

DERECHO AL MATRIMONIO Y MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

GREGORIO CÁMARA VILLAR¹

RESUMO: A demanda de igualdade no que diz respeito às diversas opções de convivência tende a acentuar-se cada vez mais no seio do Estado constitucional devido à fortíssima repressão histórica exercida pela maioria social e política sobre aquelas pessoas que “desafiavam” o modelo paradigmático da família tradicional e nuclear (assim como os papéis de gênero) e adotavam formas de convivência afetiva e familiar à margem do casamento, tal como as normas civis vinham configurando-o no marco do Estado liberal de Direito e nas primeiras fases do Estado constitucional. Da repressão e do ostracismo social de antigamente ao qual estavam confinadas as uniões de fato heterossexuais – toleradas, porém juridicamente não aceitas, passou-se hoje à busca progressiva de instrumentos jurídicos que garantam que tal opção livremente adotada não se traduza em déficits de igualdade social. Da tolerância desses tipos de uniões e o avance jurídico no sentido de sua integração, passou-se à reivindicação de respeito e igualdade para a livre orientação sexual e à demanda da – até há pouco, inexistente – livre opção, também para as pessoas do mesmo sexo, de construir essas uniões de fato ou as puramente matrimoniais. Paralelamente, nesse processo a mesma concepção social da instituição do matrimônio sofreu mudanças que têm afetado inclusive elementos que se tinham por essenciais à configuração da instituição: da indissolubilidade em determinadas épocas históricas, o casamento passou a ser dissolúvel, e de desigual entre homem e mulher passou a ser radicalmente regido pelo princípio da igualdade. Hoje pode-se dizer que a linha divisória que marca a mudança mais importante na instituição é o intenso debate das sociedades ocidentais sobre se a característica da heterossexualidade seguirá sendo parte do núcleo definidor, constitutivo e essencial do matrimônio. Em suma, trata-se de determinar se é necessário manter a exclusividade da instituição do casamento para casais de sexo distinto ou se, ao contrário, cabe-se afirmar também a plena legitimidade dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo e, ainda mais, se essa segunda opção trata-se de uma exigência constitucional derivada da proibição de discriminação. O objetivo deste trabalho é contribuir para esse debate, focado no caso espanhol – ainda que com contribuições do direito comparado, argumentando precisamente essa posição a partir de uma perspectiva exclusivamente constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Casamento; Direito ao Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo; Uniões de Fato; Garantia Constitucional; Igualdade e Não-discriminação; Livre Orientação Sexual.

Artigo recebido em 10.10.2011. Artigo aceito para publicação em 20.12.2011 mediante convite.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional - Universidad de Granada, Espanha. gcamara@ugr.es

ABSTRACT: The demand for equality in relation with the various convivial choices is progressively increasing within the constitutional state due to the strong historical repression that was exercised by the social majority on all those who "challenged" the paradigm of the traditional nuclear family (as well as its gender roles) and adopted ways of living and family affection outside of marriage, as civil norms have been shaped in the framework of the liberal state of law and in the early stages of the constitutional state. From repression and social ostracism of the past heterosexual *de facto* unions, tolerated but not accepted legally, today the situation has evolved into the setting of legal instruments to ensure that this choice freely adopted does not result in losses of social equality. From tolerating this kind of unions and legal progress towards social integration, nowadays the demand is for respect and equality regarding freedom of sexual orientation and the vindication of free choice, non-existent until recently, also for same-sex, to form such purely factual unions or marriage. Similarly, in this process the same social conception of the institution of marriage has undergone changes that have affected even items that have been considered essential in shaping the institution: being non-dissoluble in certain historical periods, marriage has become dissoluble, and from being inequitable between man and woman, it has become fundamentally governed by the principle of equality. Today we can say that the boundary line that marks the most significant change in the institution is the intense debate in western societies about whether the note of heterosexuality must remain the core defining, constitutive and essential part of marriage. In short, the question is trying to determine if it is necessary to maintain the institution of marriage exclusively for opposite-sex couples or, conversely, if the full legitimacy of marriages between same sex can be asserted and, moreover, if in the latter case it is a constitutional requirement derived from the outlawing of discrimination. The aim of this paper is to contribute to this debate, focusing on the Spanish case, although data on comparative law are offered, justly defending this position from an exclusively constitutional point of view.

KEYWORDS: Marriage; Right to Marriage between same Sex Persons; Institutional Guarantee; Equality and Non Discrimination; Freedom of Sexual Orientation.

RESUMEN: La demanda de igualdad respecto de las diversas opciones convivenciales se ve tendencialmente cada vez más acentuada en el seno del Estado constitucional debido a la fortísima represión histórica que se ha ejercido por la mayoría social y política sobre todas aquellas personas que "desafiaban" el modelo paradigmático de la familia tradicional y nuclear (así como los roles de género) y adoptaban formas de convivencia afectiva y familiar al margen del matrimonio, tal como las normas civiles lo han venido configurando en el marco del Estado liberal de Derecho y en las primeras fases del Estado constitucional. De la represión y del ostracismo social de antaño de las uniones de hecho heterosexuales, toleradas pero no jurídicamente aceptadas, se ha pasado hoy a la búsqueda progresiva de instrumentos jurídicos que garanticen que tal opción libremente adoptada no se traduzca en mermas sociales o en pérdidas de igualdad. De la tolerancia hacia estas clases de uniones y el avance jurídico hacia su integración social se ha pasado a la reivindicación de respeto e igualdad para la libre orientación sexual y al reclamo de la hasta hace poco inexistente libre opción, también para las personas del mismo sexo, de constituir estas uniones de hecho o las puramente matrimoniales. Paralelamente, en este proceso la misma concepción social de la institución matrimonial ha sufrido cambios que han venido afectando incluso a elementos que se han tenido por esenciales en la configuración de la institución: de ser indisoluble en determinadas épocas históricas, el matrimonio ha pasado a ser disoluble, y de ser desigualitario entre el hombre y la mujer, ha pasado a estar radicalmente

regido por el principio de igualdad. Hoy puede decirse que la línea de frontera que marca el más importante cambio en la institución es el intenso debate en las sociedades occidentales acerca de si la nota de la heterosexualidad ha de seguir siendo parte del núcleo definitorio, constitutivo y esencial del matrimonio. En definitiva, se trata de determinar si hay que mantener la exclusividad de la institución matrimonial para parejas de distinto sexo o, por el contrario, de si cabe afirmar también la plena legitimidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo y, todavía más, si se trata en este último caso de una exigencia constitucional derivada de la proscripción de la discriminación. El objetivo de este trabajo es contribuir a ese debate, focalizado en el caso español aunque con datos de derecho comparado, argumentando precisamente esta posición desde una perspectiva exclusivamente constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Matrimonio; Derecho al Matrimonio entre Personas del mismo Sexo; Uniones de Hecho; Garantía Institucional; Igualdad y No Discriminación; Libre Orientación Sexual.

SUMÁRIO: 1. Introdução: A Instituição do Matrimônio na Evolução Social e Jurídica; 2. Breve Consideração Preliminar do Panorama Comparado Atual sobre o Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo; 3. O Caso Espanhol. Perspectiva Histórica do Direito ao Matrimônio; 4. Os Sujeitos de Direito e a Garantia do Instituto Matrimonial. Uma Consideração Dinâmica; 5. Mudanças na Cultura Jurídica Ocidental a respeito da concepção do Casamento como Instituição; 6. O Debate sobre o Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo; 7. O Debate Social e Institucional sobre o Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo na Espanha e uma proposta de Interpretação como conclusão; Referências.

SUMMARY: 1. Introduction: A Institution of Marriage in the Social and Legal Evolution; 2. Brief Preliminary Remark on the Current Compared law Panorama Concerning Same-sex Marriage; 3. The Spanish Case. Historical Perspective of the Right to Marriage; 4. The Legal Subjects and the Guarantee of the Marriage Institute. A Dynamic Culture Consideration; 5. Changes in Western Legal Culture Regarding the Concept of Marriage as an Institution; 6. The Debate on Same-sex Marriage; 7. The Social and Institutional debate on Same-sex Marriage in Spain e a Proposed Interpretation as Conclusion; References.

SUMARIO: 1. Introducción: la Institución del Matrimonio en la Evolución Social y Jurídica; 2. Breve Consideración Preliminar del Panorama Comparado Actual sobre los Matrimonios entre Personas del mismo Sexo; 3. El Caso de España. Perspectiva Histórica del Derecho al Matrimonio; 4. Los Sujetos del Derecho y la garantía del Instituto Matrimonial. Una Consideración Dinámica; 5. Cambios en la Cultura Jurídica Occidental a propósito de la Concepción del Matrimonio como Institución; 6. El Debate sobre el Matrimonio entre Personas del mismo Sexo. Consideraciones de Derecho comparado; 7. El Debate Social e Institucional sobre el Matrimonio entre Personas del mismo Sexo en España y una propuesta de Interpretación como Conclusión; Referencias.

1. INTRODUCCIÓN: LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO EN LA EVOLUCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA.-

Desde que el hombre se estableciera sedentariamente, las necesidades de supervivencia, reproducción, el aseguramiento de la cohesión de los grupos y la propiedad, así como la pacificación de las relaciones entre ellos, condujo a generar pautas de ordenación social y cultural en las que la

creación de familias desde una perspectiva puramente biológica y, después, sobre la base del matrimonio, adquiriría un papel fundamental. Como ha demostrado la investigación etnológica e histórica, la diversidad de las formas la organización familiar y de contraer matrimonio en las distintas culturas ha sido amplia, dependiendo de factores diversos de orden ecológico, geográfico, demográfico, económico, social, cultural y religioso. Podrían citarse así, entre otros tipos, los matrimonios extensos poligámicos poligínicos y poliándricos, levirático, sororal, "de hombres" y "de mujeres", etc... Por otra parte, las funciones que cumple la institución matrimonial han ido evolucionando en la historia en las diversas sociedades conforme a los cambios económicos, culturales y políticos. No hay, pues, ni ha habido nunca, un sistema familiar único, ni tampoco un modelo matrimonial general y atemporal al que apelar como propio de la naturaleza de las cosas, sino la posibilidad de referencia a determinados modelos que acaban institucionalizándose con rasgos definidos, con la sanción del Derecho, en el seno de sociedades concretas según unas pautas culturales específicas, presentando también elementos de apertura y evolución diferentes conforme a las particulares características de cada sociedad históricamente determinada².

