

EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

SAME-SEX MARRIAGE IN THE SPANISH CONSTITUCIONAL SYSTEM

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA¹

RESUMO: Este trabalho analisa a regulação do casamento entre pessoas do mesmo sexo na Constituição Espanhola. O autor sustenta que a forma adequada de definir o matrimônio é entendê-lo como um direito de liberdade e não como uma garantia institucional; esse direito de liberdade garante o casamento com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Direito ao Matrimônio; Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo; Direito Fundamental como Esfera Vital; Direitos de Liberdade; Garantia Institucional.

RESUMEN: Este trabajo analiza la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en la Constitución española. El autor sostiene que la forma adecuada de definir el matrimonio es entenderlo como derecho de libertad y no como una garantía institucional; ese derecho de libertad garantiza el matrimonio con personas del mismo o diferente sexo.

PALABRAS CLAVE: Derechos Fundamentales; Derecho al Matrimonio; Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo; Derecho Fundamental como Esfera Vital; Derechos de Libertad; Garantía Institucional.

ABSTRACT: This paper analyzes the legal frame of same-sex marriage in the context of the Spanish Constitution. The author argues that the proper definition of marriage must be understood as a civil liberty, not as an institutional guarantee. This right protects marriage between persons of the same-sex or different sex.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Right to Marriage; Same-sex Marriage; Fundamental Right as Vital Sphere; Civil Liberties; Institutional Guarantee.

SUMÁRIO: I. Aproximação: o contexto normativo do casamento entre pessoas do mesmo sexo; II. Premissa Constitucional: a dignidade humana como "igualdade mínima" e o livre desenvolvimento da personalidade como "liberdade máxima"; III. O Casamento como Direito de Liberdade e não como Garantia Institucional; IV. O Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo como Direito de Liberdade Reconhecido pela Constituição; Bibliografia.

Artigo recebido em 14.10.2013. Artigo aceito para publicação em 22.12.2013 mediante convite.

¹ Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de Oviedo, Espanha. Acreditado como Catedrático. *presnolinera@gmail.com*

SUMARIO: I. Aproximación: el contexto normativo del matrimonio entre personas del mismo sexo; II. Premisa Constitucional: la dignidad humana como “igualdad mínima” y el libre desarrollo de la personalidad como “libertad máxima”; III. El Matrimonio como Derecho de Libertad y no como Garantía Institucional; IV. El Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo como Derecho de Libertad reconocido por la Constitución; Relación Bibliográfica.

SUMMARY: I. Approximation: the normative context of same-sex marriage; II. Constitutional Premise: human dignity as “minimum equality” and the free development of personality as “maximum freedom”; III. Same-sex Marriage as a Freedom Right and not as an Institutional Guarantee; IV. Same-sex Marriage as a Freedom Right Acknowledged by the Constitution; References.

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

Después de 7 años de espera, el Tribunal Constitucional español resolvió en su Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, que la reforma del Código Civil (CC) de 2 de julio de 2005 -en esencia, que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”- es conforme a la Constitución española (CE). Esa sentencia fue la respuesta al recurso presentado por 61 Diputados del Grupo Popular que consideraban la reforma contraria al artículo 32 de la Constitución: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

Los Diputados recurrentes alegaron, entre otros motivos, que la reforma del Código Civil vulneraba el carácter básico de la institución del matrimonio y era, en realidad, una reforma encubierta de la Constitución. A esta última objeción el Tribunal Constitucional (TC) respondió que “no es posible hablar de alteración de la Constitución en el sentido de modificación de su contenido normativo puesto que cualquier contradicción entre un enunciado legal y otro constitucional se salda con la declaración de inconstitucionalidad del primero”.

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

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

La parte más extensa de la fundamentación jurídica de la STC 198/2012 se dedica a analizar si la Ley 13/2005 de reforma del CC vulneró el artículo 32 CE en su doble contenido de garantía institucional y derecho constitucional. En este trabajo no nos centraremos en dicha sentencia, cuestión a la que se dedican otros estudios de esta misma publicación, sino a analizar qué es, jurídico-constitucionalmente, en España el matrimonio entre personas del mismo sexo; en particular si su configuración es la propia de una garantía institucional, como se ha venido sosteniendo hasta ahora, o si responde más bien a lo que es propio de un derecho de libertad. Antes es necesario, desde nuestro punto de vista, aclarar la función que desempeñan en nuestro sistema constitucional dos de los fundamentos del orden político y la paz social como son la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE).

