

MATRIMONIO Y «MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO»: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 13/2005

M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Recepción: 26/09/2013
Aceptación después de revisión: 02/10/2013
Publicación: 20/11/2013

I. LA APERTURA DEL MATRIMONIO A LAS UNIONES FORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO. II. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY: 1. *Interpretación constitucional y metodología:* 1.1. La STC 198/2012 y los votos particulares. 1.2. El concepto de garantía institucional en la interpretación de los derechos fundamentales. 1.3. El derecho constitucional a contraer matrimonio y la institución matrimonial. 2. *El derecho a contraer matrimonio con persona del mismo sexo:* 2.1. El matrimonio en las declaraciones y convenios internacionales. 2.2 La diversidad de sexo en el art. 32 de la Constitución. 2.3. La «ampliación» de los sujetos que pueden casarse. 3. *Exigencia de institucionalización de las uniones homosexuales:* 3.1. Institucionalización de las uniones homosexuales: 3.1.1. Falta de institucionalización y discriminación. 3.1.2. Protección jurídica de las parejas del mismo sexo. 3.1.3. Cuestión de nombre o cuestión de efectos. 3.2. El principio de igualdad y las situaciones desiguales. 4. *Matrimonio y adopción.* BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Partiendo de la argumentación utilizada por la STC 198/2012, de 6 de noviembre, para declarar que la reforma del Código civil de 2005 que abrió el matrimonio a las personas del mismo sexo (el llamado «matrimonio homosexual») no es inconstitucional, este trabajo tiene en cuenta otros posibles argumentos alternativos a los del Tribunal Constitucional y analiza los problemas que cada uno de ellos suscita, tanto desde el punto de vista de los cánones de interpretación constitucional como de las consecuencias para defender o rechazar una reforma legal que restableciera exclusivamente el matrimonio entre personas de diferente sexo.

PALABRAS CLAVE: matrimonio entre personas del mismo sexo; interpretación constitucional; garantía institucional y contenido esencial del derecho; discriminación por razón de sexo.

ABSTRACT

Based on the argumentation used on the STC 198/2012, of the 6th of November, to declare the constitutionality of the Civil Code reform of 2005 that opened marriage to persons of the same gender (the so-called «gay marriage»), this piece of work takes into account several other alternative arguments to the one of the Constitutional Court and analyzes the issues that each of them brings up, from the point of view of the constitutional interpretation standards as well as from the consequences of either defending or rejecting a legal reform that would reestablish exclusively marriage between people of different sex.

KEY WORDS: marriage between persons of the same sex; interpretation and constitutional reform; institutional guarantee; «discrimination by undifferentiation».

I. LA APERTURA DEL MATRIMONIO A LAS UNIONES FORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio¹, añadió al art. 44 CC un segundo párrafo con la siguiente redacción: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». La reforma viene justificada en la exposición de motivos de la Ley por el deseo del legislador de remover la discriminación basada en la orientación sexual mediante el «establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad». Explica la exposición de motivos que la opción reflejada en la Ley tiene unos fundamentos constitucionales: la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 CE) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación, se advierte, debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.

¹ BOE 157, de 2 de julio de 2005.

Pero la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo suscitó desde el primer momento una polémica acerca de si la reforma legal que prescinde de la heterosexualidad como requisito del matrimonio es conforme con el art. 32 CE, que menciona expresamente al hombre y a la mujer como sujetos del derecho a contraer matrimonio². Interpuesto un recurso de inconstitucionalidad por más de cincuenta diputados del Grupo Popular del Congreso contra la Ley 13/2005, es desestimado por la STC, Pleno, 198/2012, de 6 de noviembre³. Votaron a favor de la sentencia el presidente, Pascual Sala, y los magistrados Pablo Pérez Tremps (ponente), Francisco Pérez de los Cobos, Encarnación Roca, Ignacio Ortega, Adela Asúa y Fernando Valdés. El magistrado Manuel Aragón formuló voto particular concurrente, discrepando de la argumentación de la mayoría, y los magistrados Andrés Ollero, Ramón Rodríguez Arribas y Juan José González Rivas formularon votos particulares discrepantes en los que, con diferentes argumentos, defienden que el recurso debió ser estimado.

La sentencia afirma que la reforma es constitucional, que la Ley no vulnera el art. 32 CE porque no contradice la «garantía institucional» del matrimonio ni tampoco el «contenido esencial» del derecho a contraer matrimonio⁴. De la sentencia resulta también que la regulación del matrimonio anterior a la reforma del año 2005 era constitucional porque, en definitiva, aunque el matrimonio sexualmente indiferenciado es coherente con los principios de libertad e igualdad, no es una exigencia constitucional. La precisión tiene importancia porque, con estos argumentos, sería conforme a la Constitución una reforma legal que volviera a instaurar la heterosexualidad en el matrimonio⁵.

² El Consejo de Estado, en dictamen aprobado el 16 de diciembre de 2004, se mostró contrario a la reforma con el argumento de que la garantía constitucional del matrimonio se restringe a las parejas heterosexuales (http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2004-2628). Por su parte, el Servicio de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial elaboró un estudio sobre la reforma en el que desaconsejaba la iniciativa y exponía motivos de inconstitucionalidad (www.poderjudicial.es/stfls/cgpi/.../FICHERO/033.04_1.0.0.pdf). Durante la tramitación, el Senado vetó el proyecto (*BOCG. Congreso de los Diputados*, A-18-11, de 28.6.2005, pág. 39), que fue aprobado en segunda lectura en el Congreso (*BOCG. Congreso de los Diputados*, A-18-12, de 4.7.2005, pág. 41).

³ Suplemento al *BOE* 286, de 28 de noviembre de 2012, págs. 168-219.

⁴ De allí que se rechace el argumento, defendido en el recurso de inconstitucionalidad, en los votos particulares discrepantes, pero también en amplios sectores doctrinales, de la necesidad de una reforma constitucional para que el legislador ordinario pudiera regular el matrimonio entre personas del mismo sexo (en la doctrina, por todos, Bercovitz, 2004, pág. 1; Pulido, 2004, pág. 1).

⁵ Tras la aprobación de la Ley, en 2005, Rajoy, presidente del principal partido de la oposición, afirmó que «no» se comprometía a mantener la Ley si era presidente del

Con el fin de poder valorar los diferentes argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional y por los magistrados discrepantes conviene considerar el alcance de la reforma del matrimonio realizada por la Ley 13/2005. Por razones de economía del lenguaje, la doctrina suele aludir al «matrimonio homosexual»⁶, si bien la reforma realizada por la Ley 13/2005, al añadir un segundo párrafo al art. 44 CC para permitir el matrimonio entre dos personas del mismo sexo⁷, no se refiere a la orientación sexual de los contrayentes (homosexual o heterosexual). Sin embargo, la expresión «matrimonio homosexual» no es neutra y refleja la idea de que existen dos clases de matrimonio, el «tradicional» (heterosexual) y el «homosexual» para los homosexuales, de modo que la modificación del matrimonio pondría a disposición de las personas con esta orientación sexual la posibilidad de casarse entre sí. Ciertamente, como ya he señalado, sí menciona la orientación sexual la exposición de motivos de la Ley y, en esta línea, en amplios sectores sociales se ha entendido que la reforma ha producido el reconocimiento de la igualdad de trato de las relaciones afectivas de los homosexuales respecto de las parejas heterosexuales porque, en definitiva, hay una extendida concepción que identifica el matrimonio con la afectividad (en especial, con contenido sexual)⁸.

Si se presta atención a la técnica utilizada puede concluirse que la Ley 13/2005 lo que hace es, manteniendo formalmente el mismo mo-

Gobierno (<http://www.intereconomia.com/noticias-gaceta/politica/ley-matrimonio-homosexual>). En el momento de dictarse la STC 198/2012, el ministro de Justicia aseguró que el Ejecutivo «acatará» la sentencia y justificó que la razón por la que se interpuso el recurso fue «la denominación» (<http://www.abc.es/20121106/espana/abci-matrimonio-homosexual-reacciones-201211061951.html>, <http://www.publico.es/espana/444989/gallardon-dejara-las-bodas-gays-exactamente-como-están>, páginas consultadas el 1 de septiembre de 2013).

⁶ Tanto si se trata de expresar argumentos a favor o en contra. Por todos, entre la abundantísima bibliografía: Cañamares, 2007; Cerdeira, 2013, págs. 25-86; García Cantero, 2006, págs. 1561-1580; Gavidia, 2007, págs. 21-79; Martín Sánchez, 2008; Pérez Cánovas, 2005, págs. 2442-2451; Ramos Chaparro, 2006, págs. 2035-2046; Tirapu, 2011.

⁷ Se ha hecho notar que no es que la Ley permita el matrimonio entre homosexuales, sino que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo (Marín López, 2011, pág. 42). Ello, se dice, supone modificar el propio concepto de matrimonio, considerándolo sexualmente indiferenciado (De Pablo, 2011, pág. 506). Atendiendo al dato legal, se afirma que «ante el actual panorama legislativo» el matrimonio puede definirse como «la unión de dos personas de distinto o igual sexo...» (Díez-Picazo/Gullón, 2006, pág. 62), o tras definir al matrimonio como institución natural reconocida por el Derecho se añade, como contraste, el matrimonio entre personas del mismo sexo (Albaladejo, 2013, pág. 31).

⁸ Una crítica expresa a la concepción del matrimonio como cauce de afectividad, por entender que pertenece a la intimidad de las personas, en el Informe que emite la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación acerca del proyecto de modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

delo de matrimonio⁹, suprimir el requisito de la diversidad de sexos. Conservando la redacción del primer párrafo, la Ley 13/2005 añade un segundo párrafo al art. 44 CC en el que se establece que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo¹⁰. En algunos ámbitos, sin embargo, no se ha podido llevar a cabo esa equiparación, precisamente porque la diversidad sexual sí es relevante¹¹. La omisión de la diversidad de sexos del modelo legislativo no implica que carezca de importancia para los contrayentes el sexo del otro pero, entonces, abordando el tema como error sobre cualidades esenciales de la persona¹². Impone, además, una labor de reconsideración del sentido y función tanto de los requisitos¹³ como de los contenidos¹⁴ — legales — del matrimonio.

⁹ En palabras de la exposición de motivos de la Ley: «La ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad *respetando la configuración objetiva de la institución*, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes» (pár. 4 del apartado II).

¹⁰ Se mantiene la fidelidad al texto constitucional en el primer párrafo del art. 44. El art. 32 CE y el art. 44 CC comienzan estableciendo que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio». Se ha dicho, con razón, que el primer párrafo del art. 44 CC pierde su sentido tras la reforma (Garrote, 2005, pág. 145). Como contraste, basta leer el art. 143 del *Code civil*, según la redacción dada por la *Loi n.º 2013-404 du 17 mai 2013*, que directamente establece que: «Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe» (*Journal Officiel de la République Française* de 18.5.2013; <http://www.legifrance.gouv.fr/>); parecidamente, desde el año 2003, el art. 1:30.1 del Código civil holandés establece que: «A marriage may be entered into by two persons of a different or of the same gender (sex)» (<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>).

¹¹ Así, en la determinación de la filiación matrimonial, los arts. 115 y ss. CC se siguen refiriendo a la filiación matrimonial materna y paterna y, obviamente, la presunción de paternidad solo puede ser del marido cuando es varón y está casado con una mujer (aunque hay quien, prescindiendo de toda conexión con la realidad biológica, plantea que la exclusión podría ser discriminatoria y, por tanto, inconstitucional: Cerdeira, 2013, pág. 79). En el mismo sentido que el Derecho español puede verse el art. 143 del *Code civil* belga (en vigor desde el 1 de junio de 2003), según redacción por *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, de 13 février 2003, Moniteur Belge de 28.2.2003* (disponible en <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>). La presunción, con todo, se conecta en algunos sistemas a la simple diversidad de sexos de los convivientes y no al contenido del matrimonio, como muestra, por ejemplo, la presunción de paternidad del hombre que convive con la madre, aunque no estén casados, recogida en el art. 235-10 CC Cataluña.

¹² Como hace la SAP Islas Baleares (Sección 4.ª) 233/2006, de 5 junio (JUR 2006, 253511).

¹³ Así, por ejemplo, en primer lugar, el requisito de capacidad por razón de edad es ajeno a la «edad núbil» cuando los dos contrayentes son del mismo sexo: en materia de capacidad para contraer matrimonio, en 1981 hubo un alejamiento del criterio de la aptitud sexual y un acercamiento a la madurez intelectual, si bien se mantiene la posibilidad de contraer matrimonio con catorce años (con justa causa y dispensa judicial). Desde el

En relación con el alcance de la reforma, la STC 198/2012, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, afirma: «debemos constatar que la institución matrimonial se ha modificado jurídicamente» (primer párrafo del FJ 8). Constatada la realidad de la modificación jurídica del matrimonio, otra cosa es, advierte el Tribunal Constitucional, determinar si esa modificación resulta o no contraria a la garantía institucional del matrimonio. En la misma sentencia, un poco más adelante, se dice que «no estamos pues ante una cuestión relativa a la ampliación del elenco de titulares del derecho individual», sino ante «la modificación de las formas de su ejercicio», porque lo que hace el legislador es «modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio» (FJ 11)¹⁵. La cuestión, por tanto, desde la perspectiva del derecho es «determinar si la citada modificación supone un ataque al contenido esencial del derecho fundamental».

punto de vista de protección de los menores, esta normativa se sigue considerando insuficiente y el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado a España que revise su legislación para elevar a dieciséis años la edad mínima para contraer matrimonio, y siempre en circunstancias excepcionales: Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, 55.º período de sesiones, 13 de septiembre a 1 de octubre de 2010, 3.11.2010, CRC/C/ESP/CO/3-4, disponible en www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.ESP.CO.3-4_sp.doc. Ese punto de vista más amplio es el adecuado y, en cambio, solo implica un reproche moral a la homosexualidad la tesis que defiende la inaplicabilidad a los matrimonios entre personas del mismo sexo de la normativa vigente sobre capacidad con el argumento de que es incompatible con el mandato de protección de menores, en atención a que la tendencia sexual no puede considerarse formada (en este sentido, De Pablo, 2011, pág. 513). En segundo lugar, entre los impedimentos matrimoniales, el de parentesco, que carece de toda razón eugenésica cuando se trata de personas del mismo sexo, aun cuando resulte admisible mantenerlo por razones de moral social.