El matrimonio monógamo heterosexual es, así, el modelo matrimonial más frecuente y sancionado por el Derecho como base de la familia nuclear en el mundo y en la cultura de nuestros días y, en concreto, en las sociedades occidentales de tradición judeo-cristiana, coincidentes con las de mayor desarrollo socioeconómico. Se ha venido considerando en este marco al matrimonio como uniones voluntarias tendencialmente de por vida entre un hombre y una mujer con exclusión de otras uniones conyugales, cuyos elementos esenciales son el concurso de voluntades y un acto solemne de celebración de acuerdo con las condiciones legalmente establecidas; no se ha cuestionado hasta hace relativamente poco tiempo que en esta institución el varón sea considerado el cabeza de familia y, por ello, que sea socialmente tenido por el encargado de ganar el sustento para toda la familia y la procura de su desarrollo bajo la autoridad que le ha sido tradicionalmente asignada. Sin embargo, tanto la concepción del matrimonio como la de la familia en estas sociedades están sometidas en la actualidad a profundas tensiones y acelerados cambios. En las sociedades postindustriales se ha producido, por un lado, un proceso de concentración o nuclearización de la familia tradicional y troncal basada en el matrimonio y, por otro, el fenómeno de la creciente presencia social, debido a la progresiva secularización de la

² Véase Yolanda Gómez Sánchez, *Familia y Matrimonio en la Constitución Española de 1978*. Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1990, págs. 21 y ss. Véase también, en este mismo sentido, el planteamiento que hace J.A. Pichardo Galán en su trabajo "Antropología y matrimonio homosexual". *AIBR, Revista de Antropología Iberoamericana*, nº 33. Diciembre, 2003, con cita de obras de Evans-Pritchard y Herskovits que ponen de manifiesto la existencia de culturas que reconocen la posibilidad de realizar matrimonios entre personas del mismo sexo como, por ejemplo, entre hombres y mujeres azande, matrimonio de mujeres en Dahomey y entre los nuer. (<http://www.aibr.org/antropologia/34mar/index.html>).

sociedad, de núcleos convivenciales familiares no basados en el matrimonio, gestados a partir del ejercicio de la libertad personal en el marco de los principios de libre desarrollo de la personalidad y de igualdad.

Estos procesos no pueden entenderse bien, a mi juicio, si no se advierten dos datos de trascendental importancia para la evolución social y política. En primer lugar, en un plano socioeconómico, que la misma funcionalidad de las uniones convivenciales familiares, con independencia de cual sea su forma, se ha transformado de manera acelerada. De ser una unidad de producción, la familia, sea de origen matrimonial o no, se ha convertido en el marco de las modernas sociedades en una unidad, sobre todo, de consumo. De cumplir fundamentalmente funciones económicas, asistenciales y socializadoras (trabajo y acumulación de recursos, educación, formación religiosa, socialización de los hijos...) ha pasado a asumir predominantemente funciones de integración afectiva y de cooperación. En segundo lugar, en un plano más cultural e ideológico, la secularización y el antropocentrismo característicos de nuestros días, con el reconocimiento y ampliación de derechos que comportan, reflejados en las normas constitucionales, han valorizado extraordinariamente las opciones de configuración libre de la convivencia afectiva y familiar a partir del principio de libre desarrollo de la personalidad y, por consiguiente, de la libre orientación sexual, en el marco de una radical exigencia de igualdad para las personas y los grupos que no tolera discriminaciones, exclusiones o privilegios³. En este aspecto viene incidiendo de manera particularmente fuerte la cada vez más intensa demanda de igualdad de género, convertida en uno de los elementos más importantes de transformación del constitucionalismo de nuestros días, desmontando progresivamente entre fuertes resistencias los parámetros estructurales de género que han venido informando las sociedades modernas y, en particular, los pilares del patriarcado en el seno familiar⁴.

Esta demanda de igualdad se ve tendencialmente cada vez más acentuada en el seno del Estado constitucional debido a la fortísima represión histórica que se ha ejercido por la mayoría social y política sobre todas aquellas personas que "desafiaban" el modelo paradigmático de la familia tradicional y nuclear (así como los roles de género) y adoptaban formas de convivencia afectiva y familiar al margen del matrimonio, tal como

³ Sobre estos procesos, *vid.* David. S. Reher: *La Familia en España. Pasado y Presente*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, especialmente el capítulo 10 ("Perspectivas presentes y futuras de la familia en España", págs. 357 y ss.). Igualmente, el estudio del Centre d'Estudis Demogràfics: *Estructuras Familiares en España, Madrid, Instituto de la Mujer*, Ministerio de Asuntos Sociales, Serie Estudios, nº 25, 1990; Julio Iglesias de Ussel: *La familia y el cambio político en España*, Madrid, Tecnos, 1998; Inés Alberdi, *La Nueva Familia Española*, Madrid, Taurus, 1999; Lluís Flaquer: "El ocaso del patriarcado". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001, págs. 9-23.

⁴ Véase Blanca Rodríguez Ruiz: "Matrimonio, Género y Familia en la Constitución Española: trascendiendo la familia nuclear". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, enero-abril 2011, págs.70 y ss.

las normas civiles lo han venido configurando en el marco del Estado liberal de Derecho y en las primeras fases del Estado constitucional. De la represión y del ostracismo social de antaño de las uniones de hecho heterosexuales, toleradas pero no jurídicamente aceptadas, se ha pasado hoy a la búsqueda progresiva de instrumentos jurídicos que garanticen que tal opción libremente adoptada no se traduzca en meras sociales o en pérdidas de igualdad. De la tolerancia hacia estas clases de uniones y el avance jurídico hacia su integración social se ha pasado a la reivindicación de respeto e igualdad para la libre orientación sexual y al reclamo de la hasta hace poco inexistente libre opción, también para las personas del mismo sexo, de constituir estas uniones de hecho o las puramente matrimoniales.

Paralelamente, en este proceso la misma concepción social de la institución matrimonial ha sufrido cambios que han venido afectando incluso a elementos que se han tenido por esenciales en la configuración de la institución: de ser indisoluble en determinadas épocas históricas, el matrimonio ha pasado a ser disoluble, y de ser desigualitario entre el hombre y la mujer, ha pasado a estar radicalmente regido por el principio de igualdad. Hoy puede decirse que la línea de frontera que marca el más importante cambio en la institución es el intenso debate en las sociedades occidentales acerca de si la nota de la heterosexualidad ha de seguir siendo parte del núcleo definitorio, constitutivo y esencial del matrimonio. En definitiva, se trata de determinar si hay que mantener la exclusividad de la institución matrimonial para parejas de distinto sexo o, por el contrario, de si cabe afirmar también la plena legitimidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo y, todavía más, si se trata en este último caso de una exigencia constitucional derivada de la proscripción de la discriminación. El objetivo de este trabajo es contribuir a ese debate, focalizado en el caso español, argumentando precisamente esta posición desde una perspectiva exclusivamente constitucional y sin entrar en otras cuestiones y problemáticas de detalle que abre esta posibilidad.

2. BREVE CONSIDERACIÓN PRELIMINAR DEL PANORAMA COMPARADO ACTUAL SOBRE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.-

Este último proceso, que cada vez se acelera más en el panorama comparado es, sin duda, un fenómeno propio del Siglo XXI, surgido inicialmente en Europa. A los Países Bajos, primer país en regular los matrimonios del mismo sexo mediante la Ley de 21 de diciembre de 2000, siguió Bélgica con la Ley de 13 de Febrero de 2003. España marcó un importante hito con la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil. Noruega ha sido el siguiente continuador de esta línea (Ley de 1 de Enero de 2009), seguido de Suecia (Ley de 1 de Mayo de 2009), Portugal (Ley Nº 9/2010, de 31 de Mayo) e Islandia (Ley de 11 de Junio de 2010). Otros países europeos están tramitando esas regulaciones, como es el caso de Eslovenia (donde el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional

que los derechos de las parejas estables del mismo sexo no fueran los mismos que los de las parejas casadas heterosexuales) o de Luxemburgo y Finlandia.