II. PREMISA CONSTITUCIONAL: LA DIGNIDAD HUMANA COMO “IGUALDAD MÍNIMA” Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO “LIBERTAD MÁXIMA”

Los conceptos constitucionales de dignidad humana y libre desarrollo personal (artículo 10.1 CE) se conectan con el reconocimiento jurídico de la igualdad, la libertad, la justicia y el pluralismo que se garantizan a todos los seres humanos por el hecho de serlo, plasmados en aquellos valores superiores del ordenamiento jurídico que se proclaman en el artículo 1.1 CE y que se materializan en los derechos fundamentales del Título I de la Norma Fundamental.

Con la conversión de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad en dos de los fundamentos del orden político se reconoce su doble dimensión: individual, ya que la persona es considerada como sujeto de derechos y no como objeto, y colectiva, ya que se garantizan a todos los individuos, y no de manera exclusiva a, por ejemplo, los nacionales. A través de este reconocimiento constitucional se produce una irradiación de su contenido a cualquier relación normativa, con lo que, en realidad, acaba caracterizando a nuestra propia “forma de Estado”, al orden político y social al que sirve de fundamento.

La dignidad alude a la idea de una igualdad “mínima” de toda persona como expresión de los valores “igualdad” y “justicia”, mientras que el libre desarrollo de la personalidad se refiere a la tutela de la libertad “máxima”, donde se reflejan los valores “libertad” y “pluralismo”. Y merced a este papel nuclear que asumen la dignidad y el libre desarrollo personal lo que se hace es colocar a los derechos fundamentales en el eje sobre el que han de girar todas las normas del ordenamiento -dimensión objetiva de los derechos- y cuyo respeto se impone tanto a los particulares como a los poderes públicos, frente a los que despliegan una eficacia directa.

En este sentido, y por citar algunas sentencias, el TC ha conectado la dignidad humana con concretos derechos fundamentales cuyo desconocimiento hace de peor condición a personas o grupos de personas, menoscabando esa

idea de “igualdad mínima”; así en la STC 51/2011, de 14 de abril, se puede leer (FJ 8) que es:

“doctrina consolidada de este Tribunal que la virtualidad del artículo 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretas de discriminación, lo que no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa *una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE* (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4) (la cursiva es nuestra).

Así pues, resulta vulnerada la dignidad de la persona cuando se la sitúa, por la acción directa de los poderes públicos o por su pasividad ante las prácticas sociales, en una posición de desigualdad e injusticia respecto de otras personas, bien sea en su condición individual o en cuanto integrante de un determinado grupo social.

Y el TC ha entendido que se atentaba contra el mínimo de igualdad y justicia que exige la dignidad humana presente en los derechos reconocidos en la Constitución cuando se produce la resolución del contrato de una trabajadora por haberse quedado embarazada (STC 166/1988, de 26 de septiembre); cuando se abonan salarios inferiores por razón de sexo (STC 141/1991, de 1 de julio); se hace de peor condición a los hijos adoptivos que a los que no lo son (STC 200/2001, de 14 de octubre); se produce un despido laboral por la condición homosexual del trabajador (STC 41/2006, de 13 de febrero) o se considera no idónea para impartir clases de religión a una mujer por haber contraído matrimonio en forma civil (STC 51/2011, de 14 de abril).

Pero la afectación a la dignidad humana, entendida como ese mínimo intangible de igualdad y justicia, no se produce únicamente cuando se vulnera la prohibición constitucional de discriminación sino cuando, a propósito del disfrute de un derecho, se degrada -se coloca en una posición inferior- a la persona, se le priva del mínimo de facultades que el derecho protege o se le somete a tratos que son incompatibles con su condición humana; así, cuando no se respeta una parcela patrimonial que le permita a la persona disponer del mínimo para hacer frente a sus necesidades vitales esenciales (STC 88/2009, de 20 de abril) o si se impide el ejercicio de derechos fundamentales como los de reunión, asociación o sindicación a las personas extranjeras que carezcan de autorización de estancia o de residencia (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

Por su parte, el libre desarrollo de la personalidad es un elemento básico del ordenamiento constitucional que “autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo

todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas” (STC 93/1992, de 11 de junio, F. 8).

