

icade núm. 100 [Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales]

Monográfico

Años de transformación en el ámbito del Derecho, la Economía y la Empresa: la importancia de la regeneración

4. La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una nueva forma de interpretar el Derecho y los derechos en España? (FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN)

4 La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una nueva forma de interpretar el Derecho y los derechos en España?

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN

Profesor Propio Adjunto de Derecho Constitucional fmontalvo@icade.comillas.edu. Universidad Pontificia Comillas

Sumario:

- I. Introducción: de lo que trata y de lo que no este trabajo
- II. Los antecedentes del caso: la regulación del matrimonio homosexual en España
- III. Los términos constitucionales del debate en España: la pugna entre el originalismo y la living constitution
- IV. La decisión del Tribunal Constitucional. La eclosión de la living constitution
- V. ¿Un nuevo tribunal activista?
- VI. Epitafio: la aceptación tácita del matrimonio entre personas del mismo sexo
- VII. Conclusiones
- VIII. Bibliografía

RESUMEN: En 2012 el Tribunal Constitucional resolvió el recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley por la que se reconocía en nuestro sistema jurídico el derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo. Dicha Sentencia ha tenido un gran impacto en nuestro sistema constitucional que va más allá de lo que fue, stricto sensu, el objeto de debate (el concepto de matrimonio), proponiendo una nueva forma de interpretar los derechos que puede suponer que nos encontramos ya ante un nuevo Tribunal Constitucional que hace de su función constitucional una verdadera expresión de activismo judicial. En este trabajo analizamos si realmente ello es así y los

efectos *ad futurum* de dicha sentencia en nuestro sistema constitucional de derechos y libertades.

ABSTRACT: In 2012 the Constitutional Court resolved the appeal of unconstitutionality against the Law through which right to marry to the same sex had been recognized in our legal system. This Judgment has had a great impact on our constitutional system, which goes beyond what was specific object of debate (the concept of marriage), proposing a new way of interpreting the rights that may suppose that we are in front of a new Constitutional Court which makes of its constitutional function a true expression of judicial activism. In this paper we analyze if this is really so and the future effects of that sentence in our constitutional system of rights and freedoms.

PALABRAS CLAVE: división de poderes # interpretación constitucional # derechos humanos # neoconstitucionalismo # matrimonio entre personas del mismo sexo Economía

KEYWORDS: division of powers # constitutional interpretation # human rights # neo-constitutionalism # same sex marriage


I. INTRODUCCIÓN: DE LO QUE TRATA Y DE LO QUE NO ESTE TRABAJO

Con carácter previo a iniciar nuestra exposición, creemos importante aclarar que nuestro propósito no es hacer un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional del fenómeno de la homosexualidad y, en concreto, del matrimonio entre personas del mismo sexo. Lo que pretendemos a través de este trabajo es analizar la Sentencia que sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo dictó en 2012 el Tribunal Constitucional español, aunque dicho análisis no va a atender a lo que dicha decisión supone para la plena integración sin trabas irrazonables y desproporcionadas de los homosexuales en el pleno ejercicio de los derechos y libertades en igual condición que los heterosexuales, respecto de lo que la institución del matrimonio supone el ejemplo paradigmático de trato desigual. Nuestro debate va a situarse en la perspectiva de lo que aporta dicha decisión para la evolución de los derechos, sobre todo, en lo que se refiere a las facultades del Tribunal Constitucional, el poder contramayoritario, de interpretar y, por ende, ampliar el tenor literal de los derechos al amparo de la evolución de la sociedad.

Dicha Sentencia tuvo un gran impacto en nuestro sistema constitucional, pero no en sí por su objeto principal de debate que no era otro que la posibilidad de que el legislador, respetando la Constitución, pudiera reconocer a las personas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio, sino porque dicha Sentencia parece proponer una nueva forma de interpretar los derechos que puede suponer que nos encontramos ya ante un nuevo Tribunal Constitucional que hace de su función constitucional una verdadera expresión de activismo judicial. Por ello, podríamos plantearnos, de manera metafórica, si los efectos que sobre el sistema derechos fundamentales provoca esta Sentencia del Tribunal Constitucional pueden ser equiparados a los que en el sistema norteamericano produjo en 1973 la muy conocida *Roe v. Wade*.

En definitiva, este trabajo no va a tratar sobre el contenido material del caso, sino sobre la forma por la que el mismo fue resuelto por nuestro Tribunal Constitucional y los efectos *ad futurum* de dicha sentencia en nuestro sistema constitucional de derechos y libertades.

II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO: LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN ESPAÑA

España fue uno de los primeros países que aprobó una Ley por la que se otorgaba un status legal a las parejas del mismo sexo que pretendían formalizar su relación afectiva y que además dicho status legal fuera mediante la proclamación de su derecho a contraer matrimonio en los mismos términos que las parejas heterosexuales¹⁾. Ello tuvo lugar a través de la  [Ley 13/2005, de 1 de julio](#). A partir de ésta, se admitirá en el Derecho civil español que el matrimonio no quedaba circunscrito a la relación entre hombre y mujer, exclusivamente.

La Exposición de Motivos de la Ley partía del reconocimiento de que el matrimonio tradicionalmente se había configurado como una institución y relación jurídica que sólo podía establecerse entre personas de distinto sexo y que, por ello, la regulación de los últimos dos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial. Sin embargo, añadía la misma Exposición que ello no suponía que el legislador hubiera de ignorar que la sociedad evolucionaba, creando nuevos modelos de convivencia, lo que le obligaba a actuar en consecuencia, y, por tanto, ajustar el Derecho a las nuevas realidades y valores sociales. Entre estas nuevas realidades se encontraba la de la convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad, la cual socialmente ya había sido reconocida y aceptada, habiéndose superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones.

Como puede verse, lo que movió al legislador a ampliar el concepto de matrimonio y cobijar bajo el mismo a las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo fue una realidad ya aceptada y reconocida socialmente, de la que el Derecho no podía desentenderse. Siendo ello cierto, lo que en su momento se venía discutiendo, y aún se discute aunque ya de manera poco relevante tras la Sentencia, es si dichas relaciones afectivas tenían que ser necesariamente incorporadas a la institución del matrimonio, o, por el contrario, debía buscarse una figura próxima, aunque no idéntica nominalmente a la del matrimonio, que permitiera acreditar ante la sociedad el deseo expreso y formal de estabilidad y vocación de permanencia a la relación afectiva de una pareja del mismo sexo, como de hecho ha ocurrido en otros modelos.