En otros muchos países de este globalizado mundo contemplamos el mismo fenómeno. El matrimonio de mismo sexo se ha regulado en Canadá (*Civil Marriage Act*, de 20 de Junio de 2005); en Sudáfrica (Ley nº 17 de 2006, de 29 de Noviembre; México Distrito Federal (Ley de 29 de Diciembre de 2009); Argentina (Ley de 21 de Julio de 2010). En los estados Unidos de América la *Defence of Marriage Act* de 1996, sin embargo, trató de impedir las regulaciones del matrimonio del mismo sexo, restringiendo esta posibilidad solo a las parejas heterosexuales, y 31 Estados la han bloqueado mediante referendum (así, entre otros, Arkansas, Georgia, Dakota del Norte, Kentucky, Missouri, Montana, Michigan, Mississippi, Oregón, Ohio, Oklahoma, Utah). No obstante, los matrimonios de parejas del mismo sexo se han abierto camino en Massachussets, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire, Washington D.C. y, más recientemente, New York, siendo en algunos de estos casos el fruto de decisiones judiciales y en otros de decisiones del legislador. En concreto, entre los primeros se encuentran Massachussets (decisión de la Corte Suprema de 4 de marzo de 2003 en *Hillary Goodridge & others vs. Department of Public Health & another*), Connecticut (decisión de la Corte Suprema de 8 de octubre de 2008 en *Elizabeth Kerrigan et. al. v. Commissioner of Public Health et. al.*), Iowa (decisión de la Corte Suprema de 3 de Abril de 2009 en *Katherine Varnum et. Al. vs. Timothy J. Brien*). Sin embargo, en Vermont, que ya había regulado en el año 2000 las uniones civiles del mismo sexo tras una decisión judicial de su Corte Suprema (*Baker v. Vermont*) se reguló mediante una Ley de 7 de abril de 2009. En New Hampshire la Ley de 3 de Junio de 2009 vino a reemplazar la de 2007 que regulaba las uniones de hecho del mismo sexo; Washington D.C. ha regulado los matrimonios del mismo sexo mediante Ley de 2 de Marzo de 2010; y, finalmente (por ahora) New York ha hecho lo propio mediante la "*Marriage Equality Act*", de 24 de Junio de 2011.

El panorama es más limitado en Latinoamérica. Ya nos hemos referido a los casos de Argentina y México. También Uruguay ha legalizado las uniones civiles de parejas de homosexuales en Diciembre de 2007. El más reciente caso de este proceso permanente de progresivo avance en este ámbito es precisamente el de Brasil, donde en el marco de un profundo debate sobre la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, se ha producido el importante hito de la decisión unánime del Supremo Tribunal Federal del 5 de Mayo de 2011 reconociendo la legalidad de la unión entre personas del mismo sexo para asuntos como herencia, impuestos, planes de salud y beneficios en general, además de reconocerla como entidad familiar⁵.

⁵ Proceso: ADI 4277. Distrito Federal. Relator, Ministro Ayres Britto.

3. EL CASO DE ESPAÑA. PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL DERECHO AL MATRIMONIO.-

Tomando el caso de España como paradigmático, para abordar esta cuestión propongo adoptar primero una perspectiva histórica general para aquilatar la prefiguración constitucional del derecho y de la institución del matrimonio, que nos servirá para valorar constitucionalmente de una manera adecuada la ampliación del derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo. Ambos, derecho e institución, como realidades inescindibles, no fueron regulados por las constituciones históricas españolas, con la única excepción de la Constitución de 1931, toda vez que en absoluto podría tenerse en este mismo concepto, por obvias razones, el Fuero de los Españoles de 1945, como unas de las Leyes Fundamentales del régimen autoritario de Franco, cuyo artículo 6º establecía que "el matrimonio será uno e indisoluble".

Desde mediados del siglo XIX hasta el primer tercio del siglo XX el matrimonio civil es regulado en España solo por el legislador y sin una directriz o mandato constitucional específico (Ley de 18 de junio de 1870), por lo que no podría sostenerse para esta larga época la existencia de una configuración del *ius nubendi* como derecho constitucional o fundamental de la persona, sino que su existencia respondía, en el plano legal, a una manifestación del ejercicio genérico de la autonomía de la voluntad integrante del principio general de libertad. El cambio de orientación se produce con la Constitución republicana. La constitucionalización del matrimonio en la norma fundamental de 1931 se lleva a cabo dentro del Título III, intitulado "Derechos y deberes de los españoles" y, más concretamente, en el Capítulo III, que tenía por rúbrica "Familia, Economía y Cultura". El artículo 43 establecía, en efecto, que "La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa...".

Esta constitucionalización responde a la fase de transición entre el Estado liberal y el Estado constitucional característica del constitucionalismo de entreguerras, donde comienzan ya a encarnar contenidos propios del Estado social y democrático de derecho. Obsérvese que, aunque con una formulación típicamente institucional y todavía vinculada con el concepto de familia y su protección por el Estado, el matrimonio se prefigura como un derecho constitucional de libertad tanto para la constitución como para su disolución, incidiendo particularmente en la igualdad de derechos que supone para ambos sexos, en coherencia con el énfasis que la norma constitucional, en abierta y radical ruptura en este punto con la situación anterior, pone en la protección de la igualdad en todos los ámbitos y en la proscripción de cualesquiera privilegios basados, entre otros factores, en el sexo. Esta es, según creo, junto con la protección de la libertad en este ámbito, conectado con el principio de laicidad (introducción del divorcio), la dimensión más

importante que el constituyente de 1931 quería destacar en relación con la prefiguración normativa de este derecho. Por lo demás, resulta bastante obvio de la redacción del precepto, así como de sus antecedentes y del contexto histórico, que implícitamente se estaba constitucionalizando la institución del matrimonio heterosexual.

La Constitución de 1978, conforme a un esquema parcialmente diferente y muy significativo del nuevo contexto histórico en el que surge, consagra en el artículo 32 el derecho del hombre y la mujer a decidir libremente casarse o no, con plena igualdad jurídica. Se ha venido manteniendo al hacer la exégesis de este precepto que no existe una razón de suficiente peso para entender la necesidad de constitucionalizar este derecho. No obstante, la garantía constitucional de este instituto con perfiles plenamente igualitarios, apartándose así claramente de situaciones pretéritas, pesó de manera especialmente intensa en el constituyente, si bien los objetivos de igualdad entre los cónyuges en el seno del matrimonio hubieran quedado del mismo modo cubiertos por el principio de igualdad y no discriminación del artículo 14; asimismo, el principio general de autonomía de la voluntad y el de libre desarrollo de la personalidad, el pluralismo ideológico y religioso y la característica secularización de nuestras sociedades conducían necesariamente a la garantía constitucional de la pluralidad de formas y a la posibilidad de separación y de la disolución del vínculo que expresamente se prevén, aunque también estos objetivos hubieran quedado cubiertos por las garantías de los artículos 14 y 16, en conexión con los anteriormente referidos principios constitucionales. Otras Constituciones de nuestro entorno no recogen tampoco, ciertamente, el derecho al matrimonio. Pero la Constitución española se alinea de nuevo en esta materia, como en tantas otras, con la Constitución italiana de 1947 (artículo 29) y con la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (artículo 6), con más cercanía en su formulación de la primera que de la segunda, pero diferenciándose de ambas en que desvincula formalmente la regulación del matrimonio de la de la familia, cuya protección se garantiza también en el artículo 39, dentro del Capítulo III del Título I, como principio rector de la política social y económica. La Constitución de Portugal de 1976 (art. 36) contiene una regulación del matrimonio muy similar a la española, si bien vincula en el mismo precepto familia y matrimonio.

Junto con el reconocimiento del derecho "al hombre y la mujer" con plena igualdad jurídica en el apartado 1 del artículo 32 de nuestra Constitución, el apartado 2 dirige un mandato al legislador para la regulación de las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. Por consiguiente puede decirse que ya en un ámbito normativo correspondiente al paradigma del Estado constitucional social y democrático de derecho, propio del constitucionalismo antropocentrista característico de nuestro tiempo desde la Segunda Guerra mundial, la norma constitucional reconoce

y protege un derecho que sin duda tiene rango de derecho fundamental, aunque no se trate de uno de los derechos fundamentales de más alta protección (los de la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero), ya que el criterio de fundamentación hay que ponerlo, según la doctrina mayoritaria y con independencia de otras garantías (reserva de ley, vinculación del legislador por el respeto a su contenido esencial, etc..) en la posibilidad de su tutela judicial con vinculación inmediata y directa de los órganos judiciales, incluso en ausencia de la *interpositio legislatoris*, si bien no goza de las garantías reforzadas del amparo, tanto en vía preferente y sumaria ante la jurisdicción ordinaria, cuanto constitucional (art. 53).

Por otra parte, hay que reparar especialmente, en que el derecho a contraer matrimonio aparece claramente desvinculado de la protección de la familia, reconocida también como garantía institucional en el artículo 39, dentro de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del título I, esta vez no evidentemente como derecho sino como principio constitucional directriz⁶. En este sentido, el constituyente no pudo permanecer ajeno a la contemplación de los procesos de cambio operados en la realidad, a lo que cabe añadir que quiso huir, coherentemente con los postulados de neutralidad ideológica y religiosa en los que estaba instalado, de las impregnaciones valorativas e ideológicas que colorearon la institución de la familia en el régimen autoritario y confesional del franquismo. Frente a los reiterados intentos de algunos diputados y senadores de vincular unidimensional y exclusivamente matrimonio y familia, finalmente no cuajó en el texto constitucional consensuado ninguna referencia esencialista al significado de la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad, como se pretendía por parte de ciertos sectores, pese a que así se reconoce expresamente tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y también en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Lo único, en consecuencia, que sustentaba la labor del constituyente operando en el trasfondo -partiendo de la evidencia sociológica e histórica, así como de sus concreciones en la declaraciones internacionales de derechos- era que la familia es una institución sin duda de una fundamental trascendencia porque sigue siendo la unidad angular de la estructura y la organización social y el punto de referencia básico para la identidad y la experiencia personal, por todo ello merecedora de la protección del Estado, razón por la que es garantizada como tal; pero habría de ser la evolución de la sociedad la que iría marcando en cada caso y situación el alcance nuclear de lo que por familia deba entenderse. En definitiva, como ha dicho E. Roca, "se llegó a plasmar un sistema basado en un concepto cultural, abierto y plural,

⁶ Véase un tratamiento pormenorizado de este tema en mi trabajo "Familia y Constitución". *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 14, 2002, págs. 47-84. También, José Luis Serrano Moreno: "La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001.

adaptable a las necesidades sociales que puedan existir en un momento concreto”⁷. La huella constitucional clara que ha quedado de todo ello es que matrimonio y familia se regulan separadamente y que ésta última no aparece calificada de ningún modo en el artículo 39. Esta interpretación, como es conocido, ha sido sancionada por el Tribunal Constitucional en una jurisprudencia reiteradamente citada, que ha señalado que la familia que se manda proteger no es sólo la que nace en el matrimonio (art. 32), pues por el sentido tuitivo de la norma, ligada al carácter social del Estado y en atención al reconocimiento del pluralismo social, no sería posible interpretar este concepto en términos restrictivos⁸.

