

La Constitución y el matrimonio homosexual en España - A propósito de la STC 198/2012 del Tribunal Constitucional

La Constitution et le mariage gay en Espagne - A propos de l'arrêt STC 198/2012 du Tribunal constitutionnel

Hubert Alcaraz

Profesor Universidad de Pau y de los Países del Adour - Francia
hubert.alcaraz@univ-pau.fr

Recibido: 01/04/2016 Aprobado: 03/08/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1283>

RESUMEN

Los debates jurídicos a diario son alimentados en razón de las dinámicas sociales cotidianas. De ahí que el derecho esté en un constante cambio frente a los conceptos que se tengan y es así como ningún aspecto social es ajeno al debate. Es aquí donde este artículo pretende hacer una presentación académica frente a la irregularidad en la toma de decisiones para invalidar el matrimonio entre parejas del mismo sexo en España mediante la sentencia STC 198/2012 emitida por el Tribunal Constitucional español. Si bien las decisiones de este Tribunal son importantes pues deciden casos trascendentales, en algunos casos se verifican argumentos vagos y superficiales dentro de los cuales se hace mención a las condiciones que pueden brindar a los niños las parejas homosexuales frente a las parejas heterosexuales; de igual manera, se tiene en cuenta la postura que tuvieron los miembros del Tribunal que votaron de manera contraria a la decisión de la mayoría.

PALABRAS CLAVE

Interpretación evolutiva; Matrimonio homosexual; Parejas del mismo sexo; Tribunal Constitucional español.

RÉSUMÉ

Débats juridiques sont nourris quotidiennement en raison de la dynamique sociale. Le droit change fréquemment face aux nouvelles réalités et il n'est pas étranger au débat. Ce point est traité dans cet article lequel fait l'analyse académique de la décision du Tribunal Constitutionnel espagnol d'invalidier le mariage entre couples de même sexe en Espagne à travers l'arrêt STC 198/2012. Alors que les décisions de cette Cour Constitutionnelle sont importantes parce qu'elles décident des cas marquants, dans certains cas, des arguments vagues et superficiels sont vérifiées, dans lesquels mentionnent des conditions particulières des couples homosexuels, face aux couples hétérosexuels. De même, l'article considère et analyse la position prise par les membres de la Cour Constitutionnelle qui ont voté contrairement.

MOTS CLÉS

Cour Constitutionnelle espagnole; Couples de même sexe; Interprétation évolutive; Mariage homosexuel.

INTRODUCCIÓN

Más de ocho años después de su introducción en el ordenamiento jurídico español, el matrimonio homosexual¹ -que en un tiempo llegó a los titulares²- ya no parece despertar la emoción en la tierra de Don Quijote³. Sin duda, el apaciguamiento y la normalización son explicados por el paso del tiempo, pero también por la intervención del Juez Constitucional quien, juzgando la ley que introdujo del matrimonio de parejas del mismo sexo en el derecho español conforme a la Constitución, desactivó sobre el plano jurídico un debate que, a su vez se ha extinguido sobre el plano político, la alternancia que no provocó el cuestionamiento temido por algunos. Sin embargo, hay que reconocer que el epílogo duró mucho tiempo para intervenir, alimentando esperanzas y preocupaciones: no menos de siete años fueron necesarios para que el Tribunal Constitucional español decidiera sobre el tema. De hecho, demandado en el 2005 por la conformidad de la Constitución de la Ley 13/2005 de abrir el matrimonio y la adopción a las parejas del mismo sexo, no fue sino hasta el año 2012, siete años después, en la sentencia del 6 de noviembre, donde el Tribunal finalmente rechazó el recurso de inconstitucionalidad. Inicialmente y una vez más, el

tiempo utilizado por el Tribunal Constitucional fue excesivamente largo para tomar una decisión.

Sin embargo, la solución, si ahora parece satisfactoria a los ojos de la opinión pública española⁴, estaba lejos de ser adquirida y cada quién podía discutir de un modo u otro: con la demanda, la Constitución fue objeto de diversas interpretaciones, cada una queriendo encontrar las disposiciones propias para apoyar su posición, favorable o no, siendo contraria a la constitucionalidad del texto del 2005. El argumento constitucional, desde el principio ampliamente invocado, estaba evidentemente en el corazón de la demanda presentada ante el Tribunal Constitucional y de su razonamiento. Sin embargo, la lectura de la sentencia es desconcertante, ya que su motivación parece debilitar la validación de la reforma por el tribunal constitucional.

Durante los ocho años de la presidencia del Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero⁵, las reformas de la sociedad nutrieron el proyecto político del líder del PSOE (Partido Socialista Obrero Español). La ley relativa al matrimonio homosexual, así como aquella de la legalización del aborto, constituye uno de los hitos más importantes, pero también uno de los más controvertidos⁶. Anunciado oficialmente en el

1 - En España, el uso de "matrimonio homosexual" no despertó la oposición, en principio, en la medida en que la reforma promovida por el Gobierno socialista había indicado claramente como objetivo abrir el matrimonio a una población determinada; ya que el término "matrimonio para todos" no se utiliza, no sólo en contraste con la del matrimonio homosexual o la del matrimonio gay, que será utilizado aquí de forma intercambiable.

2 - Los acontecimientos en España eran de menor escala que los experimentados por Francia desde la más grande realizada por el Foro Español de la Familia reunido el 18 de junio de 2005 en Madrid con cerca de 180.000 personas (Millón y medio según los organizadores, 700.000 según la Comunidad autónoma de Madrid, 166.000 según el gobierno), entre ellos 19 obispos y una representación del partido Popular (PP - principal partido de la oposición política de la época, ahora en el gobierno). No participaron ni el líder del PP, Mariano Rajoy (ahora presidente del gobierno) ni el presidente de la Conferencia Episcopal Española, arzobispo de Bilbao, Ricardo Blázquez.

3 - Recientemente, el ex jefe de gobierno de J.L. Rodríguez Zapatero, ha preguntado por la acción del Secretario General del Partido Socialista Español (PSOE - Partido Socialista Obrero Español), Alfredo Pérez Rubalcaba, ha vuelto a lo que ahora se considera un "acervo" de su presidencia del gobierno, "Zapatero anima a apoyar y a escuchar los "impulsos" de Rubalcaba". El País, 1 de Julio 2013.

4 - Las publicaciones en la prensa fueron muchas, lo que dio la bienvenida a la solución finalmente adoptada por el Tribunal Constitucional español. Sin ser exhaustivos, se encuentran: Peral, "Amplio respaldo del Tribunal Constitucional al matrimonio homosexual", El Mundo, 7 de noviembre de 2012; A. López Lozano y A. Gil Arroyo, "¡Por fin!". El País 7 de noviembre de 2012; El Sr. Altozano, "El matrimonio gay está aceptado por la sociedad y no afecta al derecho a casarse", El País, 15 de noviembre de 2012

5 - José Luis Rodríguez Zapatero tomó posesión como presidente del Gobierno por primera vez el 16 de marzo de 2004, después de las elecciones generales del 14 de marzo durante la apertura de la octava legislatura; la segunda vez el 11 de abril de 2008, después de las elecciones generales del 9 de marzo. Él dejó la presidencia el 8 de febrero de 2012, sustituido por Mariano Rajoy, el líder del PP, tras las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011.

