

EL ÚLTIMO ESLABÓN EN EL RESPETO A LA IDENTIDAD Y ORIENTACIÓN SEXUAL: ANÁLISIS DE LA STC 198/12 SOBRE MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

THE LAST LINK IN THE RESPECT FOR IDENTITY AND SEXUAL ORIENTATION: ANALYSIS OF THE STC 198/12 ON SAME SEX MARRIAGE

Jesús Torres Núñez

Magistrado del Poder Judicial

yeoshua@hotmail.com

Recibido: noviembre de 2015

Aceptado: diciembre de 2015

Palabras clave: Dignidad, Género, Sexualidad, Igualdad, Respeto.

Keywords: Dignity, Gender, Sexuality, Equality, Respect.

Resumen: El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo llevado a cabo por la Ley 13/2005 de 1 de julio, es el resultado de una larga evolución histórica no sólo de la institución matrimonial, sino también de los derechos de aquellas personas que por su orientación sexual, identidad sexual y/o género bien se han visto perseguidas en otras etapas de nuestra historia, tal y como se reconoce incluso en la Ley de la Memoria Histórica, o bien han visto limitados sin más sus derechos porque se atendía exclusivamente a su orientación sexual. Esta ley y su constitucionalidad reconocen el respeto a la dignidad. Este es el último eslabón de la evolución ya que implica obviamente el acceso a la institución matrimonial y a la adopción, pilares fundamentales de todo sistema jurídico y del Derecho de Familia, con todo lo que ello conlleva.

Abstract: The recognition of same sex marriage carried out by Law 13/2005 of 1 July, is the result of a long historical evolution not only of the institution of marriage but also of the rights of those who have been either persecuted due to their sexual orientation, sexual and/or gender identity in other stages of our history, as it is even recognized in the Historical Memory Act, or whose rights have been simply limited due to their sexual orientation. This law and its constitutionality recognize respect for dignity. This is the last link of the evolution as it obviously implies access to the institution of marriage and adoption, that are the fundamental pillars of every legal system and of family law, with all its implications.

I. Introducción

Proceder a un análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional que aborda la importante tarea de efectuar el juicio de constitucionalidad de la Ley 13/2005 de 1 de julio de modificación del Código Civil en materia de matrimonio, y por la que se prevé la institución del matrimonio ya no sólo sobre la base tradicional de hombre y mujer casados entre sí, sino que procede a su apertura con independencia del sexo de los cónyuges, reviste una labor de importancia capital porque ultimadamente se trata del resultado de una larga evolución histórica en la conquista de derechos de las personas que viven una sexualidad distinta de la heterosexual. De esta premisa que se acaba de exponer, realmente lo que subyace es la exigencia del respeto de dicho colectivo por razones de dignidad humana. Realmente la introducción en nuestro sistema jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo ha provocado la reacción de ciertos sectores sociales y de la doctrina científica que ponen de manifiesto que la nueva regulación destruye en esencia el concepto de matrimonio, que ultimadamente es una institución que ni siquiera tiene fundamento en la libertad religiosa y de conciencia porque surge antes que las mismas. Es más según una parte de este enfoque entiende que asistimos a una institución natural (Pizano, 2010, pp. 10-12). De igual forma llama poderosamente la atención ese sector de la doctrina científica que partiendo del concepto tradicional del matrimonio y de su contenido hasta la entrada en vigor de la nueva ley, pone el énfasis en que si bien el legislador quiso regular una institución porque muchas personas que hasta entonces no podían casarse querían hacerlo, realmen-

te los datos estadísticos demostraban la cantidad poco significativa de matrimonios homosexuales llevados a cabo en relación a lo esperado (Martínez, 2012). Se ha señalado también como argumento en contra de la nueva ley la modificación sustancial del matrimonio y su irradiación en otros aspectos del Derecho de familia. No obstante lo que se acaba de apuntar, no podemos olvidar, como luego veremos, que existen varios tipos de familia que no tienen que asentarse necesariamente sobre la base tradicional de marido y esposa y por tanto pareja heterosexual, sino que nos encontramos con un auténtico extenso campo de tipos de familia, incluso son varios los núcleos familiares en algunas, o bien solamente existe un progenitor (Acedo, 2013, p. 23). Por ello, ese amplio abanico de tipos de familia son realidades a la que el derecho debe dar cobertura jurídica plena. Pero es más, la institución matrimonial aunque en su seno presenta un interés público relevante, y cuando además de ella puede derivarse un tipo concreto de familia, son materias que pertenecen al ámbito del Derecho de Familia y por tanto al Derecho Civil (Díez-Picazo y Gullón, 2001, p. 38). Sirva de complemento a ello que no se deja de resaltar por ciertos autores de la doctrina que la Ley es producto de un momento concreto y determinado, tiene un componente de carácter ideológico incuestionable, pero no obstante se defiende su constitucionalidad aunque el Constituyente en su origen no estuviera pensando precisamente cuando se redactó el artículo 32 de la Carta Magna en un matrimonio con base homosexual (Linacero, 2005, p. 423). Otro elemento a tener en cuenta es que en cualquier juicio de constitucionalidad de una ley, y más concretamente de los derechos fundamentales o constitucionales cuya vulneración pueda cuestionarse,

el hecho de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad aunque no tengan autonomía propia, sí se convierten en un elemento de importancia capital porque se erigen en elemento de ponderación con otros valores constitucionales, siendo el ejemplo claro los derechos fundamentales, en tanto que aquélla es esencia de éstos, y de ahí el fundamento que señala el artículo 10.1 de la Constitución (Jiménez y De la Cueva, 2007).