¹⁴ Por lo que se refiere al contenido, la obligación de vivir juntos y la presunción de convivencia, en el caso de parejas del mismo sexo, aparecen desconectadas de toda presunción de paternidad, que era una de las razones por las que se justificaban en la doctrina; otra cosa es que puedan ser valoradas como propias de la ética matrimonial en la consideración social más habitual de lo que es el compromiso matrimonial también en el sentido afectivo sexual.

¹⁵ El Tribunal Constitucional cree que esto ha sucedido porque «las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual» (pár. 4 del FJ 11).

II. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

1. Interpretación constitucional y metodología

1.1. La STC 198/2012 y los votos particulares

A pesar de que la Constitución es una norma jurídica, el aumento de publicaciones sobre la interpretación constitucional se dirige a poner de relieve la especificidad de esta tarea y la insuficiencia de los criterios hermenéuticos clásicos¹⁶. En ocasiones, los debates, que ocultan concepciones no idénticas de lo que es una Constitución, reflejan problemas planteados en otros sistemas constitucionales y prescinden en buena medida de las posibilidades de interpretación que resultan de nuestro propio texto constitucional¹⁷. Estos problemas se aprecian en el caso concreto de la interpretación acerca de si la Ley 13/2005 es o no inconstitucional.

Aunque el recurso planteaba varias causas de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional entiende que el motivo principal denunciado es la vulneración del art. 32 CE y centra «el análisis en el ajuste constitucional de la norma impugnada confrontándola con este precepto»¹⁸.

La interpretación que hace del art. 32 lleva al Tribunal Constitucional a concluir que la Ley no es inconstitucional, ni desde la perspectiva de la garantía institucional del matrimonio ni desde la perspectiva del derecho fundamental. El Tribunal constata que la reforma ha modificado la institución matrimonial, pero descarta que tal modificación resulte contraria a la garantía institucional del matrimonio. Tras afirmar que el art. 32 no responde a la voluntad de extender el matrimonio a las uniones de personas del mismo sexo pero que tampoco lo excluye, la

¹⁶ Alonso, 1984, págs. 1 y ss.; Santamaría, 2004, pág. 228; Atienza, 2007, págs. 27 y ss.

¹⁷ Tienen interés todos los trabajos —incluidos los de Aragón y Ollero, autores de votos particulares a la STC 198/2012— que, desde diferentes planteamientos, se recogen en Ferrer MacGregor, 2005, 2 tomos. En particular, una exposición de los modelos de interpretación, vinculados a su vez a diferentes conceptos de Constitución, en Comanducci, 2005, págs. 469-499.

¹⁸ Descartando previamente el resto de alegaciones, «algunas de ellas porque las causas de inconstitucionalidad aducidas por los recurrentes no son autónomas, sino que dependen completamente de la infracción del art. 32 CE, y otras porque existen razones que permiten descartar los argumentos de los recurrentes sin mayores dificultades» (primer párrafo del FJ 2).

sentencia expone una «interpretación evolutiva»¹⁹ que tiene en cuenta fundamentalmente datos sociológicos y concluye que la imagen del matrimonio en la sociedad española es la de una comunidad de afecto. Añade el Tribunal que prescindir de la diversidad sexual no hace irreconocible la imagen de matrimonio en nuestra cultura jurídica, para lo que valora la evolución producida en Derecho comparado y en el Derecho europeo de derechos humanos, los datos sociológicos publicados sobre la aceptación por los españoles de las uniones homosexuales y la falta de una posición unánime en la doctrina acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que es interpretado por el Tribunal como una tendencia creciente a reconocerlo (FF.JJ. 8 y 9). A continuación, la sentencia analiza si la reforma supone un ataque al contenido esencial del derecho fundamental (FF.JJ. 10 y 11) y concluye que no, con el argumento fundamental de que la modificación no impide el ejercicio de los derechos por parte de las personas heterosexuales en las mismas condiciones en que anteriormente lo ejercían.

Desde el punto de vista metodológico llama la atención la crítica a la sentencia de quien formula un voto particular concurrente, el magistrado Aragón, que discrepa de la fundamentación jurídica de la misma, en especial por el modo de deducir el contenido del núcleo esencial o imagen maestra de la garantía institucional del matrimonio establecida en el art. 32.1 CE. Según Aragón, para la conciencia social y la cul-

¹⁹ Es objeto de polémica la posibilidad de una «interpretación evolutiva» de la Constitución, que utiliza la sentencia y que es rechazada por todos los votos particulares, incluido el voto concurrente de Aragón. La interpretación evolutiva se correspondería con una ideología dinámica de la interpretación constitucional que permitiría una adaptación de la Constitución a las necesidades sociales y políticas en un contexto cambiante (Wróblewski, 1985, págs. 78 y ss. y 81 y ss.). La interpretación dinámica o evolutiva utiliza cualquier técnica interpretativa con la finalidad de adaptar el texto a las nuevas circunstancias, generalmente «concretizando» principios constitucionales, pero se enfrenta a la objeción de que el intérprete (aunque sea el legislador) no puede cambiar la Constitución por la vía de la interpretación para adaptarla a la realidad política o social, pues tal adaptación es tarea de la revisión constitucional, no de la interpretación. El argumento está tomado de Guastini, 2008, págs. 57 y ss., 61, 78 y ss., quien, por lo demás, resta importancia a las peculiaridades de la interpretación de la Constitución, en especial al problema de la «interpretación evolutiva», que, advierte, no es exclusivo de la Constitución (en el trabajo, de significativo título, «¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?», recogido en el volumen colectivo citado y también en *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2001, págs. 263 y ss.). En general, sobre la interpretación de la Constitución *versus* reforma constitucional, vid. Pérez Royo, 2010, págs. 111, 128, 131: un principio de la interpretación de la Constitución es el de la fuerza normativa de la misma; se trata de una norma jurídica que no se puede desnaturalizar, no puede perder su fuerza mediante una interpretación; la reforma constitucional es una garantía constitucional que juega como límite a la interpretación. La rigidez de la reforma asegura la primacía de la Constitución (Canosa, 2005, pág. 253).

tura jurídica, la heterosexualidad no forma parte de la garantía institucional del matrimonio, si bien cree que a esta conclusión no puede llegarse mediante una interpretación evolutiva, sino mediante la interpretación de la Constitución de acuerdo con el concepto de garantía institucional, que, a su juicio, sí ha evolucionado históricamente en su significado²⁰. Aragón critica el uso indiscriminado que hace el Tribunal Constitucional del Derecho comparado²¹ y el erróneo concepto de cultura jurídica²² que maneja, al identificarlo casi en exclusiva con el sociologismo jurídico; pero, sobre todo, Aragón defiende en su voto particular que si en el art. 32 no se estableciera una garantía institucional, «frente a su tenor literal, a su indudable significado originario y su entendimiento reiterado por el Tribunal Constitucional, *hubiera sido muy difícil no declararlo inconstitucional*»²³.

Los magistrados Ramón Rodríguez Arribas, Andrés Ollero y Juan José González Rivas formulan, además, votos particulares en los que defienden que la reforma sí altera y vulnera el núcleo, el contenido protegido por la garantía institucional, desnaturalizando la institución.

²⁰ En el supuesto de la garantía institucional, dice el voto particular, «la misma norma constitucional llama (interiormente) al “ser” para configurar su “deber ser”». La argumentación de Aragón, que critica la interpretación evolutiva de la mayoría, me parece un mero juego de palabras: rechaza la interpretación evolutiva y él no hace algo muy diferente, porque al recurrir al concepto actual de la garantía institucional también admite que ha cambiado, y para ello debe tener en cuenta la evolución en el concepto de la garantía institucional (si bien no tiene en cuenta únicamente datos sociológicos).

²¹ La objeción de Aragón se refiere al uso poco discriminatorio de los ejemplos del Derecho extranjero, sin distinguir los ordenamientos en que el matrimonio es institución garantizada. Critica también la vía del art. 10.2 CE, que, a su juicio, no vale para interpretar las garantías institucionales. También Ollero critica en su voto particular el uso que hace la sentencia del Derecho comparado y de las citas de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un tema en el que, como hace notar el propio Tribunal de Estrasburgo, no existe un consenso europeo. Lo acertado de estas críticas acerca del mal uso que hace el Tribunal Constitucional no permiten desconocer el valor del recurso al Derecho comparado como un método de interpretación constitucional, en especial en el ámbito de los derechos fundamentales (sobre lo cual, Häberle, 2010, pág. 406, que se refiere a una hermenéutica común europea que, como acabo de recordar, todavía no existe en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo).

²² Por la repercusión en la doctrina española y su fácil consulta es útil recurrir a la noción de cultura jurídica de Tarello, 2002, como conjunto de técnicas expositivas e interpretativas de los que se ocupan del Derecho, tanto técnicos como teóricos, y el conjunto de las ideologías referentes a la función del Derecho que tales técnicas sobreentenden. Se trata, desde este punto de vista, de la cultura jurídica «interna» y no de las opiniones del público sobre el Derecho (cultura jurídica «externa»).

²³ Hay que entender que se refiere a la inconstitucionalidad de la Ley: pár. 2 del fundamento 2 del voto particular.

1.2. *El concepto de garantía institucional en la interpretación de los derechos fundamentales*

Es decisivo en la sentencia del Tribunal Constitucional el razonamiento que se desarrolla a partir de la consideración del matrimonio como garantía institucional. La sentencia afirma que «desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque *es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio* cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada» (FJ 9, último párrafo)²⁴.

Según la sentencia, en la sociedad española actual la imagen de la institución matrimonial es la de una «comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento». Concluye el Tribunal que son notas esenciales del matrimonio «la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad», notas presentes en el Código civil antes y después de la reforma de 2005 (pár. 3 del FJ 9). La «única diferencia» entre la institución matrimonial antes y después de la reforma, que los contrayentes pueden ser ahora del mismo sexo, lo que, sin embargo, a juicio del Tribunal, no hace irreconocible a la institución del matrimonio.

Ahora bien, si la imagen del matrimonio se identifica con la comunidad de afectos sexualmente indiferenciada habría que concluir que es exigencia constitucional la admisión del matrimonio entre personas

²⁴ Crítica Aragón este razonamiento porque cree que «cuando se está en presencia de un precepto constitucional que no contiene una cláusula facultativa, sino que enuncia una garantía, como sucede con el art. 32.1 CE, y, como tal garantía, de obligatorio acatamiento, está imponiendo un deber ser y prohibiendo, obviamente, su contrario». La crítica es errónea porque —además de que no queda muy claro qué es «lo contrario»— lo más que se puede deducir es que lo no incluido en el ámbito constitucional no está garantizado, no que esté prohibido.

del mismo sexo, lo que es incoherente con las afirmaciones contenidas en otros lugares de la misma sentencia acerca de que el matrimonio es solo una de las opciones de que disponía el legislador para reconocer las uniones entre personas del mismo sexo (así, en penúltimo párrafo del FJ 9 y último párrafo del FJ 11). Esta incoherencia es puesta de relieve por Aragón en su voto particular, si bien hay que observar que el argumento de este magistrado adolece del mismo defecto que denuncia, puesto que si se identifica el núcleo esencial de la garantía con la conciencia social y la cultura jurídica y se concluye, como hace Aragón, que «la heterosexualidad de la pareja ya no es unánimemente concebida como un elemento indispensable del matrimonio», sería difícil considerar respetuosa con tal concepto de garantía institucional a la ley que exigiera la heterosexualidad, restringiendo la institución²⁵.

La doctrina que ha analizado la constitucionalidad de la Ley 13/2005 también se centra en el concepto de la garantía institucional, concluyendo en unos casos que la heterosexualidad ha dejado de formar parte de la imagen de la institución matrimonial y en otros, por el contrario, que se desnaturaliza la institución matrimonial si se prescinde de la heterosexualidad²⁶. Con independencia de la ideología que está detrás de cada uno de estos puntos de vista, ambos comparten una errónea perspectiva en el análisis de la cuestión, pues tienen en común que prescinden de la configuración constitucional del matrimonio, que no es primeramente la de la garantía de una institución social, sino sobre todo la del reconocimiento de un derecho fundamental.

Con carácter general, del concepto de garantía institucional, nacido en el ámbito de la Constitución de Weimar con la finalidad de proteger los derechos fundamentales frente a la acción del legislador e importado a nuestro país por la doctrina y por el Tribunal Constitucional desde la STC 32/1981²⁷, se ha dicho que es innecesario y perturbador

²⁵ Con anterioridad a la sentencia, Pardo, 2011, pág. 64, observaba que si el matrimonio homosexual integraba la garantía institucional del art. 32 CE, el legislador no dispondría de más alternativa que su reconocimiento.

²⁶ El argumento de que tanto el matrimonio como la familia son realidades antropológicas que el Derecho se limita a reconocer es clave en el voto particular de Ollero. En el de González Rivas se alude a la imagen del matrimonio como institución preexistente que tuvo en consideración el constituyente.

