

CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A CONTRAERLO (A PROPÓSITO DE LA STC DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2012)

PILAR BENAVENTE MOREDA*

Resumen: El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en sentencia de 6 de noviembre de 2012 sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, modificativa del CC en materia de derecho a contraer matrimonio, declarando que con tal reforma legal, ni se vulnera la garantía institucional del matrimonio ni el derecho fundamental a contraerlo. La institución matrimonial no queda desvirtuada por el hecho de admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni el derecho fundamental a contraerlo se limita ni vulnera, en la medida en que las personas heterosexuales pueden seguirlo contrayendo en igualdad de condiciones ya que lo único que hace el legislador es regular una forma diferente de contraerlo. Al hilo de tal pronunciamiento en el presente trabajo se reflexiona sobre la evolución sufrida en nuestro país y en los ordenamientos de nuestro entorno en el reconocimiento del matrimonio igualitario, y el carácter decisivo que tal evolución ha tenido en la decisión del Tribunal Constitucional, al resolver después de más de siete años de vigencia de la Ley.

Palabras clave: matrimonio entre personas del mismo sexo; derecho fundamental a contraer matrimonio; garantía institucional del matrimonio; lectura evolutiva de la Constitución.

Abstract: The Constitutional Court has declared in judgment of November 6, 2012 on the constitutionality of the Law 13/2005, of July 1, which modifies the CC on the marriage regulation, declares that such a legal reform, does not even damage either the institutional guarantee of the marriage or the fundamental right to perform it. The matrimonial institution does not remain spoiled by the fact of admitting the marriage between persons of the same sex, not even the fundamental right to contract it limits itself nor damages, in the measurement in which the heterosexual persons can continue contracting it in equality of conditions since the only thing that the legislator does is to regulate a different way of performing it. In relation to this judgment, the present work deals with the evolution suffered in our country and in our environment in the recognition of the equalitarian marriage, and the decisive character that such evolution has had in the decision of the Constitutional Court, after more than seven years from the enactment of the law.

Keywords: Marriage between persons of the same sex; fundamental right to marry; institutional guarantee of marriage; evolutionary reading of the Constitution.

* Fecha de recepción: 10.06.2013

Fecha de aceptación: 13.06.2013

** Profesora Titular de Derecho Civil. UAM. Correo electrónico: pilar.benavente@uam.es.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD; 1. Antecedentes de la STC 6 de noviembre 2012; 2. Fundamentación del Recurso de Inconstitucionalidad a la Ley 13/2005; II. CONTENIDO ESENCIAL DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO, EL DERECHO FUNDAMENTAL A CONTRAER MATRIMONIO. REFERENCIA A LA POSICIÓN DEL CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANCÉS EN S. DE 17 DE MAYO DE 2013; 1. Fundamentación de la STC Español de 6 de noviembre de 2012; 2. La posición del Tribunal Constitucional Francés (Décision nº2013-669 de 17 de mayo de 2013); III. UN ELEMENTO ESENCIAL A CONSIDERAR EN LA VALORACIÓN DE LA DECISIÓN DEL TC: LA TRASCENDENCIA DEL TIEMPO TRANSCURRIDO ENTRE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO Y LA RESOLUCIÓN DEL TC. RELEVANCIA DEL GIRO MUNDIAL EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO Y AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS HOMOSEXUALES; IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Antecedentes de la STC 6 de noviembre 2012

La aprobación de Ley 13/2005, de 1 de julio de 2005 (B.O.E nº 157, 2 julio 2005), que modificó el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, supuso una completa alteración en el ordenamiento español, no solo por extender la posibilidad de contraer matrimonio a personas del mismo sexo entre sí con plena equiparación jurídica al matrimonio heterosexual, con el consiguiente reconocimiento de derechos y prestaciones sociales para los mismos, sino porque también supuso una profunda alteración en materia de filiación y relaciones paterno-filiales, permitiendo, con la modificación de los arts. 175.4 y 178. 2 del C.C. la adopción conjunta y sucesiva por personas casadas del mismo sexo, y abriendo la posibilidad, que se vería posteriormente reflejada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, tras su reforma por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, de las “dobles maternidades por naturaleza”¹.