De lo expuesto hasta al momento, lo cierto es que cualquier juicio sobre la Constitucionalidad deberá tener presente los siguientes aspectos: a) en primer lugar, nuestro sistema jurídico proclama un modelo de Estado que es aconfesional, y de ello debe colegirse, como consecuencia, el hecho de no poder traer a colación argumentos que no sean estrictamente jurídicos; es más, los argumentos que se pongan de manifiesto deberán formar parte del propio sistema y no acudir a factores o realidades exógenas al propio sistema como consideraciones religiosas que vienen influida por la concepción del matrimonio como sacramento; b) podrán traerse a colación elementos históricos, pero no podrán agotarse en lo que tradicionalmente se ha regulado de la misma desde el punto de vista histórico, como pudiera ser la definición del matrimonio contenida en las Instituta de la Compilación de Justiniano entendida como la unión de hombre y mujer, porque sería tanto como entender que esta institución no puede evolucionar, cuando ello es dable en cualquier otra institución jurídica, lo cual se colige claramente del criterio hermético contenido en el artículo 3.1 del Código Civil en lo relativo a tener en cuenta la realidad social del tiempo que se procede a interpretar; c) no se puede partir de valoraciones o prejuicios sobre

las instituciones poniéndose el énfasis única y exclusivamente en la orientación o identidad sexual de los miembros de la pareja, porque ello es de todo punto de vista inaceptable y supone ir en contra a su vez de los más elementales postulados de justicia e igualdad que han de respetarse por exigencias mismas de dignidad; d) pudiera pensarse en problemáticas que pudieran originarse en otros sectores del Ordenamiento Jurídico como en el ámbito del Derecho Internacional Privado o Teoría del Conflicto de Leyes cuando en los miembros de la pareja contrayente aparece el componente extranjero, pero cualquier problemática al respecto se dilucida con la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 que afirma que sí es posible matrimonio homosexual en España siempre que sea competente la autoridad española (Álvarez, 2006, pp. 51 ss.); d) finalmente, aquí no se trata de datos estadísticos y si las parejas homosexuales han accedido en mucho o en poco a la institución matrimonial. Lo priusindispensable es que quien quiera casarse pueda hacerlo y a la inversa, que es en definitiva las dos caras del derecho al matrimonio como derecho subjetivo que analiza el propio Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de estudio en el presente trabajo.

En este sentido, y procediendo a la exposición de la materia objeto de análisis, proceder al estudio de una temática que tiene presente el comportamiento sexual en sus diversas variantes y colectivos (homosexualidad, bisexualidad, intersexualidad o transexualidad) implica traer a colación el concepto mismo de Derecho, porque éste no puede ser entendido única y exclusivamente como un mero conglomerado o conjunto de normas jurídicas que más o menos responden a la idea de

sistema. El Derecho es mucho más que eso. Realmente el Derecho es un conjunto de normas, pero también un conjunto de valores superiores y de principios que lo nutren constantemente. No podemos olvidar que analizar instituciones teniendo en cuenta la esencia de las mismas, y que entroncan directamente con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, no es más que el resultado de una evolución histórica de la legislación que a su vez conecta directamente con los derechos fundamentales de la persona. De este modo, como diría el profesor Lorca, “los derechos naturales surgen a la historia como derechos fundamentales de la persona en cuanto traducen en logros de libertad, justicia e igualdad, el natural anhelo de elevar un palmo más la dignidad del hombre...” (1993, pp. 450-451).

Obsérvese además que hablamos de valores superiores del Ordenamiento Jurídico que tal y como afirma el profesor Peces-Barba se erigen en el auténtico pórtico normativo de nuestro sistema jurídico, referencia a dichos valores enunciados en el artículo 1.1 de la Constitución española y que no tienen precedente en el constitucionalismo español y comparado, asistiendo a una postura de nuestra Constitución que enuncia un modelo de Estado que lo acerca más a la Filosofía del Derecho que al propio Derecho Constitucional (1984, p.12). Es más, siguiendo el *iter* de la evolución histórica en la conquista de derechos, de manera inexorable nos lleva a tres fases en la evolución del Derecho. De este modo, de una concepción netamente iusnaturalista, pasando por un modelo de positivismo normativista, llegamos a una etapa “alternativa” que no es más que el esquema que presenta el profesor Pérez Luño con la figura del hombre-topo (1986, pp. 105 ss.). Por todo ello, anali-

zar los derechos de que están investidos todas las personas, más concretamente de las personas que ostentan una orientación sexual o que reclaman el respeto a su identidad sexual y/o de género, supone un estudio pormenorizado de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad porque constituyen el fundamento del orden político y de la paz social. De ahí que el Tribunal Constitucional en su importante Sentencia 53/1985 de 11 de abril proceda a la aseveración y configuración de la dignidad como el “fundamento lógico y ontológico” de todos y cada uno de los derechos fundamentales. Sirva de complemento a todo ello, que con independencia de la orientación sexual o comportamiento sobre el aspecto sexual, no puede ni debe estar censurada la forma en que cada persona vive su sexualidad, todo ello por exigencias mismas del respeto a los demás, concepto éste que forma parte a su vez del concepto de la dignidad humana (Torres 2000, pp. 46-49). Podríamos afirmar por tanto que el “derecho a convivir en pareja es un derecho fundamental contenido esencial de la dignidad de la persona misma y de su derecho al libre desarrollo de la personalidad” (Llamazares, 1995, p. 9).

