

**Análisis jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012
de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del
matrimonio entre personas del mismo sexo en España**

**Legal analysis of the Constitutional Court ruling 198/2012 on 6
november 2012 on the constitutionality of marriages between persons
of same – sex in Spain**

ALEJANDRO VILLANUEVA TURNES¹

Sumario: I. PLANTEAMIENTO. II. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. III. VALORACIÓN CRÍTICA

Summary: I. APPROACH. II. CONTENT OF THE JUDGEMENT. III. CRITICAL APPRAISAL

Resumen: el presente trabajo consiste en un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 que trata el recurso de inconstitucionalidad promovido respecto de la Ley 13/2005 por la cual se modifica el Código Civil para incluir en el mismo la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y las consecuencias jurídicas del mismo como la opción de que se pueda adoptar. A lo largo del comentario se explicará, en primer lugar, cual ha sido la postura adoptada por el Tribunal Constitucional respecto de este tema y los argumentos básicos que ha empleado para apoyar su decisión, y en segundo lugar, se realizará una valoración crítica de la sentencia en su conjunto.

Palabras clave: Matrimonio entre personas del mismo sexo. Reforma del Código Civil. Adopción.

Abstract: This work consists in a commentary of the Constitutional Court ruling 198/2012 that resolves the constitutional action about the Law 13/2005 amending the Civil Code to include the possibility of marriages between persons of same – sex and its legal implications for example the option of adopt a child. The commentary explain the position adopted for the Constitutional Court and summarize the reasoning of the opinión, furthermore the commentary include a critical assessment for a generally ruling.

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, especializado en Derecho Público. Desde Septiembre del 2014 doctorando en Derecho en la misma universidad.
alexvitur@gmail.com.

Key Words: Marriages between person of same – sex. Amending the Civil Code. Adoption.

I. PLANTEAMIENTO

En el año 2005, se produce en España una importante reforma que afecta al Código Civil. Esta reforma se realiza mediante la aprobación de la Ley 13/2005 de 1 de julio, y su punto clave se situaba en la posibilidad de que personas del mismo sexo pudiesen contraer matrimonio; concretamente se estableció que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». En la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, el Tribunal Constitucional se pronunció en relación a esta reforma.

El recurso fue presentado por sesenta y un diputados del Partido Popular que entendían que dicha reforma era contraria al artículo 32 de la Constitución Española de 1978, que reza del siguiente modo: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

De acuerdo con la doctrina constitucional española, el matrimonio es una garantía institucional y un derecho constitucional. De este modo, y desde un punto de vista objetivo, debe gozar de una protección jurídica que, en todo caso, garantice que el legislador no suprima ni vacíe de contenido la imagen de la institución. Asimismo, en su vertiente subjetiva el Tribunal Constitucional ha de garantizar al titular del derecho que la posición jurídica derivada del reconocimiento del derecho no queda eliminada o desnaturalizada por el legislador ordinario.

El fallo de la sentencia fue la declaración de constitucionalidad por parte de siete magistrados emitiéndose un total de cuatro votos particulares.

II. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

Los sesenta y un diputados que recurrieron la mencionada reforma, alegaron como motivo fundamental del recurso, que esta era en realidad una reforma encubierta de la Constitución, vulnerando el carácter básico de la institución matrimonial.

A la vez, también es alegado el argumento de que equiparar los derechos entre personas del mismo y distinto sexo sería algo contrario al principio de igualdad, ya que no se tendría en cuenta que son realidades distintas y por ello deben tener un trato diferente.

Dentro de la fundamentación jurídica, hay que prestar especial atención a la referida a determinar si esta reforma lleva consigo una vulneración del artículo 32 de la Constitución en su doble carácter de garantía institucional y de derecho constitucional.

En este punto es necesario hacer una breve referencia individualizada de estos dos conceptos. En primer lugar, el término de garantía institucional es un concepto que nace a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, dónde se establece que se persigue la protección de instituciones fundamentales dentro del orden constitucional que simplemente han sido enunciadas y no desarrolladas por la Carta Magna. En lo que se refiere al matrimonio como una garantía institucional, el Alto Tribunal establece que las modificaciones introducidas en el Código Civil mediante la Ley 13/2005 mantienen dicha institución de forma reconocible para la imagen que se tiene de la misma, concretamente dice en su Fundamento Jurídico 9 que «la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el Legislador».