La Ley, según su Exposición de motivos, trata de dar respuesta a una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual. Se pretende con ello establecer un marco legal de realización personal, que permita que aquéllos que libremente adopten una opción

¹ Sobre el particular he tenido ocasión de pronunciarme con mayor detalle en dos artículos, desde diferentes perspectivas “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *A.D.C.*, T.LXIV, 2011, fasc.1, pp. 75-124 y en “Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad persona l, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)”, *AFDUAM*, nº 17, 2013, pp. 105-161.

sexual y afectiva por personas de su mismo sexo, puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad².

España se convirtió así en uno de los primeros países europeos³ en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, estableciendo además una plena equiparación con los matrimonios heterosexuales en cuanto a la posibilidad de adoptar conjuntamente, posibilidad no admitida sin embargo en todos los ordenamientos de nuestro entorno en que se había reconocido el matrimonio igualitario o se reconocían efectos a las parejas del mismo sexo⁴.

² Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ap. II (B.O.E nº 157, 2 julio [RCL 2005, 1407]). Vid sobre el debate planteado en relación con la constitucionalidad de la Ley 13/2005 AGUADO RENEDO, C., “Familia, Matrimonio y Constitución Española” en *Derecho de Familia*, coord. Díez-Picazo Giménez G., Thomson Reuters Aranzadi 2012., pp. 91 ss.; ARANA DE LA FUENTE, I., “Concepto y función social del Matrimonio”, en *Derecho de Familia*, coord. Díez-Picazo Giménez G., Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, pp. 175 y 199 ss.; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional”, RJUAM, nº 13, 2005, pp. 133 ss.; DE PABLO CONTRERAS, P., “Matrimonio y sistema matrimonial”, en *Tratado de Derecho de Familia, Vol. I. Derecho de Familia y Derecho de la Familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración*, dir. Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas M., Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 504 ss.

³ En el momento de aprobarse la Ley española tan sólo se admitía el matrimonio igualitario en Países Bajos, desde 2001 y Bélgica, desde 2003. En Canadá se aprobó pocos días después de la ley española la Ley sobre Matrimonio civil (Ley C-38), de 20 de julio de 2005, estableciendo una regulación general para el país, que a nivel federal ya había admitido el matrimonio igualitario en Ontario, Columbia Británica, Quebec, Yucón, Manitoba, Nueva Escocia, Saskatchewan, Terranova y Labrador. Además el matrimonio era legal en diferentes Estados de EEUU, como Massachusetts (desde 2004).

⁴ En Países Bajos, con la promulgación de la Ley de 21 diciembre 2000, se permitió la adopción conjunta por parejas que llevaran conviviendo tres años como mínimo, siendo posible igualmente adoptar al hijo de la pareja. En Dinamarca, desde 1999 la adopción únicamente estaba contemplada para los hijos de la pareja, pero en marzo de 2009 el Parlamento aprobó la adopción conjunta, que se materializaría en ley en mayo de 2010. Bélgica, que fue el segundo país del mundo en regularizar el matrimonio entre personas del mismo sexo en el año 2003, no permitió sin embargo la adopción por parte de estos matrimonios hasta 2006 (ley de 18 de mayo de 2006). En 1996 Islandia fue el cuarto país del mundo que reguló las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo, a las que se les reconoció derechos similares al matrimonio. Estos derechos fueron ampliados en 2006 con el reconocimiento de la adopción conjunta para las parejas que llevaran al menos cinco años de relación estable. Noruega aprobó el 11 de junio de 2008 la propuesta para otorgar los mismos derechos de bodas y adopciones a las parejas del mismo sexo que a las heterosexuales. En Suecia, que se aprobó en 1995 una ley de parejas del mismo sexo, amplió en 2003 los derechos de estas parejas a la adopción. En Reino Unido, que permitió las uniones de homosexuales desde 1 de enero de 2005 se permitió la adopción desde 1 de agosto de 2006.