Hasta este momento hemos hablado de evolución histórica y lo cierto es que la persecución de las personas que vivían una sexualidad diferente a la heterosexual fue palpable en nuestra historia, viviéndose por dichos colectivos situaciones de alta tensión. Curiosamente, y a título de ejemplo, en el ámbito de la cultura griega la forma de vida de la sexualidad era abierta; tanto así que basta ver *El Banquete* de Platón para constatar los distintos tipos de sexualidad que se vivían en el mundo griego; concretamente en el Discurso de Aristófanes se habla de ese tipo

de sexualidades. Pero es más, en el mundo del Derecho Romano, si bien es cierto que sigue en esencia el aperturismo del mundo griego en lo que a sexualidad se refiere, pero más centrado en las relaciones sexuales en la esfera privada que en su proyección pública, lo cierto es que en Roma se produce lo que quien suscribe, y en perspectiva histórica, califica como el trinomio “prohibición-reconocimiento-prohibición”. Efectivamente, en el mundo romano en una primera fase de la evolución histórica no se permitían las relaciones sexuales entre hombres libres, lo que excluía por tanto al esclavo, entre otras razones porque éste tenía la condición jurídica de cosa, y de lo que se colige que era dable relaciones sexuales en privado entre hombre libre y esclavo. En este contexto, nos encontramos con prohibición por tanto de sexo entre hombres libres, de las que son claro ejemplo la *Lex Scantinia* y la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*. Posteriormente con Nerón el panorama cambia sobremedida, hasta el punto de que éste incluso se casa con Sporus. No obstante lo anterior y en una tercera fase, con el auge del cristianismo y bajo los auspicios de emperadores cristianos, se dicta el Código Teodosiano que supuso la rehabilitación de *facto* y de *ius* de la *Lex Scantinia* que, tal y como hemos dicho, prohíbe las relaciones sexuales entre hombres. Realmente del Código Teodosiano nos ha llegado poco, pero lo cierto es que tuvo influencia decisiva en el mundo visigodo de la que es claro ejemplo el *Breviario de Alarico* o *Lex Romana Visigothorum*. Obsérvese que hablamos de relaciones sexuales entre hombres pero no de mujeres. Debemos aclarar que como quiera que en dichas culturas la mujer estaba relegada en relación al hombre, los textos normativos no mencionan las relaciones sexuales entre las mismas, pero sin duda

alguna eran dables, tal y como claramente se colige de la metamorfosis de Ovidio, de la Oda de Safo de Lesbos a Afrodita, o claramente en Plutarco cuando narra la vida de Licurgo que menciona un supuesto de relaciones sexuales entre mujeres (1891, p. 64).

A partir de aquí se acentúa la persecución de la homosexualidad masculina que por influencia del cristianismo y de la Biblia a propósito del episodio de “Sodoma” (Gen. 19, 1-11), hace que su castigo se acentúe en España, del que es un claro ejemplo la regulación de la “sodomía” contenida en la Partida VII de Alfonso X El Sabio.

No obstante y andando más en el tiempo, nos encontramos en pleno siglo XX con la Ley de 4 de agosto de 1933 de Vagos y Maleantes que en su redacción original no establecía en estricto derecho positivo un castigo de la “conducta homosexual”, pero desde el punto de vista de la praxis sí se vino aplicando, dando lugar a que muchas personas cumplieran sanciones por su orientación sexual en aplicación de la misma. Será la Ley de 15 de julio de 1954 la que modifica la anterior, introduciéndose de este modo a los homosexuales en la categoría de “sujetos peligrosos”, todo ello sin olvidar los calificativos de que fueron objeto (Olmeda, 2004, pp. 33-49). En la evolución legislativa de la normativa asistimos igualmente a la dicción de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, en cuyo artículo segundo consagra como supuesto de estado peligroso los que “realicen actos de homosexualidad”. Habrá que esperar a la transición democrática y a la Ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento, que en su artículo primero deroga expresamente, entre otros, el particular de los

“actos de homosexualidad” hasta entonces contemplado en el supuesto tercero del artículo segundo que con la última ley mencionada se deroga. Llama poderosamente la atención que esta ley preconstitucional, con el significado represivo que la caracterizaba, estuviera en vigor hasta la aprobación del actual Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre. Debemos incidir que ambas leyes presentaban una auténtica *contradictio in terminis* que chocaba de plano con los principios informadores del Derecho Penal, y concretamente con el principio de que el Derecho Penal surge para castigar conductas que provocan un resultado exterior y que conlleva un atentado al bien jurídico protegido. Dicho de otro modo, las consecuencias jurídicas de un delito como son la pena y la medida de seguridad operan cuando se realiza la conducta, pero castigándose conductas y no pensamientos ni formas de ser. Por ello claramente la ley hace un juicio valorativo previo o prejuicio consistente en reputar a los homosexuales *per se* sujetos peligrosos (Jiménez, 1934, p. 33). Lo que se acaba de exponer conllevó una situación de atropello de tal envergadura que la propia Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, declara en su artículo 2.1 “el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa..” para añadir en su apartado segundo la inclusión a tales efectos del “ejercicio de conductas vinculadas con opciones culturales, lingüísticas o de orientación sexual”.

2. Necesidad de una evolución legislativa por razones de dignidad

En el presente epígrafe vamos a analizar la referida sentencia por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados, como consecuencia de la aprobación de la Ley 13/2005 de 1 de julio de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, dando lugar a partir de aquí a la modificación principal de lo que hasta el momento se encontraba regulado en el artículo 44 del referido Código sustantivo, y que con la nueva regulación permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. El resto de artículos modificados lo son como consecuencia o irradiación de aquél, tratándose por tanto de una modificación a efectos terminológicos, en conexión también con la modificación, de igual forma, del artículo 175 en lo que a adopción se refiere. Tal y como pone de manifiesto el encabezamiento de la sentencia analizada, y en una visión simplista, se analiza la: “Garantía institucional del matrimonio y protección de la familia: constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo”.