Lo que trata de hacer el Tribunal es determinar si el matrimonio entre personas del mismo sexo está integrado en la cultura jurídica española. Hay que tener en cuenta que el artículo 32 da un margen de actuación bastante elevado, y tal y como se ha señalado hace un instante, el desarrollo de la institución del matrimonio realizada por el legislador en el año 2005, es conforme a la cultura jurídica «sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea» (FJ 9).

En lo que se refiere al matrimonio como derecho constitucional, lo que se hace es determinar si la reforma ataca el contenido del derecho que se encuentra en la Constitución. Respecto de esto, el Tribunal considera que el hacer un reconocimiento del derecho al matrimonio para todas las personas, con independencia de que sea entre personas del mismo o de distinto sexo, no desnaturaliza el derecho ni crea un derecho nuevo y mucho menos supone un impedimento para que una pareja heterosexual pueda o no contraer matrimonio libremente. Se considera que esta reforma se incluye dentro del mandato que el constituyente de 1978 estableció, por un lado, en el artículo 9.2 de la Constitución relativa a la promoción de la igualdad y libertad del individuo, y por otro lado, en el artículo 14 de la misma norma, donde se incluye la no discriminación por razón de orientación sexual

El Tribunal Constitucional en esta Sentencia considera que la reforma operada por el legislador es una opción correcta que no altera el contenido esencial de la institución matrimonial y para ello, alude a una interpretación evolutiva del texto constitucional, atendiendo a la interpretación del mismo en relación a lo previsto en el derecho comparado, en la doctrina jurídica, en la jurisprudencia de los órganos

internacionales, en las legislaciones autonómicas y en la propia concepción que la sociedad actual tiene de la institución matrimonial. Considera el Alto Tribunal que Constitución Española de 1978 es como un “árbol vivo” que debe acomodarse a la realidad de cada momento a través de una interpretación evolutiva para asegurar su propia legitimidad.

Además, manifiesta claramente que «no es posible hablar de alteración de la Constitución en el sentido de modificación de su contenido normativo puesto que cualquier contradicción entre un enunciado legal y otro constitucional se salda con la declaración de inconstitucionalidad del primero» (FJ 2)

Concluye la fundamentación estimando que no estamos ante una ampliación de los titulares del derecho individual, sino ante una modificación de las formas de su ejercicio.

En consonancia con lo expuesto, aprecia el máximo intérprete de la Constitución que el deber de protección integral de los hijos recogido en el art 39.2 de la Constitución (referido a la posibilidad de adopción que tendrían, a partir de la reforma, los matrimonios homosexuales) tampoco quedaría afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, ya sea de forma individual o conjuntamente con su cónyuge, ya que si bien es cierto que no existe reconocido, en el ordenamiento jurídico, un derecho fundamental a adoptar, si se prevén mecanismos suficientes que garanticen la protección del interés superior del menor en el proceso de adopción, tanto si se trata de una adopción nacional como internacional.

Los votos particulares recogen la postura contraria, entendiendo que para realizar esta modificación, dado que afecta al contenido esencial del matrimonio, debería haberse empleado la vía de la reforma del artículo 167 de la Constitución. Para fundamentar esta opinión se invoca lo dispuesto en el ATC 222/1994, de 11 de julio en el que el Tribunal Constitucional dijo que «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)». En el mismo sentido, se alega la STC 184/1990, de 15 de noviembre (FJ 2) y el ATC 204/2003 de 16 de junio (FJ 3). De estas sentencias se concluye que si no existe un derecho constitucional a derivar efectos jurídicos de la convivencia fáctica, menos lo habrá a verla convertida en matrimonio.

Los magistrados, en sus votos particulares, consideran que la monogamia y la heterosexualidad constituyen el núcleo esencial de la institución del matrimonio y estiman que este núcleo esencial de la garantía institucional no puede quedar sujeto a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo siendo necesario para su modificación una reforma constitucional de conformidad con el ya mencionado artículo 167.

III. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA

La garantía institucional implica que, en virtud de su reconocimiento constitucional, el legislador no puede suprimir determinadas instituciones. La doctrina de la garantía institucional, ha sido desarrollada en la ya referida STC 32/1981 (FJ 3) que dispone que «El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, 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 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».

De este modo, puede entenderse que la protección de la garantía institucional es doble: objetiva (garantizar que el legislador no suprima ni vacíe la imagen de la institución) y subjetiva (garantizar al ciudadano, titular del derecho, que el reconocimiento del derecho no queda eliminado o desnaturalizado por el legislador). Por otro lado y, en lo que respecta al contenido esencial del derecho constitucional a contraer matrimonio, el artículo 53.2 de la Constitución Española establece la obligación de respeto del contenido esencial de los derechos regulados en el Capítulo II, del Título I (artículos del 14 al 38). Se define el concepto de contenido esencial por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/1981 de 8 de abril (FJ 8) cuando dice que «Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales». Asimismo el Tribunal ya ha dicho que «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5).

Si consideramos que el núcleo esencial de la institución matrimonial está constituido por las notas de monogamia y heterosexualidad, el mecanismo adecuado para regular el matrimonio homosexual ha de ser la reforma constitucional operada vía artículo 167 de la norma superior del ordenamiento y no la legislación ordinaria.

Pero si utilizamos la interpretación gramatical, cuando la Constitución hace referencia a los titulares del derecho a contraer matrimonio (hombre y mujer) no podemos acotarlo a las parejas heterosexuales. Al mismo tiempo, y de conformidad con la interpretación lógica, la referencia al principio de igualdad jurídica, se recoge en atención a preservar la igualdad efectiva entre hombre y mujer poniendo fin a la discriminación sufrida por la mujer antes de la entrada en vigor del texto constitucional.

En atención a la interpretación sistemática, debemos atender a lo que se establece en la exposición de motivos de la Ley 13/2005 cuando dispone como fundamento de la reforma operada «la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) 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».

La problemática se presenta con la interpretación sociológica o evolutiva que ha realizado el Alto Tribunal al señalar que la Constitución, como norma jurídica que es, ha de interpretarse de acuerdo con la realidad social de cada momento. Y es que esto, ha de ser así, siempre que no se afecte al contenido esencial del derecho. En apoyo de esta tesis, podemos entender que cuando el constituyente legisló sobre la institución matrimonial, ésta era unión indisoluble, característica que actualmente no define al matrimonio. Hay que considerar, del mismo modo, que la heterosexualidad no es una nota definidora del contenido esencial del derecho a contraer matrimonio. Así, ha de estimarse que el legislador ordinario, con la reforma operada, no ha disminuido el derecho al matrimonio que tenían reconocido las personas heterosexuales con carácter previo a la reforma, sino que ha garantizado derechos como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad de todos los individuos con independencia de su orientación sexual, regulando el régimen de ejercicio de este derecho constitucional sin afectar su contenido esencial.

En la regulación legal actual, tras la reforma operada, hay que coincidir con la mayoría del Tribunal Constitucional diciendo que efectivamente, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles no quedando afectada su naturaleza jurídica, y que se encuentran satisfechos los intereses jurídicamente protegibles, lo que implica que no se modifica materialmente la garantía institucional recogida en el artículo 32 de la Carta Magna.

Sin lugar a dudas, esta sentencia es una prueba de que el principio constitucional consagrado en el artículo 14, conocido popularmente como derecho a la igualdad a pesar de ser un principio y no un derecho strictu sensu, encierra de forma implícita un importante derecho a la diferencia, en el sentido de que no todo el mundo tiene que ser igual, sino que cada uno tiene derecho a ser diferente, sin que esto sea motivo de un trato discriminatorio.

Es por todo lo expuesto que ha de concluirse entendiendo que, en aras de garantizar la igualdad de derechos entre personas, sin distinguir entre la orientación sexual, la reforma operada es correcta en lo referente a la igualdad respecto a contraer matrimonio y la adopción conjunta y que, por tanto, no es necesaria la reforma de la Constitución a través de la vía recogida en el artículo 167.