También aquí, y por citar algunos ejemplos, podemos anticipar que el libre desarrollo personal quedaría afectado si se pretende impedir o reprimir la convivencia *more uxorio* o si se trata de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos (STC 93/2013, de 23 de abril, F. 8) y ello porque “la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución)” (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3), sin que el ejercicio de este derecho pueda verse limitado por otros condicionamientos que los que resulten de las normas de orden público interno (STC 51/2011, de 14 de abril, F. 8).

Por este motivo, y como veremos con detalle más adelante, el libre desarrollo personal ha resultado reconocido con la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo (STC 198/2012, citada, F. 11). En esta línea, se ha admitido que forman parte también del libre desarrollo personal la libertad de procreación y la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia (STC 60/2010, de 7 de octubre, F. 8.b) y se ha relacionado la libertad con el pluralismo:

“en correspondencia con el pluralismo de opciones personales existente en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.), la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio -aunque a ésta la proteja especialmente (STC 45/1989)- sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja” (STC 47/1993, de 8 de febrero, F. 3).

1. El Efecto Irradiante del Libre desarrollo de la Personalidad

Hablamos del efecto irradiante para expresar de manera gráfica la necesaria proyección que han de tener los derechos fundamentales en todos los sectores del ordenamiento jurídico, con lo que su presencia tiene que notarse a la hora de interpretar y aplicar las normas que integran cada una de las ramas (civil, mercantil, penal, laboral, administrativa,...) del mismo.

En esa irradiación cumple una labor fundamental el libre desarrollo de la personalidad, que dota de esa fuerza expansiva a todo derecho fundamental en el sentido de que protege la configuración autónoma del plan de vida de cada persona. El libre desarrollo obliga a los poderes públicos a promover su eficacia en las regulaciones, orgánica y ordinaria, tanto de las relaciones jurídico-públicas como de las jurídico-privadas.

Por lo que respecta al asunto que nos ocupa, el Tribunal Constitucional tendría que haber tenido en cuenta este efecto a la hora de enjuiciar la

constitucionalidad de la Ley 13/2005, que reformó el Código Civil para reconocer el derecho a casarse con una persona del mismo sexo. Y es que la STC 198/2012 no apela a la dignidad y, sobre todo, al libre desarrollo más que al final de la resolución (F. 11), admitiendo que con el matrimonio entre personas del mismo sexo “se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales”.

2. El Efecto Recíproco de la Dignidad Humana

El efecto recíproco se produce entre, por una parte, los derechos fundamentales, con su componente de dignidad, y, por otra parte, las leyes que disciplinan su ejercicio o los desarrollan, generándose un régimen de concurrencia normativa, de manera que tanto las normas que regulan una determinada libertad fundamental como las que establecen límites a su ejercicio actúan recíprocamente y, como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva propia de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí deriva la exigencia de que los límites a los derechos fundamentales tengan que ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la esencia y eficacia de tales derechos (véase la STC 159/1986, de 12 de diciembre, F. 6).

La dignidad de la persona contribuye a delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental entendido como el contenido constitucional abstracto del derecho y que incluye su titularidad, su objeto, su contenido en sentido estricto -la forma de garantizar el derecho- y los límites tal y como los define en abstracto la norma iusfundamental. La concreción del derecho por los poderes públicos debe reconocerse en su contenido constitucional y servir al propósito garantista que lo alienta. En este sentido, recuerda la STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 10, reiterando la doctrina de la STC 11/1981, de 8 de abril, F. 8, 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”.

El respeto al contenido esencial es una cláusula general de garantía de la indisponibilidad del derecho fundamental y de su disponibilidad por su titular aplicable a toda concreción que los poderes públicos hagan de él, que deben sujetarse a ese contenido esencial tanto cuando se limitan a aplicarlo a sus relaciones jurídicas con los particulares o a las de éstos entre sí, cuanto cuando fijan sus límites.