²⁷ Suplemento al *BOE* 193, de 13 de agosto de 1981, págs. 27-31: «La garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. 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. Tales son los límites para su determinación por las normas que

para la interpretación de los derechos fundamentales. En nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales, además de ser considerados como tales, tienen reconocido un carácter objetivo en cuanto principios y fundamentos del ordenamiento (arts. 1, 9, 10, 53 CE), con lo que se cumple la función de garantía de futuro del derecho frente a la acción del legislador para la que se elaboró el concepto de garantía, en un sistema jurídico que no contaba con estas técnicas garantistas²⁸. En particular, en la interpretación de la constitucionalidad de la reforma del matrimonio se observa que, aun cuando se parte de la misma categoría dogmática, la de garantía institucional, hay tomas de postura contradictorias, lo que muestra que la propia categoría se mueve en un terreno movedizo que no permite prever con certeza un resultado interpretativo²⁹.

1.3. *El derecho constitucional a contraer matrimonio y la institución matrimonial*

El derecho a contraer matrimonio goza del sistema de protección que reconoce la Constitución, al establecer que es vinculante para los poderes públicos, que han de regularlo por ley que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial (art. 53.1)³⁰. Su conexión con los principios de libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana permitiría defender que, aun en ausencia de expreso reconocimiento constitucional, no se podría negar el derecho a contraer matrimonio³¹.

la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. 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» (FJ 3).

²⁸ Ampliamente, Gallego Anabitarte, 1994, en su totalidad —con mención del matrimonio y del Derecho de Familia, págs. 83, 84, 95 y 105—; Cidoncha, 2009, págs. 147 y ss.

²⁹ Antes de dictarse la STC 198/2012, Rey Martínez, 2005, págs. 150 y ss., criticó, en relación con el informe del Consejo General del Poder Judicial y el dictamen del Consejo de Estado, el error metodológico de recurrir al concepto importado de garantía institucional.

³⁰ Ampliamente, Gálvez, 1985, págs. 680 y ss.; Espín, 1996, pág. 454. A estos efectos, los derechos de la Sección 2.^a, aunque no gocen del estatuto constitucional que se dispensa a los derechos de la Sección 1.^a, se consideran derechos fundamentales (por todos, Pérez Royo, 2010, pág. 111).

³¹ El reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, que no está en otras Constituciones de nuestro entorno, sin que en esos sistemas jurídicos se discuta la existencia del derecho, puede considerarse desde este punto de vista como un contenido constitu-

Ahora solo importa destacar que en nuestro sistema, donde se parte de una regulación del matrimonio anterior a la Constitución, la hipotética ley que lo suprimiera sería inconstitucional. Frente al reconocimiento constitucional del derecho a contraer matrimonio, el legislador no podría atender al cambio en la percepción sociológica, que admite con normalidad las uniones no matrimoniales y prescindir del matrimonio.

El reconocimiento constitucional del derecho a casarse refuerza que se trata de un verdadero derecho atribuido individualmente, lo que se traduce en la exigencia del consentimiento libre de cada uno de los esposos a contraer matrimonio³². Pero, además, dada la estructura del derecho a contraer matrimonio, su reconocimiento y garantía exigen que el Estado haga posible su ejercicio tanto mediante la regulación del acto jurídico del matrimonio, su celebración, como mediante el reconocimiento y la regulación de la institución matrimonial. Derecho e institución van unidos necesariamente en el caso del matrimonio: el ejercicio de este derecho da lugar, para que sea reconocible el propio derecho, al nacimiento de una institución, la matrimonial. Al garantizar el derecho, la Constitución reconoce que no puede existir el matrimonio como institución si no es como resultado del libre ejercicio del derecho a casarse³³, pero al mismo tiempo proclama que hay un derecho

cional «contingente», idiosincrático (lo que no significa trivializar su reconocimiento constitucional, como hacen algunos autores que, prescindiendo de su conexión con principios como el libre desarrollo de la personalidad o la dignidad, apuntan la innecesaridad de su constitucionalización: así, Gómez Sánchez, 1992, pág. 216, que propone su supresión). En el caso del Derecho español, el reconocimiento de este derecho, coherente con los tratados de derechos humanos, refuerza la exigencia de una regulación estatal de la institución y, en buena medida, es explicable por el contexto sociojurídico español vigente en el momento de elaborarse la Constitución: se trata de estatalizar el Derecho matrimonial y de garantizar que el Estado está obligado a regular mediante ley civil el matrimonio (Lacruz/Sancho, 1984, pág. 53). En esta línea, y desde la perspectiva de los derechos humanos, no respetaba el derecho la Ley chipriota que regulaba un matrimonio civil que no era aplicable a todos los ciudadanos y dejaba fuera a los turcos de religión musulmana, que debían casarse fuera del país (STEDH, Sección 4.ª, caso *Selim contra Chipre*, de 16 de julio de 2002, JUR 2002, 181255).

³² Junto a esta dimensión subjetiva del derecho, y de acuerdo con la doctrina mayoritaria, se identifica en los derechos fundamentales también una dimensión objetiva, en la medida en que encarnan valores superiores (art. 1.1 CE) y son «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE). Se trata de una observación común en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional: por todos, Martín-Retortillo, 1988, pág. 56; Gallego Anabitarte, 1994, págs. 103 y ss., 268; Díez-Picazo Giménez, 2008, pág. 63; Pérez Royo, 2010, pág. 202.

³³ La doctrina anterior a la Constitución solo se ocupaba del matrimonio como institución: Lacruz, 1947, pág. 3; 1974, pág. 23; aun después de 1978, no es rara la exposición separada del derecho, en el marco de los tratados internacionales, de la institución desde el punto de vista civil (Castán, 1994, págs. 99, 110, 118). La fuerza de la visión institucional del matrimonio ha sido cambiante en el tiempo según la mayor o menor fun-

constitucional del hombre y de la mujer a que se les garantice la institución matrimonial. La cuestión tiene interés porque no se ve cómo pueden separarse en este caso el ámbito, el valor o bien jurídico protegido por el derecho de la función que cumple la institución. Si el Estado regulara el derecho a casarse y se limitara a fijar las condiciones y presupuestos de ejercicio (capacidad, forma...) pero no regulara la institución matrimonial, no estableciera un régimen para el vínculo que se establece, unos derechos y obligaciones entre las partes ni derechos frente a terceros o frente al propio Estado, propiamente no estaría respetando el derecho a casarse, porque el reconocimiento efectivo del ejercicio de ese derecho necesariamente implica el reconocimiento de un estatus matrimonial. Una regulación del derecho a casarse que no fuera acompañada de la regulación de un estatus no respetaría el contenido esencial del derecho.

El problema de la garantía institucional —o, si se prefiere para superar las objeciones teóricas a este concepto importado, el problema de la dimensión objetiva, social, del derecho— como límite a la actuación del legislador —o, desde la perspectiva objetiva del derecho, como aspecto determinante de una acción positiva del legislador— no tiene que ver con los sujetos, sino con una regulación del matrimonio que vacíe de contenido la institución matrimonial y haga irreal la proclamación del derecho a casarse.

2. *El derecho a contraer matrimonio con persona del mismo sexo*

2.1. *El matrimonio en las declaraciones y convenios internacionales*

Los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal y como han sido interpretados hasta el momento, no reconocen el derecho a casarse entre sí a las personas del mismo sexo ni imponen a los Estados la obligación de admitir tal matrimonio³⁴.

ción social que se le haya reconocido en atención a los diversos planteamientos ideológicos y religiosos. Una síntesis de la variable consideración del matrimonio como institución, partiendo del reconocimiento de la función procreadora y la influencia de las corrientes filosóficas e ideológicas y su influencia en las normas jurídicas, en Hattenhauer, 1987, págs. 131-154. En otro lugar, el autor, con referencia expresa a las leyes nacional-socialistas sobre el matrimonio, destaca cómo las ideologías estatales autoritarias han utilizado la institución en función de la ideología, con escasa preocupación por los intereses de los cónyuges (Hattenhauer, 1981, pág. 336).

³⁴ La referencia en las declaraciones y convenios internacionales a la vida en la familia y a la estructura familiar se explica por las discriminaciones producidas de manera

Expresamente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas concluyó en la Comunicación n.º 902/1999³⁵ que los Estados no tienen obligación, en virtud del Derecho internacional, de permitir el matrimonio homosexual³⁶.

En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la STEDH (Sección 5.ª) caso *Schalk and Kopf contra Austria*, sentencia de 24 de junio de 2010³⁷, explícitamente ha declarado que el art. 12 del Convenio de Roma no impone a los Estados la obligación de permitir el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo. Igualmente, el Tribunal descarta que el derecho a contraer matrimonio pueda derivarse de la interpretación conjunta de los arts. 14 (prohibición de discriminación) y 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio: partiendo de que el art. 12 no impone a los Estados contratantes la obligación de otorgar a las parejas del mismo sexo acceso al matrimonio, el art. 14, concluye el Tribunal, «tomado en conjunción con el art. 8, una disposición de finalidad y ámbito más generales, no puede interpretarse tampoco como generadora de esta obligación»³⁸.

Al mismo tiempo, la interpretación del art. 12 del Convenio en relación con el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que «garantiza» el derecho a contraer matrimonio sin hacer referencia al sexo de los contrayentes, permite al Tribunal con-

reciente en algunos países en relación con el matrimonio por razón de raza, religión o nacionalidad y que son contrarias a la dignidad humana (en particular, la Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes, de 15 de septiembre de 1935, está disponible en www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=105; en 1967, la *Supreme Court* de Estados Unidos declaró inconstitucional la prohibición de matrimonios interraciales: *Loving v. Virginia*, accesible en http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0388_0001_ZO.html). Recuerda Espín, 1996, pág. 453, que esa situación fue recordada en la discusión parlamentaria de nuestra Constitución por el senador Sánchez Agesta.

³⁵ *Joslin v. New Zealand*, Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comunicación n.º 902/1999: New Zealand, 30 de julio de 2002, CC PR/C/75/D/902/1999. En el caso, unas parejas de lesbianas denunciaban que el Derecho de Nueva Zelanda infringía el Pacto Internacional al no permitir a las lesbianas casarse entre sí.

³⁶ Brevemente, los argumentos utilizados en los apartados 8.2 y 8.3 de la decisión son los siguientes: que habiendo en el Pacto un precepto específico que se refiere al matrimonio es a él al que se debe atender, sin que sean decisivos —por no referirse al matrimonio— los preceptos que proclaman el reconocimiento de la personalidad (art. 16), la protección de la vida privada (art. 17) o la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 26); que ese precepto se refiere al «hombre y la mujer» (art. 23.2: «Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello»), a diferencia de otros preceptos del Pacto («todo ser humano», «todos» o «todas las personas»).

³⁷ JUR 2010, 211641.

³⁸ El argumento es fácilmente trasladable al Derecho español, confrontando la especificidad del art. 32 con la generalidad de los arts. 1, 10.1 y 14 CE.

cluir que el Convenio no impone a los Estados la obligación de admitirlo, pero no excluye que se admita, y les deja la decisión de autorizar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo³⁹.

Por otra parte, conviene recordar que la evolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de matrimonio de los transexuales no ha llegado a traducirse en la expresión de la irrelevancia de la heterosexualidad, sino en la consideración de que la diversidad de sexo requerida puede ser determinada con criterios diferentes a los meramente biológicos⁴⁰.

³⁹ En sus apartados 59 y ss. la sentencia destaca, de una parte, la falta de consenso europeo respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo. Se observa, además, que el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prescindió deliberadamente de la referencia al hombre y la mujer. El comentario a la Carta, que adquirió carácter jurídicamente vinculante en diciembre de 2009, confirma que el art. 9 tiene un ámbito de aplicación más amplio que los artículos correspondientes de otros instrumentos de derechos humanos. Al mismo tiempo, la referencia a las leyes nacionales refleja la diversidad de normativas nacionales, desde las que autorizan el matrimonio entre personas del mismo sexo hasta las que lo prohíben expresamente. Al remitirse a las leyes nacionales, el art. 9 de la Carta deja a los Estados la decisión de autorizar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo. Como se indica en el comentario: «puede interpretarse que no hay obstáculos para reconocer las relaciones del mismo sexo en el ámbito del matrimonio. Pero, en cualquier caso, no se exige de forma explícita que las leyes nacionales permitan este tipo de uniones». Teniendo en cuenta el art. 9 de la Carta, por tanto, el Tribunal no puede considerar ya que el derecho a contraer matrimonio consagrado en el art. 12 deba limitarse en todas las circunstancias a dos personas de sexo contrario. Por consiguiente, no puede afirmarse que el art. 12 sea inaplicable a la reclamación de los demandantes. No obstante, tal como están las cosas, la cuestión de la autorización o no del matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación de las leyes nacionales de cada Estado contratante. A este respecto, el Tribunal observa que el matrimonio tiene profundas connotaciones sociales y culturales que pueden diferir grandemente entre distintas sociedades. El Tribunal reitera que no debe apresurarse a sustituir con su propia apreciación la de las autoridades nacionales, mejor situadas para valorar y responder a las necesidades de la sociedad.

⁴⁰ Dos sentencias de la misma fecha consideran, cambiando una jurisprudencia anterior, que sí vulnera la esencia del derecho mismo a casarse la legislación nacional que mantiene el criterio contrario: Gran Sala, caso *I. contra Reino Unido*, sentencia de 11 julio 2002 (TEDH 2002, 45); Sección 1.^a, caso *Christine Goodwin contra Reino Unido*, sentencia de 11 julio 2002 (JUR 2002, 181176). Con cita de esta jurisprudencia, la STJCE, Pleno, caso *K. B. contra National Health Service Pensions Agency*, considera que el art. 141 TCE (igualdad de retribución) se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio Europeo, porque impide que una pareja integrada por una mujer y otra que, tras una operación, pasó a ser hombre cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro (TJCE 2004, 5). Aunque transexualidad y homosexualidad son diversas, en la práctica se han producido situaciones de matrimonios devenidos homosexuales por causa de transexualidad (García Pechuán, 2012, págs. 2288 y ss.).