Según se ha expuesto, el derecho al matrimonio se reconoce en el artículo 32 CE como un derecho fundamental autónomo, configurando una libertad personal que tiene tanto un vertiente positiva como otra negativa, derecho a contraer libremente matrimonio o a no hacerlo. Al mismo tiempo, el matrimonio (que, como la familia, tampoco es definido), queda constitucionalizado como un instituto y, por lo tanto, sujeto a la garantía constitucional de esta clase conforme a la ya clásica doctrina acuñada a partir de los postulados de Carl Schmitt.

En cuanto derecho fundamental, los perfiles de la constitucionalización del derecho al matrimonio lo caracterizan, más que por la tutela de un ámbito de la privacidad, por la tipificación de un derecho subjetivo tanto al hombre como a la mujer para que puedan contraer libremente matrimonio en condiciones de plena igualdad. Pero, una vez celebrado, su protección también garantiza un ámbito de la vida privada en relación con lo establecido en el artículo 10.1 (dignidad de la persona), 18.1 (derecho a la intimidad

⁷ Roca y Trías, E: *Familia y Derecho de Familia*, Capítulo I de la obra colectiva de A. López, V.L. Montés, E. Roca y M^a R. Valpuesta, coordinada por V.L. Montés: *Derecho de Familia*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pág. 23. De la misma opinión es la doctrina mayoritaria. Para J. Gálvez, “la Constitución presenta una fórmula que resulta ser lo suficientemente amplia para comprender cualquier género de transformación que pueda experimentar esa realidad social que es la familia” (Comentario al artículo 39, en F. Garrido Falla (Dir.): *Comentarios a la Constitución*. Madrid, Civitas, 1985, pág. 761.) Por su parte, Yolanda Gómez Sánchez considera, según juicio que compartimos, que “una definición de la familia habría originado seguramente serias disfuncionalidades a la hora de reconocer, para protegerlos, los varios tipos de familia que coexisten en las sociedades actuales y también en la nuestra”; por ello, sigue argumentando, “..la ausencia de una definición constitucional de la familia, lejos de constituir una lamentable omisión...se conforma como una posibilidad importante de adaptación a las nuevas realidades sociales” (*Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, cit., págs. 250 y 251). En sentido contrario, véanse, por todos, N. Martínez Morán, “La familia y su protección constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número monográfico 1, 1978, y el trabajo de J. L. Martínez López-Muñiz “La familia en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, enero-abril de 2000, para quien “una desvinculación, en suma, entre la familia constitucionalmente protegida y la institución matrimonial contradice el artículo 39 de nuestra Constitución y las normas internacionales universales y europeas mencionadas, con todo su valor hermenéutico constitucional. Y lo mismo ocurriría con cualquier intento de desvincular al matrimonio de su orientación constitutiva institucional a la generación, consustancial, como ya se ha dicho, a la familia constitucional...” (p. 30).

⁸ SSTC 222/1992, FFJJ 4 y 5, 47/1993, FJ 2, 116/1999, FJ 13.

personal y familiar) y 39.1 (tutela de la familia)⁹. Por otra parte, el libre desarrollo de la personalidad se proyecta sobre el mismo, de manera que tanto la continuación de la convivencia como la propia vigencia del matrimonio dependen de la voluntad de ambos cónyuges; la Constitución se refiere, en este sentido, tanto a la separación como a la misma disolución del matrimonio. Se trata, en definitiva, del establecimiento constitucional de dos opciones, conforme a la ley, para resolver las vicisitudes de la convivencia matrimonial de acuerdo con la voluntad de los cónyuges.

Este derecho se inscribe en un sistema constitucionalmente diseñado con unas particulares características, de las que interesa especialmente dar cuenta en tanto que es necesario tenerlas siempre presentes para poder realizar una interpretación constitucionalmente adecuada, sistemática e integrada, en orden a valorar la legitimidad constitucional de los matrimonios entre personas del mismo sexo:

a) Es preciso considerar, en primer lugar, la orientación que dimana del hecho de que la Constitución se fundamenta, entre otros, en el valor de la libertad, que presenta una dimensión no solo organizativa de la colectividad, sino también estatutaria de la persona, apuntando a la exigencia de protección en todo caso, en el marco constitucional, de la libertad individual por parte del Estado.

b) En segundo lugar, en el artículo 10.1 se establecen como fundamentos del orden político y de la paz social, entre otros aspectos, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, principios que sostienen el sistema de derechos en su conjunto y a cuya luz han de ser interpretados cada uno de los derechos fundamentales.

c) En tercer lugar, el artículo 14 consagra la igualdad en y ante la ley de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Por otra parte, este derecho ha de ser materialmente integrado con el principio de igualdad promocional establecido en el artículo 9.2: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

d) En cuarto lugar, sobre este derecho autónomo confluyen, además, otras libertades, como son especialmente la ideológica y la religiosa (art.16) y, en consecuencia, es preciso armonizarlo con sus proyecciones funcionales partiendo del principio del pluralismo ideológico y religioso y del correspondiente de neutralidad del Estado en materia ideológica y religiosa.

⁹ Jorge De Esteban y Pedro J. González-Trevijano: *Curso de Derecho Constitucional Español*. Vol. II. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, 1993, pág. 126.

En cuanto instituto constitucionalmente garantizado, el matrimonio ha de ser considerado conforme al sentido tópico con el que esta categoría fuera acuñada en la conocida formulación de C. Schmitt: se trataba con ella de garantizar la existencia de ciertas instituciones o institutos frente a una eventual supresión legislativa, estando dotadas de determinadas características y perfiles al servicio de ciertas tareas y fines, pudiendo existir garantías de esta clase con derechos subjetivos y sin ellos. En este modelo es el legislador el poder público encargado de configurar el contenido preciso de los perfiles de la institución de que se trate, siempre preservando los elementos sustanciales que de manera típica la conforman, esto es, resultando garantizada desde la Constitución su "imagen maestra o característica" (*charakteristisches Erscheinungsbild*), presente y actuante ya en el mismo momento constituyente¹⁰. En la común apreciación de esta teoría, por consiguiente, la institución es una realidad histórica permanente y relativa a la vez, una formación con la que tanto el constituyente como el legislador se encuentran y que el uno reconoce como válida y decide garantizar su existencia y continuidad y el otro la regula porque recibe tal mandato del constituyente, pero con plena libertad para hacerlo con uno u otro perfil a condición de respetar unas históricas referencias identitarias de carácter nuclear.

La cuestión es, entonces, cómo determinar el núcleo o imagen maestra de la institución o del instituto que consideremos. Ha de insistirse en que la protección constitucional juega exclusivamente en pro de su misma existencia y mantenimiento, según se viene concibiendo socialmente de manera típica y abierta, sin que sea posible su vaciamiento o desfiguración y sin que ello suponga tampoco, por otra parte, una petrificación del *status quo*. En definitiva, nada en el fondo sustancialmente distinto de lo que queda garantizado por el hecho de estar regulada en una norma constitucional de una Constitución normativa, jurisdiccionalmente garantizada, a salvo de un énfasis heurístico y metodológico para aquilatar el contenido nuclear de la norma. El reflejo de esta realidad en la doctrina constitucional, aunque se insista en el *nomen* diferenciado de la garantía, resulta claro. Como el Tribunal Constitucional argumentara en la Sentencia 32/1981 (FJ 3º), "por definición, (...) la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la

¹⁰ Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*. Se cita la edición de Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 175 y ss. Sobre la cuestión y su evolución doctrinal, remitimos, por todas, a las obras de Luciano Parejo Alfonso, *Garantía Institucional y Autonomías Locales*, Instituto de estudios de Administración Local, Madrid, 1981; Alfredo Gallego Anabitarte, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (Derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Madrid, Civitas, 1994; Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989 y Antonio Jiménez Blanco, "Garantías institucionales y derecho fundamental en la Constitución", en Sebastián Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 635-650.

preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre (...) En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace".

Reparemos, pues, en estos criterios para la argumentación posterior:

- No queda constitucionalmente asegurado ningún contenido específico o concreto, sino la preservación misma de la institución o el instituto.

- Tal preservación lo ha de ser en términos de reconocibilidad de su imagen por la conciencia social, según cada tiempo y lugar.

- Queda desconocida cuando se la priva de sus posibilidades de existencia real en cuanto formación jurídica.

4. LOS SUJETOS DEL DERECHO Y LA GARANTÍA DEL INSTITUTO MATRIMONIAL. UNA CONSIDERACIÓN DINÁMICA.-

Apliquemos las reflexiones hasta ahora esbozadas a la constitucionalización que en 1978 se hizo del matrimonio para poder dilucidar las dos cuestiones de más problemática actualidad que, en realidad, son una sola vista desde diferente perspectiva: a) ¿Cuáles son los sujetos del derecho al matrimonio?, y b) ¿integra el principio heterosexual el núcleo protegido por la garantía del instituto matrimonial?. De la respuesta que demos a estas cuestiones dependerá la legitimidad o la ilegitimidad constitucional, en su integridad, de la Ley 13/2005, cuestionada primero por jueces encargados de Registros civiles¹¹, dando ocasión al Tribunal Constitucional para precisar que estos jueces, al no actuar como órganos jurisdiccionales, sino en el marco de una función administrativa, no están facultados para promover la cuestión de inconstitucionalidad de acuerdo con los arts. 163 CE y 35 LOTC¹², por lo que no hubo ocasión a entrar en el fondo de la cuestión. Pero también fue presentado contra toda la ley un recurso de inconstitucionalidad por cincuenta diputados del Partido Popular, que aun está pendiente de resolución y, en consecuencia, éste sigue siendo un asunto todavía problemático en España, pese a que desde hace ya más de un lustro se vengán celebrando pacíficamente y sin ninguna oposición social bodas entre personas del mismo sexo.