Así pues, el contenido esencial de un derecho es su titularidad (quién disfruta del derecho), su objeto (el conjunto de expectativas de conducta que se cobijan en la garantía iusfundamental), su contenido en sentido técnico (el haz de facultades y poderes jurídicos que son necesarios para que el conjunto de expectativas de conducta que componen el objeto del derecho fundamental puedan ser efectivamente realizadas por su titular), y los límites internos y las habilitaciones para la creación de límites externos que la

Constitución prevea. En suma, el contenido esencial de un derecho fundamental es el resultado de su delimitación y en la tarea de delimitar desempeña un papel esencial la dignidad de la persona.

El Legislador está llamado a concretar la definición abstracta que de los derechos fundamentales hace la Constitución. Y tal concreción debe llevarla a cabo tanto cuando regula el ejercicio de un derecho como cuando regula sus límites. Para ello, el Legislador interpretará el enunciado constitucional que contiene el derecho fundamental y lo hará conforme a un modelo dogmático. Y si fija unos límites no previstos en la Constitución en los términos antedichos, estará vulnerando el contenido esencial del derecho fundamental. La dignidad humana actúa aquí como un límite a los límites, por emplear la terminología germánica, aunque no en el mismo sentido que esta expresión tiene en Alemania.

III. EL MATRIMONIO COMO DERECHO DE LIBERTAD Y NO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

Resulta bien conocidos que la Constitución española configura el matrimonio a partir de la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges, la libre voluntad de contraerlo con la persona de la propia elección y el consentimiento mutuo. Como también es sabido, la configuración heterosexual del matrimonio es la que había en el momento de aprobar la Norma Fundamental y es la que se mantuvo hasta el año 2005.

De los debates constituyentes cabe concluir que no se pensaba en otro matrimonio que no fuera el contraído entre personas de diferente sexo, pues, entre otros motivos, no prosperó la enmienda propuesta por el senador Xirinacs Damians, que defendía el siguiente tenor: “Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y de su sexualidad, a contraer matrimonio, a crear relaciones estables de familia en libertad, en plena igualdad de derechos y deberes de los consortes entre sí y de ambos respecto de los hijos comunes y a decidir libremente el número de hijos que desea tener. A tal fin tiene derecho a acceder a la información necesaria y a los medios que permitan su ejercicio”.

Sí están incluidos de forma expresa en el enunciado del artículo 32 CE los valores superiores igualdad y libertad y, por tanto, la dignidad humana y el libre desarrollo personal, lo que parece incidir en la idea del matrimonio como un derecho de libertad que, a su vez, debe regularse de manera que no vulnere la dignidad. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia española, particularmente el Tribunal Constitucional, han venido insistiendo en la idea de que lo que hace el artículo 32 es incorporar la garantía de la “institución” del matrimonio, de la que derivan una serie de facultades.

Es conocido que en España la técnica de la “garantía institucional” fue articulada por la jurisprudencia constitucional a propósito de la autonomía provincial en la STC 32/1981, de 28 de julio, donde se señala que persigue la protección de instituciones fundamentales dentro del orden constitucional que

no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo.

El concepto ha sido utilizado para referirse a la autonomía local, la Seguridad Social, la familia, los colegios profesionales, las fundaciones,..., pero también se ha proyectado hacia los derechos fundamentales para incluir el *habeas corpus*, el *habeas data* y la autonomía universitaria. Y lo mismo ha ocurrido con el matrimonio, del que se dice que, como garantía, exige una protección objetiva para que el Legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución y, como derecho, requiere una protección subjetiva, de manera que la posición jurídica del ciudadano derivada del reconocimiento constitucional del derecho no quede eliminada o desnaturalizada por el Legislador.

Aunque resulte sabido, no está de más recordar que el concepto de garantía institucional resultó acuñado por la doctrina alemana en un contexto normativo -la Constitución de Weimar- en el que se ignoraba la existencia de mecanismos efectivos de vinculación del Legislador a la Constitución y de aplicabilidad directa de los derechos fundamentales para proteger determinados sectores del ámbito infraconstitucional frente a la actuación de ese Legislador. Así, en origen, la “garantía institucional” servía al objetivo de conferir a los derechos cierta indisponibilidad, especialmente frente al Parlamento.

Pero en un Estado como el fundado por una Constitución que somete a los ciudadanos y a todos los poderes públicos a la Constitución (artículo 9.1 CE), que garantiza la aplicación inmediata de los preceptos de la Norma Fundamental, que proclama que “la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social” (artículo 10.1 CE), que se fundamenta en valores como la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo (artículo 1.1 CE), esa garantía de indisponibilidad se consigue a través de la constitucionalización de los derechos, que impone a los poderes constituidos, y singularmente al Legislador, la obligación de respetar su contenido.