Como punto de partida de nuestra exposición, debemos significar el gran número de leyes dictadas por los sendos parlamentos autonómicos por las que se regularon modos de convivencia *more uxorio* materializadas en las actuales leyes de parejas de hecho, pasando por la jurisprudencia no sólo de nuestro Tribunal Supremo sino también de la llamada “jurisprudencia menor”, que han venido abordando jurisprudencialmente determinados aspectos de la tutela de derechos

de los que forman pareja siendo del mismo sexo, y que pedían una equiparación de efectos jurídicos de forma paralela a las personas unidas por el vínculo jurídico matrimonial. Todo ello sin olvidar los primeros intentos de regulación legal del reconocimiento de situaciones y de derechos de las personas que estaban unidas por un vínculo afectivo, siendo personas del mismo sexo, pero no casadas porque no tenían obviamente reconocido tal derecho. Sin ánimo de ser exhaustivo, y como vimos anteriormente, podemos traer a colación la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos, que establece en su artículo 12 en los supuestos de desistimiento o vencimiento en caso de matrimonio o convivencia, y en su apartado 4º, que lo dispuesto en dicho artículo será de aplicación también en favor “de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual”, consagrándose además, y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 16 en los supuestos de muerte del arrendatario, un derecho de subrogación a favor no sólo del cónyuge, sino también en favor de “la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual...”. Asistíamos por tanto a reconocimientos de la realidad de la diversidad de convivencias con comportamientos sexuales distintos del heterosexual, pero insuficientes desde el punto de vista jurídico. De este modo, si en un primer momento de la evolución histórica de nuestro derecho en lo que a orientación sexual o identidad de género se refiere fue escasa, lo cierto es que en los últimos años se ha producido toda una catarata normativa que incide pre-

cisamente en dichos aspectos, desde la modificación en materia fiscal de ciertos preceptos de la normativa financiera y tributaria, de la que es claro ejemplo Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, hasta adentrarse en la modificación de sendos preceptos del Código Penal, no sólo de la parte general como la circunstancia mixta de parentesco, o la circunstancia agravante de cometer el hecho por el sexo u orientación o identidad sexual de la víctima –redacción dada por la reciente Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de modificación del Código Penal–, sino también en la parte especial del mismo Código, de la que es claro ejemplo el delito de odio de los artículos 510 y 510 *bis* del referido Código punitivo. De igual forma, llegamos a la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, la cual no exige que el tratamiento del transgénero culmine necesariamente en una operación de reasignación de género, tal y como se desprende de su artículo 4, y todo ello culminando con el reconocimiento expreso a nivel legislativo del instituto del matrimonio con independencia del sexo de los que acceden a la institución matrimonial.

Todo ello se completa con la jurisprudencia cada vez más aperturista en el respeto a los derechos de las personas, con independencia de su orientación o identidad sexual. Resta decir que aunque en los textos normativos internacionales y por influencia de éstos se habla de identidad de género, nosotros compartimos que lo correcto es hablar del concepto unívoco de identidad sexual, atendiendo a la doctrina de la realidad jurídica, máxime con la importante Sentencia de la Alta Corte de Australia en el caso “Norrie” que reco-

noce el tercer sexo o como exactamente dice la misma “sexo no especificado”, o en paralelo sentido el Derecho alemán, rompiéndose de esta manera la clasificación de los seres humanos en un sentido netamente binario de hombre y mujer. No olvidemos que entre hombre y mujer, podemos hablar de más supuestos de identidad sexual que no de género, máxime cuando al Derecho como seguidamente veremos, supuesto paradigmático el Registro Civil, le interesa el sexo, que no el concepto de rol que es lo que informa al llamado género. La cuestión no es irrelevante, máxime cuando nuestra legislación y en los textos normativos –ejemplo el Código Penal– se menciona en unas ocasiones la identidad de género y en otras la identidad sexual, con la repercusión que ello tiene a efectos del artículo 4 del Código Penal.

Sentadas las premisas previas, con la regulación del matrimonio reconocido a las parejas homosexuales y que constituye un pilar fundamental de los derechos de las personas que tienen un comportamiento sexual diferente al heterosexual –y que con ello estamos haciendo referencia a la homosexualidad, bisexualidad, transexualidad e intersexualidad–, asistimos al último eslabón en el respeto a la orientación e identidad sexual. La cuestión no es baladí, porque realmente el perfil de los derechos de este colectivo a nivel legal y jurisprudencial siempre se quedó incompleto. Y por ello se han producido reformas significativas a nivel interno que no es más que exigencias del Derecho Internacional. A este respeto y sobre la protección de la orientación sexual e identidad de género muy importante a tales efectos serán los llamados *Principios de Yogyakarta*.

Precisamente por cuanto se ha expuesto, y como quiera que la norma recurrida ante el Tribunal Constitucional afecta

al matrimonio entre personas del mismo sexo, y por irradiación a la adopción cuando la pareja se forma por personas homosexuales, siendo a su vez tanto el matrimonio como la adopción instituciones de primer orden en nuestro sistema jurídico y social, de ahí que hablemos del último eslabón y vital en el respeto a la dignidad del hombre y en la conquista de derechos por razón de dignidad.