En el caso de Portugal, donde se reconoce el matrimonio homosexual desde el 17 de mayo de 2010, se excluye el derecho a adoptar. En Francia, antes del reconocimiento del matrimonio homosexual en 2013, se reconocieron las Uniones Civiles o “Pactos de Solidaridad Civil”(PACS) desde 1999, pero no se mencionaba el derecho a la adopción conjunta, no permitiéndose la adopción simple ni en el caso de parejas heterosexuales ni en las del mismo sexo (vid. STHDH 15 marzo 2012. Caso *Gas et Dubois v. Francia* (JUR 2012/26). En Eslovenia, donde se legalizaron las uniones civiles para parejas homosexuales el 22 de junio de 2006, se excluía cualquier tipo de derechos relativos a la adopción. En Suiza donde se reconoció la unión civil entre personas del mismo sexo desde el 1 de enero de 2007, no estaba permitida la adopción; Chequia, cuyo Parlamento aprobó

Precisamente en lo que respecta al derecho a la adopción, conviene tener en cuenta que, en todo caso, cuando se aprobó la Ley 13/2005, ya existía en nuestro país la posibilidad de adopción conjunta por parejas del mismo sexo en el ámbito de determinadas Comunidades Autónomas que, ante la ausencia de una legislación estatal uniforme sobre “Parejas de Hecho”, que nunca llegaría, habían venido legislando sobre las mismas, al amparo, de

el 15 de marzo del 2006 la ley de unión civil entre personas del mismo sexo, permitiendo la adopción de los hijos biológicos de los contrayentes por parte de su cónyuge, prohíbe a las parejas del mismo sexo el acceso a la adopción de otros niños; Croacia, que permite uniones de hecho desde 2003, no permite la adopción o Hungría que permitiendo las uniones de hecho, sin registrar desde 1996, y registradas desde enero de 2009, no permite tampoco la adopción.

Fuera del Continente Europeo, en la República Argentina Ley 26.618, promulgada por D.1054/2010 de 21 julio (Publicada el 22 julio 2010), permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, otorgándoles así el derecho de adoptar conjuntamente, con los mismos requisitos que ya existían para los matrimonios heterosexuales. Igualmente en México, el 21 de diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en la Ciudad de México, aprobó el establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, incluyendo su derecho a la adopción. Israel por su parte se convirtió el 11 de febrero de 2008 en el primer país de Asia en autorizar la adopción homoparental. Los gays y lesbianas no sólo están autorizados a adoptar a los hijos biológicos de su compañero del mismo sexo, sino también a adoptar otros niños. La situación en EEUU varía según los Estados, así en algunos, o está vetada al circunscribirse sólo a los matrimonios, o está directamente proscrita, mientras que en otros, los tribunales permiten la adopción del compañero o cónyuge del progenitor biológico (Sobre el particular vid. NANCLARES VALLE, J., “La adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio. Bib 2001/728”, *Aranzadi Civil*, 8/2001., pp. 5 ss.

No obstante, pese a los avances en esta materia en la legislación europea, no ha ocurrido lo mismo en la legislación de aquellos países a los que más se suele recurrir para adoptar. No se reconoce ni dentro del continente africano (salvo el caso de Sudáfrica que permite la adopción por personas del mismo sexo desde 2002), ni en América Latina en general, salvo el caso de Argentina citado, y las recientes aprobaciones en Uruguay (donde la Cámara de los Diputados aprobó la ley del Matrimonio Igualitario el 10 de abril de 2013, permitiendo la adopción conjunta por las parejas del mismo sexo) y Brasil, tras la aprobación por el Consejo Nacional de Justicia, el 15 de mayo de 2013, de una Resolución que, en la práctica permite casarse a personas del mismo sexo (aunque la decisión aun puede ser recurrida ante el Tribunal Supremo puesto que el Congreso aun no ha legislado sobre el tema).

En Colombia en 2009 se pronunció el Juzgado de lo Penal de circuito de Rionegro (Antioquía) otorgando a favor de la madre no biológica de un menor el derecho a adoptar al hijo de su pareja. Cuestión que fue recurrida ante la Corte Constitucional por la Procuraduría General de la Nación el 18 de junio de 2010, que resolviera este caso en sentencia unificada de Tutela (http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2010/noticias_423.htm).