En relación con esta cuestión, es importante destacar que desde unos años antes a la reforma que supone la citada Ley 13/2005, el tratamiento legal que venía recibiendo en el Derecho español no la homosexualidad en sí, sino las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo en España, era bastante favorable. Las relaciones homosexuales, con la excepción del derecho a contraer matrimonio, sí se encontraban prácticamente equiparadas a las heterosexuales en ámbitos tales como la sucesión hereditaria, el régimen de pensiones, o, más aún, con la facultad de formalizar su relación a través de la inscripción en el correspondiente registro público como pareja de hecho, aunque, ciertamente, tras años de *batalla* judicial y política en muchos casos. Incluso, durante la primera mayoría parlamentaria del Partido Popular, su grupo parlamentario presentó en 1997 una proposición de ley orgánica para regular las uniones civiles, permitiendo dar una forma legal a las parejas del mismo sexo, aunque sin reconocerles el derecho a contraer matrimonio²⁾.

Así pues, no puede afirmarse que en España hubiera, salvedad hecha del derecho a contraer matrimonio, olvido alguno o, incluso, rechazo por parte del sistema jurídico hacia las relaciones homosexuales.

El Tribunal Constitucional, sin perjuicio de lo anterior, había venido declarando, en doctrina reiterada, que de la Constitución se derivaba un deber público de protección de la familia, tanto cuando ésta se fundaba en el matrimonio, cuando no. Es decir, no existía un único concepto de familia susceptible de protección constitucional. Sin embargo, ello no significaba que debieran equipararse necesariamente en protección ambas modalidades de familia, la amparada en el matrimonio y la que lo hace en una unión de hecho, afectiva y estable. El Tribunal había declarado que el matrimonio y la unión de hecho no eran en todo caso situaciones equivalentes y que su protección podía no ser uniforme, sin que por ello se vulnerara el derecho a la igualdad, salvo en determinadas áreas como pudiera ser el trato a los hijos procedentes de una u otra forma de relación afectiva (LÁZARO GONZÁLEZ & EZQUERRA UBERO, 2007, pp. 29-30).

En su Sentencia 184/1990 el Tribunal Constitucional señaló que de la Constitución no se deriva necesariamente una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello, no serán necesariamente incompatibles con la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades de convivencia, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir como pareja de hecho.

Por otro lado, es importante recordar que la aprobación de la Ley 13/2005 por la que se reconoce a las personas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio tuvo lugar dentro de diferentes reformas impulsadas por el Gobierno Socialista del Presidente Rodríguez Zapatero en el ámbito de los derechos fundamentales y, especialmente, relacionadas con el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado. El citado Gobierno asumió como una de sus principales consignas avanzar de manera significativa en materia de derechos y libertades, dando expresión jurídica a lo que entendían sus líderes políticos que era una sociedad española mucho más diversa y compleja.

Pese a que, como acabamos de relatar, el clima social no era contrario en su generalidad a la homosexualidad, la aprobación de esta Ley supuso un importante debate en la opinión pública, debate éste que más allá de pretender sustentar posturas contrarias a una realidad ya socialmente admitida en España, no sólo en espacios privados, sino en el espacio público, se centró en la crítica a que por el legislador se empleara el término matrimonio, en lugar de otros como relación o unión de hecho o afectiva o similares. A este respecto, debe tenerse en cuenta que España es un país en el que la religión católica ha sido prácticamente la única profesada durante siglos, es decir, un país con una gran tradición católica, no tanto ya en el plano religioso, sino, sobre todo, en el plano cultural e, incluso, moral. Por ello, determinados sectores conservadores y próximos a la Iglesia Católica consideraban que se estaba alterando la naturaleza de una institución ancestral como el matrimonio que exigía como elemento esencial que la relación fuera entre personas de diferente sexo y se opusieron frontalmente a dicha reforma. En todo caso, no estábamos ante un debate que situara únicamente a la Iglesia Católica frente Gobierno, ya que las principales confesiones religiosas de España también se unieron en dicha oposición (la Federación de Comunidades Judías de España, la Comisión Permanente Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y por el Vicario General en Funciones, Deán de la Catedral Ortodoxa Griega en Madrid), firmando en abril de 2005 un manifiesto por el que se pedía al Parlamento que no se modificara la regulación jurídica del matrimonio (LEAL ADORNA, 2013, p. 7).

Este debate quedó situado también en el propio plano constitucional al considerar que

la Ley contradecía la regulación constitucional del matrimonio que en el art. 32 de la vigente Constitución de 1978 que dispone que «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»³⁾.

En definitiva, no creemos que pueda verse en dichas críticas y posiciones una postura social intolerante al fenómeno de la homosexualidad⁴⁾, sino más bien el temor a que algo que socialmente se admitía que debía tolerarse pudiera convertirse en algo a promover o incentivar por los poderes públicos. Ello se entendía que podía derivarse de la conversión de la relación afectiva entre personas del mismo sexo en una relación que legalmente recibiría el mismo nombre que la tradicionalmente existente entre hombre y mujer. La diferencia en el nombre parecía que permitía mantener que si bien los homosexuales y sus relaciones afectivas debían ser plenamente respetados e, incluso, equiparados en muchas de sus consecuencias jurídicas, no así en el nombre. En general, no se negaba el derecho de las personas del mismo sexo a regularizar su situación de convivencia estable con la atribución de derechos similares a los de las parejas heterosexuales casadas. Pero ello debía hacerse sin recurrir al término matrimonio (GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, 2007, p. 140).

Además, la cuestión se hacía más compleja cuando de tal reconocimiento se derivaba la posibilidad para parejas homosexuales de acudir a la adopción, lo que en cierto modo ya se había admitido, al permitirse la adopción monoparental.

En todo caso, dicha confrontación vino marcada no sólo por esta Ley (Aguilar Fernández, 2013), sino por algunas otras como la nueva despenalización del aborto en 2010 y otras propuestas políticas del gobierno en mayoría para avanzar hacia un modelo de Estado laico⁵⁾, próximo al modelo francés, acabando con cierta hegemonía de trato de la que había gozado históricamente la Iglesia Católica, incluso, ya instaurada la democracia⁶⁾.

Una vez que el debate se centró no sólo en la dimensión cultural o antropológica del concepto de matrimonio, sino en el marco constitucional, por el Partido Popular, en ese momento en la oposición, se presentó, a través de varios de sus diputados, en concreto, setenta y un diputados⁷⁾, un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley que es el que se resuelve en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la que versa este trabajo.