3. Análisis de la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional sobre el matrimonio homosexual

La sentencia del Tribunal Constitucional expone en el apartado de antecedentes los motivos de inconstitucionalidad argumentados por los recurrentes, y que no son otros que los artículos de nuestra Constitución números 32, 10.2, 14, 39.1 2 y 4 con su incidencia en el artículo 175.4, 53.1, 9.3 y 167.

En primer lugar el Tribunal Constitucional dentro del elenco de artículos alegados como motivos de inconstitucionalidad, algunos son descartados en su estudio porque no tienen efectivamente autonomía propia al estar directamente relacionados con el artículo realmente objeto de análisis, y que no es otro que el artículo 32 de nuestra Constitución. Por ello, los preceptos que no tienen autonomía propia y que han de ser puestos en correlación con el artículo 32 son los artículos 9.3, 10.2, 53.1 y 167 de referido texto constitucional, de tal manera que sólo resultarían vulnerados si se entiende conculcado el artículo 32. El resto de preceptos alegados, y que *ab initio* son desvinculados del artículo 32 (9.3 en su modalidad de inter-

dicción de la arbitrariedad, 14 y 39.1, 2 y 4) son de igual forma descartados. En este sentido, la auténtica clave de arco del juicio de constitucionalidad se basará en el artículo 32 de la Constitución española relativa al matrimonio.

No obstante lo anterior, conviene puntualizar antes de seguir adelante, que el Tribunal Constitucional en su argumentación en el “descarte” de los preceptos aludidos recuerda la doctrina constitucional sobre la igualdad consagrada en el artículo 14 de nuestra *norma normarum*. De una manera simplista, pero con fuerte contenido a la vez, el Tribunal Constitucional recuerda que el artículo 14 impide las distinciones infundadas o carentes de fundamento, y por ende discriminatorias. Se asevera, como no podía ser de otro modo, que no se consagra un derecho de desigualdad ni se ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe un derecho subjetivo de trato normativo desigual. Cuestión distinta será la doctrina del llamado “trato diferenciado” que tiene su fundamento o *ratio essendi* cuando la misma tiene por finalidad la “consecución de fines constitucionalmente legítimos. De este modo, se recuerda que no puede censurarse y criticarse la denominada “desigualdad por exceso de igualdad” asentado en la Sentencia de dicho Tribunal con número 135/1992, de 5 de octubre.

Llama poderosamente la atención cómo la parte recurrente alega preceptos de familia en su recurso de inconstitucionalidad, porque lo cierto es que tanto “matrimonio” como “familia” son bienes constitucionalmente diferentes, por ello es también descartada dicha alegación sin perjuicio de que posteriormente analice la incidencia del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en

la adopción y en los términos del artículo 175 del Código Civil. Pero es más, parece olvidarse la parte recurrente que esa rama del Ordenamiento Jurídico y privado que se llama Derecho de Familia no sólo se refiere a una familia que responda al modelo tradicional compuesto de padre y madre, sino que existe una auténtica variedad de tipos de familia, desde la monoparental en la que sólo existen hijos y figura paterna, familia monoparental con una madre e hijos, una familia con varios núcleos que forman parte de la unidad familiar como son los abuelos juntos a sus hijos y a su vez sus nietos, y así un largo etcétera; diversidad de familias a que se refiere el fundamento jurídico 5º de la sentencia analizada.

Por tanto, el objeto del recurso a dilucidar y auténtico motivo de inconstitucionalidad será la vulneración o no de la Ley 13/2005 del artículo 32 del texto constitucional. A este respecto, el propio Tribunal analiza tal derecho, pero sin olvidar que el mismo presenta un doble matiz, es decir, el matrimonio como garantía institucional y el matrimonio como derecho fundamental. En cuanto a lo primero, cuando mencionamos al matrimonio como institución que ha de ser garantizada nos referimos, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional número 32/81 de 28 de julio, a la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas. Concretamente se explica que “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”. Por tanto, el legislador ordinario tiene un amplio poder para regular la institución matrimonial dentro de las distintas opciones legislativas, pero sin olvidar dos principios que le vinculan: a) no puede eliminar la institución regulada constitucionalmente; b) tampoco puede regularse de tal manera que prácticamente deje vacía de contenido a la misma, la haga irreconocible y por ende la desnaturalice.

Los recurrentes entienden que la expresión del reconocimiento del derecho “al hombre y a la mujer” se refiere a un matrimonio construido sobre la heterosexualidad, excluyendo por tanto el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ciertamente es –como también se dice en la Sentencia– que nuestra Constitución es fruto de un tiempo y momento, y que en aquel entonces se pensaba en matrimonio, al igual que en la generalidad de la esfera internacional, asentado sobre la base de la heterosexualidad, pero no lo es menos que todo texto normativo ha de ser adaptado a la realidad social. En este sentido debemos acudir por tanto a la idea de que la Constitución como cualquier otra norma deberá objeto de una interpretación evolutiva. A este respecto, debemos señalar que en definitiva estamos haciendo referencia a los criterios de interpretación de las normas jurídicas contenidos en el apartado primero del artículo 3º en sede del Título Preliminar de nuestro Código Civil. La problemática que encierra interpretar el texto constitucional de acuerdo con normas establecidas por una norma de rango inferior a la Constitución como lo es el Código Civil es que ello sería desde el punto de vista jurídico hartamente discutible, porque iría en contra de lo estipulado en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando dice que el Tribunal Constitucio-