6 - En materia social, bajo la presidencia de J. L. Rodríguez Zapatero, también incluimos la ley sobre la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia o la ley para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

discurso de investidura de José Luis Rodríguez Zapatero a la Presidencia de Gobierno del 15 de abril de 2004, el proyecto de ley, después de la oposición del Senado, se aprobó finalmente el 1 de julio de 2005. La reforma es radical, incluso si es de apariencia modesta: la ley 13/2005 permite el matrimonio para los homosexuales y establece la igualdad absoluta entre las parejas que se casan, independientemente de la orientación sexual de los cónyuges. Modestamente, la ley se contenta con sustituir las referencias del hombre y la mujer que figuraban hasta ese momento en el Código Civil, para fijar una indeterminación a los cónyuges. Las modificaciones esenciales resultan a partir de la introducción de un nuevo texto en el numeral 2 del artículo 44 del Código Civil, que ahora establece que "el matrimonio reunirá las mismas condiciones y el mismo efecto aunque las dos partes contratantes sean del mismo sexo o de sexo diferente". La reforma es sin embargo radical ya que en ella se establece una asimilación completa de la situación jurídica de los dos tipos de relaciones, heterosexuales y homosexuales: además del matrimonio que se permite a las parejas homosexuales, se puede recurrir a la adopción y a la procreación asistida médicamente.

Incluso más allá de la esfera política, las reacciones institucionales fueron importantes. Al poco tiempo, la cuestión de la conformidad del proyecto con la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978 fue evocada, tanto por el Consejo de Estado español como por el Consejo General del Poder Judicial;

ambos dudaron de su constitucionalidad, con el argumento de que el matrimonio, en el sentido constitucional, no podía ser más que heterosexual⁷. Y el 30 de septiembre de 2005, casi cuatro meses después de la entrada en vigencia de la ley⁸, un recurso de inconstitucionalidad fue invocado por los diputados del Partido Popular⁹. El argumento de los demandantes gira en torno a numerosas objeciones, a menudo mal documentadas. Entre estas objeciones, dos críticas principales surgen fundadas sobre el alcance de dos artículos de la Constitución: el 32 y 39. Al igual que las observaciones formuladas por el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial, los autores de la apelación alegaron, en primer lugar, que la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil violaría el artículo 32 de la Constitución, dando al término "matrimonio" un significado distinto "que el que siempre ha tenido"; en segundo lugar, que el artículo 39 del texto sería desconocido por la posibilidad de adoptar ofrecido a las parejas del mismo sexo, violando la obligación de los poderes públicos para garantizar "la protección integral de los niños".

Por ocho (8) votos a favor, tres (3) en contra y una (1) abstención¹⁰, el Tribunal Constitucional rechazó la petición y sostuvo que la decisión de abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo no atenta contra la institución matrimonial en particular a lo que la Constitución designa bajo el término "matrimonio", sin concebir que la ventaja en la posibilidad de la adopción de estas parejas casadas no desconocía el interés del niño. En apariencia sintética y clara, esta

7 - Consejo de Estado, Dictamen Nº 2628/2004 de 16 de diciembre de 2004, sobre el proyecto de ley que modifica el Código Civil en relación con el matrimonio (el Consejo de Estado español es un órgano consultivo del Gobierno español y los presidentes de las Comunidades autónomas, que no tienen facultades contenciosas); Consejo General del Poder Judicial (equivalente del Consejo Superior del poder judicial francés), estudio de fecha 26 de enero de 2005.

8 - Al contrario de lo que a veces ha sido reportado por la prensa francesa; cf. F. TANNEAU, "España: el matrimonio homosexual válido Tribunal Constitucional", *Le Monde* 6 de noviembre de 2012.

9 - Recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005 conformada por setenta y dos miembros del grupo parlamentario del Partido Popular (PP) en el Congreso de los Diputados, de conformidad con el artículo 162 de la Constitución y el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). La apelación fue admitida por el Tribunal mediante Providencia, emitida el 25 de octubre de 2005, de conformidad con el artículo 34 de la LOTC.

10 - Por un auto, es decir, un pronunciamiento judicial, bajo el número 140 del 4 de julio de 2012, la Asamblea Plena Constitucional confirmó la solicitud de indulgencia por don Francisco José Hernando Santiago, que antes de ser nombrado juez en el Tribunal Constitucional, había servido en el Consejo General del Poder Judicial y había, en esa ocasión, dado a conocer su oposición a lo que estaba siendo un proyecto de ley para más adelante convertirse en la Ley 13 / 2005 (Consejo General del Poder Judicial, el Estudio 26 de enero de 2005).

solución no satisface menos a una avalancha de medios: fuera de la violación de los artículos 32 y 39, los demandantes invocaban confusamente aquellas de los artículos 9 numeral 3¹¹, artículo 10 numeral 2¹², así como también el artículo 14 (conjuntamente con los artículos 1 numeral 1, y artículo 9 numeral 2)¹³, artículo 53 numeral 1¹⁴, y artículo 167 de la Constitución¹⁵. Ante estas abundantes objeciones, el Tribunal Constitucional ha tratado de hacer el trabajo educativo y cuida desde el primer fundamento jurídico de la sentencia¹⁶ para especificar el objeto del recurso. Por lo tanto, el tribunal no examina más que los eventuales desconocimientos de los artículos 32 y 39, que eran en realidad, las principales razones de inconstitucionalidad invocadas. En efecto, el éxito de la argumentación de los recurrentes dependía esencialmente de la respuesta dada a la cuestión de la definición constitucional del matrimonio. De su parte, la familia, si es evidente que no estaba ausente, nutría la remisión y, al igual que las otras objeciones, la validez de la apertura de la adopción que está directamente relacionada con la del

matrimonio. Además, también por la vía de la limitación de la investigación, todas las otras objeciones planteadas¹⁷ son descartadas como inoperantes, no autónomas o infundadas¹⁸.

Finalmente, siete años después de la entrada en vigencia de la ley, y la celebración de un poco más de veintidós mil uniones¹⁹, es el conjunto de un nuevo dispositivo validado. Lo anterior es preocupante, ya que tal escenario no es exclusivo de España²⁰. Es por tanto tan preocupante que parecía difícil, desde un punto de vista estrictamente jurídico, anticipar la solución finalmente tomada por el Tribunal Constitucional tanto en las disposiciones constitucionales como en la jurisprudencia relacionada, pudiendo ser objeto de diversas lecturas, incluso opuestas. Las posibilidades de éxito del recurso como de fracaso, podrían parecer igualmente probables. Ciertamente se objetará sobre el plano "estratégico", en un periodo en donde su prestigio fue largamente alcanzado, el Tribunal Constitucional podría ser cuidadoso de no provocar, una vez más²¹,

11 - "La Constitución garantiza (...) la responsabilidad de las autoridades y la interdicción de la arbitrariedad de su parte".