Por estos motivos, si bien puede justificarse el empleo de la “garantía institucional” para referirse a la autonomía local o universitaria, nada hay en la CE que imponga la protección del objeto del derecho al matrimonio a través de esa técnica y no por medio de su configuración como derecho de libertad.

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

institucional que encarna la dimensión objetiva de un derecho fundamental y en la que debe encuadrarse el disfrute de su dimensión subjetiva.

Pero, insistimos, nada impide configurar la protección del matrimonio como un derecho de libertad, que, como es sabido, es la forma típica de garantía del objeto de un derecho cuando éste consiste en un permiso constitucional y su propósito es la salvaguardia de una esfera vital, dando amparo constitucional a cualquiera de los posibles comportamientos que en principio se puedan encuadrar en la definición abstracta de la mencionada esfera vital que es objeto del permiso constitucional establecido por la norma iusfundamental.

Cuando el artículo 32 dispone que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica lo que hace la Norma Fundamental es proteger una esfera vital que incluye la toma de decisiones como casarse -o no- según diversas formas (civil, religiosa), separarse, disolver el matrimonio una vez celebrado, volver a contraer matrimonio,... Por eso el artículo 32 contiene una garantía de posibilidades, al permitir realizar cualquiera de los comportamientos posibles que encajen en su objeto.

Además, el artículo 32 CE impele al Legislador para que establezca las formas de matrimonio que existen en nuestro ordenamiento, así como la edad mínima y las circunstancias de capacidad. Que se requiera una edad mínima y una capacidad no constituye elemento alguno de discriminación pues dichas exigencias están relacionadas con la diferencia entre la titularidad del derecho fundamental y la capacidad de obrar iusfundamental, entendida esta última como la necesaria para que el titular de un derecho lo ejerza por sí mismo cuando reúne las condiciones exigidas para poner en práctica las concretas facultades que integran el contenido subjetivo del derecho.

Se puede estar excluido del ejercicio del derecho al matrimonio por razones de edad (por ejemplo, por ser menor de 14 años) en aras a presumir que cuando se alcance esa edad la persona habrá conseguido la capacidad de autodeterminación suficiente para tomar de forma libre la decisión de casarse y eso no constituye una discriminación -una diferenciación jurídica de la diferencia, en palabras de Luigi Ferrajoli- pues no se trata de una posición absoluta en la que se encuentre la persona de manera indefinida o como consecuencia de determinados rasgos.

Pero lo que es admisible en el caso de la edad no lo es en el del sexo o en el de la orientación sexual del individuo, por la misma razón que la institución matrimonial no podría ser articulada privando del ejercicio del derecho a un individuo por circunstancias tales como "nacimiento, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (artículo 14 CE).

En suma, como explica Ignacio Gutiérrez, si nos centramos, pues, en el derecho a contraer matrimonio tal y como figura en la Constitución, hay que pensar primero en un derecho individual de libertad. La libertad negativa de no contraer matrimonio, de no contraerlo con una persona determinada o de no

contraerlo en un momento determinado, se garantiza frente a las prácticas del matrimonio acordado o impuesto, que parecen radicalmente inadmisibles: los poderes públicos tienen que atender aquí a su deber de protección.

Los límites a la libertad positiva procederían de prohibiciones que impiden o coartan su ejercicio libre y consciente; los impedimentos del matrimonio (edad, parentesco e incluso vínculo, con la consiguiente prohibición de la poligamia) habrán de buscar justificación conforme a las reglas generales; tal justificación, sin duda, no resulta difícil en muchos supuestos, pero quizá no tanto a causa de una supuesta incompatibilidad conceptual con el matrimonio como por la existencia de razones plausibles de orden público.

