sin pasar por los trámites de la reforma de la Constitución de 1978, que como se admite sin discusión sólo contempló el matrimonio entre «el hombre y la mujer». Despierta asombro la afirmación de que «en el año 1978, cuando se redacta el art. 32 CE, el matrimonio era entendido mayoritariamente como matrimonio entre personas de distinto sexo, también en el seno de los debates constituyentes», porque la realidad fue que no había ninguna minoría que sostuviera la posibilidad de un matrimonio entre personas del mismo sexo y que tal debate estuvo totalmente ausente en la elaboración de nuestro texto constitucional.

En el reiteradamente citado fundamento jurídico 8 de la Sentencia de la mayoría y al hilo de estas consideraciones, se llega a una conclusión imposible de asumir cuando se

viene a decir que «el art. 32 CE manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones, lo cual no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera», porque lo que no se incluye explícita o implícitamente queda excluido por la más elemental lógica jurídica.

Dentro de esa misma lógica jurídica resulta paradójico que, diciendo prácticamente lo mismo el núm. 1 del art. 32 de la Constitución y el primer párrafo del art. 44 del Código civil, se considerara necesaria la reforma de éste y no la de aquélla; si tan claro estaba que nada dificultaba el establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, hubiera bastado cualquier norma de inferior rango, dejando al Código civil como estaba, lo mismo que la Constitución.

En mi opinión, 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.

3. Para sostener que la garantía institucional del matrimonio puede verse alterada por el legislador sin vulnerarla, dentro de una amplia libertad de configuración, se recurre a la evolución de la cultura jurídica, en la que se integran el derecho comparado, el internacional, la doctrina científica y la realidad social, aportando abundantes datos estadísticos y demoscópicos, para concluir que la imagen de la institución matrimonial ha evolucionado hasta hacerla compatible con que la contraigan personas del mismo sexo, aunque se reconoce que ello no es un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley y que entre los estudiosos del derecho «no existe una posición unánime», ni tampoco «sea unánimemente aceptada» en la sociedad internacional.

Por el contrario, entiendo que el núcleo, la imagen maestra, de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo. Precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales. De otro lado resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan.

Es más, los argumentos sociológicos, estadísticos, de conveniencia práctica, de derecho comparado e internacional y hasta de justicia efectiva, suelen eludir el verdadero problema jurídico-constitucional, sobre el que hay que operar con conceptos y argumentos de derecho, sin que los que pueden llamarse «meta-jurídicos» tengan otra función que la de reforzar, en su caso, la solución a que se llegue, pero no para fundarla o condicionarla.

Utilizando esas vías distintas de las estrictas del derecho, la Sentencia de la que discrepo, llega a la conclusión de que la Ley 13/2005, al modificar el Código civil en cuanto a los contrayentes del matrimonio y de acuerdo con nuestra cultura jurídica, no lo hace «irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea», cuando la realidad sociológica, contrastable en la calle, no es la de la aceptación, sino la de la indiferencia, que de cualquier forma no es argumento suficiente para sostener la constitucionalidad, ni favorece la no discriminación de las personas de orientación homosexual, cuya dignidad, a la que se alude, exigía que sus pretensiones en el acceso al matrimonio no fueran satisfechas por la puerta de atrás de la Constitución, sino postulando su reforma.

4. En último lugar la cuestión de la adopción por matrimonios constituidos por personas del mismo sexo es, tal vez, el asunto más delicado de la reforma operada por la Ley objeto de impugnación en el presente recurso, porque no afecta sólo a los adoptantes como contrayentes, y a la institución del matrimonio, sino a los niños, verdaderos terceros en el asunto y parte más débil cuya protección ha de ser extrema, porque la adopción sólo crea obligaciones para los adoptantes y derechos para los adoptados, en cuyo beneficio fue instaurada la institución para proveer al que carece de ellos de unos padres y de una familia de acogida.

Este extremo lo resuelve la Sentencia de la mayoría, dicho sea muy resumidamente, con el expediente de argumentar que una vez reconocida la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, nada impide que puedan ejercitar la adopción lo mismo que los matrimonios constituidos por personas de sexo diferente y 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.

Esta solución, reiterando el respeto que me merece la opinión de mis compañeros de la mayoría del Tribunal, es una simplificación del verdadero problema.

Si nada puede oponerse a que una persona homosexual, sea hombre o mujer, pueda adoptar individualmente a un menor, la cuestión está en que desde el punto de vista del niño, que es lo único importante, no resulta indiferente que en lugar de tener un padre y una madre o sólo un padre o sólo una madre, para sustituir la pérdida o abandono de los naturales, se encuentre con que tiene dos padres y ninguna madre o dos madres y ningún padre o haya que convertir a una mujer en padre o a un hombre en madre. Y este problema no se le puede deferir al juez, porque es ponerle en una tesitura socialmente muy comprometida y a veces de difícil salida.

Esta es otra consecuencia más de haber hecho decir al art. 32.1 CE lo que no decía, razones por las cuales –esta y las precedentemente expuestas– que me obligan a formular el presente Voto, porque entiendo que debió estimarse el recurso de inconstitucionalidad.

Madrid a seis de noviembre de dos mil doce.–Ramón Rodríguez Arribas.–Firmado y rubricado.

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, formulo el presente Voto particular, pues, aunque estoy de acuerdo con el fallo de la Sentencia, desestimatorio del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005 por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, discrepo de la fundamentación jurídica que en dicha Sentencia se contiene. Mi discrepancia se sustenta en los argumentos que defendí en las deliberaciones del Pleno y que resumidamente expongo a continuación.

1. La razón más importante de mi discrepancia reside en un problema de orden general, ya que no estoy de acuerdo con el modo en que la Sentencia entiende, y aplica para este caso, el concepto de interpretación evolutiva. No obstante, de ello trataré después. Prefiero primero expresar mi disconformidad con otros extremos concretos de la argumentación de la Sentencia que plantean también, a mi juicio, problemas de indudable entidad, aunque de un alcance menos general que el que antes he mencionado.

Así, comenzando por citar algunos de los desacuerdos de índole menor, discrepo del concepto de cultura jurídica que la Sentencia emplea en el fundamento jurídico 9, ya que, a mi juicio, desvirtúa el entendimiento común de ese término y lo equipara a una especie de sociologismo jurídico que no puedo compartir. También creo incorrecto que, para indagar sobre el contenido nuclear de la garantía institucional, se utilice la vía del art. 10.2 CE (fundamento jurídico 9) cuando está claro que ello vale para interpretar los derechos fundamentales (y así, más adelante, en los fundamentos jurídicos 10 y 11, al analizar el derecho a contraer matrimonio), pero no las garantías institucionales, que son categorías que pueden estar relacionadas entre sí (en este caso sin duda) pero que son, desde el punto de vista analítico (y así lo reconoce la propia Sentencia), perfecta y necesariamente distinguibles. Creo, además, que se hace un uso muy poco discriminatorio de los ejemplos que se toman del Derecho extranjero, pues habría que diferenciar (lo que no se hace en

el fundamento jurídico 9) entre ordenamientos en los que el matrimonio es una institución garantizada por la Constitución y aquellos en que no lo es.