2.2. *La diversidad de sexo en el art. 32 de la Constitución*

El art. 32, al referirse «al hombre y la mujer», refleja el modelo de matrimonio de la cultura jurídica tradicional de Occidente. En el estado actual de los derechos fundamentales el matrimonio es concebido de manera ambivalente: como institución al servicio del derecho reconocido por los tratados internacionales como propio del ser humano, pero al mismo tiempo considerando que el bien jurídico protegido es la unión estable sobre la que se apoya la familia, de modo que no es raro encontrar la afirmación de que el derecho se reconoce porque es el medio normal de fundar una familia⁴¹. Así se justificaría la exigencia de la heterosexualidad.

Ha sido la evolución legal y social la que, progresivamente, ha ido alejándose del modelo que tuvo en cuenta el constituyente⁴². De una parte, el matrimonio, de cauce de legitimación de la sexualidad y de su consecuencia natural, la prole, habría pasado a ser una de las posibles opciones de las que disponen los ciudadanos para desarrollar su afectividad y su sexualidad⁴³. De otra, sin descartar que el matrimonio pueda acoger tal función, no tendría como finalidad exclusiva la de ser centro de reproducción y crianza, y el aspecto de convivencia afectiva, o incluso más ampliamente solidaria, tendría cada vez un protagonismo mayor⁴⁴.

⁴¹ Así, por ejemplo, Díez-Picazo Giménez, 2008, pág. 487.

⁴² Ya antes de la Ley 13/2005, el legislador había prestado una creciente atención a la perspectiva de la comunidad de vida de los esposos en detrimento de la consideración del matrimonio como núcleo meramente reproductor (lo ponía de manifiesto, por ejemplo, para la regulación del matrimonio llevada a cabo por la Ley de 7 de julio de 1981, Luna, 1994, pág. 15; ampliamente, sobre la escisión sexualidad-matrimonio-procreación, Navarro-Valls, 1995, págs. 113 y ss.). A pesar de no ser ese el modelo que reflejaba el entramado social y jurídico vigente cuando se aprobó la Constitución, nadie planteó que esas reformas fueran inconstitucionales: por el contrario, se dirigían a adecuar el Derecho codificado a la Constitución.

⁴³ Lo que se ha explicado como manifestación del proceso de secularización del matrimonio: el legislador desplaza la esencia del matrimonio de la procreación a la afectividad y, al tomar conciencia de su exclusiva competencia sobre el matrimonio, la ejerce actuando congruentemente con los valores y principios establecidos en el texto constitucional; así, Fernández-Coronado, 2006, pág. 103.

⁴⁴ Curiosamente, entre nosotros, son las normas que atribuyen efectos a las uniones no matrimoniales las que destacan la idea de afectividad ligada al matrimonio cuando, al caracterizar a las uniones, hacen referencia a la relación análoga a la conyugal. Prescindiendo de si la regulación de esta materia supone una interferencia en el concepto de matrimonio (art. 32 CE), que es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8.º), el art. 231-2 CC Cataluña refleja normativamente un concepto de matrimonio como comunidad de vida en la que es irrelevante el elemento sexual («el matrimonio establece un

La propia Constitución, al separar la protección de la familia y de los hijos (art. 39) del derecho a contraer matrimonio (art. 32), permite defender que constitucionalmente no se impone un vínculo necesario entre los conceptos de matrimonio y procreación⁴⁵, lo que —unido al principio de dignidad de la persona— explica que tampoco pudiera limitarse legalmente el matrimonio a las parejas de distinto sexo aptas para tener hijos (excluyendo a las estériles o a las que de hecho no los tuvieran por voluntad propia)⁴⁶.

La protección de la familia, de las formas de familia, matrimoniales o no, vendría exigida por el art. 39 CE, donde la amplitud de sujetos que integran el ámbito de protección es mucho mayor, y diverso, que la de los sujetos (hombre y mujer) a quienes se reconoce el derecho recíproco del art. 32. Las uniones entre parejas del mismo sexo no están bajo la protección del art. 32 porque el matrimonio al que se refiere la norma es exclusivamente heterosexual.

En efecto, la expresa referencia a la igualdad contenida en el art. 32 CE es rotunda exigencia frente a la situación de desigualdad entre el hombre y la mujer en el momento en que se redactó la Constitución, pero presupone precisamente que hay diferencia de sexos en la unión matrimonial —y exige no solo que ambos puedan acceder en

vínculo jurídico *entre dos personas* que origina una *comunidad de vida* en que los cónyuges deben respetarse, actuar en interés de la familia, *guardarse lealtad*, ayudarse y prestarse socorro mutuo»).

⁴⁵ Después de la Constitución, el legislador español así lo entendió al suprimir en 1981 el impedimento de impotencia (lo que, por cierto, fue entendido por algunos como una desnaturalización del matrimonio: vid. las citas contenidas en Carrión, 1994, pág. 157, nota 7). Otro dato que refuerza el alejamiento del modelo tradicional tiene que ver con el matrimonio de los transexuales, inicialmente excluido por la jurisprudencia pero admitido por la práctica registral española antes de 2005 en Rs. DGRN (dos de 8 de enero de 2001 y una de 31 de enero de 2001). Ante la constatación del alejamiento entre matrimonio y filiación, las reacciones doctrinales son opuestas: desde quien cree que el matrimonio debe encaminarse a la determinación automática de la filiación biológica, lo que dejaría fuera a los homosexuales (Clavería, 2007, pág. 276), a quien propone una nueva regulación matrimonial que prescinda de la filiación (Espinar, 2003, págs. 1-14).

⁴⁶ No puede prescindirse de que el derecho a contraer matrimonio es sobre todo, en la perspectiva constitucional, un derecho individual conectado a la dignidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, por lo que su ejercicio no podría limitarse por razones que tuvieran en cuenta en exclusiva el interés social. Lo que no impide desconocer que la dimensión institucional de los derechos fundamentales, la idea de que constituyen bienes de la colectividad y no meras pretensiones subjetivas, exige una comprensión de cada derecho fundamental que lo conecte con los valores que se encuentran en su base y en las finalidades a que obedece su protección (Martínez-Pujalte, 1997, especialmente pág. 140; 2011, pág. 65). Pero no existe en el art. 32 una remisión a la función social como valor prioritario, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el art. 33, y, sin duda, la prioridad de los valores sobre los derechos debe resultar de la propia Constitución (en este sentido, con carácter general, De Otto, págs. 116-117).

igualdad, sino que además el estatuto del estado que nace de la celebración del matrimonio sea igual para uno y otra—⁴⁷. La exigencia de igualdad entre el hombre y la mujer denota algo previo que está implícito: la bilateralidad, con exclusión de uniones poligámicas, y la diversidad de sexos, con exclusión de matrimonio de dos personas del mismo sexo entre sí.

Tras referirse expresamente al derecho a contraer matrimonio «del hombre y la mujer», el mismo art. 32 incluye una remisión a la ley, lo que, al reenviar a una futura concreción legal, permitiría deducir que la ley puede discrecionalmente (pero de manera razonable y ponderada) establecer requisitos de ejercicio del derecho, impedimentos o efectos que reflejen la cambiantes concepciones morales y sociales⁴⁸. La ley debe respetar el contenido esencial del derecho (art. 53 CE). La garantía es una cuestión del límite que tiene el legislador para, dentro del ámbito del derecho protegido —que es el matrimonio entre hombre y mujer—, limitar el ejercicio del derecho o su contenido (el límite a la posibilidad de limitar)⁴⁹. En este sentido, la exclusión del matri-

⁴⁷ En el momento de la elaboración de la Constitución no llegó a plantearse la posibilidad de un matrimonio entre personas del mismo sexo y los primeros comentaristas se referían a la diversidad sexual como algo obvio. Ibán, 1980, pág. 139; Espín, 1996, pág. 456. Más directamente, Díez-Picazo/Gullón, 1982, pág. 69, hablaban de la «proscripción» de las uniones homosexuales. Las referencias al hombre y la mujer son continuas en todas las fases del proceso de elaboración de la Constitución (pueden consultarse en Sainz Moreno, 1980). En particular, no se admitieron las enmiendas que podrían enlazar —sin referirse a los homosexuales— con las actuales propuestas legislativas que aluden a la afectividad de toda persona. Así, la 465 (Grupo Mixto) (<http://www.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/enmsenado.pdf>).

⁴⁸ De hecho, por lo que se refiere a los impedimentos, los cambios culturales y sociales han llevado a entender que no respetan la esencia del derecho algunas limitaciones que en otros momentos se aceptaban (cuando no se prestaba atención a la existencia del derecho): STEDH, Sección 4.^a, caso *B. y L. contra Reino Unido*, sentencia de 13 septiembre 2005 (TEDH 2005, 95), impedimento entre suegro y nuera; caso *F. contra Suiza*, sentencia de 18 diciembre 1987 (TEDH 1987, 32), prohibición temporal de volver a casarse a quien se ha divorciado «por su culpa» dos veces.

⁴⁹ De Pablo, en cambio, afirma que el carácter relacional y recíproco entre hombre y mujer pertenece al contenido esencial del *ius connubii*; este autor defiende que, desde la perspectiva de la garantía institucional, el margen del legislador es amplio y puede ser cambiante al compás de la evolución de las convicciones sociales, pero la ley debe respetar en todo momento el contenido esencial del derecho, que la Constitución reconoce al hombre y a la mujer (2011, págs. 452-454, 508). La cuestión de si la libertad del legislador al configurar una garantía institucional puede ser mayor que la que puede tener cuando regula un derecho fundamental ha sido polémica en la doctrina (por todos, Gallego Anabitarte, 1994, págs. 83 y 124 y ss.) y no coincide con el criterio de la doctrina del Tribunal Constitucional, que tiende a hacer converger el núcleo esencial de la garantía con el contenido esencial del derecho (Carrasco, 1984, págs. 45, 55, 81; Baño 1988, pág. 169; Cruz, 1989, pág. 61), e incluso cuando se distinguen los objetos de uno y otro concepto se advierte que tienen la misma función (Cidoncha, 2009, pág. 181). En mi opi-

monio entre personas del mismo sexo no sería una limitación del derecho constitucionalmente protegido, porque tal unión no forma parte del derecho garantizado. Por eso no era inconstitucional la regulación del matrimonio anterior a la reforma de 2005⁵⁰.

El análisis de la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, entonces, debe efectuarse desde el punto de vista del reconocimiento por el legislador de un derecho que no ha garantizado la Constitución. Y puesto que la interpretación del Tribunal Constitucional es meramente defensiva o negativa, puesto que su función es evitar que se cree derecho contrario a la Constitución⁵¹, se trata de averiguar si hay en la Constitución razones que se opongan a la actuación del legislador.

2.3. La «ampliación» de los sujetos que pueden casarse

Frente al planteamiento «institucional», la atención exclusiva al derecho ha permitido defender que el legislador estaría facultado para ampliar los sujetos que pueden casarse, lo que no afectaría al modo en que ejercen su derecho los heterosexuales⁵². El Tribunal Constitucional, sin embargo, descarta que la Ley de 2005 haya realizado una «am-

nión, lo que sucede en el caso del matrimonio es que la cuestión de la heterosexualidad es presupuesto del derecho garantizado en el art. 32: es, por tanto, una cuestión previa a la de la garantía; esta última juega, en todo caso, como límite a las limitaciones que puede introducir el legislador para el derecho ya delimitado constitucionalmente, que es el heterosexual.

⁵⁰ Por el contrario, la inconstitucionalidad de la Ley 13/2005 tampoco puede basarse en que restrinja el *ius connubii*. Se ha dicho que quien hubiera contraído matrimonio con una persona de su mismo sexo quedaría privada del derecho a contraerlo con una persona de distinto sexo, que es el único que garantiza la Constitución, sin que se considere suficiente para enervar esta conclusión la posibilidad de disolver el matrimonio por divorcio, pues para ver si el impedimento (de libertad de estado) infringe el derecho garantizado hay que estar solo a su contenido esencial, del que no forma parte el derecho al divorcio (el argumento es de De Pablo, 2011, págs. 507-509). Lo cierto es, sin embargo, que si existen razones que justifican la limitación del derecho a casarse de quien está casado (aunque sea con una persona de su mismo sexo), por moralidad social, por seguridad jurídica, por certeza de la organización social, incluso porque no se discuta el posterior matrimonio que se quiere celebrar, la limitación no es inconstitucional, como no lo es, por razones justificadas diferentes en cada caso, la norma que establece el impedimento de parentesco o el de crimen, que también impiden celebrar un matrimonio entre personas de distinto sexo.

⁵¹ Pérez Royo, 2010, pág. 110.

⁵² El argumento lo recoge como alternativa a la consideración de la garantía institucional Díez-Picazo, 2008, pág. 492, y coincide con el que defendió el ministro proponente de la reforma, Juan Fernando López Aguilar, ministro de Justicia cuando se aprobó la Ley (<http://www.rtve.es/noticias/s/espana/>, consultado 27 julio 2013).

pliación del elenco de titulares del derecho individual», y entiende que el legislador ha llevado a cabo una modificación de régimen de ejercicio del derecho, al permitir a los homosexuales «contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su *derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual*» (FJ 11). La reforma habría hecho algo diferente a ampliar los sujetos que pueden casarse.