nal está sólo sometido a la Constitución y a su propia Ley Orgánica. Quizás por ello en buena técnica jurídica no se menciona expresamente el artículo 3.1 y más concretamente el particular de la “realidad social del tiempo” como criterio hermenéutico para acomodar un texto normativo a las realidades sociales cambiantes. No obstante lo anterior, qué duda cabe que cuando el Tribunal Constitucional asume el argumento del Abogado del Estado que menciona a la Constitución como “un árbol vivo”, y por ello se habla en el fundamento jurídico 9º del “Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla”, se está acogiendo una postura de interpretación evolutiva además acorde con la esfera internacional y el derecho que aspira a regularla como lo es el Derecho Internacional, idea ésta que es la que se encuentra latente en el artículo 10.2 del texto constitucional. Así las cosas, y fijándose en la perspectiva internacional, se ponen ejemplos de países que tienen reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo, hoy ya 20 países, para llegar a la conclusión consistente en que lo cierto es que el legislador tiene un amplio margen de decisión a la hora de regular la institución matrimonial sin hacerla irreconocible, máxime cuando el acceso de la institución a personas del mismo sexo no provoca disfunciones en ningún aspecto colateral del matrimonio, y debiéndose añadir que tampoco a ninguna otra rama del Derecho.

En cuanto derecho constitucional, el matrimonio por su ubicación sistemática no está dentro de los llamados derechos fundamentales de protección máxima como puede ser a través del llamado recurso de amparo, pero sí en cuanto derecho constitucional-fundamental goza de la garantía de preservación en el respeto de

que todo desarrollo legislativo del mismo deberá respetar su “contenido esencial”. Y a este respecto, sin olvidar cuanto se ha dicho del matrimonio como garantía institucional, podemos extraer las siguientes consideraciones de la sentencia: a) que el matrimonio como derecho debe garantizar la igualdad jurídica de los cónyuges, lo cual no es más que una manifestación concreta de la igualdad del artículo 14 en el ámbito de la convivencia matrimonial; b) el matrimonio es un derecho de titularidad individual pero no de ejercicio individual porque para su existencia se requiere como *conditio sine que non* el consentimiento mutuo; c) teniendo en cuenta el inciso del párrafo segundo del artículo 32 de la Constitución relativo a la remisión al legislador de las formalidades de tal derecho, dicho legislador ha regulado también no sólo el matrimonio sino también las llamadas convivencias *more uxorio*; d) cuando se accede a la institución matrimonial, de ella se desprenden por ministerio de la ley que es tanto como decir *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes para ambos cónyuges; e) el matrimonio comporta una doble libertad, es decir, en el aspecto positivo como sinónimo del derecho a contraerlo, pero también en su faz negativa de no contraer matrimonio alguno.

De todo ello se colige el amplio margen del legislador y su libertad para regular y establecer regímenes de convivencia más allá del matrimonio con un régimen jurídico diferenciado. Ello es perfectamente permitido tal y como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado por ejemplo en el caso *Rees*, de 17 de octubre de 1986 y *Cossey*, de 27 de septiembre de 1990.

Por su parte, y cuando analiza el matrimonio en su aspecto de derecho fundamental, teniendo en cuenta el concepto y con-

tenido del matrimonio, explica que en este sentido coincide la garantía institucional con la dimensión objetiva del derecho al matrimonio; luego en consecuencia, debe analizarse el aspecto subjetivo. A mayor abundamiento la garantía institucional y la dimensión objetiva del derecho al matrimonio, que es tanto como decir su contenido esencial, se solapan para entender y definir al matrimonio. Como corolario de lo que se acaba de exponer, se pone el énfasis en la dimensión subjetiva y específicamente en la modificación legislativa que incide en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio.

Realmente entendemos que el matrimonio como cualquier otra institución es una creación humana a la que se reconoce y se le da cobertura jurídica, es decir, de realidades sociales pasamos de este modo a realidades jurídicas. Pues bien, la problemática interpretativa en el ejercicio del derecho al matrimonio en el recto entendimiento de si se basa única y exclusivamente en la heterosexualidad, o por el contrario puede extenderse a las parejas del mismo sexo, implica una mirada de la evolución de la institución a nivel global y por ende internacional. Pero es más, realmente debemos preguntarnos si la orientación sexual debe incidir o no en dicho reconocimiento. La respuesta debe ser negativa por la concurrencia desde nuestra perspectiva de los siguientes elementos:

En primer lugar por la evolución que se ha producido en la esfera internacional de la tutela de la orientación sexual. En este sentido, conviene recordar que dicho aspecto ha sido analizado bien desde la perspectiva del respeto a la vida privada protegida de conformidad con lo preceptuado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; bien desde la

igualdad del artículo 14 del mismo texto internacional, entre otras razones porque no aparecía regulada la orientación sexual como bien jurídico propio en los primeros tratados internacionales. No obstante lo anterior, ese escollo jurídico resultó solventado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando, sin ánimo de ser exhaustivo, en el caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 21 de diciembre de 1999, afirmó rotundamente que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sin lugar a dudas comprende la discriminación por razón de orientación sexual.