12 - "Las normas de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

13 - "Los españoles son iguales ante la ley; que no pueden ser objeto de discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

14 - "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo una ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regular el ejercicio de estos derechos y estas libertades (...).

15 - En este artículo se define el procedimiento de revisión de la Constitución.

16 - Los fundamentos jurídicos (FJ), designando y ocupando la segunda parte de la sentencia, establecen el razonamiento del juez para decidir el caso y corresponden con los considerandos de las decisiones de los tribunales constitucionales y administrativas francesas.

17 - Rechazado desde el principio de su razonamiento por el Tribunal Constitucional, basta con mencionar estos argumentos. Entre los medios que carecen de autonomía son las supuestas violaciones en los artículos 9, numerales 3, 10, 2, 53, párrafo 1, y 167 de la Constitución, su posible violación es de hecho directamente relacionado con el artículo 32, por lo que el Tribunal le hizo algunos comentarios. A continuación, desestima la queja, aunque autónoma, el Tribunal cree que es irrelevante. Este es el caso, en primer lugar, del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución. Del mismo modo, la referencia al artículo 9 de la Constitución se refiere simplemente a los argumentos sobre la violación de los artículos 14, 32 y 167 de la Constitución; los autores de la apelación tampoco afirman que la ley aprobada es el resultado de una "discriminación normativa" o que parece "absolutamente carente de base racional" (FJ 2 a y b).

18 - Las acusaciones en causa que no eran constitutivas de "causas de inconstitucionalidad autónoma" claramente parecen infundadas.

19 - 22,442 matrimonios entre personas del mismo sexo de acuerdo con las cifras de 2011 publicadas por el Instituto Nacional de Estadística Español.

20 - Como se recordará, por ejemplo, que el recurso de inconstitucionalidad del 27 de febrero de 1989 contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida (Ley 35/1988, del 22 de noviembre, Sobre Técnicas de Reproducción asistida) fue juzgado la sentencia 116 del 17 de junio de 1999, mientras que el recurso contra el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña, presentado el 31 de julio de 2006, se decidió por la sentencia 31 del 28 de junio de 2010.

21 - La revisión del recurso de inconstitucionalidad contra el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña, y la sentencia 31/2010, había atraído una considerable cantidad de críticas, incluso causando la organización de eventos.

la desconfianza de una parte de la opinión pública²². Por otra parte, desde un punto de vista político, varias personalidades del Partido Popular, algunos de los cuales son ahora ministros, habían dado a conocer en 2005 su oposición a toda acción contenciosa ante el Juez Constitucional contra la ley que posibilita el matrimonio a las parejas de mismo sexo²³. Sobre el plano jurídico, el Tribunal no podía ser indiferente a las preocupaciones de seguridad jurídica. Lo cierto es que más allá de estas conjeturas, la sentencia 198/2012 resuelve la cuestión ampliamente controvertida que había acaparado el verdadero debate. Sin embargo, hay que lamentar que lo haga sobre la base de un razonamiento poco convincente, por lo que si la solución retenida parece bastante admisible, una motivación alternativa habría debido ser tenida en cuenta: haciendo prueba de una cierta audacia, el Tribunal Constitucional utiliza una mala motivación que admite la constitucionalidad de la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo. La posibilidad de adoptar, reconoció a estas parejas casadas e indicadas en la estrecha dependencia de la definición de matrimonio que se encuentra igual y lógicamente validada.

1. EL RECONOCIMIENTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO GAY

A la interpretación emitida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 198/2012 no le falta audacia, en el sentido de que el Juez Constitucional desvía aquí la principal objeción planteada por los solicitantes, resolviendo una controversia que venía desde hace varios años. A costa de un argumento largo y sinuoso, recurre a una interpretación que él llama "evolución" del artículo 32 de la Constitución y cierra el debate de la conformidad de la ley a esta disposición. Sin embargo, el lector no puede sino lamentar que se apoye en un razonamiento sin argumentos que debilita la solución final.

1.1. La "interpretación evolutiva" del artículo 32 de la Constitución

La principal contribución de la sentencia consiste en que aunque la doctrina había fracasado hasta ahora en llegar a una interpretación indiscutible del artículo 32, se levanta la prohibición constitucional "para abogar por el reconocimiento legislativo del matrimonio homosexual". En virtud de esta disposición, "1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley determinará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad necesarias para el contrato, los derechos y deberes de los esposos, las causas de separación y disolución y sus efectos". Dicha escritura, en especial la referencia explícita de "hombre y mujer", había planteado dudas acerca de la constitucionalidad de la reforma, a veces expresada con firmeza incluso militante, por algunos organismos del Estado. En este sentido, si la ruta de la "privatización" del matrimonio parecía comprometida, no todos los cambios se han completado y la jurisprudencia constitucional en sí, aunque ha sufrido cambios, no parecía claramente mirar en la dirección de una interpretación particular. El debate estaba en furor y el Tribunal Constitucional decidió valientemente fallar a favor.

Influenciada directamente por el derecho constitucional alemán y la teoría alemana de los derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional española siempre ha identificado en el artículo 32 de la Constitución un contenido doble: por un lado, una garantía institucional al beneficio del matrimonio y por otra parte, un derecho subjetivo. De acuerdo a esta concepción, el matrimonio se presenta a la vez como una institución garantizada por la Constitución y al mismo tiempo, como un derecho fundamental subjetivo, al de "contraer matrimonio". Si bien es el "derecho a contraer matrimonio"²⁴, es decir el derecho a casarse o no, es también el derecho a contraer

22 - De acuerdo con las encuestas de opinión, después de siete años de implementación, el matrimonio de parejas del mismo sexo ya no despertó las reservas y las divisiones que habían ido apareciendo en el momento de su adopción. El número de matrimonios del mismo sexo es modesta, en representación de entre 1,60 y 2,10% de todos los matrimonios celebrados cada año en España.

23 - Por cierto, el gobierno conservador de Mariano Rajoy ha indicado, a través de su Ministro de Justicia, desde el pronunciamiento de la sentencia, que no tenía la intención de derogar la ley.

24 - La ley española utiliza el término "Derecho a contraer matrimonio". Se refiere el numeral 1 del artículo 32 de la Constitución.

libremente matrimonio con la persona de su elección, esto ha sido invocado por los autores del recurso y es ante todo entorno a la garantía institucional del matrimonio que han construido su argumentación. Por lo tanto, es frente a este doble contenido, que el Tribunal debía examinar la ley con el fin de buscar por un lado, si ésta introducía la garantía institucional del matrimonio y por el otro, si ella introducía límites constitucionalmente inaceptables sobre el derecho a casarse; sólo la cuestión de la garantía de la institución del matrimonio retenía fundamentalmente la atención que nutría a una inconstitucionalidad real.