III. LOS TÉRMINOS CONSTITUCIONALES DEL DEBATE EN ESPAÑA: LA PUGNA ENTRE EL ORIGINALISMO Y LA LIVING CONSTITUTION

Como es bien conocido, a principios de los años setenta, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, bajo la presidencia del Juez Warren E. Burger, dicta una de las resoluciones más relevantes del Derecho norteamericano e, incluso, podemos decir que del Derecho en general, *Roe v. Wade*, 1973. Dicha Sentencia tiene especial trascendencia no porque resuelva la contienda sobre un problema ético-legal especialmente complejo y sensible, como el de la despenalización del aborto voluntario (el caso versaba sobre una mujer que solicita que se permita abortar en el Estado de Texas al ser el embarazo fruto de una violación), sino porque consolida una nueva forma de interpretar la Constitución de los Estados Unidos a través de la doctrina del *living constitution*⁸⁾. Dicha doctrina supone abandonar una interpretación puramente originalista y literal del texto constitucional en pos de una interpretación que considere ya a la Constitución como un documento vivo que ha de ir ajustándose a los intereses y nuevos contextos sociales, políticos, económicos o culturales. La doctrina es pues expresión de lo que se ha llamado también *judicial activism*, otorgando a los jueces del Tribunal Supremo un papel jurídico-político muy relevante que va más allá de la mera función de legislador

negativo. El Juez, a través de la interpretación de la Constitución y de la resolución de los conflictos que caigan en la órbita de la misma, vendrá a actuar prácticamente como un reformador tácito de la Constitución, no limitándose a proclamar lo que no es inconstitucional, sino también lo que es constitucional. Ello en un Estado democrático plantea obviamente el dilema, tan presente en el Derecho norteamericano desde su propia fundación, de cómo nueve personas pueden decidir lo que pretende decir la Constitución, incluso frente a la voluntad de la mayoría.

La doctrina del *living constitution* conecta directamente con dos de las aspiraciones de todo texto constitucional en una sociedad democrática: en primer lugar, la de norma pactada que represente, más allá de una coyuntural mayoría parlamentaria, a toda la comunidad o, al menos a una gran parte de la misma. En segundo lugar, la aspiración de perdurabilidad en el tiempo. Y, por ambas aspiraciones, la Constitución se caracteriza no sólo por incorporar un gran número de principios y no sólo reglas, y porque éstas se configuren, en muchas ocasiones, como normas abiertas, que permitan su adaptación a una realidad cambiante sin necesidad de acudir al proceso de reforma constitucional. Aquí radica, quizás, la gran paradoja de la norma constitucional que aspira tanto a permanecer, de manera que su longevidad y la ausencia de cambios constantes hace presumir su fuerza jurídica y, además, política y social, como a no apartarse de la realidad social, cuestión difícil en sociedades como las actuales que son más complejas y cambiantes.

Para resolver esta paradoja se presenta la doctrina del *living constitution*, con la que se pretende satisfacer ambas necesidades, ya que permite, sin reformar la Constitución y vía la labor interpretativa que la norma constitucional se adapte a nuevos contextos sociales.

Por otro lado, esta manera de interpretar la norma constitucional, al amparo de lo que en España se ha denominado interpretación evolutiva no es algo distinto a utilizar el método de la realidad social o el elemento sociológico como principal en la labor hermenéutica. La utilización de la realidad social nos lleva más allá del tenor literal de la norma, conservando su efecto práctico esencial original pero incluyendo un supuesto que históricamente no estaba incluido o, al contrario, excluyéndolo (LÓPEZ Y LÓPEZ, 2013, p. 191).

En todo caso, es importante no olvidar que las normas constitucionales contienen unas características que las singularizan dentro del ordenamiento jurídico, ya que la norma constitucional no está orientada a la determinación de soluciones concretas a problemas determinados, sino a configurar un marco de ordenación de los poderes públicos y de garantía de los derechos de los ciudadanos, conforme se viene proclamando desde la propia Revolución Francesa. Sin embargo, ello no significa que en la interpretación de la norma constitucional deba acudirse a un método diferente. Las particulares que presenta el método de interpretación del Derecho constitucional responden a la particularidad de su objeto, a la especificidad de la norma constitucional. Lo específico no está en el método, sino en el objeto (LAFUENTE BALLE, 2000, p. 37; COMANDUCCI, 2009, p. 94).

Entender la interpretación de la Constitución como una interpretación distinta, y sometida a reglas y métodos diferentes, si bien es cierto que puede suponer reconocer que la Constitución es norma distinta y, por tanto, suprema, también provoca su aislamiento y debilita su incidencia en la aplicación del resto de normas del ordenamiento jurídico. Pero, aún más, puede incluso afectar a su consideración como verdadera norma. Así, el hecho de que los textos constitucionales incorporan un relevante número de valores y principios y de conceptos jurídicos indeterminados o que

se trate, de una norma con valor político (ASENSI SABATER, 1996, pp.188-199), provoca, no un método diferente, sino el mismo método, pero sometido a ciertas peculiaridades.

De este modo, el recurso al elemento sociológico no es propio o exclusivo de la norma constitucional, ya que al se acude también en la labor interpretativa de muchas otras normas. Sin embargo, sí es cierto que tiene mayor virtualidad, precisamente por esa doble vocación de norma incólume pero adaptada al marco social.

Todo lo expuesto viene a colación porque el debate constitucional surgido en España en torno al matrimonio homosexual recuerda a aquel debate norteamericano que se recoge primigeniamente en *Roe v. Wade* (o, anteriormente, en *Brown v Board of Education*), ya que enfrentó a dos maneras de interpretar nuestro texto constitucional, la originalista, apegada al tenor literal de la Constitución, y la evolutiva, atenta a la realidad social.

En efecto, el problema que planteaba la Ley, desde una perspectiva constitucional, no era tanto que permitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que tal decisión la adoptaba el legislador sin reformar el tenor literal de la Constitución, específicamente, su artículo 32⁹⁾. Este artículo dispone, y sigue disponiendo a fecha de hoy, como ya hemos visto, que «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Como puede verse la norma constitucional en cuestión adopta la forma no de un principio, y, por tanto, más susceptible de interpretación, sino de una regla que proclama el *ius connubii*.

Frente al tenor de la Constitución, la Ley 13/2005 modifica el Código Civil, y así, a su apartado único que establece, en términos prácticamente idénticos a los de la Constitución, que «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código», se incluye un nuevo párrafo que establece que «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Y si bien el párrafo primero es plenamente coincidente con lo que dispone la Constitución, el nuevo párrafo segundo puede entenderse que contradice el texto constitucional.