La tesis que defiende que la Ley se habría limitado a añadir nuevos titulares del derecho a casarse, por lo demás, se enfrenta a algunas objeciones, aunque no siempre sean irrefutables. Se ha dicho, en particular, que desde la perspectiva de los sujetos quedarían desprotegidos los valores que la dimensión social del derecho amparaba⁵³, pero lo cierto es que la regulación del matrimonio sigue haciendo posible el cumplimiento de esos fines en el caso de las uniones heterosexuales. También se denuncia que este punto de vista está inspirado en principios radicalmente individualistas que prescinden de la dimensión social de las instituciones jurídicas cuando estas no son, se dice, un mero corolario de los derechos, sino más bien, con frecuencia, razón de su fundamento⁵⁴. Sin duda, la función social del matrimonio entre personas de diferente sexo es la razón por la que el Derecho —de Familia, fundamentalmente civil, pero también desde otras ramas del ordenamiento público o privado— se ha venido ocupando del matrimonio, y aparece vinculada a la mayor eficacia que presenta frente a cualquier otro modelo para la procreación y socialización de los ciudadanos. Ahora bien, si no hay un argumento para sostener que la apertura del matrimonio a las uniones del mismo sexo es contraria a la Constitución, la valoración de la política legislativa adoptada por el legislador no es un juicio de constitucionalidad⁵⁵, que es la tarea que corresponde al Tribunal Constitucional⁵⁶.

⁵³ Así lo entiende, en cambio, Ollero en su voto particular (último párrafo del FJ 3).

⁵⁴ Ollero, 2012, pág. 24; más ampliamente, una crítica a la visión individualista de los derechos, en Ollero, 1989, págs. 149 y ss.

⁵⁵ Una exposición separada de las razones para dudar de la constitucionalidad de la Ley y de las razones que desaconsejaban su aprobación, en el Informe del Consejo General del Poder Judicial (págs. 21 y ss. y 36 y ss.).

⁵⁶ Cuestión diferente es que el legislador pueda tener en cuenta en sus políticas las necesidades y la función de los modelos familiares atendiendo al número de miembros, de hijos en particular. Aunque habría que atender en cada caso a la finalidad de la medida que establezca el beneficio. Así, la STC, Pleno, 41/2013, de 14 de febrero, no plantea directamente un problema relacionado con las uniones de personas del mismo sexo, pero al razonar sobre la inconstitucionalidad del precepto que supeditaba el disfrute del derecho de pensión de viudedad a la existencia de hijos comunes entre el causante y el bene-

La opinión de que la Ley de 2005 se habría limitado a producir una ampliación de los sujetos que pueden casarse, si se admite —no lo hace la STS 198/2012—, sería en todo caso bajo el presupuesto de que la ampliación no gozaría de la garantía constitucional.

Para evitar esa eficacia limitada del derecho reconocido por la reforma habría que entender que la Constitución no solo no se opone, sino que exige la apertura del matrimonio entre personas del mismo sexo. Este resultado no puede conseguirse con la simpleza del argumento de que el art. 32.1 CE no dice que el hombre y la mujer pueden casarse «entre sí», porque no resiste un mínimo contraste con los cánones de interpretación histórico, lógico y teleológico. Tampoco con una interpretación que haga primar, frente al art. 32 CE, a los principios de libre desarrollo de la personalidad y no discriminación por razón de sexo —orientación sexual—⁵⁷. Esta forma de razonar no me parece correcta: una cosa es que la interpretación constitucional deba basarse en principios y valores y otra bien diferente que los mismos permitan prescindir de una norma constitucional que contiene su propia valoración del ámbito del derecho que garantiza.

ficiario, tras advertir que no se justifica por ninguna razón relacionada con la esencia y finalidad de la pensión de viudedad, por lo que infringe el principio de igualdad del art. 14, alude a la imposibilidad de cumplimiento en el caso de parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo (también de las de distinto sexo por causa de infertilidad), lo que, cabe afirmar, apunta a una discriminación indirecta, aunque no es esta la razón fundamental de la decisión. Hay un voto particular firmado por Pérez de los Cobos, Rodríguez Arribas, Ollero y González Rivas que entiende, por el contrario, que el requisito de tener hijos comunes es razonable como criterio de selección de la situación de protección utilizado por el legislador, tanto por implicar unas mayores cargas familiares como por constituir un indicio probatorio de la existencia de la pareja de hecho.

⁵⁷ Rodríguez Ruiz, 2011, pág. 79, cree que reconocer a las personas del mismo sexo el derecho fundamental a contraer matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas de distinto sexo es el resultado de una interpretación sistemática de los arts. 32, 9.2 y 14 CE; Pardo, 2011, pág. 65, defiende que la configuración del acceso al matrimonio homosexual es un derecho fundamental por mandato expreso del principio de no discriminación del art. 14 y porque el art. 32 no contiene ninguna prescripción expresa que condicione su acceso en función del sexo de los contrayentes; este último autor conecta la idea con la calificación del art. 32 CE como «inconstitucional» desde el principio y con la posible inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio homosexual desde la entrada en vigor de la Constitución (págs. 62-63).

3. Exigencia de institucionalización de las uniones homosexuales

3.1. Institucionalización de las uniones homosexuales

3.1.1. Falta de institucionalización y discriminación

Aunque en el ámbito internacional la preocupación fundamental sigue siendo eliminar la violencia y la persecución basadas en la orientación sexual, en el seno de Naciones Unidas se ha valorado la falta de reconocimiento jurídico de relaciones entre personas del mismo sexo como una forma de discriminación⁵⁸.

En este sentido, existe una tímida exigencia de que los Estados garanticen la no discriminación de las parejas homosexuales, de forma que queden equiparadas a las parejas heterosexuales frente al Estado (pensiones, derechos sucesorios, derecho a ocupar viviendas públicas tras la muerte del compañero, permisos de residencia) y no sean discriminadas por las entidades del sector privado (servicios de atención a la salud, empresas aseguradoras)⁵⁹. Las mismas ideas inspiran algunas Resoluciones del Parlamento Europeo, cuyo valor también es más simbólico que jurídico⁶⁰.

⁵⁸ Vid. Resolución A/HRC/17/19 del CDHNU, de 17 de junio de 2011. Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 17.º período de sesiones. Tema 8 de la agenda. Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. GE.11-14879 (S), 280711, http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id; Naciones Unidas. Asamblea General. A/HRC/19/4. Consejo de Derechos Humanos, 19.º período de sesiones. Temas 2 y 8 de la agenda. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. GE.11-17078 (S) 071211-091211, pág. 23.

⁵⁹ Naciones Unidas, *Nacidos libres e iguales*, pág. 53. Una expresión de la preocupación de que no se eliminen las discriminaciones en materia tributaria y de prestaciones sociales puede verse en Comité de Derechos humanos, 93.º período de sesiones, Ginebra, 7 a 25 de julio de 2008. *Examen de los Informes presentados por los Estados partes. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Irlanda* (Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/IRL/CO/3, 30 de julio de 2008).

⁶⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas [P7_TA(2011)0427], accesible en www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?...P7-TA-2011-0427 (acceso 28 julio 2013). Posteriormente se aprobó la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa [2012/2657(RSP)], en la que considera que es más probable que los derechos fundamentales de

Concretando estas ideas generales, el Comité de Derechos Humanos, que, como hemos visto, excluye que los textos internacionales impongan a los Estados la obligación de admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, al mismo tiempo ha sostenido que la obligación de proteger a las personas de la discriminación por razón de la orientación sexual comprende que las parejas de hecho homosexuales sean tratadas de la misma manera y tengan derecho a las mismas prestaciones que las parejas heterosexuales *more uxorio*⁶¹.

Un planteamiento semejante se observa en el ámbito de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La comparación no es con el matrimonio, sino con el tratamiento que reciben las parejas no casadas por su orientación sexual —protegida por el art. 14 del Convenio—, tanto cuando se trata del derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento tras la muerte del conviviente⁶² como en la determi-

las personas homosexuales sean protegidos si tienen acceso a instituciones jurídicas como la convivencia, la unión registrada o el matrimonio. Parlamento Europeo (2012-2013). Textos aprobados en la sesión del jueves 24 de mayo de 2012, P7_TA-PROV (2012)05-24, Edición provisional (PE 490.194, ES), accesible en www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA...P7-TA...0427 (acceso 28 julio 2013).

⁶¹ *Youn v. Australia*. Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comunicación n.º 941/2000: Australia, 18 de septiembre de 2003, CCPR/C/78/D/941/2000. En el caso se trata de la denegación de una pensión a quien fue pareja —homosexual— durante 38 años de un excombatiente, cuando la legislación nacional reconocía tal derecho a los convivientes de sexo opuesto. El Comité recuerda su jurisprudencia constante de que no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, pero también advierte que en el caso el Estado parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado parte ha violado el art. 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual.

⁶² La STEDH (Sección 1.ª) de 24 de julio de 2003, caso *Karner contra Austria* (TEDH 2003, 50), entiende que se ha producido violación del art. 14 del Convenio, al no permitirse la subrogación arrendaticia del compañero superviviente, y dando por bueno el argumento del Gobierno austríaco de que la norma aprobada en 1974 se dirigía a proteger la familia tradicional considera que, para no ser discriminatoria la exclusión de las parejas homosexuales, debía probarse que su exclusión era necesaria para conseguir dicho fin. La STEDH (Sección 4.ª) de 2 de marzo de 2010, caso *Kozak contra Polonia* (TEDH 2010, 43), declara que ha habido violación del art. 14 del Convenio en relación con el 8 —con la consecuencia de que considera procedente una indemnización— en un caso en el que se niega el derecho de un conviviente homosexual a subrogarse en la relación arrendaticia tras el fallecimiento de su pareja; la legislación polaca sí permitía la subrogación cuando la convivencia *de facto* era heterosexual, pero excluía a las parejas del mismo sexo, y la denegación del tribunal nacional se basó en la naturaleza homosexual de la relación.

nación de los beneficiarios de un seguro⁶³ o en materia de adopción de menores⁶⁴.

El argumento hace depender la valoración de la discriminación por orientación sexual de los miembros de una unión de personas del mismo sexo del dato de que exista un reconocimiento de las parejas no casadas heterosexuales; en cambio, no se tiene en cuenta la posible comparación con la situación que nace del matrimonio y la imposibilidad de las uniones homosexuales de contraer matrimonio, en coherencia con la doctrina del TEDH que considera que el matrimonio entre personas del mismo sexo no es exigible como derecho humano. Es decir, quienes no pueden casarse entre sí, tampoco pueden exigir derechos que se atribuyen a las personas que están casadas cuando tal atribución se hace teniendo en cuenta el vínculo matrimonial. Este modo de razonar presupone que en todo caso se admite la atribución al matrimonio del carácter de cualidad privilegiada para los efectos que se reclaman.

Desde una perspectiva diferente, en cambio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2011⁶⁵, aprecia discriminación (sexual) en la Ley que atribuye a una pareja estable una pensión inferior a la de un matrimonio convencional. En la decisión del Tribunal es decisivo que en el Estado miembro en cuestión (Alemania) el matrimonio se reserva exclusivamente a personas de sexo diferente y coexiste con el régimen de pareja estable inscrita, régimen reservado exclusivamente a las personas del mismo sexo. Se entiende que hay discriminación porque en el Derecho nacional la mencionada pareja estable inscrita se encuentra en una situación

⁶³ La STEDH (Sección 1.ª) de 22 de julio de 2010 (TEDH 2010, 88), caso *P. B. y J. S. contra Austria*, aprecia discriminación por orientación sexual en la norma que no trata igual a las parejas homosexuales que a las heterosexuales —sin que se justifiquen las razones para la distinción— en el ámbito de los seguros de accidentes y de salud (inicialmente excluyéndolas y después, de forma indirecta, limitando la protección a los convivientes no casados que criaran niños en el domicilio común).

⁶⁴ En este ámbito el Tribunal descarta, en primer lugar, que la situación de una pareja homosexual sea equiparable a la de un matrimonio, precisamente por el diseño de protección contenido en el art. 12 del Convenio al matrimonio, que no es exigible por los homosexuales. A continuación, al comparar la situación de la pareja de personas del mismo sexo con la de una pareja heterosexual no casada concluye, en el caso de la STEDH (Sección 5.ª) de 15 de marzo de 2012, caso *Gas y Dubois c. Francia* (TEDH 2012, 26), que no hay diferencia de trato basada en la orientación sexual de los demandantes, porque en el Derecho francés vigente tampoco las parejas heterosexuales no casadas podían adoptar. En cambio, en la STEDH (Gran Sala) de 19 de febrero de 2013, caso *X y otros c. Austria* (JUR 2013, 53791), se aprecia discriminación cuando la normativa excluye la adopción por la pareja no casada de la madre pero, en cambio, sí la permite cuando se trata de una pareja de distinto sexo.

⁶⁵ TJCE 2011, 125.

jurídica y fáctica análoga a la de una persona casada a los efectos de la pensión de que se trata⁶⁶.

Como puede observarse, en la aplicación de los tratados y del Derecho europeo las denuncias de discriminación que se acaban de referir no se dirigen a lograr el acceso al matrimonio, sino derechos concretos que sí se reconocen a los miembros de las parejas casadas y, a veces también, a las parejas no casadas heterosexuales. En ningún caso se afirma que los ordenamientos deban reconocer tales derechos (la subrogación en el arrendamiento, la adopción, una pensión...) y lo que se discute es si es discriminatorio excluir a las parejas formadas por personas del mismo sexo de derechos reconocidos a otras uniones.

3.1.2. *Protección jurídica de las parejas del mismo sexo*

El recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005 considera que las uniones de personas del mismo sexo no deben ser equiparadas al matrimonio, pero eso no impide a los recurrentes afirmar que «cuestión distinta es que la regulación de las uniones de hecho pueda en su caso dispensar la necesaria protección jurídica a los derechos e intereses, sin duda dignos de protección, que las parejas del mismo sexo puedan requerir».