De manera más precisa, en el contenido de la garantía institucional, se argumentó que la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil cambió la institución del matrimonio para dar como resultado, su simple desnaturalización. En otras palabras, es posible que una naturaleza inherentemente heterosexual del matrimonio estuviera implicada. Desde este punto de vista, la pregunta era aparentemente sencilla: ¿la reforma en cuestión se diversifica simplemente en suposiciones del matrimonio o se transforma radicalmente, yendo así más allá de lo permitido por la Constitución? Para los autores de la apelación, todas las interpretaciones del artículo 32 que puedan ser seleccionadas, confirman la exclusión constitucional de parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio. En efecto, de acuerdo con una interpretación literal, la referencia que expresa al hombre y a la mujer, permite considerar que existe un "matrimonio de reserva constitucional para las parejas heterosexuales" y a su vez, la interpretación "sistemática" es decir, una lectura conjunta de los artículos 32, 39 y 58 de la Constitución llevaría, a la misma conclusión. Por último, una interpretación "auténtica", basada esta vez en los trabajos preparatorios de la Constitución conduce a la misma solución.

En el litigio constitucional, la garantía institucional se presenta tradicionalmente como un mecanismo para proteger a una institución determinada y reconocida

por la Constitución, en contra de los intentos del legislador para eliminar o desnaturalizar. De esta manera, se trata de "la existencia de una institución, es decir, un objeto jurídico instituido, que sólo existe por el efecto del orden jurídico estatal". En este sentido, sin confundirse con la dimensión objetiva del derecho fundamental implicado²⁵, la garantía institucional complementa la dimensión subjetiva del derecho y el Estado no puede perjudicar el ámbito institucional protegido por él. Esta técnica "objetiviza" el derecho fundamental, pues ella convierte su contenido no sólo en la capacidad abstracta de actuar sino también en un desarrollo normativo de una determinada realidad, en este caso, el matrimonio. El Tribunal Constitucional ya había indicado que una garantía "no asegura un contenido o un dominio de competencias determinadas y definitivamente fijadas sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que ella reviste en la conciencia social en cualquier momento y en cualquier lugar". Además, leyendo la jurisprudencia, el alcance está constituido "cuando la institución está limitada", por lo que prácticamente se ven privados de sus posibilidades de existencia real como una institución para convertirse en simplemente un nombre. (...) En resumen, la única prohibición claramente identificable consiste en la ruptura clara y limpia con la imagen comúnmente aceptada de la institución (...).

Observando la preocupación de los constituyentes, que consistía en "desconectar matrimonio y familia para proclamar la igualdad de los cónyuges dentro de la institución, y de constitucionalizar la separación y con la disolución", sin preocuparse por otras cuestiones, el tribunal subrayó que el silencio del texto en relación con las otras características del matrimonio no permite atraer ninguna conclusión, en cualquier sentido que éste sea. El tribunal eligió usar un supuesto metodológico según el cual es la lectura dinámica del texto constitucional la que debe ser privilegiada: "la Constitución (...) a través de una interpretación progresiva, acomoda las realidades de

25 - Los límites de esta clasificación, que distingue con propósito defensivo, subjetivo y efectos objetivos de los derechos fundamentales, se destacaron por D. Capitán, op. cit., espec. p. 189 y s.; sin embargo, en lugar de preferir la distinción entre la función funciones negativas y positivas, el Tribunal Constitucional sigue utilizándolo, razón por la cual se hace referencia.

la vida moderna (...) no sólo porque es un texto cuyos principios son aplicables a los supuestos que los redactores no previeron, sino también porque los poderes públicos (...) actualizan lentamente estos principios y porque el Tribunal Constitucional (...) dota las normas de un contenido que se puede leer en el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos y necesidades de la sociedad actual (...)" La interpretación del artículo 32, y principalmente la garantía institucional que ésta contiene, debe en consecuencia, ser hecha teniendo en cuenta la visión "plural" de la institución del matrimonio, lo que puede permitir la inclusión de otra forma de unión: la pareja estable formada por dos personas del mismo sexo.

Aunque el cambio es innegable, después de la reforma, la institución del matrimonio no es menos organizada en términos compatibles con la imagen que la sociedad española tiene del matrimonio hoy en día. Dado que la naturaleza de la unión heterosexual no hace parte, según el Tribunal Constitucional español, de las características esenciales del matrimonio²⁶, el legislador ha simplemente hecho uso de la competencia que él dispone en materia de la organización de la institución, sin sobrepasar los límites establecidos por la Constitución²⁷. No sobra más que examinar el contenido del derecho fundamental, entendido en su sentido subjetivo, lo que a su vez, no suscitara reales controversias: ni la regla de la igualdad jurídica entre los cónyuges, ni aquella del mutuo consentimiento, ni la pluralidad de derechos y deberes inherentes al matrimonio, sin más ventajas que el derecho a no casarse, se vieron obstaculizadas o desnaturalizadas, en la medida en que la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales en nada privan a las parejas heterosexuales de las facultades que ellas disponen previamente y prosiguen a escoger libremente si se casan o no. Y en esta etapa de su razonamiento, el Tribunal Constitucional no puede más que concluir según una fórmula similar a la

utilizada por el Consejo Constitucional francés: no corresponde al Tribunal Constitucional "examinar la conveniencia o pertinencia de una elección tomada por el legislador, sin más que la de determinar si se trata de la mejor o la más adecuada solución posible". Sin embargo, es de lamentar que esta solución está sentada en una mala motivación.

1.2. Una motivación inadecuada

La intención era loable y los resultados notables. Es posible criticar que el razonamiento desplegado, haya sido mal construido y muy frágil, así como la solución a la que se llegó. En efecto, frente a las lecturas contradictorias que parecían hechas a partir del texto constitucional, el Tribunal Constitucional decidió hacer prevalecer la conciliación. Pero el camino recorrido para lograr esto parece cuestionable, al menos en dos puntos: que la solución pareció estar hecha, por un lado, por vacilaciones y recurriendo, por otra parte, a la dudosa noción de "cultura jurídica".

Por otra parte, las indecisiones nacen de la estructura de la misma motivación. Estas son las tres bases jurídicas que son consagradas a la cuestión del cumplimiento del nuevo marco legislativo del matrimonio con el artículo 32 de la Constitución. Ahora bien, el recurso parece resuelto desde el comienzo, ya que el juez constitucional escoge una interpretación evolutiva de la Constitución, según la cual, el nuevo dispositivo no es contrario al artículo 32, siendo el matrimonio hoy en día una noción "plural" de las uniones estables entre personas del mismo sexo. Pero antes de que se conserve esta premisa metodológica, el Tribunal ya había realizado una doble afirmación: en primer lugar, si los redactores de la Constitución de 1978 no consideraron el matrimonio de parejas del mismo sexo, ellos no lo han excluido; y, en segundo lugar, la libertad y la igualdad garantizada por la Constitución no son aplicables exclusivamente a los matrimonios

26- La sentencia menciona tres características: la igualdad de los cónyuges, el libre albedrío para casarse con la persona de su elección y la manifestación de esa voluntad.