IV. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO COMO DERECHO DE LIBERTAD RECONOCIDO POR LA CONSTITUCIÓN

En mi opinión, y partiendo del debate constituyente, el primer sentido del artículo 32 es impedir, a diferencia de lo que ocurrió en épocas no muy lejanas en España, que se pueda articular legalmente una forma de matrimonio en la que existan diferencias jurídicas entre hombres y mujeres. Al mencionar de manera expresa la igualdad se evidencia la pretensión de que el matrimonio debe garantizarse a mujeres y hombres y con los mismos derechos y deberes; por tanto, el artículo 32.1 no contiene una previsión de que el matrimonio tenga que ser una unión heterosexual sino de que debe ser una unión basada en la igualdad.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta que la dignidad humana y el libre desarrollo personal, así como los valores superiores del ordenamiento –libertad, igualdad, justicia,...- se proyectan sobre todos los preceptos constitucionales, la lectura del artículo 32.1 en modo alguno avala una interpretación excluyente del matrimonio entre personas del mismo sexo: si la Constitución no ha querido definir el derecho al matrimonio como algo que únicamente puede ejercerse entre una mujer y un hombre no hay motivo para entender que tal precepto admite tan solo el matrimonio celebrado entre personas de diferente sexo; más bien al contrario, pues dicha comprensión excluyente es poco compatible con los mencionados valores superiores y con los fundamentos del orden político y la paz social que asume la Norma Fundamental.

En este sentido, y aunque se produce en un contexto constitucional bien diferente, no parece casualidad que en Estados Unidos los contrarios al matrimonio entre personas del mismo sexo hayan propugnado reformas en las Constituciones de los Estados a fin de que definan de manera expresa e inequívoca el matrimonio como la unión entre una mujer y un hombre.

Tampoco lo es, como se ha apuntado más arriba (nota 5) que el Tribunal Supremo de Sudáfrica, en su sentencia de 1 de diciembre de 2005 (*Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*) declarase que el concepto de matrimonio presente en el *Common Law* y en la *Marriage Act* eran incompatibles con los artículos 9 y 10 de la Constitución (derecho a la

igualdad y a la dignidad, respectivamente) pues no permitían que las parejas del mismo sexo disfrutasen del estatus, derechos y obligaciones concedidos a las parejas heterosexuales.

En la misma línea, la Cour d'arbitrage de Bélgica, al enjuiciar la Ley de 30 de enero de 2003 que modificó el Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, sostuvo, al rechazar el recurso contra dicha norma (Arrêt de nº 159/2004, de 20 de octubre), que corresponde al Legislador “decidir la naturaleza y las condiciones del matrimonio pero debe respetar, en tal ocasión, especialmente los principios constitucionales de igualdad y no discriminación”.

Finalmente, por lo que ahora interesa, el Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de 16 de agosto de 2010, señaló que, “el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida,... comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal; así como su libre opción sexual... Aunado a lo anterior, si bien, en nuestra Constitución, no se contempla un derecho a contraer matrimonio, lo cierto es que... esta Corte ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no”.

Volviendo al sistema español, desde mi punto de vista el problema constitucional residía, entonces, en que con la legislación civil vigente hasta el año 2005 se impedía el ejercicio de una conducta protegida por la Norma Fundamental -la decisión de casarse- a las personas que quisieran hacerlo con otra de su mismo sexo. Y tal cosa ocurría sin que hubiera una habilitación constitucional expresa que permitiera la limitación de esa forma de autodeterminación individual.

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

Pues bien, ese entendimiento estaría avalado por la propia jurisprudencia constitucional, que ha declarado que la orientación sexual es una circunstancia en la que no puede basarse un trato peyorativo para el ejercicio de otro derecho constitucional como es el derecho al trabajo. Así, en la STC 41/2006, de 13 de febrero, se dice que la orientación homosexual, aunque no aparezca expresamente mencionada en el artículo 14 de la Constitución como uno de los concretos supuestos en los que está prohibido un trato discriminatorio, está incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación.

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

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

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

Una vez reconocido que una persona no puede recibir en materia laboral un trato distinto por el mero hecho de ser homosexual, si se siguiera considerando que esa circunstancia sí impide el ejercicio de otro derecho de la misma índole como el de contraer matrimonio, nos encontraríamos, como ya se ha mencionado, ante lo que Luigi Ferrajoli denominó “diferenciación jurídica de las diferencias”: una identidad determinada por una diferencia valorizada -la heterosexualidad- se asume como fuente de derechos mientras que otra -la homosexualidad- se configura como un estatus discriminatorio y excluyente. De este modo, la igualdad en el acceso al matrimonio es una igualdad amputada, relativa a una parte privilegiada de la sociedad, arbitrariamente confundida con la totalidad.