De mayor entidad es mi desacuerdo con el modo de deducir el contenido del núcleo esencial o «imagen maestra» de la garantía institucional del matrimonio establecida en el art. 32.1 CE, que es, sin duda, la cuestión clave en la resolución de este proceso constitucional, y que la Sentencia aborda en los fundamentos 7 a 9.

En primer lugar, creo que no se subraya suficientemente, como era obligado, que el texto constitucional, en el momento de su aprobación, partía de un entendimiento del matrimonio como unión entre parejas de distinto sexo. Ese es un dato que se desprende del debate constituyente y del significado que entonces, sin duda, el matrimonio tenía en la cultura jurídica y en la conciencia social españolas y que no puede relativizarse como hace la Sentencia cuando afirma que lo más debatido entonces no era eso sino otras cosas (preferentemente la de la igualdad entre los cónyuges). Claro está que ello fue así, por la sencilla razón de que las deficiencias históricas que había que remediar eran las provenientes de la desigualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio, mientras que de la heterosexualidad de la pareja poco había que discutir, porque era un extremo que no se ponía entonces en cuestión, salvo desde posiciones muy minoritarias.

En segundo lugar tampoco se subraya otro dato importante: que la interpretación que el Tribunal Constitucional fue dando al art. 32.1 CE era inequívoca: el matrimonio como unión entre un hombre y una mujer. Y ello lo hizo el Tribunal en múltiples resoluciones, y no sólo en el ATC 222/1994, que la Sentencia cita dotándolo de una relatividad que, a mi juicio, no tenía. Por eso es claro, y la Sentencia debía de haberlo constatado, que la regulación legal del matrimonio anterior a la reforma recurrida no había vivido en la inconstitucionalidad. Por último, en la Sentencia (fundamento jurídico 11) se contiene una valoración positiva en términos constitucionales de la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo que no me parece propia del tipo de enjuiciamiento que el Tribunal debe hacer e incluso contradictoria con otros pasajes de la Sentencia en los que se admite que no se incurriría en inconstitucionalidad si el legislador hubiera optado por otra solución distinta a la del matrimonio para garantizar la unión estable de ese tipo de parejas, como ha sucedido en diversos ordenamientos extranjeros próximos al nuestro, habiendo sido esta alternativa considerada no contraria al Convenio de Roma por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Me refiero a dos párrafos en los que el Tribunal considera que la opción tomada por el legislador español «da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad» y que tal opción está en consonancia con el «mandato que el constituyente integró en el art. 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, en la que hemos incluido la discriminación por razón de orientación sexual».

Como ya dije más atrás, el cumplimiento de los mandatos de igualdad y no discriminación que nuestra Constitución contiene no obligaban al legislador a garantizar jurídicamente la unión entre personas del mismo sexo a través de la institución del matrimonio, y la jurisprudencia antidiscriminatoria del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tampoco. Ante ello, lo que se nos planteaba y, en consecuencia, la respuesta que al problema debíamos dar no era si la opción del legislador español es la «más constitucional», sino, simplemente, si habiendo otras opciones también constitucionalmente posibles, la adoptada por nuestro legislador era o no constitucional. Un juicio, el nuestro, que tenía que quedar reducido al de los límites que la Constitución establece (esto es, de índole negativa) y no al de los mandatos que la Constitución impone (de índole, pues, positiva). Esa es la función de este Tribunal, que está basada en la relación (que no es de estricta ejecución) que liga al legislador con la Constitución en un sistema, como el nuestro, de pluralismo democrático.

En ese afán, pues, de la Sentencia por reforzar (a mi juicio innecesariamente) la argumentación conducente al fallo se llega a expresar, en el fundamento jurídico 9, 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.

La solución al problema que el recurso nos había planteado era, a mi juicio, más sencilla, más sobria, si se quiere, de argumentación menos confusa y tortuosa (a veces incluso contradictoria) de la que ofrece la Sentencia. Dado el carácter no absoluto, sino históricamente cambiante, del núcleo esencial de la garantía institucional del matrimonio, bastaba con mostrar que hoy, para la conciencia social (y en la Sentencia se ofrecen datos suficientes sobre ello) y para la cultura jurídica (dato éste que la Sentencia en cambio utiliza de manera, a mi juicio, deficiente) 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. Ante una asentada (no efímera o claramente minoritaria) concepción social y jurídica cultural del matrimonio en la que también tiene cabida la unión entre parejas del mismo sexo, este Tribunal no puede declarar contraria a la Constitución la Ley sometida a su enjuiciamiento. Si el entendimiento de la institución ya no es unánime, sino plural, esto es, si se trata, en términos constitucionales, claro está, de una cuestión debatida, debemos aplicar la máxima de *in dubio pro legislatoris*. Cuando controlamos al legislador y apreciamos que no vulnera la Constitución, la función de este Tribunal no es, en realidad, apreciar que la ley es «constitucional», sino, que «no es inconstitucional», y ello no es un mero juego de palabras, sino que encierra un profundo sentido sobre la capacidad y legitimidad del ejercicio de la jurisdicción constitucional. Precisamente esas son las razones que me condujeron a apoyar el fallo de la presente Sentencia.

2. Dicho todo lo anterior, el motivo principal de mi discrepancia, como ya anuncié al principio, radica en un problema cuyos efectos trascienden de este caso y, por ello, cuyo tratamiento en la Sentencia puede generar muy graves riesgos para el mismo concepto de Constitución que sirve de base a nuestro ordenamiento y a la propia existencia del Tribunal Constitucional. Me refiero al significado y uso que en la presente Sentencia se da al término «interpretación evolutiva».