A este respecto, la mayoría de autores han venido manteniendo, antes de que se pronunciara el Tribunal Constitucional, que una interpretación literal e histórica del artículo 32 de la Constitución excluye la posibilidad de admitir que en el mismo encuentre encaje el matrimonio entre personas del mismo sexo. DÍEZ-PICAZO (2007, p. 11) concluye que la proclamación del derecho al matrimonio contiene una referencia expresa a hombre y mujer como sujetos, siendo la voluntad del constituyente y el contexto histórico de la norma inequívocos, a lo que habría que añadir que el artículo 32 es el único de todo el texto constitucional en que se hace referencia al hombre y a la mujer, y no genéricamente a los ciudadanos o las personas. Sin embargo, el propio DÍEZ-PICAZO reconoce que pudiera admitirse una interpretación más amplia del artículo 32, en la que cupiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si consideramos que lo que se consagra en dicho artículo es un derecho subjetivo¹⁰⁾, el derecho a contraer matrimonio, y no una garantía constitucional de una institución ancestral como es el matrimonio (DÍEZ-PICAZO, 2007, pp. 11-12)¹¹⁾. Pese a dicha postura que sostiene que la consideración del matrimonio como garantía institucional y no como mero derecho subjetivo hacía más difícil o, incluso, impedía reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, el propio Tribunal Constitucional acude al concepto de garantía institucional para, precisamente, reconocer a las parejas del mismo sexo su derecho a contraer matrimonio.

Debemos recordar que la consideración de este artículo 32 de la Constitución como proclamación de una garantía institucional y no sólo de un mero derecho subjetivo a

contraer matrimonio, tiene importantes consecuencias a la hora de interpretar el mismo, más allá de su literalidad. Y así, ello dejaría sin gran virtualidad al argumento que, acudiendo al principio de igualdad, pretende proclamar que no cabe negar tal derecho a las personas del mismo sexo, so pena de incurrir en trato discriminatorio. La consideración del citado derecho subjetivo en conjunción con una interpretación amplia del principio de igualdad y de la correspondiente prohibición constitucional de trato discriminatorio abriría más fácilmente las puertas, desde una perspectiva jurídica, a su reconocimiento respecto de las personas del mismo sexo. Sin embargo, al ser considerado, sustancialmente, como una garantía que la Constitución proclama respecto de una institución con una relevante trascendencia antropológica, cultural y social, como es el matrimonio, sus rasgos definidores y esenciales que la propia Constitución describe deberían quedar inertes frente a la voluntad del legislador, a salvo de reforma constitucional, y, por tanto, cerrarían el paso a cualquier interpretación que tratara de alterarlos sustancialmente. Y más aún cuando junto a elementos esenciales de la institución que pueden fácilmente reconocerse, sin necesidad de su plasmación constitucional, en la institución desde una perspectiva histórica, como son la vocación de permanencia o el carácter afectivo-sexual de la unión, la Constitución sí recoge expresamente el del carácter heterosexual de la unión (hombre y mujer).

En todo caso, y en relación a dicho debate en torno a lo que se consagra en el artículo 32, es difícil interpretar dicho artículo solamente en clave de derecho subjetivo, ya que previamente a dicha proclamación debe existir una institución garantizada constitucionalmente que permita el ejercicio del derecho. Distinto sería la proclamación de un derecho a unirse afectivamente con otros, lo que sería mera expresión de libertad sin necesidad de reconocimiento de institución alguna. Un ejemplo similar podemos encontrarlo en otras partes de la Constitución, y así el derecho a la afiliación a un partido político como expresión de libertad política o en la libertad sindical que exigen una garantía institucional respecto del partido político o del sindicato.

IV. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA ECLOSIÓN DE LA LIVING CONSTITUTION

El [Tribunal Constitucional en su Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre](#) (RTC 2012, 198) , desestima el recurso de inconstitucionalidad presentado por los diputados del Partido Popular y, por tanto, declara la constitucionalidad de la Ley aprobada por el Parlamento. El motivo principal de desestimación del recurso vino fundamentado en la interpretación que el Tribunal hace de la institución del matrimonio, considerando que la modificación que introduce ahora el legislador al permitir contraerlo a personas del mismo sexo no afecta a su contenido esencial, no hace irreconocible a la institución. Para el Tribunal las notas que caracterizan al matrimonio y que constituyen los mínimos que no puede traspasar el legislador sin afectar a la garantía son la igualdad de los cónyuges, la libre elección de la persona y la manifestación específica de voluntad. Señala la Sentencia en su apartado 9, literalmente, que el matrimonio es 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»¹².

De este modo, no afectando la reforma del matrimonio a ninguno de dicho elementos esenciales, no cabe afirmar que ha quedado afectado el núcleo esencial de la institución y, por tanto, de su garantía constitucional. La heterosexualidad ha dejado, para el Tribunal, de formar parte de los rasgos mínimos identificadores de la institución del matrimonio.

Resulta además curiosa dicha interpretación del contenido esencial del matrimonio, cuando el propio Tribunal unos años antes había declarado precisamente lo contrario en su decisión 222/1994. El recurso versaba sobre la presunta vulneración del derecho a la igualdad del recurrente al negársele el derecho a percibir pensión de viudedad e indemnización por el fallecimiento en accidente de su pareja homosexual, por no concurrir el matrimonio previo que constituye un requisito legal para obtener la prestación. Señala el Tribunal en relación al matrimonio 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 que genera por lo previsto en la ley una pluralidad de derechos y deberes. Similar doctrina se había recogido antes en la ya citada Sentencia 184/1990.

A la vista de dicha doctrina, cabe preguntarse cómo el Tribunal viene ahora a considerar que el carácter heterosexual del matrimonio no constituye un elemento esencial de la institución (MATILLA PORTILLA, 2013, p. 544).

Las razones que provocan dicho cambio no son otras que la evolución social de las relaciones afectivas y, por tanto, de la propia institución del matrimonio, dando entrada de este modo a la interpretación no ya del derecho subjetivo de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, sino de la propia garantía institucional que la Constitución recoge en el artículo 32 respecto del matrimonio.

La nueva Sentencia del Tribunal Constitucional acude, a los efectos de interpretar el discutido artículo 32 de la Constitución que dispone que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», a la doctrina del *living constitution*, afirmación esta que no resulta de una esforzada interpretación del argumento empleado por el Tribunal Constitucional, sino que es el propio Tribunal el que invoca explícitamente tal doctrina, en la fórmula acuñada por el Tribunal Supremo canadiense del *living tree*.