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

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

La Constitución parte, precisamente, de la igual “valoración jurídica de las diferencias”: al convertir la no discriminación (artículo 14) en una norma,

los diferentes (por razones de sexo, edad, raza u orientación sexual) deben ser tratados como iguales. La igualdad jurídica es igualdad en derechos, también para contraer matrimonio. Se protege la diferencia -en eso consiste el libre desarrollo de la personalidad y por eso todos somos diferentes- y se prohíbe la discriminación: un tratamiento jurídico excluyente basado precisamente en una diferencia protegida por la Constitución.

Siguiendo esta vía argumentativa la conclusión es que no solo no se vulnera el artículo 32 CE con la reforma introducida por el Legislador en el año 2005 sino que, precisamente, lo inconstitucional era una situación legislativa en la que un grupo de personas quedaban excluidas, pese a concurrir en ellas una condición protegida por la Constitución, del ejercicio de un derecho garantizado por esa misma norma.

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

Así, y como es conocido, conforme al principio de unidad de la Constitución, las normas constitucionales deben ser interpretadas en relación con el conjunto de la Norma Fundamental como un todo coherente, en el que no puede haber contradicciones entre sus partes (véase, por ejemplo, la STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5) y se produce dicha contradicción si entendemos que el artículo 32, que no establece excepción alguna a otros preceptos constitucionales, permite una configuración legislativa que vulnera, al menos, el artículo 14 y, de manera refleja, los artículos 1.1 y 10.1.

Concluir que la exclusión del matrimonio homosexual es contraria a la Constitución encaja de forma coherente con lo ya reiterado en materia laboral en la STC 41/2006: si no se puede recibir un trato peyorativo en el derecho constitucional al trabajo por ser homosexual, ¿dónde está el fundamento para justificar que dicho tratamiento sí es posible en el derecho constitucional al matrimonio?

En segundo lugar, y de acuerdo con el principio de concordancia práctica, los bienes e intereses protegidos por la Constitución han de ser armonizados en la decisión del caso práctico, sin que la protección de unos entrañe el desconocimiento o sacrificio de otros (al respecto, STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 12). Pues bien, dicho principio exigiría, en el asunto que nos ocupa, la concordancia entre el derecho a contraer matrimonio, la prohibición de discriminación y la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad que se irradian a todos los derechos, también al reconocido por el artículo 32.

La concordancia se produce ahora que no se está excluido del derecho al matrimonio por motivos de orientación sexual, no antes de que se removieran los obstáculos legales que impedían el ejercicio de ese derecho a un colectivo de personas.

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

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

Por otra parte, no cabe invocar como argumento contrario a lo que aquí se defiende el principio de interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los Tratados internacionales ratificados por España, pues ya ha dicho el TEDH que el matrimonio entre personas del mismo sexo no vulnera el CEDH. Además, encaja perfectamente en la configuración que de ese derecho ha realizado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

También aquí, y por citar algunos ejemplos, podemos anticipar que el libre desarrollo personal quedaría afectado si se pretende impedir o reprimir la convivencia *more uxorio* o si se trata de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos (STC 93/2013, de 23 de abril, F. 8) y ello porque “la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución)” (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3), sin que el ejercicio de este derecho pueda verse limitado por otros condicionamientos que los que resulten de las normas de orden público interno (STC 51/2011, de 14 de abril, F. 8).

En atención a todo lo expuesto, creemos que la interpretación constitucionalmente adecuada del matrimonio conduce a entenderlo como un derecho del que son titulares todas las personas y cuyo objeto es una esfera vital que otorga amparo a cualquiera de los posibles comportamientos que se puedan encuadrar en la definición establecida por la norma iusfundamental, incluida por tanto la libertad de cada uno para casarse con una persona del mismo o diferente sexo.

RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Dimensión Internacional del Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo: lo que el ojo del Legislador español no vio”, en *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, coord. por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, María Paz GARCÍA RUBIO y Marta REQUEJO ISIDRO; Santiago de Compostela, 2009, p. 9-37.