Tampoco en Asia se permite la adopción por parejas del mismo sexo, salvo en Camboya y Filipinas. Incluso en China, uno de los países de más demanda de adopciones Internacionales en España en los últimos años, se han endurecido los requisitos de idoneidad para la adopción desde mayo de 2007 por parte del Centro Chino de Adopciones (CCA), aunque la Ley Generala de Adopción de 1992 no ha cambiado, no permitiendo a los homosexuales la adopción. (Los adoptantes solteros han de presentar junto con la documentación requerida, certificado notarial de “heterosexualidad”) (http://www.abc.es/hemeroteca/historico-28-04-2007/abc/Sociedad/china-endurece-los-requisitos-para-la-adopcion-y-da-prioridad-a-los-matrimonios-heterosexuales_1632804180522.html).

legalidad más que dudosa en algunos casos, del art. 149.1.8 CE y con apoyo en todos los casos de la necesaria protección a la familia que se ha de desprender del art. 39 CE⁵.

Tal era el caso del art. 10 de la Ley 6/ 1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no casadas de Aragón (LARG 1999/79), modificado por Ley 2/2004, de 3 de mayo (LARG/2004/143) que tras excluir en su redacción originaria la adopción conjunta por parejas homosexuales, expresamente incluye tal posibilidad al ser reformado en 2004⁶. Igualmente el art. 8 de la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables (BOE 6 de septiembre), el art. 8 de la Ley 2/2003 de 7 de mayo (BOPV 23 mayo) de Parejas de Hecho del País Vasco⁷, el art. 11 de la Ley 1/2005, de 16 de mayo,

⁵ El mismo precepto que es invocado, curiosamente, como vulnerado, en el Recurso de Inconstitucionalidad presentado a la Ley 13/2005 de 1 de julio, al admitir ésta la adopción conjunta por los matrimonios del mismo sexo.

⁶ La Ley Aragonesa 2/2004, de 3 de mayo (LARG/2004/143) tuvo como único contenido la modificación del art. 10 de la Ley de 1999, con la finalidad específica de permitir la adopción conjunta por parejas estables no heterosexuales, para tratar de evitar la discriminación que impedía tal posibilidad, partiendo de que la propia Ley de 1999 en su preámbulo incluía con carácter general a las parejas homosexuales dentro del ámbito de su aplicación, excluyéndolas sin embargo inicialmente de la posibilidad de adoptar.

La citada Ley de 2004 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, presentado en representación de más de 50 diputados del PP, inadmitido por Auto del TC nº 459/2004, de 16 de noviembre (TRC 2004/459), por falta de acreditación de la legitimación correspondiente.

El reconocimiento del derecho a la adopción conjunta mencionado se mantendrá posteriormente en el Código de Derecho Foral Aragonés que deroga las anteriores normas (D.Leg.1/2011 de 22 de marzo- LARG 2011/118) (art.312).

⁷ Ambas leyes autonómicas fueron objeto de sendos recursos ante el Tribunal Constitucional. La Ley Foral Navarra fue objeto de recurso de inconstitucionalidad (nº5297/2000), promovido por ochenta diputados del Grupo Parlamentario Popular, aun sin resolver en los momentos actuales. La ley del País Vasco fue recurrida por el Abogado del Estado (recurso nº5174/2003), en nombre del Gobierno, consecuencia de lo cual, y en virtud de lo establecido en el art.161.2 C.E., se suspendió la vigencia del precepto de la misma impugnado (el citado art. 8). El segundo recurso no obstante fue retirado por el Abogado del Estado el 14 de octubre de 2004, al presentar su desistimiento en nombre del Presidente del Gobierno, consecuencia del cambio político producido en España en este momento tras las elecciones generales celebradas el 14 de marzo del mismo año. (Vid sobre la incidencia de tales recursos CABEDO MALLOL, V., *Marco constitucional de la protección de menores*, La Ley, 2008, págs. 140 ss.). Sobre la Ley Foral Navarra vid. NANCLARES VALLE, J., “La adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio- BIB 2001/728, *Aranzadi Civil*, 8/2001.