El Tribunal viene a admitir que, interpretado literalmente, el artículo 32 de la Constitución circunscribe la institución del matrimonio a la unión heterosexual, de lo que cabría deducir, pues, que la heterosexualidad es uno de sus elementos esenciales. Pese a ello, para el Tribunal tampoco puede considerarse que dicha literalidad determine que la Constitución excluya el matrimonio entre personas del mismo sexo; antes al contrario, ha de admitirse ahora que permite tal posibilidad si se interpreta evolutivamente. Para el Tribunal, a través de una interpretación evolutiva, la Constitución se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

Para llevar a cabo esta interpretación de la institución del matrimonio y su contenido esencial a la luz de la sociedad española del siglo XXI, el Tribunal acude a los resultados de las encuestas realizadas en justificación de la aprobación de la Ley y a alguna posterior. En concreto, las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de junio de 2004 (Estudio núm. 2.568) que refleja que el 66,2% de los encuestados creía que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio, y la de octubre y

noviembre de 2004 (núm. 2578) que recoge que el 56,9% de los encuestados estaban a favor de permitir el matrimonio civil para las parejas del mismo sexo. Y también a la posterior encuesta de noviembre y diciembre de 2010 (Estudio núm. 2854) que señala que un 76,8% de los jóvenes entre 14 y 29 años consideran aceptable el matrimonio entre personas del mismo sexo. En todo caso, el Tribunal manifiesta que aunque todas estas cifras no sean por sí solas un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley, sí ofrecen una imagen del grado de identificación del matrimonio con las uniones de personas del mismo sexo.

El Tribunal opta claramente por una visión evolutiva de la Constitución, descartando cualquier fórmula que exija seguir la voluntad de los Padres Fundadores, es decir, una interpretación originalista. Lo relevante para el Tribunal son los elementos esenciales del matrimonio que lo hacen socialmente reconocible, no los elementos que constitucionalmente permiten mantener que no se altera lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución.

Pero, además, para el Tribunal el *living constitution* es una verdadera cultura jurídica de la que resulta que el Derecho es un fenómeno social que ha de quedar vinculado a la realidad y que, por tanto, no puede construirse desde una interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición.

Como puede verse, nuestro Tribunal sitúa el debate en unos términos muy similares a los que han venido desarrollándose en sede de otros Tribunales y singularmente en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Este modo de interpretar la Constitución es el que precisamente ha provocado un voto particular concurrente por parte del Magistrado Aragón Reyes quien dedica casi en exclusiva los seis folios de su voto a glosar en tono muy enérgico los defectos e incluso los peligros que entraña dicha forma de interpretar la Constitución y el nuevo papel que habrá de otorgarse ahora al Tribunal Constitucional como auténtico legislador positivo que no se limita a declarar si una ley es o no inconstitucional sino también que es o no constitucional.

A este respecto, debe recordarse que nuestro sistema constitucional, como ocurre con muchos de nuestro entorno en la Europa continental se ha basado, sobre todo, a partir de la Segunda Guerra Mundial, en el equilibrio entre el poder legislativo y el poder de garantía de la Constitución, el Tribunal Constitucional, de manera que ni aquel puede traspasar las fronteras que fija la propia Constitución, ni este último puede actuar como legislador positivo invadiendo las competencias que democráticamente recaen en la institución que directamente representa al pueblo español. Por ello, nuestro sistema, como ocurre en Alemania, Italia y otros muchos Estados europeos, incluido el propio Reino Unido, es un modelo que destaca por el *self-restraint* del Tribunal, siendo el *judicial activism* un fenómeno extraño o impropio. No puede afirmarse que prevalezca de manera absoluta la democracia representada en el Parlamento sobre la Constitución, sino que se trata de un modelo, siguiendo la metáfora de JON ELSTER (2000, pp. 111 y ss.), atado por la Constitución, pero en el que las ataduras no implican que el *watchdog* que

las vigila tenga atribuido un poder que le permita suplantar la voluntad plasmada por el pacto en la Constitución.

Dada la naturaleza de nuestro modelo constitucional, para el Magistrado ARAGÓN REYES no puede acudir a una interpretación evolutiva de la Constitución para alterar el contenido recogido en la misma. Para dicho Magistrado, el instrumento de interpretación al que recurre la Sentencia afecta directamente a la propia legitimidad de la jurisdicción constitucional, transformando a la Constitución en una mera hoja en blanco que pueda reescribir, sin límites, su supremo intérprete. El Tribunal Constitucional se convierte de este modo en una especie de poder constituyente permanente, quebrantándose el concepto mismo de Constitución. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacerse decir a la norma lo contrario a lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello, suprimiéndose la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

En todo caso, es importante recordar que dicho Magistrado no es contrario a que en nuestro sistema jurídico se admita el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que su voto se fundamenta en el método a través del que se resuelve dicha constitucionalidad.

En similares términos a los expresados por dicho Magistrado discrepante, algún autor ha destacado que no es sorprendente que éste sea el aspecto más discutido de la Sentencia, dado que se utiliza un instrumento surgido en el Derecho anglosajón en una cultura constitucional radicalmente distinta, como es la europea continental. La Sentencia olvida esta cabal distinción entre ambos modelos de constitucionalismo, y apoya su visión evolutiva de la Constitución en una resolución que se inscribe en el citado modelo anglosajón. Y, aunque es harto probable que dicha diferenciación no sea hoy tan pura como en el siglo pasado, resulta inadecuado entender que el Tribunal Constitucional puede re-interpretar la Constitución a la luz de los tiempos, porque de tal manera el órgano constitucional va más allá de las funciones que se le han atribuido (MATÍA PORTILLA, 2013, p. 545).

La crítica al método, también ha sido expresada por gran parte de la doctrina. Así, se ha señalado que el Tribunal debería haber centrado la cuestión, sin abandonar la interpretación evolutiva, en que la homosexualidad es una condición privada de la persona que no tolera ser fuente de discriminación, al estar ésta vetada por el artículo 14 de la Constitución. No reconocer el derecho a contraer matrimonio a los homosexuales carece, actualmente, de toda proporcionalidad y razonabilidad, sobre todo, si se atiende a cuál es en la sociedad actual la función del matrimonio, que no es otra que mecanismo de interrelación personal por la que se expresa un compromiso de permanencia que goza de prestigio social, es decir, un concepto que se aparta del tradicional basado en el *bonum proles*, en la procreación. Negar al homosexual el derecho al matrimonio y remitirle a otras formas de unión nominalmente diferentes supone negarle, injustificadamente, el prestigio social que otorga la condición de cónyuge. El principio sobre el que debe fundamentarse la solución del caso es el de igualdad (LÓPEZ Y LÓPEZ, 2013, pp. 199-200), sin olvidar la virtualidad que a este respecto tienen también la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad consagrados en el artículo 10 de la Constitución (ARROYO GIL, 2013, p. 8). Es el concepto de libre desarrollo de la personalidad, íntimamente ligado al de dignidad, donde hallaríamos la clave constitucional para entender la afectividad y sexualidad como elementos de la identidad individual y, por tanto, como derechos que merecen protección jurídica y reconocimiento social¹³).