En la doctrina española las posturas son muy variadas, desde quienes consideran que si es precisa debería dictarse una regulación específica para las uniones homosexuales⁶⁷, pasando por quienes consideran que, con apoyo en lo arts. 10 y 14 CE, es exigible la predisposición por el legislador de una forma institucionalizada para su convivencia, pero niegan que pueda ser el matrimonio⁶⁸, llegando a quienes creen

⁶⁶ Diez años antes, la STJCE (Pleno) de 31 de mayo de 2001, caso *Suecia contra Consejo UE* (TJCE 2001, 152), niega, en cambio, que sin cambiar la norma sean exigibles las asignaciones familiares contempladas en el estatuto únicamente a favor de parejas casadas por una pareja inscrita que, conforme al Derecho nacional sueco del funcionario, goza de efectos jurídicos matrimoniales.

⁶⁷ Así, para Martínez de Aguirre, 2007, págs. 44-45, las uniones homosexuales, en caso de entenderse que precisan una específica regulación jurídica (cosa que, dice, debería ser objeto de consideración y debate específicos), deberían tener un cauce institucional propio adaptado a sus características estructurales y funcionales.

⁶⁸ Rey Martínez, tras excluir que la Constitución admita el matrimonio homosexual, habla de la necesidad de una regulación «para matrimonial» de las uniones homosexuales para evitar la discriminación indirecta, la diferencia jurídica de trato basada en la identidad sexual, que priva al colectivo de los homosexuales de los beneficios individuales y colectivos ligados a la situación matrimonial. Esta exigencia resultaría no del art. 32, sino de los arts. 10 y 14 CE (2005, págs. 141, 154). Para García Rubio, 2005, págs. 1-11, la exigencia constitucional de predisponer una forma institucionalizada para

que el matrimonio entre personas del mismo sexo es una exigencia constitucional⁶⁹.

La STC 198/2012 no afirma que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo sea exigencia constitucional, sino solo una de las posibles opciones de que disponía el legislador para regular las uniones entre personas del mismo sexo⁷⁰. La alternativa fundamental es la regulación de las uniones civiles, adoptada en otros ordenamientos⁷¹ y, entre nosotros, por las leyes autonómicas de uniones no matrimoniales.

En efecto, en España, la opción por la regulación de las parejas no casadas ha sido adoptada ampliamente por las leyes promulgadas por las Comunidades Autónomas. La STC 81/2013 (sobre la Ley madrileña de uniones de hecho)⁷² descarta que las Comunidades sin competencia sobre Derecho civil puedan establecer efectos jurídico-privados, y la STC, Pleno, 93/2013, de 23 de abril, sobre la Ley navarra de parejas estables (FJ 5)⁷³, para apoyar la idea de que matrimonio y convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes —por lo que la Ley autonómica que se ocupa de la «realidad social» de las parejas no invade la competencia estatal sobre formas del matrimonio⁷⁴—, in-

la convivencia entre personas del mismo sexo no implica que deba ser el matrimonio, opción que se enfrenta a la duda de si el concepto constitucional de matrimonio indisponible para el legislador no incluye la heterosexualidad (el trabajo es anterior a la STC 198/2012).

⁶⁹ Rodríguez Ruiz, 2011, pág. 79; Pardo, 2011, pág. 65.

⁷⁰ Literalmente: «Puede concluirse, por tanto, que la ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el art. 32 CE tal y como ha sido interpretado hasta aquí, desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea. El legislador, tal y como sugería el Consejo de Estado en su dictamen de 16 de diciembre de 2004 respecto del anteproyecto de ley por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (expediente núm. 2628-2004), y apunta el Abogado del Estado en sus alegaciones, podría haberse inclinado por otras opciones a la hora de reconocer las uniones entre personas del mismo sexo usando la categoría, empleada en otros países de nuestro entorno, de las uniones civiles, opción que es la que parecen preferir los recurrentes» (penúltimo párrafo del FJ 9).

⁷¹ Si bien hay que advertir que a veces acaba produciéndose una convergencia hacia el matrimonio como institución única, como sucedió en Suecia, que desde la entrada en vigor, en el año 2009, del matrimonio entre personas del mismo sexo ya no admite la constitución registrada de nuevas parejas (<http://law-library.rutgers.edu/ilg/foreign.html>).

⁷² Suplemento al *BOE* 112, de 10 de mayo de 2013, págs. 80-94.

⁷³ Suplemento al *BOE* 123, de 23 de mayo de 2013, págs. 46-82.

⁷⁴ Hay un voto particular de Aragón en el que, de manera razonable, se defiende que solo el legislador estatal ostenta la competencia para regular las uniones de hecho estables como una institución jurídica análoga al matrimonio: a su juicio, el art. 149.1.8.^a abarca cualquier regulación de las parejas estables ligadas por una relación de afectividad análoga a la conyugal, aunque no lleven el *nomen iuris* de matrimonio pero cumplan la misma función social. En la doctrina, con matices distintos, Bercovitz, 2003, págs. 61 y ss.; De Pablo, 2011, pág. 532.

siste en que solo el matrimonio es una institución social garantizada constitucionalmente. Ahora bien, si desde la promulgación de la Ley 13/2005 podía considerarse que, siendo posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, no respondía a ninguna necesidad la regulación de las parejas (puesto que quien quiera efectos institucionales puede casarse)⁷⁵, la STC 93/2013 termina por revalorizar extraordinariamente el matrimonio y devaluar a las parejas, al limitar los efectos jurídico-privados entre los miembros de las parejas no casadas de manera exclusiva a los que pacten entre sí⁷⁶, por entender que así lo exige el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)⁷⁷.

3.1.3. *Cuestión de nombre o cuestión de efectos*

Al referirse a las opciones de que disponía el legislador para regular las uniones entre personas del mismo sexo, la STC 198/2012 también menciona la cuestión del nombre, es decir, la posibilidad de atribuir los efectos matrimoniales mediante una institución que no se llamara matrimonio⁷⁸. La opción del legislador, puede leerse en el párrafo 14 del FJ 9, equivale a «generalizar el régimen único del matrimonio para cualquier persona, independientemente de su orientación sexual, opción ésta ajustada a la Constitución y que parece responder a la lógica de que *dos relaciones jurídicas equiparables* —matrimonio

⁷⁵ Martín-Casals, 2013, pág. 24, en cambio, cree conveniente que el legislador dicte normas para proteger a la pareja de hecho porque también es una forma de familia (art. 39 CE), en particular teniendo en cuenta que los datos confirman que las parejas no son un modelo marginal en la actualidad (vid. Domínguez Folgueras/Castro Martín, 2013, págs. 422-437).

⁷⁶ Aunque con planteamientos distintos, el resultado no es muy diferente al que proponen quienes defienden que el art. 32 garantiza el derecho a no casarse, derecho que no sería respetado si se imponen entre los miembros de una pareja obligaciones matrimoniales (Ferrerres, 1994, págs. 170-171).

⁷⁷ La sentencia llega a esta conclusión, que con otros argumentos me parecería defendible, fundamentalmente mediante una errónea comprensión de lo que son normas dispositivas y normas imperativas (FJ 9).

⁷⁸ La cuestión está relacionada con la idea, declarada políticamente, de que no existe inconveniente en que el contenido, no el nombre, sea el mismo (en la política, Rajoy, presidente del Gobierno: <http://es.answers.yahoo.com/question/index?qid=20110923092215AA5B0FT>, acceso el 28 de agosto de 2013). Ahora bien, si se parte del diseño de una institución «para matrimonial» para las uniones homosexuales que tenga contenidos semejantes al matrimonio, reservado para las uniones heterosexuales, se ha observado que la mejor solución es que se llame también matrimonio: Valladares, 2005, págs. 4-5; Asua, 2007, pág. 19. Gavidia, 2007, pág. 41, señala que si se niega la denominación de matrimonio hay discriminación, porque el Estado no facilita el reconocimiento por otros ordenamientos.

entre personas de distinto sexo y unión civil entre personas del mismo sexo— y con similares efectos reciban la misma denominación».

Con anterioridad a la STC 198/2012, la consideración del matrimonio como «institución social garantizada» había servido para negar la inconstitucionalidad de una norma que privilegiaba al matrimonio y para excluir la necesidad de dotar de los mismos derechos a las personas no casadas⁷⁹. En el caso de parejas del mismo sexo, el célebre auto 222/1994, de 11 de julio, inadmitió el recurso de amparo por ausencia de contenido constitucional de la pretensión del demandante, que alegaba vulneración del derecho a la igualdad por la sentencia que le negó el derecho a percibir una pensión por el fallecimiento de su pareja homosexual. El auto hacía extensibles a las uniones homosexuales, que no podían casarse, las mismas razones que había utilizado el Tribunal Constitucional para las uniones de hombre y mujer⁸⁰, y concluía afirmando «la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo» (pár. 6 del FJ 2).

Con posterioridad a la STC 198/2012, planteado un recurso de amparo —en el año 2004, pero cuya decisión se pospuso a la del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005— similar al que fue inadmitido por el auto 222/1994, el ATC, Pleno, 8/2013, de 15 de enero,

⁷⁹ Señaladamente, en la STC, Pleno, 184/1990, de 15 de noviembre, en relación con una pareja de varón y mujer que sí podían contraer matrimonio (Suplemento al *BOE* 289, de 3 de diciembre de 1990, págs. 31-36).

⁸⁰ En los párrafos 4 y 5 del FJ 2 del auto 222/1994 puede leerse: «Una razón esencial para ello es que al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990). Este argumento viene avalado, además, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que opera aquí como canon de interpretación, al amparo de lo previsto en el art. 10.2 CE. En sendas Sentencias (caso Rees, 17 de octubre de 1986, y caso Cossey, 27 de septiembre de 1990), ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; y, que todo depende de la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante las leyes el ejercicio del derecho de casarse».

no solo no lo inadmite, sino que plantea la cuestión interna de inconstitucionalidad, por oposición al art. 14.2 CE, de la norma que —en la redacción de 1994— solo atribuía pensión de viudedad al cónyuge supérstite. El argumento, ahora sí, es que la lesión denunciada contra la resolución del año 2002 que denegó la pensión al conviviente homosexual sitúa la lesión en la misma norma legal en que se basaba la decisión denegatoria: al no existir en ese momento posibilidad de contraer matrimonio, las parejas del mismo sexo nunca podían encontrarse en la situación legal, que exigía el matrimonio para generar el derecho.

El planteamiento de la cuestión interna de inconstitucionalidad y la suspensión del plazo para dictar la sentencia de amparo abren la puerta a un cambio de criterio por el Tribunal Constitucional⁸¹. Toda la conexión con el principio de igualdad y la discriminación parece supeditarse a la posibilidad o no de contraer matrimonio, como un cauce que abre las puertas en bloque a todos los derechos, sin atender a las circunstancias valoradas para otorgar las pensiones de viudedad, dando por supuesto que es razonable que se hagan depender del matrimonio. Vuelve a aparecer la idea del matrimonio como elemento relevante, como propiedad privilegiada para el reconocimiento de efectos.

3.2. *El principio de igualdad y las situaciones desiguales*

El recurso interpuesto contra la Ley 13/2005 denunciaba infracción del art. 14 CE, en relación con los arts. 1.1 y 9.2, relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual. En el desarrollo de este motivo se expone que «tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales no es un acto de discriminación sino de justicia, que también es un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico a tenor del art. 1.1 CE»⁸². Detrás de estas ideas aparecen los argumentos que apoyan la tesis de que el matrimonio, como «bien» protegido por la «garantía institucional», requeriría la introducción de una desigualdad respecto de otras formas de convivencia distintas⁸³. Desigualdad que no sería contraria al principio

⁸¹ Hay un voto particular de Ollero que entiende que no se niega ningún derecho, pues las posibles consecuencias menos favorables derivarían, en su opinión, de una situación generada por una normativa nueva y el legislador pudo, y no quiso, contemplar la situación del demandante en amparo en la Ley 13/2005.

⁸² El argumento aparece también en el Informe que emitió la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

⁸³ Ideas semejantes se plantean también en los votos particulares de la STC alemán de 17 de julio de 2002 redactados por Papier y Haas, para los que la garantía del matri-

de igualdad, por no serlo el tratamiento desigual de lo desigual⁸⁴. Pero el Tribunal Constitucional, con apoyo en su doctrina de que el art. 14 no consagra un derecho a la desigualdad de trato, que la «discriminación por indiferenciación» no puede situarse en el ámbito de protección del art. 14, concluye que no es arbitrario y, por tanto, no es inconstitucional el trato igual (FF.JJ. 3 y 4)⁸⁵.

Los análisis del principio de igualdad muestran que es fructífero distinguir la «exigencia» (como orden, mandato) de la mera «posibilidad» de aplicar una igualdad de trato. El mandato de igualdad de trato permite negar que se pueda exigir un trato igual cuando hay razones para permitir un trato desigual, pero no impone un trato desigual de las situaciones distintas: para que haya un mandato de trato desigual son exigibles razones suficientes que justifiquen esa desigualdad⁸⁶. Este modo de razonar no es ajeno al de algunas de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a las que me he referido ya en este trabajo, y que para considerar que no hay discriminación exigen que la exclusión de ciertos derechos o relaciones de las parejas homosexuales — frente a las heterosexuales no casadas — venga requerida para lo-

monio conlleva privilegiar a este frente a otras uniones. En el caso se discutía la constitucionalidad de la Ley que permitía la inscripción de parejas del mismo sexo. El núcleo del debate se centraba en la compatibilidad de tal norma con la garantía del instituto matrimonial consagrada en la Constitución. La mayoría entendió que la garantía del instituto no exige que el legislador establezca reglas para la forma de vida matrimonial, pero que no impide que tome elementos estructurales singulares que identifican (junto a otros) al matrimonio, como la estabilidad de la relación, como punto de referencia para la regulación de otras formas de vida en común. Sobre la sentencia, vid. la información en Obermeyer, 2004, especialmente pág. 396.

⁸⁴ Con otra finalidad y en otro contexto, sobre los derechos de protección y su consideración como derechos subjetivos, vid. la exposición de Alexy, especialmente pág. 398.