27 - « (...) no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador (...), dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente (...) ».

heterosexuales, sino que también se benefician las uniones homosexuales²⁸. Por lo tanto, el matrimonio entre personas del mismo sexo "es una opción no excluida por el constituyente". El punto más discutido del caso, que suscita todavía algunas dudas, aparece de alguna manera "prejuizado", lo que siguiendo el razonamiento, no viene a negar lo contrario. Tomamos como evidencia el hecho de que una vez esta objeción fue aparentemente descartada, los desarrollos sustanciales fueron consagrados como una supuesta violación del derecho fundamental a contraer matrimonio, en el que nadie sostenía seriamente que ella pudiera ser demostrada en este caso.

Por otra parte, y este es el elemento más desestabilizador, el Tribunal optó por regresar a la noción de garantía institucional, ya discutida en detalle, para enfatizar que lo cuestionado en la dimensión subjetiva del derecho fundamental a contraer matrimonio, la garantía institucional lo fusiona con su contenido esencial. En ambos casos, la reclamación pretende alcanzar una eventual ruptura de la "imagen de la institución en la cultura jurídica" y su "buen funcionamiento". Por otra parte, se ha dicho que la cuestión de constitucionalidad no parecía ser ¿la cuestión no ha sido ya resuelta? Esa es la conclusión que parece alcanzar el propio Tribunal Constitucional: después de haber indicado una distinción poco convincente donde la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil permite que "el ejercicio del derecho se realice con una persona del mismo sexo", lo que no corresponde a "un aumento en la lista de titulares del derecho individual, sino a una modificación de las formas de su ejercicio"; consagra nuevos desarrollos al contenido esencial del derecho al descartar la idea de que el artículo 32 obligaría al legislador a reservar el matrimonio a las parejas heterosexuales. Aquí es difícil seguir la lógica, especialmente una vez que la referencia a la noción de garantía institucional parece reconocer inmediatamente que se trata de un elemento de retórica. De hecho, el concepto fue

acuñado para hacer frente a la falta de efectividad de los derechos y las libertades del legislador, con el fin de conferirles una forma de indisponibilidad frente a las acciones del parlamento; el uso de esta categoría legal es por lo tanto superflua actualmente en un estado de derecho constitucional como España.

Sin embargo, el Tribunal todavía utiliza al momento de poner en marcha una "interpretación evolutiva" de la Constitución, basada en la "cultura jurídica" y una motivación más dudosa todavía. Desde este punto de vista, si el recurso expreso al argumento del derecho comparado es frecuente en el contencioso constitucional español, es raro que este tome una dimensión comparable a aquella que reviste en este caso. En efecto, la sentencia no se limita sólo al recuerdo de una jurisprudencia extranjera, sino que basa su argumento en el razonamiento del Tribunal Supremo de Canadá al adoptar una visión comparable a lo que está en un texto constitucional: "un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se adapta a las realidades de la vida moderna para garantizar su propia importancia y legitimidad, no sólo porque se trata de un texto cuyos principios son aplicables a hipótesis que sus redactores no habían imaginado, sino también porque los poderes públicos, en especial el legislador, actualizan estos principios lentamente y porque el Tribunal Constitucional cuando controla la adecuación constitucional de estas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permite leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos y las exigencias de la sociedad actual a las cuales la norma fundamental del ordenamiento jurídico debe dar respuestas, bajo el riesgo en el caso contrario, de quedar como letra muerta".

Y agrega que esta lectura "evolutiva" de la Constitución, que opta por aplicar "expone el concepto de cultura jurídica". Este último se construyó "no solamente a partir de una interpretación literal, sistemática u original de textos normativos" sino igualmente a

28- Por otra parte, está la posición adoptada por el legislador en el preámbulo de la Ley 13/2005: "(...) la Constitución, dando al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye una enmarcación que concibe las relaciones pareja de manera diferente a la que ha prevalecido hasta ahora, un marco que les daría a nuevas formas de relaciones afectivas."

partir de "la observación de la realidad social que puede ser de importancia a la ley, sin que esto lleve a reconocer una fuerza normativa directa a los hechos" bajo la mirada de las "opiniones de la doctrina jurídica" del derecho comparado, "con la actividad internacional de los Estados", de la jurisprudencia Europea y comunitaria y las opiniones expresadas en el marco del sistema de las Naciones Unidas²⁹. Por eso, en su opinión, la garantía institucional del matrimonio debía ser el objeto de una relectura teniendo en cuenta los cambios en la sociedad.

¿Por qué utilizar un argumento ambiguo y confuso? El legislador tiene, en efecto, no solo la obligación de respetar las estructuras fundamentales de la institución sino también, la obligación de adaptar la legislación vigente a la evolución del contexto social en el que se ha registrado, con el fin de garantizar la preservación de esta institución en sus características. Se hace innecesario acudir a la jurisprudencia canadiense y la metáfora del "árbol vivo"³⁰. El concepto de garantía institucional, no asegura la petrificación de la mencionada institución, pero supone por el contrario, su naturaleza evolutiva y la apertura a los cambios sociales; en consecuencia, nada impide al legislador ampliar la institución con el fin de incluir nuevas hipótesis, en tanto que él le reste importancia al margen de maniobra del que dispone y le impida encontrar una prohibición constitucional expresa. Esto no atenta en contra del texto constitucional ya que en esta materia, la única restricción que resulta de la Constitución consiste en la prohibición para la nueva ley, de eliminar o alterar sustancialmente los elementos esenciales, es decir, el núcleo duro de la institución garantizada. Ciertamente, se refutará

entonces en este punto, que es claro que el matrimonio heterosexual constituye precisamente uno de los elementos esenciales. Sin embargo, ¿por qué deberíamos deducir que el reconocimiento legal del matrimonio homosexual atenta contra estos elementos esenciales? ¿Cómo la admisión de una nueva forma de matrimonio atentaría la autorización -perdurable-, del matrimonio entre un hombre y una mujer en elementos intangibles de la institución? Este núcleo duro no es garantía para impedir desarrollos posteriores de la institución, susceptibles de aumentar su alcance, pero, por el contrario, con el fin de impedir toda restricción legislativa que resultaría en la eliminación de esta institución³¹.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional habría podido contentarse con constatar que la apertura del matrimonio podría ser considerada como el resultado de la evolución social. En lugar de esto, optó por multiplicar las justificaciones, y recurrir a una motivación cuestionable³². El rol del juez constitucional no es para decir si la ley se ajusta a la Constitución, sino para decir si ella es o no contraria. El hecho de que el diseño de una institución se transforme un poco, tiene que ver con una interpretación evolutiva de la Constitución; es el contenido de la garantía institucional que ha cambiado y no el sentido que el juez constitucional entiende con la intención de unir esta institución en el caso del matrimonio, salvo para él dejar su oficio y convertirse en "poder constituyente permanente"³³ e incurrir en la crítica del "gobierno de los jueces", además de que la constitucionalidad del matrimonio fue adquirida, la posibilidad de adoptar fue subsecuentemente validada.