¹¹ Véase mi artículo "¿Cuestionar u objetar la ley?". *El País*, 10 de Septiembre de 2005. Un planteamiento más pormenorizado de esta cuestión puede verse en A. Barrero Ortega en su artículo "Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne". *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 70, 2007, págs. 263-267.

¹² Autos del Tribunal Constitucional 505/2005 y 508/2005, de 13 de Diciembre.

Puesto que ambas cuestiones son inescindibles, las trataré brevemente de una manera conjunta. Parece existir acuerdo doctrinal mayoritario en que el constituyente español partió para la configuración de este derecho de la consagración del principio heterosexual: el derecho a contraer matrimonio se atribuye en el artículo 32, en su relación, al hombre y la mujer. Sin embargo, algún sector doctrinal apela a una interpretación literal del precepto para entender hecha esta referencia tan solo a que hombre y mujer son los sujetos del derecho a los efectos de la plena exigencia de igualdad jurídica, tan desconocida en tiempos pretéritos en este ámbito, pero sin excluir la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan decidir libremente contraer matrimonio, por lo que una reforma legislativa en este sentido (como se hizo por la Ley de 2005) es plenamente viable sin necesidad de reforma de la Constitución. Se aduce, en este sentido, que la Constitución dice textualmente "el hombre **y** la mujer", no aludiéndose al matrimonio **entre** el hombre y la mujer.

Pese a ello, no caben a mi juicio muchas dudas acerca de que el constituyente partió para la configuración del derecho al matrimonio de la consagración del principio heterosexual, salvo que se busque forzar una interpretación literal del precepto. Precisamente puede oponerse a la interpretación antes expuesta, en su mismo plano literal, que la expresión "el hombre y la mujer", connotativa de que los miembros de ambos géneros son titulares del derecho, no vuelve a emplearse en ningún otro precepto constitucional, por lo cual hubiera bastado decir "todos" o "todas las personas", o expresión similar, como ocurre con tantos otros preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales, para admitir la posibilidad que esta argumentación esgrime (aunque tampoco esa circunstancia sería determinante solo por sí misma de la inclusión de la heterosexualidad dentro de la hipótesis normativa del artículo 32). Luego hay que concluir que la mención al hombre y la mujer es relacionamente configurativa, esto es, denotativa del principio heterosexual, lo que concuerda, además, con los antecedentes históricos y legislativos, con el *iter* constituyente y con la imagen maestra del instituto matrimonial existente en aquella sociedad y en aquel preciso momento histórico¹³.

Desde esta perspectiva, no es que se operara en aquel momento constituyente una limitación o restricción del derecho para las personas de orientación homosexual, sino que la heterosexualidad formaba parte de la misma prefiguración o delimitación constitucional del mentado instituto y, por consiguiente, del derecho fundamental que se reconocía, dato del que inevitablemente había de partir el legislador, como se consagra en el

¹³ Véase, en este sentido, por todos, Yolanda Gómez Sánchez, *Familia y Matrimonio en la Constitución Española de 1978*, cit., especialmente págs. 188 y ss., donde traza el *iter* de este precepto en el proceso constituyente y subraya que esta opción por la heterosexualidad era entonces una exigencia clara, presupuesta, con independencia de que cupiera una interpretación alternativa amparándose en su estricta literalidad.

Código civil, y siempre dejando a salvo, por supuesto, la posibilidad de reforma constitucional en otro sentido o incluso la posibilidad de valorar hasta qué punto: a) se ha producido ya o puede producirse la estimación de que ha habido una mutación en esta materia; y b) es posible extender este derecho en la vía legal a las parejas del mismo sexo, toda vez que el derecho fundamental consagrado por el art. 32 a las parejas heterosexuales no se vería afectado por ello ni tampoco limitada la garantía de la institución matrimonial.

El hecho es que hasta la actualidad, cuando este paradigma social se viene poniendo fuertemente en cuestión, el matrimonio ha venido siendo concebido como un instituto establecido y definido en la sociedad española con un determinado régimen, estando integrado por hombre y mujer. Así lo confirma, por otra parte, no ya las posiciones mayoritarias de la doctrina tanto constitucional como civilista, sino también el único pronunciamiento en el que se ha referido el Tribunal Constitucional a esta materia. En efecto: en el ATC 222/1994, cuando se inadmite el recurso de amparo del reclamante de una pensión de viudedad por el fallecimiento de la persona del mismo sexo con la que convivía de manera estable, el Tribunal declara que “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe derecho constitucional a su establecimiento”. En este sentido, como este mismo Auto recuerda, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que no permitir el matrimonio de personas del mismo sexo no vulnera el artículo 12 del Convenio¹⁴. Esta, en efecto, es la línea interpretativa en Europa. Pero recientemente el TEDH ha reiterado que el art. 12 del Convenio impone una obligación de mínimos, gozando los Estados de la libertad de un amplio margen de apreciación para la regulación del matrimonio, incluyendo la posibilidad de reconocerlo a personas del mismo sexo¹⁵. En la misma clave hay que entender el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que con una redacción más acorde a las exigencias de los nuevos tiempos establece que “Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Por tanto, ni se prohíbe ni se impone el que se conceda estatuto matrimonial a las uniones de personas del mismo sexo, como establecen las propias Explicaciones de la Carta.

5. CAMBIOS EN LA CULTURA JURÍDICA OCCIDENTAL A PROPÓSITO DE LA CONCEPCIÓN DEL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN. -

Al menos desde comienzos de los años noventa, existe en la cultura occidental una poderosa tendencia al cuestionamiento de esta realidad y, por consiguiente, al cambio de paradigma en torno a la conformación nuclear de la institución matrimonial. Hemos de reconocer que estamos instalados

¹⁴ Sentencias recaídas en los casos *Rees*, de 17 de octubre de 1986, y *Cossey*, de 27 de septiembre de 1990.

¹⁵ *Schalk y Kopf c. Austria*, Sentencia de 24 de Junio de 2010.

en un periodo de transición, de cambio y evolución intensísimos en torno a la consideración de la vida familiar, en el que operan fuertes resistencias ideológicas conservadoras, por una parte, y proyecciones constructivas diversas, de otra. Si bien parece acogido plenamente por la mayoría social-cultural un primer cambio consistente en integrar la “disidencia” de la adopción de la forma convivencial *more uxorio* heterosexual como propia del concepto abarcable de familia en tanto que se produce la misma realidad sustancial que en el matrimonio, aunque sin su forma, no ha sido enteramente el mismo el caso de las parejas homosexuales, pues se ha venido esgrimiendo que esta convivencia ya no sería análoga a la matrimonial como sí lo es la heterosexual, donde existe la potencialidad de la generación. Sin embargo, este argumento, que suele ser mantenido como elemento central de quienes sustentan la única posibilidad del matrimonio como heterosexual, ha devenido completamente débil desde el momento en que, por un lado, es el mismo ejercicio de la libertad personal al libre desarrollo el que se efectúa mediante la libre orientación sexual de las personas constitucionalmente protegida y a contraer una forma convivencial acorde con ella y, por otro, son los mismos lazos psicológicos y afectivos los que cabe hallar presentes en esta clase de relación o comunidad, siendo también posible, a mayor abundamiento, esgrimir no solo que la generación ya no es una nota nuclear de la institución, sino también que en términos de estricta potencialidad para determinadas parejas existe la generación asistida, pudiendo configurarse estas uniones, además, por la aportación de un niño o niña (o más) propio o adoptado o por decisión positiva del legislador respecto de la adopción en estos casos.

De cualquier manera, la misma apertura del concepto constitucional de familia del artículo 39 y la referencia inexcusable al principio del pluralismo permite una respuesta indudablemente positiva a este interrogante: en tanto que tal tipo de uniones, establecidas con los mismos elementos de convivencia diaria, estable, consolidada a lo largo del tiempo, practicada externa y públicamente, acreditada por los mismos protagonistas de la convivencia en el mismo hogar, vengan a significar una realidad convivencial socialmente vigente de semejante contenido a las uniones matrimoniales o no matrimoniales heterosexuales, en los planos afectivo, social y funcional, no existe motivo alguno para excluirlas del concepto constitucional de familia abarcable por el artículo 39.1 de la Constitución. En este sentido se ha producido una tendencia progresiva, tanto en España como en los países de nuestro entorno, a la aprobación de leyes de parejas o uniones de hecho, con distintas conceptualizaciones, que atribuyen determinados efectos a las uniones estables, tanto hetero como homosexuales, si bien con cierta disparidad en sus respectivas regulaciones, en las que ahora no nos podemos detener¹⁶.

¹⁶ Véanse, por todos, los siguientes trabajos: María Concepción Pérez Villalobos: *Las Leyes Autonómicas Reguladoras de las Parejas de Hecho*. Civitas, Madrid, 2005; Villagrasa Alcaide (Coord.): *Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho: la experiencia sueca y las tendencias*

Sin embargo, y volviendo al discurso principal, el punto más problemático lo constituye la posibilidad misma del matrimonio homosexual, lo cual es apreciado por quienes lo han reivindicado como una injustificable discriminación desde los propios postulados constitucionales, toda vez que las parejas heterosexuales podían decidir o no libremente la vía matrimonial, pero no podían hacerlo así las parejas homosexuales. Esta situación la han considerado contraria a la Constitución porque venía a incidir en una discriminación por razón de orientación sexual, que violentaba el principio de libre desarrollo de la personalidad con arreglo al cual han de ser entendidos e interpretados los derechos fundamentales en el marco de los valores de libertad y pluralismo que alientan y sostienen el Estado democrático y, en particular, la Constitución española (arts. 1.1 y 10.1).