En cualquier caso resulta evidente que dentro del panorama político se revelaba claro cuál era el caballo de batalla que había venido postergando el reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales: el derecho a la adopción que, de reconocer la igualdad de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales, o de reconocer el aún lejano entonces, derecho a contraer matrimonio por estas últimas, sería una consecuencia inevitable. Por su interés recogemos aquí a modo ilustrativo las declaraciones del diputado popular navarro Javier del Burgo ante el Recurso de Inconstitucionalidad presentado contra la Ley Foral Navarra de Parejas de Hecho de 2000, que manifestó: “Sobre el derecho de adopción por parejas homosexuales, el recurso alude a una presunta incongruencia con los principios constitucionales que obligan a los poderes a proteger el interés del menor. La lectura del PP es que los niños susceptibles de ser adoptados por parejas de homosexuales “tendrán múltiples problemas de relación”. “No discutimos una opción de pareja como la homosexual”, explicó el diputado, “que lleva implícita la renuncia a los hijos. Sólo decimos que el concepto constitucional de familia no contempla la

de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE 7 de junio)⁸ y art. 115 de la Ley 9/1998, de 15 de julio del Código de Familia Catalán (en la nueva redacción del mismo, dada por Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998 del Código de Familia, de la Ley 10/1998 de uniones estables y de la Ley 40/1991 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña en materia de Adopción y Tutela (DOGC 4366-19/4/2005)⁹.

Como se puede observar, todas las Leyes Autonómicas mencionadas son anteriores a la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 de julio, por lo que ya, aun antes de permitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo con los mismo efectos que para los matrimonios heterosexuales, incluida la adopción, existía una clara diferencia de trato y diferente reconocimiento, imparable a mi entender, dependiendo de la CA a la que se perteneciera, y

formada por dos personas del mismo sexo” (http://elpais.com/diario/2000/10/07/sociedad/970869610_850215.html).

⁸ El art. 9 de la Ley Andaluza de Parejas de Hecho, ley 5/2002, de 16 de diciembre (BOE 13 enero 2003), permitió a las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual, iniciar ante la Administración de la Junta de Andalucía, de forma conjunta, los procedimientos para la constitución de acogimientos familiares simples o permanentes. Igualmente se permitía el acogimiento simple o permanente por las parejas de hecho con independencia de su orientación sexual en la Ley del Principado de Asturias, Ley 4/2002 de 23 de mayo, de Parejas estables (BOPA 31 mayo, BOE 2 julio) (art.8), o en la Ley 5/2003, de 20 de marzo de Parejas de Hecho de la Comunidad de Extremadura (art.8) (DOE 8 abril, BOE 9 de mayo).

⁹ En lo que se refería a la posible adopción “sucesiva” no se dota en los citados textos legales autonómicos de un tratamiento uniforme. Así, en la Ley foral Navarra, 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas estables nada se dijo respecto de la adopción sucesiva, que, en este punto habría de someterse a lo dispuesto en el régimen general establecido en el CC, que en tal momento excluía tal posibilidad al exigir en el art.178.2, que quien adopta fuese de distinto sexo al del progenitor ya conocido (NANCLARES VALLE, J. “La Adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al art.8 de la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, *Aranzadi Civil* n° 8 /2001. Bib.2001/728).

Los tribunales, no obstante, aun conscientes de tal ausencia de regulación, habían venido admitiendo la adopción por un miembro de la pareja de hecho, de los hijos biológicos del otro. Tal es la posición que se mantuvo en el Auto del JPI. n° 3 de Pamplona, de 22 de enero de 2004 (LA LEY 494/2004). Conforme al mismo, no sólo no impidió el pronunciamiento favorable a la adopción la pendencia de un recurso de inconstitucionalidad presentado contra la citada Ley Foral, sino que además admitió tal adopción pese a la ausencia de regulación específica para los supuestos de adopción sucesiva en la citada Ley. Igualmente, siguiendo la postura mantenida en resoluciones anteriores, entendió, con la demandante, que no resultaba exigible en tal caso la propuesta previa de la Entidad Pública, por aplicación de lo dispuesto en el art.176.2.2° del C.C., pese a referirse éste específicamente a los supuestos de adopción del “hijo del consorte del adoptante”, por entender en sentido amplio la referencia “al consorte”, comprensiva de los supuestos de existencia de una relación de pareja de hecho. (Vid sobre el particular GARCÍA RUBIO, M.P., “La adopción por y en parejas homosexuales” en *Libro Homenaje al Pr. Lluís Puig Ferriol*, Barcelona. 2004).