Así, esta posición doctrinal considera que si bien el recurso que el Tribunal hace al *living constitution* es impecable en el resultado, no lo es tanto en el procedimiento.

Frente a esta última posición, y como ya avanzara Díez-PICAZO (2007, pp. 9-10) un tiempo antes de que Tribunal se hubiera pronunciado, el reproche al matrimonio tradicional no puede consistir en que discrimina por razón de sexo, ya que la diversidad de sexos para el matrimonio se ha venido exigiendo tanto a los hombres como a las mujeres, por lo que el sexo en cuanto tal no ha operado como criterio de diferenciación normativa. De haber alguna discriminación, señala dicho autor, tendría que ser por orientación sexual, que no es lo mismo que el sexo. Tan es así que ningún ordenamiento jurídico conocido ha requerido jamás acreditar una orientación heterosexual para poder contraer matrimonio. Ciertamente, cabría sostener que poder casarse con la persona amada forma parte del libre desarrollo de la personalidad o, con mayor precisión aún, de la autodeterminación sexual. Pero a esto cabría responder que no todas las manifestaciones de la sexualidad humana gozan de protección, ni siquiera en los ordenamientos jurídicos más permisivos. Y aunque es claro que una diferenciación normativa basada en el criterio la orientación sexual deberá superar, para no ser discriminatoria, el test de la razonabilidad; y es igualmente claro que, en sociedades muy plurales y tolerantes como las occidentales de hoy, será difícil hallar situaciones en que la orientación sexual pueda ser un criterio razonable de diferenciación normativa. Pero ¿significa ello que la orientación sexual es, por decirlo en terminología norteamericana, una *suspect classification* ? En otras palabras, ¿es la orientación sexual un criterio de diferenciación normativa expresamente prohibido que –como ocurre con la raza, las creencias o el sexo– sólo puede ser utilizado en casos extremos de *compelling public interest* ? No hay actualmente datos jurisprudenciales suficientes para pronunciarse sobre ello.

La posición que sostiene que el reconocimiento del derecho al matrimonio de las personas del mismo sexo debe fundamentarse en el principio de igualdad en relación con la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, de haber sido acogida por el Tribunal, hubiera provocado, como vamos a ver, una decisión bien distinta en lo que se refiere a la capacidad que ostenta el legislador de dotar o no del derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo en el futuro, porque que lo que precisamente fundamenta la decisión pro *ius connubii* de los homosexuales, no es su constitucionalidad, sino su no inconstitucionalidad.

En definitiva, el debate está servido y no sólo en lo que pudiera referirse a la decisión del Alto Tribunal de declarar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino, lo que es mucho más complejo y, por tanto, enriquecedor jurídicamente, en cuanto a cuál es el papel que en nuestro sistema jurídico ha de jugar el Tribunal Constitucional. La Sentencia supone la incorporación expresa de la doctrina del *living constitution* (interpretación evolutiva, en palabras patrias), y ello, es especialmente relevante en tiempos tan convulsos socialmente como los que vivimos, ya que puede permitir a nuestro Tribunal erigirse en el verdadero guardián que nos salve quizás, el tiempo lo dirá, del populismo y demagogia que, en construcción magistral del jurista noruego JON ELSTER, constituyen los cantos de sirena de los que debe apartarse una democracia para seguir siéndolo.

Para un importante sector de la doctrina no nos encontramos ante un mero recurso puntual a la doctrina de la *living constitution* para resolver un debate concreto como es el del derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, sobre todo, cuando el tenor literal del artículo 32 de la Constitución, deja poco margen de maniobra interpretativa, sino ante una nueva tendencia en el Tribunal que puede afectar a otros recursos pendientes. Entre ellos, singularmente, el de la inconstitucionalidad del nuevo

régimen de interrupción voluntaria del embarazo recogido en la [Ley Orgánica 2/2010](#), por el que se modifica el sistema anterior de indicaciones, incorporando un plazo de catorce semanas en el que la mujer puede decidir libremente acerca de la interrupción, sin invocar conflicto alguno (MATÍA PORTILLA, 2013, p. 552). La citada Ley Orgánica resulta incompatible con la propia doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su Sentencia 53/1985, la cual únicamente admitiría un modelo de despenalización del aborto fundado en un sistema de indicaciones. Así, el recurso a la interpretación evolutiva es un buen argumento para explicar por qué se altera sustancialmente dicha doctrina constitucional, en el caso, obviamente, que la mayoría opte por la constitucionalidad del nuevo régimen legal del aborto.

V. ¿UN NUEVO TRIBUNAL ACTIVISTA?

De lo expuesto hasta ahora en relación a la Sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo puede perfectamente concluirse que nos encontramos ante una nueva forma de interpretación de los derechos y las garantías institucionales que por su propia dinámica acaba por dotar al Tribunal Constitucional de un poder casi absoluto de configuración de nuestro sistema constitucional, incluso contra la voluntad de la mayoría democrática representada en el Parlamento, aunque en el caso concreto que estamos abordando el parecer del Tribunal haya sido coincidente con el de la mayoría parlamentaria.

Así, puede afirmarse que más allá de la importancia que la Sentencia tiene para el debate sobre la equiparación en derechos y libertades de los homosexuales en nuestro sistema constitucional y social, ésta abre una nueva línea doctrinal que representa un cambio sustancial para un modelo constitucional como el nuestro que, heredero del constitucionalismo continental, se apoya principalmente en la fuerza del poder de la mayoría democrática.

Sin embargo, de una lectura íntegra de la Sentencia no se deduce tan claramente dicha conclusión y ello porque el propio Tribunal trata de conjugar dicha expresión de *judicial activism* con una pequeña dosis también de *self-restraint*.