Debo dejar claro, de entrada, que la operación consistente en averiguar cuál es hoy el núcleo esencial de una garantía institucional no es, en modo alguno, aunque la Sentencia lo confunda, realizar interpretación evolutiva de la Constitución, sino, simplemente, interpretar la Constitución de acuerdo con el concepto generalmente acuñado de «garantía institucional». Por eso, que el núcleo esencial de esa garantía «evolucione» históricamente en su significado no tiene nada que ver con la llamada interpretación evolutiva, que consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan. En el primer supuesto (el de la garantía institucional) la misma norma constitucional llama (interiormente) al «ser» para configurar su «deber ser». En el segundo supuesto el de la interpretación evolutiva, no es la norma la que llama, para dotarse de eficacia, al «ser», pues como «deber ser» es perfecta, sino el intérprete el que, externamente, va adaptando su sentido, pero con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma (tenor literal, insisto, que es completo en sí mismo), de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacerse 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. Por eso, si se tratase de un precepto constitucional que no estableciese una garantía institucional, frente a su tenor literal, a su indudable significado originario y a su entendimiento reiterado por el Tribunal Constitucional, hubiera sido muy difícil no declararlo inconstitucional.

Como bien se ha dicho en frase autorizada y respetada, «la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho», y ha de añadirse que tampoco es una hoja en blanco que pueda reescribir, sin límites, su supremo intérprete. La realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional. La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone límites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución.

Pues bien, en la Sentencia se contienen determinadas afirmaciones que parecen conducir a todo lo contrario de lo que estoy diciendo. No es sólo que, como ya apunté, se llame 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.

Así, en el fundamento jurídico 9 se dice que la Constitución «a través de una interpretación evolutiva, se acomoda las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad», por ello el legislador «va actualizando» «los principios constitucionales paulatinamente» y por ello «el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permite leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse norma muerta». Pues bien, con esa, que llama la Sentencia «lectura evolutiva de la Constitución», sobra la rigidez constitucional, sobra la garantía que, al servicio de la rigidez, significa el procedimiento de reforma e incluso sobra la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. El Tribunal Constitucional, entonces, en lugar de ser, como es, un poder constituido, pasaría a ser, como ya dije, un poder constituyente permanente. Como esto no puede ser así, por razones obvias, pues, el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, pero no su supremo dueño, y es difícil aceptar que así lo quisieran los demás Magistrados de la mayoría, no hay más remedio que entender que ha sido, más que un error, fruto de la inadvertencia, realizar estas afirmaciones sin modularlas, limitarlas, precisarlas con los necesarios matices y cautelas para que no surtan los efectos perniciosos que, dichas en términos tan generales como se dicen, podrían provocar.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a seis de noviembre de dos mil doce.—Manuel Aragón Reyes.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 6 de noviembre de 2012 dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, dejo constancia de mi opinión discrepante puesta ya de manifiesto durante la deliberación de la Sentencia.

1. Centrada acertadamente la Sentencia en la problemática compatibilidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, con el art. 32 CE, mi principal discrepancia se refiere a que no haya tenido en cuenta la necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional, satisfaciendo las exigencias del art. 167 CE. Considero en efecto que lo que dicha ley pone en juego no es

tanto el matrimonio, como pudiera resaltarse también por motivos políticos o morales, sino en sentido estrictamente jurídico el alcance de la propia Constitución en su papel de control del poder legislativo.

Las reformas de la Constitución, aunque escasas, no constituyen un fenómeno inédito entre nosotros. Se produjo, por ejemplo, con facilidad la relativa al art. 13 CE. Desde el Gobierno se intentó evitarla mediante una mutación apoyada en una iniciativa legislativa, que se fundamentaba en la posible «compatibilidad entre dos preceptos que pertenecen a dos ordenamientos –el estatal y el comunitario– distintos e independientes» [Antecedente 3 a) de la subsiguiente Declaración 1/1992, de 1 de julio, del Tribunal]. Éste se negó a ello, renunciando a una interpretación supuestamente evolutiva que llevara a entender que, siendo ya todos los españoles miembros de la Unión Europea, cabría considerar españoles a todos los europeos. Admitió que «la Constitución no define quiénes son españoles» de modo expreso, pero consideró patente que el art. 13 «ha introducido reglas imperativas e insoslayables», cuyos contenidos «sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución» (epígrafe 5 de la citada Declaración).

Situación similar se planteó cuando, como motivo de las reformas de determinados Estatutos autonómicos, se defendió por un sector de la doctrina que, aunque su alcance exigiría una reforma constitucional, dado que no se daban las condiciones políticas para llevarla a cabo, resultaba ineludible ceder la iniciativa al legislador y realizar a renglón seguido desde este Tribunal interpretaciones del texto constitucional conformes con tal punto de partida. Obviamente se invertiría así el mecanismo de control de constitucionalidad, sustituido por otro de control legislativo de la Constitución, al ignorarse el art. 167.

Es lo que temo que ahora ha acabado ocurriendo. Se ha puesto ocasionalmente de relieve que este Tribunal no tiene entre sus funciones convertirse en tercera cámara parlamentaria. No es menos cierto que tampoco puede conceder a determinado legislador un salvoconducto que lo libere de su responsabilidad de suscitar una reforma de la Constitución por la vía del art. 167 CE, cuando sus proyectos legislativos así lo exijan.

La necesidad de una reforma constitucional resulta descartada por la Sentencia con escuetas líneas: no cabe «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» [F.J. 2 d)]. Tal argumentación circular cuestiona la arraigada creencia de que el fallo de la Sentencia ha de verse condicionado por la argumentación expuesta en sus fundamentos y no viceversa.

2. No me parece superflua una reflexión sobre el trasfondo antropológico que gravita sobre la Sentencia; toda actividad jurídica no es sino filosofía práctica. Se trata de un hoy predominante 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. No me parece acertado tratar a determinadas instituciones jurídicas como si fueran mero corolario de los derechos y no más bien razón de su fundamento, abocando a una contraposición simplista entre limitación o ampliación de derechos individuales.

Esta deriva individualista instrumenta hoy una nueva versión de uso alternativo del derecho. El indiscutible imperativo del art. 14 CE se convertiría en fuente de nuevos derechos destinados a eliminar las discriminaciones más arraigadas. El intento de reconocer el carácter heterosexual del matrimonio, ex art. 32 CE, y un derecho constitucional a contraer uno homosexual alternativo, ex art. 14 CE, no ha dejado huella en la Sentencia por no encontrar apoyo significativo durante su deliberación. La Sentencia no deja sin embargo de dibujar un recorrido al que sería absurdo plantear objeción alguna:

partiendo de unas relaciones homosexuales criminalizadas (FJ 11), que ninguna de las partes ha defendido, se supera su mera conversión en un no prohibido *agere licere*, para elevarlas a fuente de derechos, capaces de desvirtuar a su servicio una milenaria institución social. El radicalismo individualista lleva esta instrumentalización, no reconociendo al matrimonio función más importante que la de otorgar reconocimiento social a conductas injustamente discriminadas. Comparto íntegramente la legítima aspiración a erradicar la injusta discriminación de las personas que suscriben una orientación homosexual. Lo que nunca suscribiré es que el fin justifique los medios, imperativo obligado de cualquier versión de uso alternativo del derecho. El respeto a una determinada orientación sexual, que lleva a mantener unas relaciones ajenas al matrimonio, no obliga a reconocer la posibilidad de contraerlo.