No podemos olvidar la incidencia que el Derecho Internacional ha tenido en la legislación nacional de los distintos Estados, y que supuso la derogación de leyes que hasta hace relativamente poco tiempo castigaban la sodomía o relaciones sexuales entre hombres. En *pro* de ello ya tuvo que pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el comportamiento de varios Estados como sujetos de Derecho Internacional que en sus respectivas legislaciones tenían un arraigado comportamiento contrario a la tendencia homosexual. El referido Tribunal dictó importantes sendas sentencias tales como la de 22 de octubre de 1981 en el caso *Dudgeon* contra El Reino Unido; Sentencia de 26 de octubre de 1988, Caso *Norris* contra Irlanda; Sentencia de 22 de abril de 1993, Caso *Modinos* contra Chipre, en la que a la hora de analizar la *quaestio facti* se pone de manifiesto el llamado juicio de proporcionalidad, o como manifiesta el propio Tribunal Europeo el poner en equilibrio el interés general y el interés particular del individuo que ante el tribunal demanda la tutela de su dere-

cho. A este respecto, el Tribunal ya puso de manifiesto, esgrimiendo además que la gran mayoría de la Comunidad Internacional ha ido desterrando de sus Ordenamientos Jurídicos las normas que persiguen las prácticas homosexuales, que el mantenimiento por parte de los Estados y en sus sistemas jurídicos de normas como las referidas suponen un enjuiciamiento social constante del individuo que contradice el respeto a la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De igual forma, en el año 1992 Nick Toonen denunció la existencia de una ley similar de persecución de la homosexualidad en el Estado de Tasmania y que supuso que el Comité de Derechos Humanos de la ONU emitiera el dictamen número 488/1992 emitido el 31 de marzo de 1994, documento U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), en el que se ponía de manifiesto que el contenido de dicha ley australiana y concretamente el artículo 122 y 123 del Código Penal de Tasmania vulneraban e iban en contra del artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al entenderse una injerencia arbitraria con ese articulado en el derecho del solicitante al respeto a su vida privada, significando además que cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los artículos 2.1 y 26 hace referencia al sexo, debe entenderse que comprende la “inclinación sexual” (parágrafo 6.10), y que los derechos que dicho Pacto Internacional contiene, implica la prohibición de negar tales derechos a las personas por su orientación sexual.

El Tribunal Constitucional en esta sentencia al analizar la dimensión subjetiva del derecho al matrimonio lo circunscribe en su faz negativa a que el legislador no puede vulnerar “la esfera de libertad que con-

tiene el derecho” tal y como lo expone en su fundamento jurídico 11. Si partimos de la evolución internacional de los derechos de las personas por su orientación sexual –lo cual es corresponder a las exigencias del artículo 10.2 de la Constitución– la clave de arco a dilucidar consiste en si la modificación operada limita las facultades de los heterosexuales en su derecho al matrimonio. La respuesta evidentemente es negativa. A modo simplista se trata de ver si el reconocimiento de más derechos para unos y que no tenían, implica a su vez menos derechos para otros que sí lo tenían. En definitiva, “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”.

De todo ello se colige una lógica consecuencia advertida en la sentencia y consistente en que con tal reconocimiento se da un paso más en la garantía de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad que debe estar orientada a la plenitud de los derechos fundamentales.

Al respetarse la dignidad humana reconociéndose una institución como el matrimonio a todos, ya no sólo a los heterosexuales, se hace real y efectivo tanto el principio de igualdad del artículo 9.2, como también la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14.

Con respecto al acceso a la adopción por la modificación del artículo 175.4 del Código Civil, el Tribunal Constitucional hace suyo la argumentación del Abogado del Estado, consistente en que la idoneidad del adoptante deberá observarse en cada caso sin que se deba partir, analizado lo anterior, del presupuesto de la orientación sexual que no podrá ser elemento a tener en cuenta cuando lo relevante es la protección de los hijos. Como se vislumbra de dicho posicionamiento de lo que se trata es de traer al campo de la adopción todo cuanto se ha dicho por el Derecho Internacional y también por el Tribunal Constitucional materializado en la justicia del caso concreto, es decir, se deben analizar cada uno de los supuestos o casos concretos. En definitiva, no puede partirse de la orientación sexual *per se* como criterio determinante para un no reconocimiento *in genere* en el mundo del Derecho. A este respecto, y como apuntamos anteriormente, no pueden adoptarse decisiones que tengan que ver con los hijos en los supuestos de crisis matrimonial, basándose exclusivamente en la orientación sexual de los progenitores; es más, no debe tenerse en cuenta en modo alguno. Criterio éste que fue el acogido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso referido –*videm* la Sentencia de 21 de diciembre de 1999, Caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal–. Sirva de complemento a dicho posicionamiento que lo que debe imperar en las medidas en relación a los hijos es precisamente esto, y no las posiciones personales de los progenitores que en nada puede repercutir en los hijos como lo es la sexualidad de sus padres, sin que concurra ningún elemento adicional que incida en el interés superior del menor o *favor filii*, porque basarse en ello exclusivamente sería tanto como

partir de convencionalismos inaceptables y extrajurídicos. Pues bien, ello es lo que subyace en el tratamiento por el Tribunal Constitucional de la adopción, es decir, lo que prima es la protección de los hijos y la valoración de la idoneidad del adoptante pero al margen de la orientación sexual.

La presente sentencia ha sido compartida por buena parte de la doctrina científica, pero algunos aunque están de acuerdo con el dictamen de constitucionalidad, no comparten la forma de argumentación utilizada para ello; concretamente autores han referido que el Tribunal Constitucional otorga validez constitucional a la ley referida pero poniendo el énfasis principalmente en la nota de la “garantía institucional”, cuando lo cierto es que debería de haberse profundizado en la nota de ser un derecho constitucional en el sentido de ser un derecho de libertad, elemento éste en que debió incidirse más (Presno, 2013, pp. 425-432). Nosotros debemos matizar que como en todo razonamiento jurídico lo importante es la motivación que al menos sea suficiente, y en el caso analizado lo es. Debemos recordar que el Tribunal ya deja sentado que la garantía institucional y dimensión objetiva del derecho a contraer matrimonio coinciden, y se basa en el aspecto o dimensión subjetiva. A este respecto lo importante es que el Tribunal Constitucional, sin olvidar su análisis en toda la sentencia de la perspectiva internacional, parte de las dos facetas en el derecho al matrimonio, esto es, tanto en la libertad de contraer matrimonio como en la libertad de no hacerlo, y lo cierto es que la nueva regulación, sin alterar la institución del matrimonio, responde a la exigencia del derecho al matrimonio entendido en su dimensión de libertad de acceso al mismo por el colectivo homosexual, cuando además dicho