29- El juez constitucional añadió que teniendo en cuenta todos estos elementos, se requiere por el propio texto constitucional a través de su artículo 10, numeral 2 de la Constitución que establece que "las normas para los derechos y las libertades fundamentales reconocidos por la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de los derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

30 - Tal metáfora está obligada a ser comparada con el tiempo de referencia por la Corte Suprema de los Estados Unidos de los derechos que resulten de las emanaciones de la Declaración de Derechos, en particular en la sentencia *Griswold v. Connecticut* 1965.

31- Además, algunos comentaristas han fallado en no señalar que no podía apoyar "la reforma legislativa desfigurando algo que ha dejado absolutamente intacto".

32 - Opinión concurrente independiente hecha por el magistrado Manuel Aragón Reyes al final: "Si el diseño de una institución no es unánime, sino plural, es decir, si lo es, en términos constitucionales, de un tema debatido, hay que aplicar la máxima *in dubio pro legislatoris*".

33 - Opinión concurrente independiente hecha por el magistrado Manuel Aragón Reyes.

2. LA CONSTITUCIONALIDAD SUBSECUENTE DE LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR OFRECIDA A LAS PAREJAS CASADAS DEL MISMO SEXO

La única demanda formulada contra la posibilidad de adoptar ofrecida a las parejas casadas del mismo sexo, residía en el logro que sería así alcanzado a la protección del interés del niño. Esta preocupación no solo reenviaría de manera más general a la cuestión sobre la definición de la familia, sino también a la problemática de la facultad ofrecida al legislador de distinguir entre diversos tipos de familia. La admisión a la adopción, en favor de las uniones del mismo sexo resulta de una definición liberal de la familia, a raíz de una jurisprudencia ampliada, permitiendo al juez esta vez, a través de breves desarrollos, validar la asimilación de las uniones heterosexuales y homosexuales en los derechos inherentes al matrimonio.

2.1. La confirmación de una definición liberal de la familia

El matrimonio de las parejas del mismo sexo, como definición de familia, ya había ocupado, aunque en diferentes proporciones, las reflexiones del Juez Constitucional español. En particular, el concepto de familia, determinante frente a la admisión de la adopción por parte de parejas homosexuales, llamó la atención del Tribunal Constitucional español, quien tomando acto de las reformas de la Constitución de 1978, estableció una visión bastante liberal de lo que se entiende por "familia".

Por una parte, la familia legítima desde la perspectiva de su diferenciación con las uniones de hecho, en particular homosexuales para lo que nos interesa, habría nutrido desde los años 1990, el litigio constitucional. A propósito, especialmente para parejas del mismo sexo, el Tribunal consideró que la diferencia fundamental existente entre parejas de distinto sexo y aquellos que deseaban unirse con una persona del mismo sexo, fue el hecho de que los primeros tenían la opción de escoger entre una unión

formalizada o una coexistencia ampliamente libre encuadrada en lo normal, mientras que los segundos no se benefician de esta alternativa. Por lo demás, el Tribunal había admitido que la diferencia de trato entre las parejas casadas y no casadas era regular y en 1994 reenvió al legislador para sus responsabilidades. En este sentido, es sobre la base de los artículos 32 de la Constitución y 44 del Código Civil que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los conceptos de la Dirección General del Estado Civil habían sido contruidos y rechazaban la celebración de la unión de dos personas del mismo sexo³⁴.

Sin embargo, algunas señales podrían sugerir que la posición del Tribunal Constitucional no estaba fija. De hecho, se considera que "como la coexistencia de facto de una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución legalmente controlada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento, a diferencia del matrimonio entre un hombre y una mujer que es un derecho constitucional que hace nacer *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes". Por lo tanto, según él, había que "admitir la plena constitucionalidad de un principio heterosexual como calificativo del vínculo matrimonial (...); de tal suerte que los poderes públicos pueden reservar un tratamiento privilegiado a la unión familiar constituida por un hombre y una mujer (...)". Sin embargo, agregó de inmediato que esto "no excluye que el legislador pueda establecer un sistema que las ponga en igualdad, gracias al cual las parejas homosexuales puedan beneficiarse de todos los derechos y beneficios vinculados al matrimonio, según lo propuesto por el Parlamento Europeo". Manteniendo una cierta ambigüedad, esta decisión no abogaba por una apertura del matrimonio ni a los derechos que son ligados a las parejas del mismo sexo, sin más ventaja que su oposición. El Tribunal Constitucional tuvo la precaución de decidir en cierto sentido, prefiriendo sin duda alguna proporcionar flexibilidad para el futuro. Por otra parte, la alejada solución intervenía antes de lo que algunos han llamado "los cambios radicales de mentalidades que tienen lugar

34 - Decisión 222/1994: esta sentencia se profirió ante la negativa de aprobar una pensión de supervivencia para una pareja homosexual.

a finales de 1990³⁵, y por la vía de una simple decisión. Probablemente consciente de estas incertidumbres, el Tribunal Constitucional tomó aquí la precaución de precisar el alcance de esta orden: "no se puede deducir de forma automática que el matrimonio heterosexual es la única opción constitucionalmente legítima".

Además, una cierta ambigüedad se mantuvo frente a las evoluciones en el trabajo en las comunidades autónomas españolas. De hecho, desde 1998, estos últimos han aprobado leyes relativas en materia del marco regulador de las parejas estables del mismo sexo, en algunos casos otorgándoles el derecho a adoptar³⁶. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha retrasado constantemente el momento de decidir sobre la cuestión de conformidad con la Constitución de algunas de estas nuevas disposiciones. Por otra parte, incluso antes de la sentencia 198/2012, hubo un rechazo para conocer la constitucionalidad de la ley 13/2005, cuando había sido impugnada por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. Entre los jueces a cargo de mantener los registros del estado civil, algunos impugnaron en bloque la conformidad de la ley con la Constitución, mientras que otros invocaron su derecho a la objeción de conciencia para escapar de su deber. En todas estas ocasiones, el Juez Constitucional logró escapar de un juicio sobre el fondo del asunto rechazando las cuestiones de inconstitucionalidad como improcedentes, ya que los jueces no actuaban cuando estaban en función del estado civil, como órganos judiciales sino como agentes del Ministerio de Justicia³⁷. En cualquier caso, la inadmisibilidad no permite extraer conclusiones definitivas sobre el posible éxito de la acción de inconstitucionalidad al mismo tiempo.