La Sentencia se muestra confusa al establecer la articulación entre la garantía constitucional de la institución matrimonial y el derecho individual a acogerse a ella (FJ 6); resulta también contradictoria a la hora de configurar una ampliación de derechos, al no poder atribuirles una dimensión constitucional que el legislador, sin reformar el texto de la Constitución, no está en condiciones de brindar.

Como se recuerda en el fundamento jurídico 8 de la Sentencia, la STC 184/1990, de 15 de noviembre, fue en su fundamento jurídico 2 clara 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 es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes». No es menos claro el también citado (en el FJ 10) ATC 204/2003, de 16 de junio, FJ 3: 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». Si no hay pues un derecho constitucional a derivar efectos jurídicos de la convivencia fáctica, menos lo habrá a verla convertida en matrimonio.

A continuación (FJ 11), sin embargo, la Sentencia intenta autoconvencerse 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»; cuando realmente lo que ha hecho es cambiar el matrimonio mismo. El propio Abogado del Estado, en su defensa de la ley, admite respecto al art. 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». Sin embargo, como fruto de su continua confusión entre la institución matrimonial garantizada por la Constitución y el derecho individual a acceder a ella, la Sentencia afirmará que la ley «supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio», que incluiría ahora a las uniones homosexuales; después de haber afirmado (en el fundamento jurídico 8) que «desde una estricta interpretación literal, el art. 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio».

Se presenta pues equivocadamente el problema como si incrementaran los titulares del derecho, más que como la obvia vulneración de un contenido protegido por garantía institucional; ello lleva a interrogarse repetidamente sobre el contenido esencial de tal derecho (FFJJ 10 y 11), que obviamente no es otro que la voluntaria y libre inserción en ese marco institucional; lo que la Sentencia prefiere caracterizar, en clave individualista, como «acceso a un *status* jurídico» (FJ 4). Hablar de contenido esencial sólo tiene, sin embargo, sentido al tratar de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y no de posibilidades que este Tribunal considere que el legislador está en condiciones de ofrecer.

3. Todo ello acaba obligando a interpretar el «sentido propio de los términos» en que se expresa el art. 32 CE. Es de agradecer que en un primer momento se haya renunciado a poco convincentes juegos de palabras, como sugerir que el texto habla del «hombre y la mujer» pero sin precisar que el matrimonio deba formalizarse «entre» ellos. La satisfacción no dura sin embargo demasiado, puesto que se nos dirá que «el art. 32 CE

sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse» (FJ 8). No mejora demasiado la situación cuando se sugiere (FJ 10) que dicho artículo «lo que hace, sin lugar a dudas, es asumir el principio heterosexual del matrimonio como una opción válida del legislador»; como si hubiera llegado a ponerse en duda.

El debate constituyente, aludido en la Sentencia (FJ 8) en términos no siempre acordes con el «Diario de Sesiones», resaltó de modo inequívoco dos características del matrimonio: monogamia y heterosexualidad. La polémica sobre el divorcio descartó incluir la indisolubilidad, mientras se reiteraba el principio de igualdad entre hombre y mujer ya presente en el art. 14 CE.

Resulta llamativo que se afirme en la Sentencia con toda rotundidad que la heterosexualidad reflejada en el art. 32 CE no excluye la homosexualidad, aun apuntando que esto «no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera» (FJ 8). Se busca para ello amparo en que no todo lo que la Constitución no contempla es necesariamente inconstitucional; pero es claro que lo será lo que prive de todo sentido a lo que sí contempla.

Tal postura es tanto más llamativa al admitir la Sentencia (FJ 9), respecto a la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el Convenio de Roma, que el «Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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». Nada permite pensar que la elección de los términos por el constituyente español haya sido menos deliberada.

La ausencia de una adecuada percepción de la dimensión social del derecho lleva a olvidar por qué el matrimonio, a diferencia de la mera amistad, tiene relevancia jurídico-institucional. El matrimonio pasa de entenderse como un vínculo de relevancia social a enfocarse como una desvinculada vía de emancipación individual. El precio de esta operación de ingeniería social es la desnaturalización de la institución misma y la desprotección de los bienes jurídicos de dimensión social que amparaba. El derecho al matrimonio da opción a insertarse en una institución, pero no a redefinirla. Como señala la STC 247/2007, de 12 de diciembre, «los derechos constitucionales no sólo se imponen al legislador, sino que son resistentes al mismo»; mientras que en este caso es el legislador el que ha inventado un nuevo derecho, desfigurando una institución.

4. La Sentencia, en su intento de hacer salvar a la ley el control de constitucionalidad, recurre a una teoría del derecho cuyo diseño no puedo compartir. Es bien conocida la distinción propuesta por un prestigiado autor, estudioso de la jurisprudencia constitucional norteamericana; las constituciones establecen «conceptos» destinados a verse interpretados desde plurales «concepciones». A su juicio, quienes ignoran tal distinción tienden a pensar que la Corte debería rechazar lo anticuado cambiando lo que la Constitución promulgó. Considera, sin embargo, si quienes establecieron sus cláusulas hubieran tenido la intención de formular concepciones particulares, habrían encontrado el tipo de lenguaje que convencionalmente se usa para hacerlo. Personalmente no tengo la menor duda de que la opción por «el hombre y la mujer» es un meridiano ejemplo de esto último. Considero, por supuesto, legítimo que haya quien estime que tal referencia resulta arcaica o estaría hoy superada; pero ello no haría sino obligar a dar paso por la vía del art. 167 a una reforma del texto constitucional y no a relativizar tal artículo hasta convertirlo en inocuo y vacío.

Esto es lo que ocurriría si fuera cierto lo que la Sentencia parece acoger: que nuestra Constitución no contiene un concepto determinado de matrimonio. Así lo afirma el Abogado del Estado [Antecedente 5 f)] y la Sentencia parece aceptarlo, al no considerar vulnerado el art. 32, que a su juicio (FJ 8) «manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones». Por si no queda claro, precisa como ejemplo (FJ 5) que «hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este Tribunal a definir un concepto constitucional de familia».