⁸⁵ Conviene advertir que la doctrina que ha cuestionado la rotundidad con la que el Tribunal Constitucional ha formulado su teoría y entiende que, de forma más matizada, el principio de igualdad debe amparar la exigencia de un trato diferente en aquellos casos en los que la indiferenciación resulte injustificada, hace su propuesta con la finalidad de evitar la aplicación de normas que restringen derechos (Cobrerros, 2007, especialmente págs. 92 y 109). La propuesta trata de beneficiar a quien, si no se tiene en cuenta que su hecho diferencial específico y relevante queda perjudicado, no trata de excluir que los beneficios se puedan extender a los desiguales.

⁸⁶ La asimetría entre norma de igualdad de trato y norma de desigualdad de trato tiene como consecuencia que el principio general de igualdad puede ser interpretado en el sentido de un *principio de igualdad* que, *prima facie*, exige un trato igual y solo permite un trato desigual si puede ser justificado por razones contrapuestas. Extensamente, sobre la estructura del mandato de igualdad en la creación del derecho, la igualdad como principio y el mandato de trato igual y de trato desigual, Alexy, 2007, págs. 347-382, especialmente pág. 363.

grar el fin (legítimo) de proteger a la familia tradicional cuando ese es el fin declarado de la norma⁸⁷.

En el caso que nos ocupa, la STC 198/2012 no entiende que sea exigible la igualdad de trato entre parejas del mismo y de distinto sexo, pero considera que hay razones que la permiten. La sentencia se limita a proponer una interpretación del principio de igualdad que no se opone al trato igual de situaciones que son diferentes. En particular, ese trato igual consiste en la atribución del ejercicio de un derecho que permite a las uniones entre personas del mismo sexo el acceso en bloque al estatus matrimonial. La cuestión tiene importancia, tanto por las razones que justifican la ampliación del matrimonio a las uniones homosexuales como por la relevancia que se otorga al estado matrimonial.

Los argumentos que toma en consideración el Tribunal Constitucional son los que apoyan la decisión del legislador, para lo que la sentencia tiene en cuenta la declaración de la exposición de motivos de la Ley. Tales motivos se formulan con tal amplitud que manifiestan la irrelevancia del contenido matrimonial, de los efectos concretos pretendidos con el reconocimiento del acceso al matrimonio. Importa el nombre, la consideración social. Los contenidos del matrimonio parecen resultar intrascendentes a efectos de la valoración constitucional de la decisión de la apertura del matrimonio a las uniones de personas del mismo sexo. Por otra parte, la justificación esgrimida por el Tribunal Constitucional (en el tercer párrafo del FJ 4) acerca de la finalidad perseguida por el legislador —y que se basa en la «promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de la personalidad, la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere» (arts. 1, 9 y 10) y en la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación (art. 14)— no apunta en la dirección de que sea posible un trato igual. Más que permitir un trato igual, estos argumentos lo exigirían, puesto que se trataría de eliminar una discriminación⁸⁸.

⁸⁷ El razonamiento no coincide, en cambio, con el que hace la STC 198/2012 en el FJ 11, desde otro punto de vista, acerca de si la regulación introducida por la Ley 13/2005 impide o no el ejercicio del derecho a contraer matrimonio por parte de las personas heterosexuales y si se reduce o no su esfera de libertad: los términos en los que aquí planteo el problema apuntan, en cambio, a la pregunta de si la garantía del derecho del hombre y la mujer a casarse exige que no se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁸⁸ El argumento lo retoma la STC 198/2012 en el último párrafo del FJ 11, donde, tras afirmar que no corresponde al Tribunal enjuiciar si la opción del legislador era la más adecuada, añade a continuación que la opción del legislador se inscribe en la lógica de

Formalmente, la sentencia 198/2012 no se hace eco del argumento de la discriminación, que es una idea clave para los defensores del matrimonio entre personas del mismo sexo⁸⁹, ni tampoco de las doctrinas que defienden la existencia de una nueva generación de derechos humanos que incluiría en la actualidad los *love rights*, que exigirían un reconocimiento de igual trato a las parejas homosexuales y heterosexuales⁹⁰. Sin embargo, por lo dicho, las afirmaciones de la sentencia acerca de la existencia de una explicación racional de la apertura del matrimonio a personas del mismo sexo responden más a esta filosofía que a la de la mera explicación de la falta de prohibición de un trato desigual, para lo que hubiera sido suficiente con razonar que las normas que reconocen el derecho a casarse del hombre y la mujer —y tratan de proteger a la familia matrimonial— no exigen que se impida el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Este último planteamiento me parece preferible para razonar acerca de si la apertura del matrimonio a personas del mismo sexo es o no contraria a la Constitución. El punto de partida sigue siendo que no hay un derecho constitucional⁹¹, no está garantizado constitucionalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que permitiría legislar nuevamente sobre la materia y excluirlo⁹². Si no es un derecho

los derechos fundamentales y la no discriminación: «De este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la *plena efectividad de los derechos fundamentales* (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4), además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8), sin perjuicio de que se puede reconocer que el mecanismo elegido por el legislador para dar ese paso no era el único técnicamente posible» (pár. 4 del FJ 11).

⁸⁹ Y que suele rebatirse con la afirmación de que no existe discriminación porque a los homosexuales también se les permite casarse (la idea aparece en el recurso de inconstitucionalidad). Naturalmente que este tipo de razonamiento solo tiene en cuenta la aplicación del principio de igualdad desde el punto de vista de los hechos que se analizan y prescinde de toda consideración del principio de igualdad desde el punto de vista de las consecuencias (que a los homosexuales se les niega la posibilidad de que su relación sea reconocida con la fuerza y el valor que se reconocen a la relación matrimonial). Sobre la ambigüedad de los conceptos trato igual y desigual y la posible referencia a la igualdad atendiendo a los actos o a las consecuencias, Alexy, 2007, pág. 367.

⁹⁰ Wintemute, 2005, págs. 186-291.

⁹¹ La doctrina de la STEDH de 24 de junio de 2010, que niega que el art. 12 de la Convención imponga a los Estados la obligación de admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y se remite a lo que establezca cada legislador nacional, confirma que no está reconocido tampoco como un derecho humano.

⁹² García Rubio, 2005, pág. 3; Matía Portilla, 2011, pág. 2275. En contra, Presno, 2011, págs. 2247 y ss., para quien la derogación de la Ley 13/2005, de modo que el matrimonio volviera a ser en exclusiva una unión heterosexual, sería inconstitucional; claro que el autor parte de que el art. 32 CE tiene un carácter «abierto» que no avala una interpretación excluyente del matrimonio, por lo que la derogación implicaría la privación

constitucionalmente reconocido, tampoco existe un contenido esencial que el legislador esté obligado a respetar⁹³.

Se ha sugerido que, con el paso del tiempo, admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, su supresión podría llegar a considerarse discriminatoria⁹⁴. La cuestión tendría que ver de alguna manera con el fenómeno de la mutación constitucional⁹⁵ de modo que, sin que se haya producido una reforma, la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, seguida de una realidad social normalizadora del matrimonio entre personas del mismo sexo, acabarían conduciendo al resultado de que la interpretación señalada, según la cual la Constitución no garantiza tal matrimonio, deje de ser conforme con la Constitución. Lo cierto es, sin embargo, que si para la sociedad española llegara a considerarse en algún momento que el matrimonio entre personas del mismo sexo no puede derogarse, y que es la fórmula necesaria de institucionalización de la convivencia entre personas del mismo sexo, se habrá producido no un cambio en la interpretación de la Constitución, sino las condiciones para una reforma constitucional que garantice tal derecho, y que muy posiblemente no se daban cuando se aprobó la Ley 13/2005⁹⁶.

del derecho al matrimonio a las personas por razón de orientación sexual, vedada por el art. 14 CE (pág. 2252).

⁹³ En un contexto constitucional y legislativo diferente puede mencionarse, sin embargo, la sentencia *Supreme Court of The United States. United States v. Windsor, Executor of the Estate of Spyer, et al., No. 12-307. Argued March 27, 2013 – Decided June 26, 2013*. La sentencia no considera que la Constitución imponga a los Estados la obligación de admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero entiende que la norma federal que establecía que a efectos de las leyes federales solo eran matrimonios los formados por personas de distinto sexo hacía a los matrimonios formados por personas del mismo sexo de segunda clase o condición, atentando contra la dignidad que atribuye el matrimonio en la sociedad y con la finalidad perseguida por las leyes estatales que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo (accesible en www.law.cornell.edu/supremecourt/text/12-307?).

⁹⁴ Asua cree que a medida que pase el tiempo se consolidará la inconstitucionalidad de la derogación (2007, pág. 21). Antes de la Ley, Pantaleón defendía que el matrimonio era la mejor solución legal para institucionalizar las uniones homosexuales, no prohibidas por la Constitución, y que llegaría un momento en que la conciencia social lo exigiría para evitar discriminación (1998, pág. 70).

⁹⁵ Sobre la mutación constitucional como expresión de los cambios sociales y de la adaptación de la interpretación de las normas, que se enmarca en un *continuum* interpretativo, Balaguer, 1997, págs. 33-35. Cree Pardo, 2011, pág. 66, que es lo que ha pasado con el art. 32 CE y el matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁹⁶ En la experiencia norteamericana, con una Constitución mucho más antigua que la nuestra, algunas reformas constitucionales han venido facilitadas por previas interpretaciones que cuando se formularon se alejaban del texto original y no hubieran sido aceptadas como una reforma (Strauss, 2010, pág. 132).

4. *Matrimonio y adopción*

Las parejas integradas por personas del mismo sexo reivindican para sí el acceso al matrimonio no solo como cauce de legitimación social de su relación, sino también como vía para la creación de una familia, incluida la crianza de niños, para lo que al no ser naturalmente aptas por la propia estructura de la relación deben recurrir, fundamentalmente, a la adopción y al uso de técnicas de reproducción asistida⁹⁷. De esta forma, se pretende poner en alza tanto los valores simbólicos y estratégicos del matrimonio como las ventajas que derivan de la tendencial mayor estabilidad del matrimonio (al menos exige un procedimiento formal de disolución), también para los menores que son criados por parejas del mismo sexo⁹⁸.

Al acoger estas aspiraciones, el legislador español ha ido más lejos que otros legisladores que, institucionalizando las parejas del mismo sexo (o permitiéndoles el matrimonio), han excluido la adopción, limitándola a las uniones heterosexuales, básicamente por razones de fidelidad al modelo natural de la filiación y por considerar que, desde el punto de vista del menor, es dudoso que resulte conveniente tener dos padres o dos madres⁹⁹. Se trata de un tema sensible que en las encuestas de opinión tiene menor aceptación social que el matrimonio¹⁰⁰.

⁹⁷ La admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo y, más ampliamente, el reconocimiento de las unioness homosexuales acaban repercutiendo en el régimen de la adopción (el menor puede tener dos padres o dos madres), pero también en la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida (mujer casada con otra mujer, maternidad subrogada en el caso de dos varones casados entre sí): Barber, 2011, págs. 547-548; Carrascosa, 2011, pág. 501. El debate, fuera y dentro de nuestro país, tiende a diluirse en la consideración de una «filiación» social y psicológica que, con respaldo jurídico, se iría alejando cada vez más de la realidad biológica (lo apunta Giroux, 2006, pág. 40).

⁹⁸ El argumento se utiliza a favor de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo (García Pechuán, 2012, pág. 2288).

⁹⁹ Un resumen del estado de la cuestión en diferentes países y de las razones (que el autor no comparte) en contra de la adopción conjunta por personas del mismo sexo, en Wintemute, 2005, pág. 204. Aunque también se ha discutido, la adopción por una persona sola homosexual ha sido más fácilmente admitida. Una vez aceptada por el Derecho nacional la adopción por persona sola, la exclusión de la adopción por la orientación sexual del adoptante se considera discriminatoria: en particular, el TEDH excluyó primero que pudiera denegarse la patria potestad por razones de orientación sexual (caso *Salgueiro da Silva c. Portugal*, sentencia de 21 diciembre 1999, TEDH 1999, 72) y después la adopción por persona sola (sentencia de 26 febrero 2002, caso *Fretté c. Francia*, TEDH 2002, 10; sentencia de 22 enero 2008, caso *E. B. c. Francia*, TEDH 2008, 4).

¹⁰⁰ Según un estudio de la Fundación BBVA sobre actitudes sociales de los españoles, *Retrato social de los españoles, julio 2007* (http://www.fbbva.es/TLFU/dat/actitudes_sociales.pdf), mientras que el matrimonio entre personas del mismo sexo era acep-

Frente a lo que es denominador común de las regulaciones autonómicas, donde se admite la adopción conjunta por los miembros de las parejas no casadas¹⁰¹, tras la Ley 13/2005 se permite la adopción conjunta por dos personas del mismo sexo que estén casadas entre sí (art. 175.4 CC), pero, en cambio, expresamente solo se permite la adopción conjunta por una pareja estable —no casada— heterosexual (disp. adic. 3.ª Ley 21/1987, que no se modifica en 2005¹⁰²). En este sentido, la exclusión de la adopción conjunta por los miembros de una pareja del mismo sexo no es coherente con el criterio del TEDH expuesto ya en este trabajo, y que para apreciar si hay discriminación por orientación sexual en el Derecho nacional que niega la adopción por la pareja femenina de la madre tiene en cuenta la comparación con la posibilidad de adoptar o no en el mismo ordenamiento por las parejas heterosexuales¹⁰³.

El recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005 la impugna por considerar que, al posibilitar la adopción conjunta de menores por matrimonios entre personas del mismo sexo, resulta contraria al mandato de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE). Frente a este argumento, la STC 198/2012 defiende que la eventual lesión del art. 39.2 CE se produciría si la legislación en materia de adopción no garantizase que en el procedimiento de adopción el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor y —con cita de la STC 176/2008, que se refiere a un caso distinto, régimen de visitas de un progenitor transexual— afirma que «lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores» (FJ 12). La misma explicación es reiterada posteriormente en la STC 93/2013 (FJ 12) en relación con la adopción conjunta por los

tado por el 57,6% de los encuestados, la adopción de un niño por una pareja de homosexuales era aceptada por el 43,8% (respondían de manera «neutra» el 11,2%, en contra el 41,7% y no saben/no contestan el 3,2%).

¹⁰¹ A modo de ejemplo, el art. 312 del Código foral de Aragón establece que «las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente».

¹⁰² Salvo que se argumente que, una vez admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, la mención que contiene la citada disposición al hombre y la mujer integrantes de una pareja debe extenderse a las parejas integradas por personas del mismo sexo.

¹⁰³ Desde la perspectiva del Tribunal Europeo y en la lógica de la discriminación por orientación sexual, no podría admitirse como suficiente justificación de esa diferencia de trato que la exigencia del matrimonio solo para un tipo de pareja —la integrada por personas del mismo sexo— obedezca a la mayor estabilidad que presupone la institución matrimonial para unas relaciones —las homosexuales— que pueden considerarse más inestables.

miembros de una pareja regulada en la Ley navarra de parejas estables.

El debate, por tanto, no se plantea como un efecto del matrimonio, a pesar de que en el caso de la legislación estatal haya sido la apertura del matrimonio a uniones formadas por personas del mismo sexo el detonante del análisis de la cuestión por el Tribunal Constitucional. Con independencia del sexo de sus integrantes, el tema es ajeno al contenido esencial del matrimonio, porque no existe un derecho a adoptar, y la perspectiva necesariamente debe ser el interés del menor. La eventual exclusión de la posibilidad de adopción conjunta por los esposos debería ser abordada desde el punto de vista del interés del menor, que aconseja que se permita la adopción conjunta. Con carácter general, las razones para el reconocimiento de una filiación que no tiene lugar por naturaleza nunca pueden ser, por delante del interés del menor, los deseos de los miembros de una pareja de ser padres. Por lo que se refiere a la adopción por personas del mismo sexo, la trascendencia del interés del menor, que es de orden público constitucional, obliga a la máxima cautela, y la falta de unanimidad de los especialistas acerca de los efectos sobre el menor podría justificar que no se produjera la equiparación¹⁰⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (1982): *Curso de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona.
- ALBALADEJO, M./DÍAZ ALABART, S. (2013): *Curso de Derecho civil*, IV, 12.ª ed., Edisofer, Madrid.
- ALEXY, R. (2007): *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., trad. y estudio introductorio de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALONSO GARCÍA, E. (1984): *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ASUA GONZÁLEZ, C. (2007): «El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos *ad intra* y *ad extra*», *TEORDER*, 2, págs. 6-27.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2007): «Constitución y argumentación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 24, págs. 197-228.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (1997): *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid.
- BAÑO LEÓN, J. M. (1988): «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *REDC*, 8, 24, págs. 155-179.

¹⁰⁴ La solución legal es apoyada por quienes la aplauden con la cita de estudios que respaldarían que los menores criados por parejas de homosexuales evolucionan bien, contrarrestados por otros que advierten de consecuencias psicológicas que pueden padecer los niños. Vid. datos en uno y otro sentido en Fontana, 2005, págs. 27 y ss.

- BARBER CÁRCAMO, R. (2011): «La filiación adoptiva», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. V, dirs. Yzquierdo/Cuena, Thomson-Reuters, Pamplona, págs. 509-632.
- BERCOVITZ, R. (2003): «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *Derecho Privado y Constitución*, 17, págs. 61-88.
- (2004): «El matrimonio entre homosexuales», *Aranzadi Civil*, 15/2004 (BIB 2004, 1736).
- CANOSA USERA, R. (2005): «Interpretación constitucional y voluntad democrática», en *Interpretación constitucional*, I, coord. Ferrer MacGregor, Editorial Porrúa, Méjico, págs. 237-259.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2007): *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*, Iustel, Madrid.
- CARRASCO PERERA, A. (1984): «“El juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional», *REDC*, 4, 11, págs. 39-106.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011): «La filiación en el Derecho internacional privado», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. V, dirs. Yzquierdo/Cuena, Thomson-Reuters, Pamplona, págs. 459-507.
- CARRIÓN, S. (1994): «Artículo 46», en *Matrimonio y divorcio*, 2.ª ed., coord. J. L. La-cruz, Civitas, Madrid.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. M. (1994): *Derecho civil español común y foral*, T. IV, vol. 1.º, 12.ª ed., rev. G. García Cantero/J. M. Castán, Reus, Madrid.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2013): «Constitucionalidad de la ley 13/2005, sobre el matrimonio homosexual: un ejemplo, hoy, de interpretación sociológica o evolutiva, fundada en razones de igualdad», *RPD*, 97, 2, págs. 25-86.
- CIDONCHA MARTÍN, A. (2009): «Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial», *Teoría y Realidad Constitucional*, 23, págs. 147-186.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (2007): «Lo que sí es y lo que no es el matrimonio», *ADC*, 60, 1, págs. 259-279.
- COBREROS MENDAZONA, E. (2007): «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *REDC*, 81, págs. 71-114.
- COMANDUCCI, P. (2005): «Modelos e interpretación de la Constitución», en *Interpretación constitucional*, I, coord. Ferrer MacGregor, Editorial Porrúa, Méjico, págs. 469-499.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1989): «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *REDC*, 9, 25, págs. 35-62.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2011): «Matrimonio civil y sistema matrimonial», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, dirs. Yzquierdo/Cuena, Thomson-Reuters, Pamplona, págs. 427-538.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. (2008): *Sistema de derechos fundamentales*, 3.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A. (1982, 2006): *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 2.ª ed., 10.ª ed., Tecnos, Madrid.
- DOMÍNGUEZ FOLGUERAS, M./CASTRO MARTÍN, T. (2013), «Cohabitation in Spain. No Longer a Marginal Path to Family Formation», *Journal of Marriage and Family*, 75, págs. 422-437.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1996): «Artículo 32. Derecho al matrimonio», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T. III, dir. O. Alzaga Villaamil, Eder-sa, Madrid, págs. 447-489.

- ESPINAR VICENTE, J. M. (2003): «Sobre la urgente necesidad de reformar la regulación jurídica del matrimonio», *Actualidad Civil*, 19, LA LEY 726/2003, laleydigital.es.
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. (2006): «La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual», *Foro*, Nueva Época, 3/2006, págs. 93-112.
- FERRER MACGREGOR, E. (coord.) (2005): *Interpretación constitucional*, Editorial Porrúa, Méjico.
- FERRERES COMELLA, V. (1994): «El principio de igualdad y el derecho a no casarse», *REDC*, 14, 42, págs. 163-196.
- FONTANA ABAD, M. (2005): «La diferencia como factor constitutivo de la identidad personal: un estudio acerca de la adopción por parejas homosexuales», en *La reforma del modelo de familia en el Código civil español*, Comares, Granada, págs. 21-40.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (1994): *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid.
- GÁLVEZ, J. (1985): «Artículo 32», en *Comentarios a la Constitución*, dir. F. Garrido Falla, Civitas, Madrid, págs. 678-690.
- GARCÍA CANTERO, G. (2006): «Sobre el llamado “matrimonio homosexual”. Análisis de algunas cuestiones debatidas», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, págs. 1561-1580.
- GARCÍA PECHUÁN, M. (2012): «Última evolución jurisprudencial en Estados Unidos y Alemania sobre la noción constitucional de matrimonio: puntos de convergencia y perspectiva de la pendiente decisión de la justicia constitucional española sobre el matrimonio homosexual», en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a A. Torres del Moral*, Editorial Universitas, Madrid, págs. 2279-2303.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2005): «La modificación del Código civil en materia de Derecho a contraer matrimonio», *La Ley*, 6359, 11 págs.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2005): «El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 13, págs. 133-164.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (2007): «La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y una unión libre (Análisis crítico de la constitucionalidad del Matrimonio Homosexual y del llamado “Divorcio Express”)», en *La reforma del matrimonio (leyes 13 y 15/2005)*, coord. Julio Vicente Gavidia Sánchez, Madrid, págs. 21-79.
- GIROUX, M. (2006): «Le mariage homosexuel: perspective québéco-canadienne», en *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, dir. S. Navas, Reus, Madrid, págs. 17-44.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1992): «Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución», *RDP*, 36, págs. 207-223.
- GUASTINI, R. (2008): *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de M. Carbonell/P. Salazar, Trotta, Madrid.
- HÄBERLE, P. (2010): «Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas», trad. de F. Balaguer Callejón, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 13, págs. 379-414 (disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE13articulos/Haerberle.htm>).

- HATTENHAUER, H. (1981): *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, 2.ª ed. refundida y ampliada, trad. de M. Izquierdo Macías-Picavea, Edersa, Madrid.
- (1987): *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico dogmática*, trad. de G. Hernández, Ariel Derecho, Barcelona.
- IBÁN, I. C. (1980): «El matrimonio en la Constitución», *RDP*, 64, 1, págs. 137-145.
- LACRUZ BERDEJO (1947): *Apuntes de Derecho de Familia (curso 1947-1948)*, ejemplar mecanografiado, Zaragoza.
- LACRUZ/SANCHO (1974, 1984): *Derecho de familia*, Librería Bosch, Barcelona.
- LUNA SERRANO, A. (1994): «La reforma de la legislación matrimonial», en *Matrimonio y divorcio*, 2.ª ed., coord. J. L. Lacruz, Civitas, Madrid.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2011): *Manual de Derecho civil. Derecho de Familia*, coord. R. Bercovitz, Madrid.
- MARTÍN-CASALS, M. (2013): «El derecho a la “convivencia anómica en pareja”: ¿Un nuevo derecho fundamental? (Comentario general a la STC de 23.4.2013, RT 2013, 93)», *www.indret.com*, Barcelona.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M. (2008): *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant Monografías, Valencia.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2007): «A cada uno su familia, a cada familia su Derecho (Aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)», *TEORDER*, 2, págs. 28-47.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. (1997): *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (2011): «Principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales», en MARTÍNEZ-PUJALTE/TOMÁS DE DOMINGO, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría e implicaciones prácticas*, Comares, Granada, págs. 57-83.
- MARTÍN-RETORTILLO, L./DE OTTO Y PARDO, I. (1988): *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid.
- MATÍA PORTILLA, F. J. (2012): «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites de actuación del segundo», en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a A. Torres del Moral*, Editorial Universitas, Madrid, págs. 2257-2276.
- NACIONES UNIDAS (2012): *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, Nueva York/Ginebra (disponible en español en www.ohchr.org/Documents/.../BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf?; acceso 27 julio 2013).
- NAVARRO-VALLS, R. (1995): *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid.
- OLLERO TASSARA, A. (1989): *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (2012): «No discriminación y nuevos derechos. Las relaciones homosexuales ante el Tribunal Constitucional», Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Publicaciones Académicas (disponible en <http://www.racmyp.es/docs/anales/A90/A90-12.pdf>).
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1988): «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho. Ponencia», en *Uniones de hecho*, eds. J. M. Matinell/M. T. Areces Piños, Ediciones de la Universitat de Lleida, págs. 67-81.

- PARDO FALCÓN, J. (2011): «El matrimonio homosexual, un derecho constitucional: algunas consideraciones básicas a la espera del TC», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 24, págs. 60-67.
- PÉREZ CÁNOVAS, N. (2005): «El matrimonio homosexual», *Actualidad Civil*, 20, págs. 2442-2451.
- PÉREZ ROYO, J. (2010): *Curso de Derecho constitucional*, rev. Carrasco Durán, Marcial Pons, Madrid.
- PRESNO LINERA, M. A. (2012): «El matrimonio de las personas transexuales y homosexuales», en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a A. Torres del Moral*, Editorial Universitas, Madrid, págs. 2239-2254.
- PULIDO QUECEDO, M. (2004): «El matrimonio de homosexuales ante el Tribunal Supremo de Canadá», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 17/2004 (BIB 2004, 1857).
- RAMOS CHAPARRO, E. J. (2006): «Comentario crítico a la ley 13/2005 sobre matrimonio homosexual», *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, 1, págs. 2035-2046.
- REY MARTÍNEZ, F. (2005): «Homosexualidad y Constitución», *REDC*, 73, págs. 111-156.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2011): «Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear», *REDC*, 91, págs. 69-102.
- SAINZ MORENO, F. (ed.) (1980): *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, 3 tomos, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2004): *Principios de Derecho administrativo general*, I, Iustel.
- STRAUSS, D. A. (2010): *The Living Constitution*, Oxford University Press, Nueva York.
- TARELLO, G. (2002): *Cultura jurídica y política del Derecho*, ed. al cuidado de J. L. Monereo, Comares, Granada.
- TIRAPU MARTÍNEZ, D. (2011): «La cuestión no cerrada del llamado matrimonio homosexual», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 26.
- VALLADARES RASCÓN, E. (2005): «El derecho a contraer matrimonio y la Constitución», *Aranzadi Civil*, 9 (BIB 2005, 1388).
- VALLIÈRES, A. (2007): «La prohibición del matrimonio entre cónyuges del mismo sexo como discriminación por razón de orientación sexual (Un comentario a la sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo del Tribunal Supremo de Canadá)», trad. de L. Jimena, *Revista de Derecho Político*, 68, págs. 297-312.
- WINTEMUTE, R. (2005): «From “Sex Rights” to “Love Rights”: Partnership Rights as Human Rights», en *Sex Rights: The Oxford Amnesty Lectures, 2002*, Oxford University Press, Oxford, págs. 186-224.
- WRÓBLEWSKI, J. (1985): *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Cuadernos Civitas, Civitas, S.A., Madrid.