6. EL DEBATE SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. CONSIDERACIONES DE DERECHO COMPARADO.-

Una aproximación al derecho comparado, como antes se ha expuesto, nos permite constatar que existen regulaciones muy variadas, que van desde la consolidación de la posición "tradicional" hasta países que recientemente han adoptado la decisión de que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio, pasando por situaciones intermedias en las que se establece un sistema de registro de parejas con un estatuto más o menos cercano al matrimonio con medidas específicas en materia de adopción y filiación. Y la tendencia que cabe observar es precisamente la de ir pasando progresivamente del reconocimiento de las uniones de hecho a la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, ampliando los derechos en diversa medida. Así, en Bélgica se adoptó primeramente una situación intermedia entre la convivencia de hecho y el matrimonio y en 2003 se abrió el matrimonio a parejas del mismo sexo, aunque con limitaciones en materia de filiación y adopción, pero en 2006 se ha reconocido el derecho a adoptar de estas parejas. En Portugal también se regularon primeramente por la Ley 7/2001, de 11 de mayo, medidas de protección de las uniones de hecho con independencia de la orientación sexual de sus integrantes, sin que tampoco se reconociera la posibilidad de la adopción a las uniones homosexuales, y la ley de 31 de Mayo de 2010, que regula ya el matrimonio de personas del mismo sexo, no reconoce el derecho a adoptar conjuntamente. En Holanda, desde 1993 y con una nueva regulación en 1998, se reguló la unión homosexual, hasta que en 2001 se abre la institución matrimonial a parejas del mismo sexo y se permite la adopción conjunta. Otros países que han evolucionado desde el reconocimiento de uniones estables del mismo sexo al reconocimiento del matrimonio son Noruega (1993/2009), Suecia (1994/2009), e Islandia (1996/2010).

Muchos otros países, sin embargo, han llevado a cabo regulaciones legales que reconocen efectos a la unión homosexual mediante la llamada

legislativas en nuestro entorno. Cedecs, Barcelona, 1996; Cristina González: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea.* Marcial Pons, Madrid, 2004.

registered partnership, sin que se reconozca el derecho al matrimonio. El caso de Alemania, en este mismo sentido, es especialmente ilustrativo: la "Ley para terminar con la discriminación de las parejas de hecho del mismo sexo" (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften - Lebenspartnerschaftsgesetz*), recurrida ante el Tribunal Constitucional Federal y confirmada su constitucionalidad en 2002 (Sentencia de 17 de julio), emplea el término no de "matrimonio" (*Ehe*) para referirse a estas situaciones, sino el de "comunidad vital" (*Lebenspartnerschaft*), y crea una nueva institución de Derecho de Familia, las "parejas de hecho registradas", inspirada en la institución del matrimonio, aunque precisamente diferente por tratarse de personas del mismo sexo.

En el ámbito europeo cabe apreciar cambios jurisprudenciales en el TEDH progresivamente adaptativos a la evolución social en materia de protección de la libre orientación sexual¹⁷ e incluso en relación con los supuestos de transexualidad desde la Sentencia de 30 de julio de 1998¹⁸, en las que el Tribunal toma en consideración la evolución científica, médica y social, y las concepciones existentes en cada momento histórico para evitar discriminaciones¹⁹. Pero en relación con el derecho a contraer matrimonio, el Tribunal sigue dando por supuesto que el artículo 12 del Convenio de Roma se refiere al matrimonio tradicional entre personas de sexo biológico opuesto, si bien viene remitiendo al legislador nacional en aspectos tales como la configuración de los requisitos para contraer matrimonio, el entendimiento del contenido esencial del derecho en cada Estado en función de la tradición propia y de las tradiciones comunes, o el nivel de derechos que se atribuya a las parejas no casadas.

En el ámbito comunitario, el Parlamento europeo, en sucesivas resoluciones desde 1994, ha venido instando a los Estados miembros a que garanticen a las parejas registradas del mismo sexo los mismos derechos y obligaciones que a las heterosexuales, considerando necesario lograr el reconocimiento mutuo de las distintas formas de convivencia -matrimoniales y no matrimoniales-, independientemente del sexo de los convivientes. Así, en la Resolución de 15 de enero de 2003²⁰, recomienda a los Estados miembros "que reconozcan las relaciones no matrimoniales, tanto entre personas de distintos sexos como entre personas del mismo sexo, y que concedan a las personas que mantienen estas relaciones los mismos derechos que a las que celebran matrimonio", e insta a la Unión Europea "a que incluya en la agenda política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de los matrimonios entre personas del mismo sexo,

¹⁷ Entre otros, asuntos *Dudgeom* -22 de octubre de 1981, *Modinos* -22 de abril de 1993-, *L. y V. c. Austria* - 9 de enero de 2003, y de 10 de febrero de 2004-, *Karner* -24 de julio de 2003-, *Salgueiro da Silva Mouta* - 21 de diciembre de 1999-, *Fretté* -26 de febrero de 2002-.

¹⁸ Asunto *Sheffield y Horsham*.

¹⁹ Sentencias de 11 de julio de 2002, asuntos *I. c. Reino Unido y Christine Goodwin c. Reino Unido*

²⁰ DOCE de 12 de febrero de 2004.

y a que desarrolle propuestas concretas al respecto". Por su parte, el TJCE refleja, *mutatis mutandis*, la misma orientación que la jurisprudencia del TEDH²¹, dejando la puerta abierta a un posible cambio, lo que refleja el hecho de que cuando ha constatado que en todos los Estados miembros el derecho quedaba referido al concepto de matrimonio entre personas de diferente sexo, añadía la precisión de "en el estado actual de desarrollo del Derecho Comunitario"²², lo cual ya no es manifiestamente el caso.

Donde sintomáticamente la apertura a esta línea de evolución es más intensa es en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea solemnemente proclamada en Niza en el año 2000 y que ahora goza de la misma capacidad de vinculación jurídica que los tratados (art 6.2 TUE resultante del Tratado de Lisboa). En ella (art. 9), como antes se ha expuesto, se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio, sin mencionar deliberadamente el sexo de los cónyuges, y en el artículo 21 se prohíbe toda discriminación, entre otras causas, por razón de sexo y de orientación sexual.

7. EL DEBATE SOCIAL E INSTITUCIONAL SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN ESPAÑA Y UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN COMO CONCLUSIÓN.-

En España, aunque este debate no es nuevo, justamente se planteó y sigue planteado con especial intensidad a raíz de la iniciativa gubernamental de reformar el Código civil para abrir la vía a los matrimonios homosexuales que desembocó en la Ley 13/2005, de 1 de Julio, por la que se reforma el Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio. Ya en la anterior legislatura se presentaron en el Congreso diversas proposiciones de Ley de modificación del Código civil en materia de matrimonio tendente a permitir que las personas del mismo sexo tengan el derecho de decidir la forma de su unión y que les sean aplicables todos los derechos y obligaciones derivados del matrimonio. Tomando como ejemplo la propuesta en 2001²³, ésta suponía el cambio de redacción de los artículos 44, 66 y 67 del Código civil, cambiando las expresiones "hombre y mujer" por "cualquier persona" y "por cónyuges", partiendo de que la Constitución nada preconfigura respecto del carácter heterosexual de la institución y del derecho consagrados en el artículo 32. Esta iniciativa fue rechazada con los votos de los grupos parlamentarios del PP y de Convergencia i Unió.

El triunfo socialista en las elecciones de marzo de 2004 propició la reiteración de una iniciativa similar y con la misma perspectiva interpretativa, pero ya como Proyecto de ley del Gobierno²⁴, enmarcado por una intensa polémica jurídica, social y política, que venía a modificar el Código Civil en

²¹ Caso *Grant*, 17 de febrero de 1998, y Sentencia de 7 de enero de 2004.

²² Así, por ejemplo, en la Sentencia *Alemania y Suecia c. Consejo*, de 31 de mayo de 2001.

²³ BOCD nº 154-1, de 22 de junio de 2001.

²⁴ 121/000018, BOC Serie A, 21 de enero de 2005, Núm. 18-1.

materia de derecho a contraer matrimonio para hacer definitivamente posible que personas del mismo sexo pudieran contraerlo libremente con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones. Esta iniciativa, tras superarse en el Congreso de los Diputados el veto del Senado, se convirtió en la anteriormente mencionada Ley 13/2005, hoy todavía pendiente del fallo del Tribunal Constitucional tras la interposición del recurso por cincuenta diputados del Partido Popular.

En relación con la iniciativa se pronunciaron en su día el Consejo de Estado²⁵ y, de forma particularmente polémica y, desde mi punto de vista, ideológicamente orientada en sentido fuerte, el Consejo General del Poder Judicial²⁶. Ambas instituciones, aunque con modos de argumentar relativamente diferentes, llegaron a mi juicio a conclusiones muy similares: no existe reconocido en la Constitución española un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, ni puede éste deducirse desde una integración sistemática de los artículos 32, 14 y 10.1; se aduce, además, que con la constitucionalización del derecho a contraer matrimonio entre el hombre y la mujer no se ha operado una limitación o restricción del derecho para los homosexuales, sino que la heterosexualidad forma parte de la misma prefiguración o delimitación constitucional del mentado instituto y del derecho fundamental; la entonces proyectada reforma legal chocaría frontalmente, desde la perspectiva de ambos Consejos, que así lo sostenían, con la misma reconocibilidad histórico-social de la institución matrimonial. De estos datos habría de partir necesariamente el legislador, por consiguiente, como se consagraba entonces en el Código civil; se abogaba por un estudio más en profundidad de la cuestión en el marco sistemático del derecho de familia español, advirtiendo sobre diversas disfuncionalidades que provocaría una tal regulación y se recomendaba, en definitiva, una regulación paralela de las uniones entre personas del mismo sexo que las proveyera de los mismos derechos y obligaciones que se reconocen y establecen en el ámbito del matrimonio y que regulara las peculiaridades necesarias, sobre todo en orden a la adopción y a la filiación, pero sin que se inscribiera en ningún caso en la órbita del mencionado derecho e institución matrimonial.