La idea de una Constitución sin «conceptos» me parece tan contradictoria como la de un texto legal sin letra. Ni siquiera la Sentencia es capaz de mantenerla con coherencia, ya que, aun dando por ausentes conceptos como matrimonio y familia, considera (FJ 5) 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». Queda en el aire cómo es posible que, aun no existiendo un concepto, se nos indique qué es lo que cabe o no incluir en él ... No habría, en consecuencia, manera de adivinar cuál puede ser para el legislador ese límite (FJ 7), que se le impone como «reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza». Se sostendrá (FJ 8) 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, sino con la voluntad de desligar el matrimonio y la familia [sic], de proclamar la igualdad de los cónyuges en el seno de la institución, y de constitucionalizar la separación y la disolución». Cómo desligar conceptos inexistentes no tiene fácil explicación.

5. La Sentencia opta, al interpretar el art. 32 CE, por no conceder relevancia hermenéutica alguna al sentido propio de las palabras utilizadas, sacrificándolo en favor de una supuesta «interpretación evolutiva» de la norma, que vendría exigida por la Constitución a la hora de ser interpretada, a «riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta» (FJ 9). Intentando dotar de fundamento a esta opción, la vinculará de modo reiterado con la «regla hermenéutica del art. 10.2 CE», sin que quede muy claro qué puedan tener de «evolutivos» los tratados allí aludidos.

Sin duda 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 considerarse como la única vía para determinar hermenéuticamente el sentido de una norma; pero que el sentido propio de las palabras 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».

Resulta llamativo que la Sentencia se muestre incapaz de fundamentar su fallo en los tradicionales criterios de interpretación, tras reproducir (FJ 8) con encomiable sinceridad el esfuerzo que sí realizan los recurrentes en defensa del carácter heterosexual del 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 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. Quien esperara una interpretación alternativa desde esos mismos criterios se verá defraudado; la Sentencia admite que así se pensaba tanto en 1978 como dieciséis años después, en el ATC 222/1994, de 11 de julio; pero, al parecer, han bastado dieciocho años más para que toda argumentación resulte ahora superflua.

En realidad tanto el matrimonio como la familia son realidades antropológicas que el derecho se limita a reconocer. El matrimonio es pues, como se nos recuerda (FJ 6), lo que ya reconocía la citada STC 184/1990, FJ 3: una «institución garantizada por la Constitución»; tan conocida como para no necesitar definición, según refleja el propio debate constituyente, que tampoco se ocupó de definir qué sea la educación, la religión, la propiedad o el mercado.

La conciencia de la «historicidad» de las normas jurídicas es una exigencia fundamental en toda razonable teoría del derecho, pero no cabe confundir la historicidad del sentido de un texto jurídico con una relativización de su contenido que lo deje totalmente disponible para que el intérprete pueda atribuirle de modo voluntarista

cualquier significado. Menos aún sugerir (FJ 9) que la Constitución «a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad». Aceptarlo equivaldría a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas.

Toda historia implica la evolución de un sustrato permanente, incompatible por tanto con una sucesión *per saltum* de instantáneas dispersas o incluso contradictorias. No es lo mismo decir «hombre y mujer» que decir «dos personas»; cambio de paradigma que la propia Sentencia (FJ 9) acaba proponiendo. En coherencia no es posible eludir la reforma de la Constitución por la vía del art. 167. Al no hacerlo, la norma que se recoge en el art. 32 CE aparece como un receptáculo vacío, abierto a contener las opiniones coyunturales del legislador; lo que no tiene nada que ver con historicidad alguna.

La Sentencia no llega a levantar acta del cambio de paradigma, pero reconoce que al evaluar la reforma del «derecho a contraer matrimonio, ha de partirse de la certeza de que la misma ha introducido importantes matices» (FJ 11), y que «la institución matrimonial, antes de la reforma y después de ella, se ha modificado jurídicamente» (FJ 8). El problema radica en que quien la ha modificado ha sido un legislador coyuntural que, en contra de lo afirmado (FJ 7), no está habilitado para «definir el contenido de la institución», dado que esta tiene una expresa configuración constitucional; tampoco está en condiciones de preservarla «en términos reconocibles», si no es respetando el texto constitucional o modificándolo por la vía del art. 167.

Resulta en este contexto decisiva «la imagen de la institución que ante sí tenía el constituyente» (entre las más recientes, SSTC 215/2000, de 18 de septiembre, FJ 6; 16/2003, de 30 de enero, FJ 9; 137/2003, de 3 de julio, FJ 9, y 113/2004, de 12 de julio, FJ 9), que la Sentencia no se encuentra en condiciones de desmentir. Para admitir una alteración en la garantía institucional incluida en la Constitución, habría sido inexcusable documentar un cambio de cultura jurídica que justifique tal mutación y calibrar luego si su alcance exigía una reforma constitucional; intento (FJ 9) en el que la Sentencia fracasa. Nos encontramos sin más ante una «nueva institución diseñada por el legislador». Una interpretación, por evolutiva que sea, no puede considerarse sinónimo de reforma o cambio; como recuerda en términos inequívocos el art. 167 del propio texto constitucional.

6. Como ya hemos señalado, el evolucionismo interpretativo impuesto por la Sentencia busca apoyo, por la vía del art. 10.2 CE, en el derecho comparado. Lo que en dicho artículo se propone como criterio de interpretación llega a cobrar categoría de norma supraconstitucional. Parece lógico que tratados suscritos por España, pese a su obvia generalidad, deban orientar a la hora de buscar salida ante posibles dudas hermenéuticas; pero no tanto convertir nuestra doctrina constitucional en una terminal vicaria de resoluciones ajenas.

Resulta llamativo el círculo vicioso que se produce en lo relativo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Éste reconoce –en casos recogidos por el aludido ATC 222/1994, que la propia Sentencia cita (FJ 10)– que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del Convenio de Roma; este, al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo, sin que su reconocimiento del margen de apreciación de los Estados excluya que en algunos –como el nuestro– pueda incluso revestir rango de norma constitucional.

Se toma nota (FJ 9) de que el Tribunal de Estrasburgo recuerda que «el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra». Pese a ese reconocimiento europeo –que nos responsabiliza de un margen de apreciación basado en nuestro ordenamiento constitucional, al no existir un consenso europeo que pueda servir de referencia normativa– la Sentencia no intenta satisfacerlo recurriendo a nuestra cultura jurídica, sino que se esfuerza por coleccionar recetas europeas. Cualquier intento de proponer en términos sociológicos la existencia de un contexto internacional mayoritario en favor del reconocimiento de ese nuevo matrimonio basado en una relación homosexual no tiene

fundamento real alguno. El 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 una revolucionaria propuesta.

7. Afecta –a mi juicio– a la «rigidez» que en términos técnicos justifica la existencia de la Constitución, y en consecuencia la de este mismo Tribunal, la apelación reiterada de la Sentencia a una presunta presión social que obligaría a convertir su letra en prácticamente delictiva. Se incurre así en lo que se ha llamado «falacia naturalista», o en su arcaica versión jurídica de la «fuerza normativa de lo fáctico», al pretender que determinadas pautas o conductas sociales hayan de condicionar la interpretación constitucional. Se olvida así lo que, ante la actitud dubitativa de un juez, este mismo Tribunal sentó ya con claridad en la STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2: «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».