aperturismo no impide ni daña el derecho de los heterosexuales. Pero es más, completa su argumentación al reconocer que la existencia por tanto de un matrimonio igualitario tanto para homosexuales como para heterosexuales, conecta obviamente con el artículo 14 de la Constitución y de forma inexorable con el artículo 10.1, como no podía ser de otro modo, porque es el fundamento de todos los derechos fundamentales y, entre éstos, el derecho al matrimonio. A mayor abundamiento, hay distintos argumentos sobre la constitucionalidad o no de la ley, y toda la argumentación depende o está en función de poner el énfasis en la nota de “garantía institucional” o en la nota de “derecho fundamental” subjetivo. Es más, como dice Díez-Picazo, en la reivindicación del matrimonio entre personas del mismo sexo no hay sólo pluralismo de formas de vida o de costumbres liberales sino que debe haber algo más (2007, p. 12). Nosotros debemos apostillar que sí hay algo más, y no es otra cosa que la evolución de la sociedad, de la Constitución con ello, y todo por exigencias del respeto a una dignidad humana que es la que hace a los hombres más iguales y más libres.

4. Conclusiones

Una vez expuesta de una manera global la regulación del matrimonio en la nueva ley y las distintas posiciones de la doctrina, del Tribunal Constitucional, y por remisiones a los Tribunales y órganos internacionales, todo ello sin olvidar ni un atisbo el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, podemos extraer unas conclusiones que pueden resumirse de la siguiente manera: a) el matrimonio no puede ser entendido como una institución de orbe cerrado; todo lo

contrario. El matrimonio como cualquier institución jurídica puede y deber ser objeto de interpretación de la realidad social, que hace que la institución que se observaba desde el punto de vista social y jurídico haya sufrido una transformación por el decurso del tiempo. En definitiva, también el matrimonio debe ser objeto de una interpretación “evolutiva”; b) el matrimonio desde las distintas perspectivas de las que puede ser observado y analizado, siempre deberá ser objeto de estudio pero partiendo de elementos que formen parte del propio Ordenamiento Jurídico, y de ahí la concepción del Derecho como sistema; c) directamente relacionado con lo manifestado en la letra inmediatamente anterior, en el análisis de instituciones a nivel constitucional no pueden acudir a factores exógenos o externos, y ni mucho menos a elementos tales como “orientación sexual” o “identidad sexual/género” porque tal y como ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pugnaría con lo preceptuado en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; d) no puede en modo alguno hablarse de “desigualdad por exceso de igualdad” o bien como hemos expuesto, dentro de las distintas posibilidades que el legislador tenía para regular el matrimonio, éste ha optado por el matrimonio igualitario en relación al sexo de los cónyuges, lo cual se traduce en un matrimonio que hace real y efectivo el artículo 9.2 y 14 del texto constitucional; e) no es dable esgrimirse situaciones de desigualdad cuando la presente regulación permite el acceso a la institución matrimonial a los que antes no tenían dicho acceso, pero sin perjudicar o limitar en modo alguno los derechos de los que sí tenían el matrimonio como derecho reconocido; f) a modo de conclusión, valorando todo lo expuesto, dicha regula-

ción se corresponde con la exigencia del respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del colectivo distinto al heterosexual.

Bibliografía

Acedo Penco, A., *Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2013.

Álvarez González, S., “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho Español: Perspectiva internacional”, *Matrimonio y adopción homosexual*, Reus, Madrid, 2006.

Díez-Picazo, L.M., “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 2/07, Barcelona, 2007. Disponible en http://www.indret.com/pdf/420_es.pdf (última consulta 22/10/ 2015)

Díez-Picazo L.M. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil IV*, Tecnos, Madrid, 2001.

Jiménez de Asúa, L., *Ley de vagos y maleantes: Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, Reus, Madrid, 1934.

Jiménez Sánchez G. y De la Cueva Aleu, I., *La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid-Roma, 2007. Ponencia en el IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/artic046.aspx> (última consulta 24/10/2015).

Linacero De la Fuente, M., “Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *Revista Foro, Nueva época*, Madrid, 2005. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view-File/FORO0505210411A/13750> (última consulta 1/11/2015).

- Llamazares Fernández, D., *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1995.
- Martínez de Aguirre Aldaz, J.G., *El matrimonio invertebrado*, Rialp, Madrid, 2012.
- Lorca Navarrete, J.F., *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*, Pirámide, Madrid, 1993.
- Olmeda, F., *El látigo y la pluma: homosexuales en la España de Franco*, Oberón, Madrid, 2004.
- Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Pérez Luño, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986.
- Pizano Salinas, C., Matrimonio: institución natural, *Revista Bien Común*, México D.F., 2010. Disponible en http://frph.org.mx/bdigital/uploads/902_bc182.pdf (última consulta 30/10/2015).
- Plutarco. *Vidas Paralelas*, Amazon, Madrid, 2014. Traducción Antonio Ranz Romanillos.
- Presno Linera, M.A., “El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada”, *ReDCE*, núm. 19, Granada, 2013. Disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE19pdf/ReDCE19.pdf> (última consulta 30/10/2015).
- Torres Núñez, J., “Derechos Humanos en el Derecho en general y en España en particular”, *Revista Ágora*, nº 9, Pachuca, 2000.