En última instancia, podría decirse que es el "ser" de la institución matrimonial, tal como históricamente ha llegado hasta nosotros lo que se pretende preservar en el planteamiento de ambos Consejos (máxime cuando se constata que solo es un número muy minoritario el integrante del colectivo que puede resultar afectado por la medida, vienen a decirnos) y no el "fuero", toda vez que advierten que si bien el cambio social y la proscripción de cualquier discriminación por razones de orientación sexual demandan

²⁵ Dictamen de 16 de Diciembre de 2004.

²⁶ Estudio del 26 de Enero de 2005 sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo.

respuestas jurídicas, incluir estas uniones en el concepto de matrimonio desvirtuarían la institución, haciéndola irreconocible²⁷.

Ha de tenerse en cuenta, como se argumenta por otro sector de la doctrina, que la garantía de la institución consiste en preservarla según su concepción o "imagen maestra" socialmente vigente en la corriente de la evolución histórica, y precisamente es esta imagen la que ha cambiado en los últimos años, de tal manera que el principio heterosexual no formaría ya parte del contenido nuclear de la institución. En este sentido, ciertamente cabría aducir que la opinión pública mayoritaria considera no solo que a las parejas homosexuales estables se les debería reconocer los mismos derechos y obligaciones que a las heterosexuales (así opinaba ya un 69.9% de españoles frente a un 23.7% unos meses antes del debate de la Ley), sino también que deberían tener derecho al matrimonio (un 66.2% se pronunciaba en este sentido frente al 26.5% que opina lo contrario). Esta mayoría neta y clara que arrojaba el barómetro de opinión del CIS de Junio de 2004 permitiría argumentar sin fisuras que la imagen maestra de la institución matrimonial presente en la sociedad española había cambiado y ya no se concebía integrada nuclearmente por la nota de la heterosexualidad. Además, excluida esta nota, tampoco podría sostenerse que quedaría desconocida la institución por privársela de sus posibilidades de existencia real en cuanto formación jurídica, ya que la institución del matrimonio seguirá existiendo en su renovada concepción con un régimen jurídico perfectamente reconocible y susceptible del cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico toma en consideración.

Pero por otra parte, y porque esta imagen ha cambiado -habría que añadir- sería preciso considerar también de manera conexa que respecto de

²⁷ De esta misma conclusión me mostré en su día partidario en el artículo sobre "Familia y Constitución" que publiqué en 2002 en el Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, antes citado. Pero hoy no mantengo la misma perspectiva. En realidad, la cambié en 2005, justo cuando se discutía socialmente el proyecto de la mencionada Ley de reforma del Código Civil, cuyo proceso de elaboración me llevó a una reflexión más profunda que tuve ocasión de exponer en una conferencia en esa fecha en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, cuyo texto ha constituido en buena parte la base de este artículo, y cuyo reflejo ha quedado después en el tratamiento que doy al tema en las sucesivas ediciones del *Manual de Derecho Constitucional*, coordinado por F. Balaguer, publicado por la Editorial Tecnos. Una perspectiva contraria y en la línea de la mantenida por el Consejo de Estado es la sustentada con brillantez por F. Rey Martínez: "Homosexualidad y Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 73, 2005, especialmente págs. 139 y ss., que en sustancia mantiene que para evitar la discriminación indirecta existe la obligación del legislador de regular las uniones entre personas del mismo sexo de manera estable y semejante al matrimonio, pero sin que pueda equipararlas automáticamente con este instituto y sin que pueda admitirse la posibilidad de adoptar de modo conjunto. El artículo 32 CE consagra inequívocamente, en su planteamiento, el matrimonio heterosexual, y por tanto éste no puede modificarse sin reformar previamente la Constitución; ello sin perjuicio de que de la Constitución se desprenda una prohibición rotunda de trato discriminatorio a las personas homosexuales y la correspondiente obligación de establecer un régimen jurídico que evite el tratamiento distinto y peor por referencia a las heterosexuales.

la titularidad del derecho fundamental (reconocida en el artículo 32 al hombre y la mujer) se habría producido en este caso una mutación (ya que en el momento constituyente, y hasta el cuestionamiento antecedente a la Ley de 2005, ha venido siendo la interpretación consagrada del precepto que la titularidad la tienen hombre y mujer para casarse entre ellos, esto es, con personas de distinto sexo; recuérdese que incluso el TC se había pronunciado en este sentido en un Auto de 1994). Tal consideración sobre la mutación podría ser aceptable, a mi juicio sin ninguna duda, como vengo sosteniendo desde 2005²⁸ desde el momento en que no se trataría de una mutación *contra constitutionem* (en cuyo caso no sería admisible por ilegítima, debiéndose proceder a la reforma de la Constitución antes del cambio normativo legal). Y si no es una mutación contraria a la Constitución es precisamente porque el propio texto de la norma, en su formulación literal, soporta y permite, sin salirse del mismo, la interpretación de que el hombre y la mujer son, por separado y no en su relación, los sujetos del derecho. En definitiva, su literalidad y, por tanto su campo semántico y normativo, comprendería la hipótesis normativa resultante de la mutación²⁹. Pero no sólo por esto, sino también, congruentemente, porque una interpretación integrada del texto constitucional lleva a adoptar necesariamente la perspectiva de considerar a la institución desde el prisma que proporciona el valor irradiante de los derechos fundamentales y los principios que los sustentan (dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, no discriminación por razón de la orientación sexual, principio promocional de la igualdad de

²⁸ Conferencia citada en la nota precedente, posición incorporada al Capítulo XVII, epígrafe 6, de mi autoría, "Derecho al matrimonio", de la obra: Francisco Balaguer (coord.), Gregorio Cámara Villar, Juan Fernando López Aguilar, María Luisa Balaguer Callejón y José Antonio Montilla Martos: *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, Tecnos, Madrid, págs. 134 y ss., y a sus sucesivas ediciones, con desarrollos matizados. Sostiene también la aceptabilidad de esta tesis A. Barrero Ortega, en su artículo "Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne", cit., págs. 261 y 262.

²⁹ Nos acogemos aquí a la conocida posición de K. Hesse, para quien la mutación constitucional y sus límites solo pueden llegar a entenderse claramente si la modificación del contenido de la norma es comprendida como un cambio que se produce en el interior de la misma norma constitucional de cada concreto sistema, esto es, dejando de verlo como un desarrollo que proviene del exterior, fuera de la normatividad de la Constitución. Para clarificar esta postura, se vale de las aportaciones de Müller sobre la estructura de las normas constitucionales. Éstas no son, según este autor, solo mandatos abstractos ajenos a la realidad, sino que están enraizados en la realidad como un orden que es vivido y realizado cumpliendo permanentemente su función en la vida de la comunidad, de tal manera que si no se incorporan a la conducta diaria, acaban siendo letra muerta. La realidad, en sus diversas circunstancias (esto es, el "ámbito normativo") está afectada por el mandato de la norma (el "programa normativo"), por lo que aquella es parte integrante de la misma norma constitucional. De tal manera, las modificaciones del ámbito normativo (de la realidad) conllevan una modificación del contenido de la norma, pero no todo hecho nuevo es susceptible de provocar coherente y legítimamente la transformación, sino solo aquellos que puedan pertenecer e integrarse en el programa normativo que contiene el texto de la norma, programa normativo que puede ser conocido y aquilatado mediante el empleo de los diferentes métodos de interpretación. Véase Konrad Hesse: "Límites de la mutación constitucional". En Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, *passim*.

las personas y de los grupos en que se integran)³⁰. Apreciar la legitimidad de esta mutación permite, siguiendo el planteamiento propuesto por Hesse, una interpretación capaz de hallar el “equilibrio del máximo respeto” posible para las funciones básicas que la Constitución cumple y que pueden entrar en conflicto entre sí: la constitución y preservación de un Estado eficaz y operativo, por un lado, y la actuación estabilizadora, racionalizadora y limitadora del poder en la comunidad, por otro³¹. De esta manera no sería necesaria, a mi juicio, la reforma constitucional en este concreto punto, como exigen quienes se han opuesto a la regulación operada por la Ley 13/2005. En la resolución del recursos planteado o ante una cuestión de inconstitucionalidad, en su caso, sería preciso constatar, para mantener la constitucionalidad de la ley, bien la aceptabilidad del cambio de la <<imagen maestra>> del instituto matrimonial garantizado o, alternativamente, apreciar en sede jurisdiccional constitucional -cuestión ciertamente muy difícil, si no imposible- que el artículo 32 no prejuzgaba la heterosexualidad en la relación matrimonial a partir de su formulación literal desde el mismo momento constituyente, como se sugiere en otros estudios³².

El recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular se instala en estos presupuestos de partida: no duda acerca de la constitucionalidad de equiparar en derechos a las parejas estables del mismo sexo respecto de las que no lo son, si bien en este punto sólo se cuestiona el derecho a adoptar; lo que se rechaza de manera íntegra es la inclusión de las parejas del mismo sexo en la institución matrimonial, operada por la Ley. Considera el PP en su recurso que “la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo cuando el artículo 32 de la Constitución reserva la titularidad y el ejercicio de este derecho al “hombre y la mujer”, y ello además mediante la aprobación de una ley ordinaria y sin la previa reforma de la Constitución, constituye una arbitrariedad del legislador” en clara contradicción con la norma constitucional; y en tanto que “altera el significado de una norma constitucional sin tocar su letra, constituye una auténtica mutación del orden constitucional que se produce en manifiesta contradicción con el texto de la norma”.