En efecto, el Tribunal viene a declarar que al amparo de la interpretación que la realidad social nos ofrece de los elementos esenciales que integran la institución del matrimonio, y del tenor con el que se expresa el artículo 32 de la Constitución, el legislador goza de la opción tanto de permitir la unión en matrimonio a las personas del mismo sexo como dotar a dicha unión de otra forma jurídica distinta a la del matrimonio, como son las uniones civiles, sin que ninguna de ambas opciones puede considerarse contraria a la Constitución.

Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal tiene en consideración el hecho de que, si bien se aprecia un evidente tendencia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos favorable al reconocimiento del matrimonio entre personas de mismo sexo, se trata de una cuestión que no resulta aún unánime y que el propio Tribunal Europeo ha admitido que se resuelva en el marco del margen de apreciación nacional.

Como puede comprobarse, el Tribunal Constitucional no reconoce, ni expresa ni tácitamente, que de la Constitución pueda derivarse un derecho en favor de los homosexuales para contraer matrimonio en igualdad de condiciones que el matrimonio heterosexual, sino que ésta es una materia que queda en manos del legislador, el cual puede, tanto optar por la solución que dio a dicho supuesto la citada Ley, como optar igualmente por denominar dichas relaciones estables, no matrimonio, sino recurriendo

a otro término.

Esta solución es muy similar a la dada en Canadá, donde el Tribunal Supremo federal no entró a valorar si del ordenamiento constitucional se derivaba la obligación para los poderes públicos de permitir el matrimonio para las personas del mismo sexo, sino tan sólo apuntar que tal posibilidad no era contraria a la Constitución, es decir, el Tribunal canadiense afirmó que el matrimonio entre personas del mismo sexo es constitucionalmente posible, no que sea constitucionalmente necesario (DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 8).

Así pues, podría afirmarse que la Sentencia resulta verdaderamente paradójica, ya que, desde una perspectiva, puede ser interpretada como una expresión manifiesta de *judicial activism*, en la medida que viene a otorgar al Tribunal un extenso poder de interpretación e incorporación de nuevos derechos al amparo de las nuevas realidades que pudieran apreciarse en la realidad social española, sin necesidad de intermediación del poder legislador. Sin embargo, desde otra perspectiva, se muestra extremadamente cauta a la hora de entrar a valorar si de nuestro texto constitucional pudiera derivarse la proclamación de un derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio. La Sentencia, como ya hemos comentado, se limita a declarar que la decisión del legislador ni es contraria a la Constitución ni viene exigida por ésta de manera que cae en su margen de apreciación. Así pues, nuestro Tribunal se abstiene de pronunciarse acerca de las cuestiones que la falta de reconocimiento de dicha modalidad de matrimonio pudiera plantear respecto del derecho a no sufrir discriminación que proclama el artículo 14 de la Constitución española y el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 9.

Algún autor ha apuntado, sin embargo, que si bien la Sentencia no supone el reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, habiéndose limitado el Tribunal a declarar que tal opción legislativa (la de admitirlo como matrimonio) no es contraria a la Constitución, no siéndolo tampoco la opción de considerarlo como una relación de hecho distinta del matrimonio, la Sentencia dificulta, y mucho, que el legislador pueda dar un paso atrás en esta materia. Y ello se sustenta en que la propia Sentencia indica que la nueva configuración del matrimonio contribuye al respeto de la orientación sexual de las personas homosexuales, refuerza la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad y se inscribe en la lógica del [art. 9.2](#) [CE](#) (FJ 11) (MATÍA PORTILLA, 2013, p. 542).

VI. EPITAFIO: LA ACEPTACIÓN TÁCITA DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Para concluir, es interesante mencionar que la publicación de la Sentencia coincidió en el tiempo, noviembre de 2012, con la celebración de elecciones generales en España, produciéndose un cambio de mayoría parlamentaria y, por tanto, del Gobierno, que llevaría al Partido Popular, quien, recordemos, había impugnado la Ley, al poder con suficiente representación en el Parlamento (mayoría absoluta en ambas Cámaras) para modificarla. Ello era perfectamente factible, dado los términos en los que se pronunció el Tribunal Constitucional acerca del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestro sistema constitucional de derechos y libertades, como hemos comentado anteriormente. Sin embargo, acaba dicha legislatura (e incluso una más, aunque breve) ni el Partido en el Gobierno inició proyecto alguno en este sentido ni parece que hubiera figurado en su agenda política.

¿Cuál ha sido, pues, el final de la historia?: la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema jurídico español, expresamente por el Tribunal Constitucional y tácitamente por sus propios recurrentes.

VII. CONCLUSIONES

La Sentencia por la que el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, reconocido *ope legis*, supone una nueva forma de interpretar el Derecho y, por ende, abre la puerta a la incorporación a nuestro sistema jurídico de nuevos derechos más allá del tenor literal de la Constitución, considerando a ésta como un documento vivo que debe ir adaptándose a la realidad social. Ello, además, puede tener importantes consecuencias en otros casos que aún penden ante el Tribunal Constitucional como es, singularmente, el debate del aborto, donde la doctrina recogida en la Sentencia 53/1985 no tiene que ser necesariamente respetada por el propio Tribunal si considera que la realidad social en este campo ha variado sustancialmente. En todo caso, hay que esperar a comprobar si la doctrina del *living constitution* acaba consolidándose en el Tribunal en futuros casos similares al que nos ha ocupado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR FERNÁNDEZ, S. (2013). La jerarquía católica española en perspectiva comparada. La confrontación política entre la Iglesia y el Gobierno socialista a comienzos del siglo XXI. *Revista Internacional de Sociología*, 71 (2), 309-334.

ARROYO GIL, A. (2013). De cómo por un mal camino se puede llegar a un buen sitio. Breve comentario a la STC 198/2012. *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 20.

ASENSI SABATER, J. (1996). *Constitucionalismo y Derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

COMANDUCCI, P. (2009). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En Comanducci, P., Ahumada, M.A. & González Lagier, D. (eds.), *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo* (pp. 85-122). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

CORTINA, C. & CABRÉ, A. (2010). Las uniones homosexuales en España. Una caracterización sociodemográfica a partir del censo de 2001. *Revista de Sociología*, 95 (3), 565-583.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. (2007). En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. *Revista Indret*, 2.

ELSTER, J. (2000). *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Barcelona: Gedisa.


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, 93-112.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, S. (2007). *El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson

LAFUENTE BALLE, J. M. (2000). *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Colex.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. & EZQUERRA UBERO, J.J. (2007). *Las parejas de hecho como sujeto de las políticas familiares en la España de las autonomías* . Madrid: Fundación BBVA.