Sin embargo, el art.8 de la Ley del País Vasco, 2/2003 de 7 de mayo, no sólo permite la adopción conjunta, sino también la adopción sucesiva por parte de uno de los miembros de la pareja respecto de los hijos adoptivos o biológicos de la otra.

Igualmente en el art. 11 de la Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho se permitió la adopción por las parejas de hecho con plena igualdad en derechos y obligaciones que las unidas por matrimonio, sin diferenciar por tanto entre los supuestos de adopción conjunta o sucesiva, sometiéndose por tanto su aplicación en este momento a las mismas reglas que hemos establecido conforme a la normativa estatal.

por tanto dependiendo de la legislación que a cada uno le fuera aplicable. Pero ello creaba, como se ha apuntado por la doctrina una situación caótica, dada la multiplicidad y diversidad de regulaciones¹⁰.

Volviendo al proceso de elaboración de la Ley 13/2005, no se nos escapa que el mismo no fue pacífico, no sólo por la oposición manifestada a la reforma a nivel social e institucional, que tuvo su reflejo en sendos informes del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial, a los que me referiré a continuación, sino también en el seno del debate parlamentario sobre el Proyecto de Ley.

Frente a la propuesta de equiparación del matrimonio entre personas del mismo sexo, en los debates parlamentarios se plantearon otras opciones que fueron objeto de discusión, que iban desde la retirada de la Ley por considerarla contraria al art. 32 CE (como así se plantearía en el Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular), entendiendo que para acometer tal reforma era necesario acometer una reforma constitucional, hasta proponer lo que ya habría podido aprobarse tiempo atrás: la regulación a nivel nacional de un Contrato de Unión civil, pero en este caso excluyendo del mismo la adopción por parejas del mismo sexo y quedando tal opción sólo para matrimonios o parejas heterosexuales o personas individuales donde no se excluye ni se sustituye la alteridad, lo que habría creado un régimen para los matrimonios, otro para las parejas de hecho heterosexuales, y otro para las homosexuales¹¹.

El legislador sin embargo optó por una solución, no exenta de problemas, como se ha puesto de manifiesto en la propia decisión del TC al resolver sobre su constitucionalidad, pero a nuestro entender la más adecuada para resolver el complejo entramado legal y jurisprudencial que se había venido tejiendo a lo largo de las últimas décadas en relación con el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales¹².

¹⁰ Así lo apunta GARCÍA RUBIO, M. P., “Las Uniones de Hecho” en *Derecho de Familia*, coord. Díez-Picazo Giménez, G., Thomson Reuters, 2012, pp. 1480 ss.

¹¹ En tal sentido las enmiendas nº 6 (Grupo Parlamentario Catalán) que proponía como opción “el contrato de unión civil” con reconocimiento de derechos en materia de Seguridad Social, fiscal, laboral o nacionalidad, pero excluyendo la adopción; la nº 7 (Grupo Parlamentario Vasco) que abogaba igualmente por la regulación como uniones civiles con los mismos efectos que el matrimonio, o las presentadas por el Grupo Parlamentario Popular que directamente presentaron enmienda a la totalidad con los mismos argumentos que posteriormente servirían para articular el Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley (BOCG. VIII Legislatura- Serie A-Proyectos de Ley nº 18-5, 15 de marzo 2005).

¹² Creo sinceramente que carecería de total sentido crear una institución nueva, de regulación estatal, como contrato de unión civil o con cualquier otra denominación, para regular relaciones con los mismos efectos, derechos, obligaciones y consecuencias que los previstos para el matrimonio, pudiendo por otro lado plantear un problema competencial al amparo del art. 149.1.8 CE. Si se admite la competencia legislativa de las CCAA en cuanto a regulación de las “parejas de hecho”, llámense como se llamen ahora a las uniones del mismo sexo, plantearía un problema de entendimiento de las competencias en el marco del citado precepto constitucional. Aparte de crear tres tipos de relaciones: el matrimonio, las parejas de hecho sometidas a la legislación autonómica, y las uniones civiles a la Estatal. Por otro lado, creo que carecería igualmente de justificación y sentido regular una institución para las parejas homosexuales que les privase del derecho a adoptar, cuando ya