Por otra parte, en cuanto a la familia considerada de forma más general, en esta ocasión el Tribunal Constitucional español había tomado nota de la evolución marcada por la Constitución de 1978: el nuevo texto constitucional, portador de una mutación considerable pone el acceso al matrimonio como un derecho autónomo frente a la familia en la que estuvo vinculado hasta ahora tradicionalmente. El matrimonio es desde entonces diferenciado de la familia. En el sentido constitucional, la familia no solo está conformada después del matrimonio, sino que cubre también otras formas de convivencia afectiva conservando la constitución una concepción amplia de los lazos familiares. Ella representa una realidad afectiva que no se limita a las relaciones padre - hijo, sino que debe, en cambio, extenderse a las relaciones sentimentales ascendientes - descendientes y las relaciones afectivas que no necesariamente coinciden con la sangre y con la reproducción. Así, la sola existencia del lazo afectivo es suficiente para crear una familia en el sentido del artículo 39 de la Constitución. Desde este punto de vista, el Juez Constitucional ya señalaba la libertad de organización que dispone el legislador, con el fin de no pasar por alto la existencia de uniones de hecho. Solo desde esa perspectiva, era posible argumentar que el Tribunal no dejaría atrapados en la "batalla de los expertos" en torno a la cuestión de la educación de los niños por parte de parejas homosexuales, pues se sabe que todavía no ha habido respuesta científica indiscutible³⁸. Esto se reveló tan cierto, que la concesión del derecho a adoptar a las parejas homosexuales estaba relacionada con la apertura del matrimonio.

35 - Según F. Rey Martínez, el "panorama cambia por completo durante los últimos años de la década de 1990 a partir del desarrollo del derecho comparado, especialmente el derecho europeo" op. cit., p. 116.

36 - La Ley Foral de Navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables, concede, desde el año 2000, el derecho de adoptar a las parejas del mismo sexo. Sugiere que, en su razonamiento, la Constitución Española imponga una concepción amplia de la familia, de modo que la no ampliación de los derechos inherentes al matrimonio heterosexual a las uniones homosexuales estables, sea una discriminación constitucionalmente inadmisibile.

37 - De conformidad con los artículos 163 de la Constitución y 35 de la LOTC: sentencias ATC 505/2005 y ATC 508/2005 de 13 de diciembre, el Consejo General del Poder Judicial, por su parte, había reprendido a los jueces, en el acuerdo de asamblea plena, señalando que no podían escapar al ejercicio de las funciones legalmente establecidas, lo que confirma su sumisión a la ley (art. 117, párr. 1, de la Constitución).

38 - Para una revisión de estos elementos, v. gr. la extensa bibliografía citada en Rodríguez B. Ruiz, op. cit., p. 78. La decisión de un juez de familia de Pamplona había causado un gran revuelo en el año 2004 mediante la aplicación de la ley de Navarra en julio de 2000, que había concedido la adopción de dos niñas menores a una pareja de lesbianas. A juzgar en este caso, el interés superior de los niños estaba garantizado por la persona que adopta, en la medida en que ella era la pareja de la madre biológica durante siete años y que juntas habían utilizado la reproducción médica asistida para estos niños, tras el acuerdo del centro de planificación familiar.

2.2. La validación de la asimilación de las uniones heterosexuales y homosexuales

La posición de los solicitantes se basa en la idea de que las parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta la identidad sexual de ambos padres, no podrían garantizar un hogar ni la educación de una persona adoptada de conformidad con el requisito de la "protección integral de los niños" que plantea el artículo 39, numeral 2, de la Constitución³⁹. Según ellos, la ley impugnada "haría prevalecer la legitimación u homologación de las relaciones homosexuales sobre los intereses del niño (...) así como la idoneidad de los adoptantes". En este sentido, ya que no han dejado de recordar a los autores de los tres votos disidentes formulados en el resultado de la sentencia⁴⁰, la jurisprudencia constitucional sobre la protección de los menores, o las modalidades de la puesta en marcha de dicha protección, era muy abundante, pero los desarrollos que son consagrados sobre esta cuestión en la sentencia son bastante reducidas⁴¹. El juez Andrés Ollero Tassara resalta así en su voto disidente, que está "sorprendido de que la cuestión haya sido resuelta con tanta prontitud".

No hay nada sorprendente en ello, pues el Juez Constitucional lo había indicado desde el inicio de su motivación ante su decisión; la finalidad de esta objeción dependía en gran medida de la solución propuesta sobre el matrimonio. En efecto, la ley tiene la intención de asimilar en todos los puntos el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual, de tal suerte que el nuevo artículo 175, numeral 4 del Código Civil establece ahora que:

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto cuando la adopción se lleva a cabo al mismo tiempo o secuencialmente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado posteriormente a la adopción, permite a la persona casada adoptar el hijo de su

cónyuge. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sea privado de sus derechos en virtud del artículo 179, una nueva adopción de la persona adoptada es posible⁴².

Debido a que no existe una diferencia en la situación prevista por el orden jurídico, es difícil justificar una disparidad en el tratamiento entre estas uniones.

El Tribunal Constitucional se conforma entonces con recordar los principios que rigen el procedimiento de adopción y, en particular, las modalidades de la forma para tener en cuenta el interés del niño adoptado: este interés está protegido en cada caso a través del control al cual se encuentran sometidas las personas que desean adoptar, independientemente de su orientación sexual. Está implícitamente planteado que, tan pronto como se presente el control, (que es el mismo independientemente del matrimonio en cuestión) no es posible sostener que el interés del niño es ignorado o que este se tiene menos en cuenta en una hipótesis que en otra, salvo para sostener que tal control debería ser diferente de acuerdo a la orientación sexual de las personas adoptantes. Estimar que el control en cuestión debe ser diferenciado, llevaría a sostener que cuando la pareja que desea adoptar no es heterosexual, no debe ser autorizada para hacerlo o que debería ser objeto de una supervisión reforzada. Salvo que se desee establecer la discriminación, la jurisprudencia Constitucional exige la demostración de una diferencia en la situación que los solicitantes no alcanzan a establecer. Además, para apoyar su argumento, como de costumbre, el Tribunal cita numerosos extractos de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en particular la sentencia Fretté de 26 de febrero de 2002. Aunque la Corte haya juzgado con una débil mayoría el rechazo de las autoridades francesas, la adopción por parejas homosexuales no es contraria a los artículos 8 y 14 de la Convención

39 - Artículo 39: "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley hará posible la determinación de la paternidad. (...)".

40 - Votos disidentes expresados por los jueces Juan José González Rivas, Andrés Ollero Tassara y Ramón Rodríguez Arribas.

41 - Para la comparación, se observó que ocupan menos de 4 páginas, mientras que son un poco más de 17 páginas están dedicadas al examen del cumplimiento del nuevo artículo 44 del Código Civil en el artículo 32 de la Constitución.

42 - El artículo 179 del Código Civil español se ocupa de las consecuencias que acarrearán la pérdida de autoridad de los padres con respecto al adoptado.

Europea de Derechos Humanos, más allá de la solución específica, se señaló que esta decisión, incluyendo su redacción, era susceptible de anunciar una evolución en la materia.

El Tribunal Constitucional español, por su parte, considera que el Tribunal de Estrasburgo no hizo más que reconocer un importante margen de apreciación otorgado a los estados partes en la convención sobre la adopción, resultado de una ausencia de consenso; para el resto, agregó que "el Estado debe asegurarse que las personas elegidas para adoptar sean aquellas que puedan ofrecer desde todos los puntos de vista, las más favorables condiciones acogidas y, en este aspecto, no hay certeza que permita afirmar actualmente que estas condiciones no pueden ser proporcionadas por una pareja homosexual", es decir, no hay argumento objetivo y razonable susceptible de justificar el rechazo del derecho a adoptar a una pareja homosexual casada, que, por tanto, esté en la misma situación que una pareja heterosexual casada.