Frente a esta pretensión, los argumentos esbozados con anterioridad permiten sostener justamente lo contrario: la plena constitucionalidad de esta reforma legal, pues no hay propiamente hablando mutación del texto constitucional operada por la Ley, porque el texto soporta la hipótesis normativa dinámica e inclusiva de los matrimonios entre personas del mismo

³⁰ Véanse los argumentos expuestos en este sentido por A. Barrero Ortega en su citado artículo “Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne”, págs. 258 y ss. En el mismo sentido, Blanca Rodríguez Ruiz en su artículo “Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear”, cit., especialmente págs. 80 y 86.

³¹ K. Hesse, “Límites de la mutación constitucional”, cit.

³² Así, por ejemplo, lo apunta Blanca Rodríguez Ruiz en su citado artículo “Matrimonio, Género y Familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear”, pág. 80.

sexo, cuando así determine establecerlo el legislador. Es decir, la ley no ha producido la mutación de la Constitución. Lo que ha mutado es la propia realidad social y la concepción del instituto del matrimonio en conexión con otros preceptos constitucionales y, con ello, la realidad que regula la norma constitucional, de lo que legítimamente se ha hecho eco el legislador.

No debe orillarse que a una interpretación favorable a la apertura de esta posibilidad contribuyen también argumentos todavía más poderosos de orden sustantivo que anteriormente apuntábamos: sin duda, una más exigente consideración sistemática del derecho al matrimonio en relación con los valores de libertad e igualdad y los principios de libre desarrollo de la personalidad y no discriminación por razón de orientación sexual y de igualdad real y efectiva, máxime cuando de lo que se trata en el fondo por parte de los partidarios de la inconstitucionalidad de la extensión del matrimonio a las personas del mismo sexo (dejando de lado posiciones y prejuicios ideológicos) solo es el sostenimiento del objetivo de mantener aquilatas categorías conforme a la tradición jurídica (que cabría calificar por ello de “perfeccionista”) y no, de manera declarada al menos, de negar legitimidad y derechos a quienes optan libremente por opciones de desarrollo personal que implican una orientación homosexual.

Realizando una interpretación sistemática de la Constitución resulta a nuestro juicio, en conclusión, que:

a) El art. 32.1 CE dispone que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, cuyo contenido principal, como puede apreciarse, es consolidar la igualdad entre hombre y mujer en el contexto matrimonial, en clara ruptura con la situación preconstitucional.

b) Si bien en el momento constituyente la hipótesis normativa solo contemplaba el matrimonio entre hombre y mujer por no existir otro tipo en el imaginario social en aquel tiempo y lugar, no excluía sin embargo ningún otro que pudiera en el futuro incluirse en la hipótesis normativa sin violentar el texto de la norma. Hombre y mujer pueden contemplarse hoy, así, como sujetos del derecho individualmente considerados, no en su relación.

c) El principio de igualdad del artículo 14 incluye en su cláusula final general entre las causas odiosas de discriminación la orientación sexual de las personas (“o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), según una interpretación sistemática e integradora del texto a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

d) En directa conexión con este principio, el art. 9.2 de la Constitución exige a los poderes públicos promover las condiciones de efectividad de la igualdad entre personas y grupos y remover todos los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, entre los que han de incluirse también los normativos.

e) Como fundamento de los derechos constitucionales, el art. 10.1 CE se refiere, entre otros aspectos, a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad.

Conjugando todos estos elementos normativos e interpretativos, excluir a las parejas del mismo sexo del derecho a poder acogerse a una institución de fundamental relevancia social como es el matrimonio (que tienen todas las personas, incluidas las parejas que forman las uniones de hecho heterosexuales) supondría consolidar la existencia de ciudadanos de segunda categoría con lesión clara de los principios constitucionales de dignidad e igualdad de los individuos, tal como han venido concluyendo en el ámbito comparado numerosas Cortes Superiores de Justicia (casos de los Estados Unidos y Canadá). Debe notarse que, en estos casos, no existe formulado en la Constitución respectiva un derecho fundamental al matrimonio, lo cual hace menos compleja y complicada la decisión.

Otros Tribunales, que sí incluyen este derecho en la Constitución, han adoptado decisiones de otro signo. La Corte Constitucional italiana, en su Decisión 138/2010, de 23 de marzo, ha considerado que el art. 29 de la Constitución, equivalente al 32 de la Constitución española, no excluye de manera expresa del matrimonio a las parejas de distinto sexo. Pero establece un derecho al matrimonio que se atiene a los contornos de la institución matrimonial tal como ésta aparece regulada en el Código civil. Pero ese silencio viene a equivaler, según la Corte, a una autorización implícita para que el legislador pueda ampliar el ámbito de la institución matrimonial reconociendo el derecho a las parejas del mismo sexo. En puridad -y en apariencia de acuerdo con la teoría de la garantía institucional-, la imagen maestra de la institución sería forjada por el legislador y la garantía constitucional consiste en impedir su supresión y preservar su núcleo tal como las leyes vienen definiéndola, por lo que, ante el cambio legislativo, la Constitución vendría a otorgar rango constitucional a la configuración operada por el legislador. Esta doctrina, que sin duda preservaría de la inconstitucionalidad a una decisión del legislador italiano que regulara el matrimonio entre personas del mismo sexo, contiene sin embargo dos inquietantes consecuencias, que resultan difíciles de aceptar en un modelo avanzado de Estado constitucional de Derecho: 1) que la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo quedaría convertida en una mera opción legislativa y el derecho en una decisión del legislador, y no sería propiamente el resultado del ejercicio de un derecho fundamental de las personas amparado directamente por la Constitución, oponible también, en consecuencia, frente al mismo legislador³³; y 2) que se subvertiría también la doctrina de la garantía institucional, que precisamente fue elaborada para que determinadas instituciones o institutos no quedaran solo a disposición del legislador.

³³ En este mismo sentido, Blanca Rodríguez Ruiz, "Matrimonio, género y familia en la Constitución española...", cit., pág. 83.

Por todas estas razones considero que sería mucho más claro constitucionalmente admitir que se ha producido una mutación social del concepto hasta ahora esencializado de matrimonio conforme al modelo clásico de la familia nuclear (que no podría tenerse por atemporalmente blindado) y, con ello, habría que entender de manera conforme con la nueva realidad el contenido actual de la hipótesis normativa dinámica contemplada en el art. 32 CE, que vincularía a todos a todos los poderes públicos, incluido el legislador, como un derecho fundamental del que son titulares todas las personas, sean de uno u otro sexo.

REFERENCIAS

- ALBERDI, Inés. *La Nueva Familia Española*. Madrid: Taurus, 1999.
- ALCAIDE, Villagrasa (Coord.). *Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho: la experiencia sueca y las tendencias legislativas en nuestro entorno*. Barcelona: Cedecs, 1996.
- ALFONSO, Luciano Parejo. *Garantía Institucional y Autonomías Locales*. Madrid: Instituto de estudios de Administración Local, 1981.
- ANABITARTE, Alfredo Gallego. *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (Derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*. Madrid: Civitas, 1994.
- BALAGUER, Francisco (coord.). *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II. Madrid: Tecnos.
- BLANCO, Antonio Jiménez. Garantías Institucionales y Derecho Fundamental en la Constitución. In: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Coord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II. Madrid: Civitas, 1991, p. 635-650.
- Centre d'Estudis Demogràfics. *Estructuras Familiares en España*. Madrid: Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Serie Estudios, nº 25, 1990.
- ESTEBAN, Jorge De; GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro J. *Curso de Derecho Constitucional Español*. Vol. II. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, 1993.
- FALLA, F. Garrido (Org.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1985.
- FLAQUER, Lluís. El ocaso del patriarcado. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001, p. 9-23.
- GONZÁLEZ, Cristina. *Parejas de Hecho y Matrimonios del mismo Sexo en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- HESSE, Konrad. Límites de la Mutación Constitucional. In: HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LÓPEZ-MUÑÍZ, J. L. Martínez. La Familia en la Constitución Española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, jan-abr. 2000.
- MARTÍNEZ, F. Rey. Homosexualidad y Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 73, 2005.
- MORÁN, N. Martínez. La Familia y su Protección Constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número monográfico 1, 1978.

- MORENO, José Luis Serrano. La Familia como asunto de Estado, el Matrimonio como Derecho del Ciudadano. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001.
- ORTEGA, A. Barrero. Le Débat sur la Légalisation du Mariage Homosexuel en Espagne. *Revue française de Droit constitutionnel*. nº 70, 2007, p. 263-267.
- REHER, David. S. *La Familia en España. Pasado y Presente*, Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- ROCA Y TRÍAS, E.. Familia y Derecho de Familia. In: MONTÉS, V.L. (Coord.). *Derecho de Familia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.
- RUIZ, Blanca Rodríguez. Matrimonio, Género y Familia en la Constitución Española: trascendiendo la familia nuclear. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, jan-abr 2011, p.70 ss.
- SÁNCHEZ, Yolanda Gómez. *Familia y Matrimonio en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1990.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- USSEL, Julio Iglesias de. *La Familia y el Cambio Político en España*. Madrid: Tecnos, 1998.
- VILLALOBOS, María Concepción Pérez. *Las Leyes Autonómicas Reguladoras de las Parejas de Hecho*. Madrid: Civitas, 2005.
- VILLALÓN, Pedro Cruz. Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989.
- VILLAR, Gregorio Cámara. ¿Cuestionar u objetar la ley? *El País*. 10 de setembro de 2005.
- _____. Familia y Constitución. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 14, 2002, p. 47-84.