LEAL ADORNA, M. (2013). La constitucionalidad del matrimonio homosexual. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* , 33.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. (2013). En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el  [Código Civil](#) en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de las personas del mismo sexo. *Derecho Privado y Constitución* , 27, 173-208.

MACBAIN, H. L. (1927). *The Living Constitution. A Consideration of Realities and Legends of our Fundamental Law* . Nueva York: McMillan Company.

MATÍA PORTILLA, F. J. (2013). Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo. *Teoría y Realidad Constitucional* , 31, 541-554.

PRESNO LINERA, M. (2013). El matrimonio ¿Garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* , 19, 403-432.

SALAZAR BENÍTEZ, O. (2013). El matrimonio igualitario como exigencia del libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad. A propósito de la STC 198/2012. *Revista General de Derecho Constitucional* , 17, 17-21.

STRAUSS, D. A. (2010). *The living Constitution* . Nueva York: Oxford University Press.

FOOTNOTES

1

Los primeros países europeos en afrontar dicha regulación fueron Países Bajos mediante Ley de 21 de diciembre de 2000 y Bélgica por Ley de 30 de enero de 2003. La diferencia sustancial entre ambas regulaciones radica en que la holandesa no permite la adopción en el matrimonio entre personas del mismo sexo y exige que al menos uno de los contrayentes sea holandés de nacionalidad, mientras que la belga sí permite la adopción (aunque inicialmente no era así) y solamente exige que uno de los contrayentes haya vivido en el país durante los últimos tres meses. Fuera del marco europeo, puede destacarse Canadá, donde la legalización se produjo primero como consecuencia de la decisión de algunos Tribunales provinciales, lo que dio lugar a que se consultara al Tribunal Supremo federal y en su dictamen de 9 de diciembre de 2004 afirmó que una eventual reforma legal que admitiese el matrimonio entre personas del mismo sexo no sería contraria a la *Charter of Rights* . Ello dio lugar a la Ley federal de 20 de julio de 2005, que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo, con los mismos derechos y deberes que tienen las de distinto sexo.

2

3

Recuérdese que en el proceso de elaboración de nuestra Constitución, y en lo que al matrimonio se refiere, no hubo debate alguno acerca del reconocimiento del derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio. A finales de los años setenta, constituía un tema pacífico el carácter heterosexual de la institución. La lucha de los homosexuales no alcanzaba a dicha cuestión, sino a lograr una tolerancia y reconocimiento cultural, social y jurídico que durante la dictadura no habían recibido. El debate constitucional se situó en relación a la secularización del matrimonio frente al tradicional matrimonio canónico (Fernández Coronado, 2006).

4

Los pocos estudios que existen acerca de cuál es la realidad del fenómeno de las relaciones estables de parejas del mismo sexo indican que el porcentaje no es muy diferente del que existen en otros países de nuestro entorno (12% en Holanda, 7% en Noruega, 6% en Francia, 5% en Suecia o 10% en Estados Unidos de uniones homosexuales). A este respecto, a partir de la aprobación de la Ley en 2005 el porcentaje de matrimonios del mismo sexo en relación con el número total de matrimonios celebrados a partir de dicha fecha fue del 16,6%, dato que debe ser evaluado teniendo en cuenta que la aprobación de la Ley supuso un impulso mayor del habitual para dicha modalidad de matrimonios que hasta la fecha no estaban permitidos (CORTINA Y CABRÉ, 2010).

5

La [Constitución Española](#) en su [artículo 16.3](#) define el modelo de Estado desde la perspectiva de la posición del Estado frente a la religión como un Estado aconfesional en el que ninguna religión será la oficial del Estado, pero teniendo éste la obligación de crear un marco de colaboración y, en cierto modo, apoyo económico del hecho religioso.


6

La Constitución Española menciona en su artículo 16.3 expresamente a la Iglesia Católica, lo que ha sido interpretado tradicionalmente no cómo una manifestación de Estado confesional, sino como un reconocimiento al papel que histórica, cultural y socialmente ha tenido dicha Iglesia en España.

7

En España el recurso de inconstitucionalidad debe ser interpuesto, entre otras personas legitimadas, por al menos cincuenta diputados del Congreso o cincuenta senadores.

No debemos olvidar que se ha señalado también que la decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos que inicia el camino del *living constitution* no es *Roe v. Wade*, sino *Brown v. Board of Education*, 1954 (STRAUSS, 2010, pp. 77 y 92-93). Sin embargo, la decisión que más impacto ha tenido en el Derecho europeo ha sido precisamente *Roe v. Wade*, y quizás por el supuesto de hecho sobre el que trató, más que desde la perspectiva de la Teoría de la interpretación constitucional. Por otro lado, el término *living constitution* fue acuñado por MACBAIN en su obra, *The Living Constitution. A Consideration of Realities and Legends of our Fundamental Law* (1927).

El Gobierno socialista que llevó a cabo la reforma podía encontrar una mayoría suficiente para reformar el  [Código Civil](#), pero no para reformar la Constitución, ya que respecto de esto último tendría que haber contado también con la voluntad del principal en la oposición, el Partido Popular, contrario a dicha posibilidad de reconocer el derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo.

PRESNO LINERA (2013, p. 432) considera que la interpretación constitucionalmente adecuada del debate sobre el matrimonio homosexual conduce a entenderlo como un derecho cuyo objeto es una esfera vital protegida no como una garantía institucional sino a través de la técnica de los derechos de libertad, que otorga amparo a cualquiera de los posibles comportamientos que en principio se puedan encuadrar en la definición abstracta de la mencionada esfera vital establecida como matrimonio.

Esta consideración del art. 32 como garantía y no como mero derecho subjetivo es la posición que mantuvieron los órganos consultivos que informaron preceptivamente sobre la reforma legislativa. Así, tanto el Consejo de Estado como el Consejo General del Poder Judicial señalaron en sus respectivos informes que la reforma afecta a un elemento esencial del matrimonio, haciéndolo ya irreconocible, y ello, sin perjuicio de que el legislador no pueda dotar de cierto formalismo a las uniones entre parejas del mismo sexo, pero no a través de la institución que la Constitución garantiza en el art. 32.2.

Algún autor, haciéndose eco de la denuncia que a tal definición de matrimonio formula un

Magistrado, Rodríguez Arribas, en su voto particular, ya que habla de comunidad de afecto, lo que puede ser aplicada a la convivencia entre un tío y un sobrino, considera que debió haberse añadido el término afectivo-sexual (MATÍA PORTILLA, 2013, p. 543).

13

En similares términos SALAZAR BENÍTEZ (2013, pp. 17-21).