

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## COMENTARIO A LA SENTENCIA 198/2012 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Posted on 18 Febbraio 2013 by [Miguel Á. Presno](#)

**I.- 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](#) (STC) que la reforma del Código Civil de 2 de julio de 2005 -“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). Es 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”. La [STC 198/2012](#) fue aprobada por siete magistrados y se emitieron un voto particular concurrente y tres votos particulares discrepantes.

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) responde en primer lugar y concluye 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 sostiene 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 es contraria a la protección constitucional de la familia, pues la Norma Fundamental no hace depender el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ni la limita a las relaciones con descendencia.

La parte más extensa de la fundamentación jurídica se dedica a analizar si la Ley 13/2005 vulnera el artículo 32 CE en su doble contenido de garantía institucional y derecho constitucional.

Hay que señalar que la categoría “garantía institucional” fue creada por la jurisprudencia constitucional, a propósito de la autonomía provincial, en la [STC 32/1981](#), 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 instituciones como la autonomía local, la Seguridad Social, la familia, los colegios profesionales, etc. Pero también se ha proyectado hacia los derechos fundamentales para incluir el *habeas corpus*, el *habeas data*, el derecho de fundación y la autonomía universitaria.

El Tribunal entiende que un razonamiento del mismo tipo debe desarrollarse respecto del matrimonio, que, como garantía institucional, exige una protección objetiva para que el Legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución, y como derecho exige una protección subjetiva, de manera que la posición jurídica del ciudadano derivada del reconocimiento constitucional del derecho no queda eliminada o desnaturalizada por el Legislador.

## **II.- La garantía institucional del matrimonio.**

En lo que respecta al matrimonio como garantía institucional, el TC concluye que tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005 la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, “tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el Legislador”.

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

sirven para conformar esa cultura”.

El TC sostiene que “no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005... Puede concluirse, por tanto, que la Ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el artículo 32 CE, desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea”.

### **III.- El derecho constitucional al matrimonio.**

Completado el razonamiento relativo al matrimonio como garantía institucional, el TC estudia si la nueva regulación supone un ataque al contenido esencial del derecho al matrimonio.

Por una parte, de la dicción literal del artículo 32.1 CE se deduce que ambos cónyuges se encuentran en régimen de plena igualdad jurídica; en segundo lugar, el derecho al matrimonio, aunque es un derecho de titularidad individual, no lo es de ejercicio individual, pues, tal y como dispone el artículo 45 del Código Civil, no hay matrimonio sin consentimiento mutuo. Además, de este derecho a contraer matrimonio se puede extraer la libertad de no contraerlo.

El TC argumenta que el reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse.

Para el TC, la opción que contiene la Ley 13/2005 se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el artículo 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, en la que se incluye la discriminación por razón de la orientación sexual, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

#### **IV.- La adopción conjunta por parte de matrimonios homosexuales.**

Sin aludir expresamente a la orientación sexual de los adoptantes, la redacción resultante de la reforma del Código Civil posibilita la adopción conjunta de menores por matrimonios entre personas del mismo sexo

El TC concluye en este punto que el ordenamiento jurídico, que no reconoce un derecho fundamental a adoptar, prevé mecanismos suficientes en las disposiciones que regulan la adopción nacional e internacional como para garantizar la preservación del interés superior del menor en el proceso de adopción. Por tanto, ningún problema de constitucionalidad suscita que la adopción de menores de manera conjunta por parte de un matrimonio entre personas del mismo sexo.

#### **V.- Valoración de la Sentencia 198/2012.**

Un primer elemento de crítica se refiere a la inexplicable demora en la resolución de este asunto. Es cierto que el recurso de inconstitucionalidad no impidió la aplicación de la Ley 13/2005 y la consiguiente celebración, entre los años 2005 y 2012, de más de 20.000 matrimonios de personas del mismo sexo, españolas y extranjeras, pero ninguna circunstancia técnica, organizativa o de funcionamiento del TC ni, mucho menos, política o social, puede justificar el transcurso de más de 7 años entre el momento de la interposición del recurso de inconstitucionalidad y la respuesta del Tribunal.

En segundo lugar, y compartiendo el resultado final al que llega el Tribunal –es conforme a la CE el matrimonio entre personas del mismo sexo-, creo que la vía argumentativa empleada no es la más idónea, pues el TC incide de manera especial en la compatibilidad entre la nueva regulación y la “institución” matrimonial y mucho menos en su categoría de derecho constitucional, cuando, en mi opinión, esta condición es la relevante.

Como es conocido, la idea de “garantía institucional”, entendida como protección de un instituto social que, dotado de unas características definitorias, el Estado no puede alterar, sirve al objetivo de conferir a los derechos cierta indisponibilidad, especialmente frente al Legislador. Pero en un Estado que convierte a los derechos en elemento vertebrador de la democracia y que se fundamenta en valores como la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo, esa garantía de indisponibilidad se consigue a través de la constitucionalización de los derechos, que impone a los poderes constituidos la obligación de respetar su contenido. Por este motivo, si bien puede justificarse el empleo de la categoría “garantía institucional” para referirse a instituciones como la autonomía local o universitaria, nada hay en la CE que apunte a una prevalencia de la dimensión institucional del matrimonio sobre la dimensión subjetiva del derecho y menos aún al sacrificio de esta última a favor de la primera.

No es que el TC sacrifique la dimensión subjetiva del derecho en aras a la garantía institucional pero sí la subordina en su análisis, cuando, quizá, lo más adecuado sería interpretar el matrimonio, no como una garantía institucional, sino como un derecho constitucional en el que, como en otros derechos, puede diferenciarse una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva; es decir, y por utilizar unas palabras ya clásicas del Tribunal Constitucional Federal alemán, junto a los derechos como apoderamientos subjetivos frente al poder público, aparecen los derechos como normas objetivas que expresan un contenido que se irradia en todos los ámbitos del ordenamiento; este efecto de irradiación afecta las tres funciones del Estado: se extiende a la conformación material de prescripciones de Derecho por parte del Legislador, con lo que éstas toman en sí el contenido objetivo de los derechos; a la actuación del

Ejecutivo en el ámbito de sus funciones y a la interpretación y aplicación de prescripciones por parte de los Tribunales.

La optimización de esa dimensión objetiva requiere actuaciones concretas que permitan el máximo desarrollo, jurídico y práctico, del haz de facultades comprendido en el derecho al matrimonio. Y lo que hace el Legislador al modificar el Código Civil para incluir la opción de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo es, precisamente, ampliar el haz de facultades del derecho al matrimonio, corrigiendo así la exclusión existente hasta ese momento.

Dicha rectificación estaría avalada por la propia jurisprudencia constitucional, que ha declarado que la orientación sexual es una circunstancia en la que no puede basarse un trato peyorativo; así, en la [STC 41/2006](#) dice que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 de la Constitución como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es una circunstancia 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 de orientación homosexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 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 declarado lo anterior, si se siguiera considerando la heterosexualidad como elemento constitutivo del matrimonio nos encontraríamos ante lo que Luigi Ferrajoli llama “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.

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.

En definitiva, el Tribunal Constitucional podría haber llegado a la misma conclusión que la [STC 198/2012](#) argumentando, en términos de derechos y no de garantías institucionales, que el Legislador ha corregido la exclusión de la diferencia basada en la orientación sexual al disponer en el artículo 44 del Código Civil que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Al hacerlo ha convertido la prohibición de discriminación en igualdad de derecho a casarse.