Sirva de ejemplo al respecto el intento de convencer de que la «nueva institución» (así coherentemente la llega a caracterizar la Sentencia en el FJ 9) se habría visto sociológicamente consolidada por el número de matrimonios entre ciudadanos del mismo sexo celebrados en el generoso plazo de siete años que este Tribunal, de manera no muy comprensible, se ha concedido para abordar el recurso. Se afirma (FJ 9) que nos hallamos ante una opción «ajustada a la Constitución», aunque en realidad no se ajuste a su texto; se habría producido «una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva ‘imagen’ del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme». Más bien parece que lo que la ley ha pretendido es contribuir a un cambio de ‘imagen’ de las relaciones homosexuales, modificando para ello la milenaria estructura de la institución matrimonial. Resulta poco razonable afirmar 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». Quizá sirva de indicio al respecto que, mientras que la expresión «matrimonio homosexual» se recoge hasta quince veces en los Antecedentes de la Sentencia, se haya huido cuidadosamente de que aparezca ni una sola vez en sus fundamentos.

Resulta, por otra parte, contradictorio insistir de modo simultáneo en la obvia existencia de una discriminación social respecto a las personas que suscriben una orientación homosexual, plasmada en tópicos arraigados, y la presunta existencia de un consenso, no menos tópico, tan consolidado como para convertir en superflua una obligada reforma constitucional. Quizá por ello la Sentencia acaba optando por no abundar en esa línea argumental, para dedicar una particular atención (FJ 3) a defender que la reforma legal no causa la presunta discriminación de los heterosexuales no muy afortunadamente alegada por los recurrentes.

8. El cuestionamiento de la constitucionalidad de un matrimonio homosexual, sin previa aplicación del art. 167 CE, es lógico que condicione la admisión de una posible adopción de menores amparada en él.

Es bien sabido que la legalidad comparada pone de relieve una reticencia aún mayor a esta segunda posibilidad. Dada la importancia que la Sentencia concede a ese punto de referencia, resulta sorprendente que resuelva la cuestión de modo tan expeditivo: «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» (FJ 12).

En todo caso, parece oportuno señalar que la apelación a una ampliación de derechos, que caracteriza a la Sentencia, es en este contexto inocua. Como es bien sabido, nuestro ordenamiento ha venido permitiendo la adopción a título individual sin exigir haber contraído matrimonio ni ejercer control alguno de la orientación sexual del adoptante; por lo que no se da paso a ningún incremento en tal sentido. Asunto distinto es que con la extensión de dicha posibilidad a la pareja homosexual se pretenda contribuir a que su imagen social gane en normalidad. No en vano la propia Sentencia entiende (FJ 5)

que se apunta con ello a «la regularización de familias homoparentales»; lo que mas bien parece patentar un novedoso criterio de interés inferior del menor.

Tiende sin duda a descartarlo la encomiable cita (FJ 12) de la afirmación del Tribunal de Estrasburgo que descarta la existencia de un derecho al hijo, recordando que la adopción es «dar una familia a un niño, y no un niño a una familia». Hay sin embargo dos detalles que invitan a moderar el optimismo. Por una parte si, como la Sentencia afirma, carecemos en España de un concepto constitucional de familia, no es fácil aventurar qué alcance pueda tener tan prometedora afirmación. Por otra, si la apelación al interés del menor no plantea en el caso de parejas heterosexuales litigios de particular impacto, es fácil observar cómo la incipiente doctrina jurisprudencial de Estrasburgo muestra una notable facilidad para considerar, la apelación al interés del menor, en el caso de parejas homosexuales, como mero subterfugio destinado a enmascarar una rechazable discriminación. Esto no va a facilitar la tarea de ejercitar esa defensa, que la Sentencia encomienda a la jurisdicción ordinaria.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a seis de noviembre de dos mil doce.—Andrés Ollero Tassara.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan José González Rivas respecto de la Sentencia de 6 de noviembre de 2012, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005

Al amparo del artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y con profundo respeto a los criterios de la tesis mayoritaria explicitados en la Sentencia, formulo mi discrepancia basándome en los siguientes razonamientos:

1. El matrimonio es una institución preexistente al texto de nuestra Constitución y ha tenido históricamente reconocimiento en el Derecho comparado, en la realidad social y en la doctrina jurídica española.

La plasmación que de dicha imagen tuvo ante sí el legislador, según se extrae del análisis de los debates de las Cortes constituyentes y en coherencia con la jurisprudencia de este Tribunal (por todas, las SSTC 16/2003 de 30 de enero, FJ 9 y 113/2004 de 12 de julio, FJ 9) se concretó en la definición reconocida en el art. 32.1 CE al señalar: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», lo que delimita su contenido esencial cuya alteración exigiría una reforma constitucional, pese a que en la Sentencia [fundamento jurídico 2 letra d)] no se reconoce la aducida vulneración del art. 167 CE.

Esa configuración preexistente, proyectada en la realidad social y jurídica y reconocida en la Constitución, permite considerar que la unión de un hombre y una mujer, es la nota esencial que reconoce el precepto constitucional y vincula al legislador ordinario (art. 53.1 CE).

En este punto reside una básica discrepancia con la Sentencia que aprobada mayoritariamente parte del presupuesto de la libre configuración por el legislador de la institución del matrimonio y ello supone establecer una garantía constitucional transformada que afecta a la imagen sustancial de la misma, al introducir el reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo cuyo contenido esencial se concreta en la existencia de una vida en común sólo basada en la fidelidad y el socorro mutuo. Como subrayan los recurrentes y así consta en el fundamento jurídico octavo de la Sentencia «la institución matrimonial configurada por la ley impugnada hace irreconocible la institución clásica del matrimonio, suponiendo una desnaturalización de la institución incompatible con el respeto a la garantía institucional del mismo» expresamente reconocida en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia, con expresa referencia a la STC 184/1990 de 15 de noviembre (FJ 3).

2. Una primera reflexión sobre este punto me lleva a sostener que la interpretación aceptada por la mayoría no se ajusta al concepto que de la institución previene el art. 32.1

CE y que existe en la realidad social y en la cultura jurídica, pues se anudan a esta valoración unas consecuencias no queridas por el legislador constituyente y que este Tribunal, como intérprete supremo de la CE (art.1 LOTC) garantiza. La Sentencia, en el fundamento jurídico 8, reconoce que en 1978 la voluntad del constituyente no suponía «extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales».