En realidad, el juez constitucional va aún más lejos, ya que considera que la elección hecha por el legislador en 2005 tiene precisamente por objeto diferir la obligación nacida del artículo 39 de la Constitución: la posible infracción del artículo 39, numeral 2, no podría resultar sino de una legislación que no garantizaba la preservación del interés del menor que es el objetivo principal del proceso de adopción. Sin embargo, las disposiciones del Código Civil, por el contrario, prevén que la decisión jurisdiccional que autoriza la adopción deberá basarse siempre en los intereses del niño adoptado y la actitud del adoptante o adoptantes para ejercer la autoridad parental, "adecuación que no puede estar relacionada con su orientación sexual". Esta solución es el resultado del punto de vista adoptado sobre el matrimonio: a partir del momento de la apertura del matrimonio se juzgó conforme a la

Constitución, el nuevo derecho que está relacionado y que responde a la voluntad de asimilar el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual, que en ausencia de la incapacidad científicamente establecida para criar un niño, no puede ser validada. La opinión disidente del juez González Rivas no es equivocada, pues subraya claramente el vínculo entre estas dos cuestiones: "la adopción conjunta no puede ser puesta a disposición de los miembros de una pareja del mismo sexo, porque el pronóstico constitucional que resulta del artículo 32.1 protege el matrimonio en su estructura básica, entendida como la unión entre dos personas de distinto sexo, lo que produce consecuencias de carácter vinculante para todo el derecho de familia, incluyendo la afiliación y relaciones entre padres e hijos"⁴³.

Finalmente, la brevedad del tribunal podría ser resaltada: éste nutre la reflexión de los observadores sin que se comprometa en afirmaciones asimilables a la expresión de opiniones en lugar de la presentación de demostraciones rigurosas sin silenciar cualquier controversia. Lamentamos entonces que más allá de la validación de todo el sistema, no haya sido capaz de mostrar el mismo ascetismo en la formulación del conjunto de su motivación. Presionado entre el martillo de un modelo de matrimonio que no podría estar expresamente modificado sin pasar por una reforma al artículo 32 de la Constitución, y el yunque de la prohibición de todo tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales estables que no sería justificado por solidas razones, el tribunal ha dirimido a favor de la conciliación. Confrontado una vez más, con una importante evolución de la sociedad española, el juez constitucional, a pesar de que podría fácilmente haber llegado a la misma solución privilegiando una cierta economía de medios que puedan garantizar una mayor fuerza a su argumento, sobrevienen algunos desarrollos superficiales que generan el riesgo de aumentar una polémica apenas iniciada.

43 - Opinión disidente independiente formulada por el magistrado Juan José González Rivas. Y las opiniones divergentes expresadas por los otros dos jueces conservan el mismo análisis que para el enlace lógico entre la cuestión del matrimonio y de la adopción; Andrés Ollero Tassara observa que "el cuestionamiento sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual (...) lógicamente cumple con las condiciones de la admisión de una posible adopción de menores como parte de ella", mientras que Ramón Rodríguez Arribas apoya que "relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye una 'vida privada', pero no una 'vida familiar'".

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcaraz, H. y Lecucq (2009). "El estado de las autonomías después de suspender el Tribunal Constitucional español sobre el nuevo Estatuto de Cataluña" RFDA de 2011, N° 2, p. 403.
- Alcaraz, H. (2009). "La libertad fundamental del matrimonio en España", en J-J Lemouland y Lecucq O. (ed.) La libertad fundamental a contraer matrimonio, Aix-Marsella, Prensa de la Universidad de Aix Marsella, Francia. P.63.
- Alcaraz, H. (2013) « Le mariage entre personnes de même sexe dans la jurisprudence constitutionnelle étrangère », RFDA, 2013, n° 5, p. 986
- Alfageme, (2005) "Obispos cargados y Altos mandatarios del PP arrojan la Manifestación Contra las bodas gays" El País, 19 de junio.
- Barrero, Ortega. (2007). "El debate sobre la legislación matrimonio homosexual en España," RFDC, No. 70, p. 249.
- Bercovitz, R. (2003). "La Competencia para legislar sobria parejas de hecho" Derecho Privado y Constitución de 2003, No. 17, p. 61 y ss., Spec. p. 67
- Capitant, D. (2001) El efecto legal de los derechos fundamentales en Alemania. París, LGDJ, p. 175.
- Contreras, P. (2007) "La Constitución y la Ley 13/2005 de 1 de julio, de reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio", en Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo, Madrid, Documentos del instituto de Ciencias para la familia, Universidad de Navarra, p. 89.
- Díez Picazo, L. (2007). "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", InDret, p. 8
- Freijedo, B., Menéndez, V., Rodríguez, R., Corral, A. y Sarasola, F. (1978), en general Teoría de los Derechos Maestro en la Constitución Española Madrid, Tecnos, Spec. p. 45 ys.
- Gómez, Y. (1990). Familia y matrimonio en la Constitución Española 1978. Madrid. Publicaciones del Congreso de los Diputados, spec. p. 180
- Instituto Español Nacional de Estadística (INE). (2011) Recuperado de: <http://www.ine.es>
- Martínez, F. (2005). "homosexualidad y Constitución", Revista Española de Derecho Constitucional, No. 73, p. 111.
- Martínez, R. (2011) cit., p. 116; B. Rodríguez Ruiz, « Matrimonio, género y familia en la Constitución española : trascendiendo la familia nuclear », Revista española de derecho constitucional, n° 91, p. 77
- Martínez, R., Civitas, T., Díez Picazo, L. (2008) Sistema de derechos fundamentales, Pamplona cit., p.150, 3a ed., p. 60.
- Naranjo de la Cruz, R. (2013) "matrimonio homosexual Categories jurídicas allí," Revista General de Derecho Constitucional, N ° 17 (octubre), p. 6.
- Portilla, M. (2012). "Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo y Tribunal Constitucional: una sobria ensayo los Constitucionalidad Del Primero y Los Límites de la Actuación del segundo" Revista General de Derecho Constitucional, 5, p. 5.
- Trevijano, G., Navarro, S. y De Esteban, J. (2004) Tratado de Derecho Constitucional, Madrid, Universidad Complutense, Tomo II, p. 146
- Villalón, P. Cruz, 2009. "El estado de la Corte Constitucional", en P. Bueno (eds.) Treinta años de aplicación de la Constitución Española, Daloz, p. 156.
- Zoller, E. (2000) Gran Tribunal Supremo de los Estados Unidos, París, PUF, p. 679.

REFERENCIAS NORMATIVAS

- L. 13/2005. Ley de 1 de julio de reforma del Código Civil en relación con el matrimonio, BOE n° 157, de 2 de julio de 2005, p. 23632.
- L. 6/2000. Ley Foral de Navarra de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.
- L. 2/2010. Ley orgánica de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.