- BAÑO LEÓN, J. M. “La Distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988, p. 155-179.
- BARRERO ORTEGA, A. “Le débat sur la Légalisation du Mariage Homosexuel en Espagne”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 70, 2007, p. 249-267.
- BASTIDA FREIJEDO Y OTROS. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S. *El Matrimonio Homosexual en el Derecho Español y Comparado*, Iustel, Madrid, 2007.
- CÁMARA VILLAR, G. “Derecho al Matrimonio y Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo”, *Direitos Fundamentais & Justiça*, nº 17, 2011, p. 13-40.
- CIDONCHA MARTÍN, A. “Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: balance jurisprudencial”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 23, 2009, p. 149-188.
- DÍEZ PICAZO, L. M. “En torno al Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo”, *InDret* 2/2007.
- FERNÁNDEZ-CORONADO, A. “La Evolución Jurídica del Sistema Matrimonial Español desde la Constitución de 1978 a la Admisión del Matrimonio Homosexual”, en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, núm. 3, p. 93-112.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- GALLEGO ANABITARTE, A. *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994.
- GARCÍA RUBIO, M. P. “Viejos y Nuevos apuntes sobre la Constitucionalidad del Matrimonio Homosexual”, en *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, coord. por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, María Paz GARCÍA RUBIO y Marta REQUEJO ISIDRO; Santiago de Compostela, 2009, p. 171-198.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. “La Libertad de Elegir como Cónyuge a otra Persona del Mismo Sexo y de optar entre el Matrimonio y una Unión Libre (Análisis crítico de la constitucionalidad del Matrimonio Homosexual y del llamado “Divorcio Express”)” en *La Reforma del Matrimonio: (Leyes 13 y 15/2005)*, coord. por Julio Vicente GAVIDIA SÁNCHEZ, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 21-79.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. *Parejas de Hecho y Matrimonios del Mismo Sexo en la Unión Europea*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la Persona y Derechos Fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. “La Garantía del Matrimonio en la Constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2137, p. 1-17.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. “Cambio Revolucionario en una Institución Milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual” en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, Vol. 1, p. 1605-1626.

- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. "El Matrimonio Homosexual", en *El Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil en España: estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez*, coordinado por José Antonio SOUTO PAZ, Comares, Granada, 2008, p. 3-40.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M. *Matrimonio Homosexual y Constitución*, Valencia, Tirant, 2008.
- MATÍA PORTILLA, F. J. "Homosexualidad y Constitución Española", *Discriminação por Orientação Sexual*, coordinado por Gina POMPEU/Fernando FACURY SCAFF, Unifor/Conceito, Florianópolis, 2012, p. 61-88.
- MATÍA PORTILLA, F. J. "Interpretación Evolutiva de la Constitución y Legitimidad del Matrimonio formado por personas del mismo sexo", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 31, primer semestre 2013, p. 535 y sigs.
- PARDO FALCÓN, J. "El Matrimonio Homosexual, un Derecho Constitucional (Algunas Consideraciones Básicas a la espera del TC)", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 24, 2011, p. 60-67.
- PRESNO LINERA, M. Á. "El Matrimonio de las Personas Transexuales y Homosexuales", *Constitución y Democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Editorial Universitas, Madrid, 2012, volumen 2, p. 2239-2254.
- PRESNO LINERA, M. Á. "El Matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre sobre el matrimonio de personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 19, 2013, http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/13_PRESNO.htm.
- REY MARTÍNEZ, F. "Homosexualidad y Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 73, p. 111-156.
- RODRÍGUEZ RUÍZ, B. "Matrimonio, Género y Familia en la Constitución Española: trascendiendo la familia nuclear", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, p. 69-102.
- SOUTO GALVÁN, E. "El Derecho a Contraer Matrimonio Homosexual" en *El Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil en España: estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez*, coordinado por José Antonio SOUTO PAZ, Comares, Granada, 2008, p. 145-176.
- VARIOS AUTORES: *Familia, Matrimonio y Divorcio en los Albores del Siglo XXI: (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005)*, coordinado por YÁÑEZ VIVERO, DONADO VARA, MORETÓN SANZ; LASARTE ÁLVAREZ (dir. congr.).
- VIVAS TESÓN, I. "España: tres años de matrimonio homosexual", en LEAL ADORNA y LEÓN BENÍTEZ. *La Enseñanza Interdisciplinar del Derecho Matrimonial*, Sevilla, Merqabulum, 2008, p. 25-40.