La jurisprudencia constitucional (por todas, las SSTC de Pleno 184/1990, de 8 de noviembre; 29/1991, de 14 de febrero; 30/1991, de 14 de febrero; 35/1991, de 14 de febrero; 38/1991, de 14 de febrero; y 77/1991, de 11 de abril) ha proporcionado certeza jurídica a la unión matrimonial al introducir los elementos esenciales de reconocibilidad de la institución matrimonial y posibilitar, como subraya la Sentencia, la unión entre personas del mismo sexo como matrimonio, desnaturaliza, en mi opinión, la esencia de la institución querida por el legislador constituyente y modifica los requisitos subjetivos esenciales para su legítimo ejercicio.

La anterior valoración no excluye, en mi opinión, como sucede en diversos sistemas jurídicos de Derecho comparado, que las uniones duraderas entre personas del mismo sexo sean objeto de una especial consideración por el legislador, para que delimite los derechos y obligaciones de los que las integran y en este punto, la Sentencia recuerda que en varios ordenamientos jurídicos de nuestro entorno europeo y similares en cuanto a nuestra cultura jurídica no se ha seguido la misma opción escogida por el legislador español en 2005, señalándose expresamente en el fundamento jurídico 9 el reconocimiento de efectos a uniones civiles entre personas del mismo sexo en Francia (1999), Alemania (2001), Luxemburgo (2004), Reino Unido (2004), República Checa (2006), Suiza (2007), Austria (2010) y Liechtenstein (2011).

Todo ello, reitero, debe realizarse al margen de la institución matrimonial, pues el artículo 32.1 de la Constitución garantiza el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer y no a las parejas del mismo sexo. Tampoco puede establecerse una relación entre el matrimonio y las uniones estables que imponga el art. 14 CE, ya que el trato igual no se impone ante situaciones diferenciadas, pues como recordó este Tribunal en el Auto 446/1984 «las relaciones homosexuales no son equiparables con las relaciones heterosexuales entre personas de sexo distinto» y en el posterior Auto 222/1994, cuya referencia es reiterada en la Sentencia, reconoció que «la unión entre personas del mismo sexo no es una institución jurídicamente regulada ni existe un derecho constitucional a su establecimiento».

3. La valoración precedente es coherente con los antecedentes legales extraídos del análisis de los arts. 16.1 de la Declaración universal de derechos humanos de 1948, 12 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950, 9 de la Carta de los derechos fundamentales de Niza de 2000 de la Unión Europea, modificada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 y II-81 del Tratado de una Constitución para Europa, al reconocer este último texto el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, pero dejando su reconocimiento a la libre determinación de las legislaciones nacionales, ante la ausencia de un consenso internacional sobre esta materia, porque como reconoce la Sentencia en el fundamento jurídico 9 «en cada Estado la institución matrimonial ha evolucionado de forma diferente» y se añade «nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural».

Además, los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros en Sentencia de 17 de octubre de 1986 (asunto *Rees*) han recordado que el derecho a contraer matrimonio garantizado por el artículo 12 del Convenio de Roma se refiere al matrimonio tradicional basado en la unión del hombre y de la mujer y en la misma línea las Sentencias de 27 de septiembre de 1990 (asunto *Cossey*) y 30 de julio de 1998 (asunto *Sheffield y Horsham*), aunque posteriores Sentencias como la de 11 de julio de 2002 (asuntos *I. c Reino Unido* y *Cristine Goodwin c. Reino Unido*) concluyen reconociendo el derecho de cada uno a definir su identidad como ser humano y postulan un margen de apreciación en los Estados, lo que ratifica la posterior STEDH de 24 de junio de 2010, cuya revisión fue rechazada por la Gran Sala el 22 de noviembre de 2010 (asunto *Schalk y Kopf c. Austria*) y que es citada en los

fundamentos jurídicos 8 y 9, pues al remitirse al artículo 9 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y a las leyes nacionales, deja a los Estados miembros la decisión de autorizar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo reconociendo que la Convención europea de derechos humanos (art. 12) sólo garantiza el matrimonio como derecho fundamental cuando quienes lo pretenden son hombre y mujer.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 17 de febrero de 1998 (asunto *Grant*) entendió que no se podía considerar como discriminación por razón de sexo la diferencia de trato de las parejas homosexuales y en posterior Sentencia de 31 de mayo de 2001 (asuntos acumulados C 122/1999 y 125/1999) sobre asignación familiar en orden a la equiparación de estado civil de miembro de pareja inscrita con el de casado reconoce que el término matrimonio, según definición general admitida por los Estados miembros, designa la unión entre personas de distinto sexo, dejando al legislador comunitario la delimitación de las diversas consecuencias jurídicas de una equiparación del matrimonio con otras formas de relación de pareja.

Tal apreciación resulta coherente en nuestro derecho interno con los dictámenes obrantes en las actuaciones y emitidos por el Consejo General del Poder Judicial, por el Consejo de Estado al anteproyecto de ley, emitido por la Comisión Permanente, en sesión de 16 de diciembre de 2004, al subrayar que «el hecho de abrir la institución matrimonial a parejas del mismo sexo supone un cambio especialmente profundo de dicha institución hasta el punto de plantear si, con ello, no se está alterando la naturaleza jurídica del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 32 de la Norma fundamental» y por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que en sesión de 21 de febrero de 2005 señaló que «la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales sería inconstitucional» sobre la base esencialmente de la previsión constitucional del artículo 32 de la Constitución, al reconocer el «derecho a contraer matrimonio» colocando como sujetos al hombre y la mujer, así como por la aplicación de los artículos 10.2 de la Constitución y 16.1 de la Declaración universal de derechos humanos.

4. Se sostiene como argumento básico de la Sentencia la necesidad de una interpretación evolutiva de la Constitución y en mi opinión, tal evolución ha de respetar la esencia de las instituciones comprendiendo su espíritu y finalidad pues, en este caso, el matrimonio tiene un 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.

El legislador ha de actuar de conformidad con el principio de unidad de la Constitución y dentro de los límites impuestos por las normas constitucionales, en coherencia con las SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 26/1987, de 27 de febrero, FJ 5 y 332/1994, de 19 de diciembre, FJ 3 y por el contrario, la reforma legal declarada constitucional crea un matrimonio configurado jurídico-formalmente entre personas del mismo sexo con manifiesta desatención a un principio estructural de la institución.

No hay que olvidar, en este punto, que el legislador constituyente coloca al matrimonio y a la familia bajo la protección de la Constitución y uno de los principios estructurales de la institución es el sexo diferente de la pareja, pues el mandato constitucional es que sólo pueden contraer matrimonio las parejas heterosexuales, en traslación del mandato jurídico-constitucional de protección, sin olvidar, como ha subrayado este Tribunal (por todas, SSTC 184/1990 de 15 de noviembre, FJ 3 y 51/2011 de 14 de abril, de Pleno, FJ 8) la libre posibilidad de contraer o no matrimonio y la libertad de opción del estado civil de casado o de soltero, como factor inherente al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

La Sentencia, en mi opinión, no garantiza el instituto jurídico del matrimonio, que tiene en nuestro sistema constitucional un carácter indisponible para el legislador, en el sentido de la doctrina alemana, y el legislador ordinario ha configurado el matrimonio de acuerdo con interpretaciones evolutivas y extensivas, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recordó en la STEDH de 18 de diciembre de 1986 que no se puede, mediante una interpretación evolutiva «extraer un derecho inicialmente no incluido en el mismo», lo que se logra al introducir en la garantía institucional del matrimonio, desnaturalizándola,

el correspondiente a personas del mismo sexo, que reitero deben ser reguladas al margen de la institución.

5. Además, en mi opinión, y en coherencia con lo manifestado en los precedentes razonamientos, no está a disposición de los miembros de una pareja del mismo sexo la adopción conjunta, pues la previsión constitucional del art. 32.1 CE garantiza el matrimonio en su estructura esencial como unión entre dos personas de distinto sexo que es vinculante para todo el ámbito del Derecho de familia, singularmente en la filiación y en las relaciones paterno-filiales tanto en lo que respecta al Derecho público como al privado, necesitados de una especial protección por el ordenamiento estatal, frente a la previsión del artículo 175.4 del Código civil (redacción por Ley 13/2005) que establece la adopción conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges.

En este punto, se subraya que la Constitución no contiene una definición del instituto de la filiación, del que la adopción representa una modalidad, si bien el legislador ordinario está vinculado por los parámetros constitucionales expresamente prefijados en los arts. 32 y 39 CE, de los que se infiere la imposibilidad de desarrollar una relación de filiación adoptiva por dos adoptantes del mismo sexo.

En efecto, y frente a la tesis mayoritaria, el interés del menor tal como está configurado en nuestro sistema constitucional es un criterio esencial de valoración como establece la legislación positiva (arts. 39.2 y 4 CE, 176.1 del Código civil, 3.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y 21 del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y cooperación en materia de adopción internacional), máxime cuando la adopción se realiza en beneficio del adoptado, pues han sido tales normas internas e internacionales, dictadas para la protección de los menores de edad, las que en materia de filiación y relaciones paterno-filiales hacen prevalente el interés del mismo.

Tal criterio se mantiene con reiteración en la jurisprudencia. Así, en SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7 y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6 y en las SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso *Olsson*; 28 de noviembre de 1988, caso *Nielsen*; 25 de febrero de 1992, caso *Andersson*; 23 de junio de 1993, caso *Hoffmann*; 23 de septiembre de 1994, caso *Hokkanen*; 24 de febrero de 1995, caso *McMichael*; 9 de junio de 1998, caso *Bronda*; 16 de noviembre de 1999, caso *E.P. c. Italia* y 21 de diciembre de 1999, caso *X c. Portugal*, lo que, en mi opinión, no queda suficientemente protegido ante el análisis de las Sentencias invocadas.

Así, en la STEDH (caso *P. V. c. España*), de 30 de noviembre de 2010, que se cita en el fundamento jurídico 12 de la Sentencia (a diferencia del asunto *Salgueiro de Silva Monta c. Portugal* –STEDH de 21 de diciembre de 1999– en que la orientación sexual del demandante tuvo un peso determinante en la decisión positiva de la patria potestad, reconociendo la violación de los artículos 8 y 14 del Convenio) teniendo en cuenta la inestabilidad emocional coyuntural detectada en la demandante, los Tribunales españoles otorgaron más importancia al interés del menor y adoptaron un régimen de visitas restrictivo, para permitir habituarse progresivamente al cambio de sexo del progenitor, sin que dicha restricción fuera el resultado de una discriminación por razón de sexo, por lo que no se constató la vulneración de los artículos 8 y 14 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, circunstancia también examinada en la precedente STEDH de 26 de febrero de 2002 (en el caso *Fretté c. Francia*) que también es citada en el fundamento jurídico 12 de la Sentencia y que reconoció la ausencia de discriminación ante la negativa de conceder a una persona homosexual la adopción de un menor.

Finalmente, reconoce la STEDH de 24 de junio de 2010, confirmada por la Gran Sala con fecha 22 de noviembre de 2010 (asunto *Schalk y Kopf c. Austria*), cuya invocación también se reitera en la Sentencia, que los artículos 8 y 14 del Convenio europeo de derechos humanos no deben interpretarse como una exigencia de acceso al matrimonio o de creación de formas alternativas de reconocimiento legal para las uniones del mismo sexo, pues la relación afectiva y sexual de una pareja del mismo sexo constituye «una vida privada» pero no «una vida familiar».

6. A la hora de concluir esta reflexión, baso mi discrepancia en los siguientes puntos concretos:

a) El reconocimiento de la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005 impugnada en este recurso implica una manifiesta preterición de un signo estructural y básico de la institución matrimonial, que ha sido reconocido en la realidad social y jurídica con carácter preexistente al texto de nuestra Constitución y que, con fundamento en el artículo 32.1, se basa en la disparidad de sexos en los contrayentes. De este modo, la referencia explícita en la Constitución al «hombre y mujer» se pierde al permitirse que se integren en el núcleo esencial de la institución matrimonial uniones basadas en personas del mismo sexo que no viene exigida por el Derecho europeo ni por las convenciones internacionales, como hemos subrayado.

b) Las precedentes consideraciones no excluyen que, en mi opinión, el legislador regulara, al margen de la institución matrimonial, otras fórmulas de convivencia, dotando de un específico régimen jurídico, todas las uniones asimilables pero diferenciadas de la institución matrimonial, en forma de contrato, pacto o acuerdo, comprendiendo en dicha regulación el contenido esencial de sus derechos y obligaciones.

c) La inclusión de las parejas del mismo sexo en la garantía constitucional del matrimonio implica reconocer una actuación que era indisponible por el legislador ordinario, lo que supone una mutación constitucional, al margen del procedimiento de reforma previsto en el art. 167 CE.

d) La modificación legal al permitir la filiación por adopción efectuada por adoptantes del mismo sexo contraviene la configuración constitucional de la filiación y atenta al prevalente interés del menor, en la forma prevista en la legislación y jurisprudencia que hemos considerado aplicable.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a seis de noviembre de dos mil doce.—Juan José González Rivas.—Firmado y rubricado.