Tal y como se expresaba en la Exposición de Motivos de la Ley, el legislador se apoyaba para acometer tan profunda reforma legal, en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, conforme a la cual se pedía a la Comisión Europea que presentase una propuesta de recomendación para poner fin a la prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo o acceder a regímenes jurídicos equivalentes. Igualmente se partía de la base de que la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluía en modo alguno una regulación que delimitase las relaciones de pareja de forma diferente a la tradicional, permitiéndose la regulación que diese cabida a nuevas formas de relación afectiva. Recibe pues la Ley, según su Exposición de Motivos apoyo en el propio texto constitucional y precisamente en los mismos preceptos que posteriormente servirían de fundamento para interponer el Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el partido Popular en el Congreso: el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 9.2 y 10. CE), la preservación de la libertad de los ciudadanos en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 CE) y el principio de igualdad de derechos sin discriminación por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 CE).

La reforma introducida en el CC, técnicamente tan sólo suponía una modificación en su artículo 44, al incorporar en su párrafo 2º la equiparación al matrimonio heterosexual del contraído por personas del mismo sexo¹³, y las mencionadas modificaciones de los arts. 175 y 178 (aparte de la sustitución en todos los preceptos en que aparecía la referencia al marido y mujer por la genérica a “los cónyuges”). Sin embargo, como se ha apuntado, implicaba una alteración sustancial en cuanto al contenido y visión tradicional del matrimonio que no fue acogida con igual valoración por todos los sectores sociales, políticos y jurídicos.

De hecho, ya con carácter previo a la aprobación de la Ley, como se ha señalado más arriba, el *Consejo de Estado en su Dictamen de 16 de diciembre de 2004* sobre el Anteproyecto de la Ley (Nº Exp.2628/2004 (Justicia)), abogaba por una regulación específica y diferente de los matrimonios de personas del mismo sexo, al margen de la regulación tradicional del matrimonio en el CC. Igualmente y en todo caso, el Consejo de Estado consideraba criticable la forma genérica en que se acometía la reforma, sin descender a la reforma específica de todas aquellas cuestiones que, consideradas como colaterales, deberían haber merecido un tratamiento específico para evitar los problemas de coherencia que

las legislaciones autonómicas (dentro de su discutida competencia para hacerlo en el ámbito del art.149.1.8 CE), han legislado permitiendo la adopción, no sólo individual sino también conjunta, como ya se ha señalado anteriormente.

¹³ Resulta evidente que la Ley 13/2005, aun pensada para permitir el matrimonio entre homosexuales, abre sin distinción el matrimonio a personas del mismo sexo, sean o no homosexuales, creando un acceso indiferenciado a la institución. En este sentido se manifiesta DE PABLO CONTRERAS, para quien, lo que hace el legislador al reformar el art. 44 CC es incorporar a nuestro ordenamiento una nueva clase de matrimonio con reglas sustantivas propias (DE PABLOS CONTRERAS, P., “Matrimonio y sistema matrimonial”, *ob. cit.* pp. 506 y 525 y 526).

podrían producirse posteriormente¹⁴. Precisamente, el Dictamen apuntaba los problemas que podrían derivarse con tal regulación uniforme y equiparadora en relación con las normas relativas a la determinación de la paternidad y a las presunciones en materia de filiación, establecidas en el CC para una realidad distinta a la que, el entonces Anteproyecto regulaba, abogando por “*la conveniencia de una regulación específica y diferenciada en relación con el nuevo modelo de pareja*”. En relación con ello, se señalaba que, incluso los países que habían llegado al más alto grado de equiparación, habían establecido previsiones especiales en sede de filiación, que el Anteproyecto no abordaba¹⁵.

¹⁴ Así se señala que: “Frente a la posibilidad de “configurar un alambicado régimen jurídico” (informe sobre la necesidad y oportunidad de la proyectada norma) diferenciado de la regulación del matrimonio hoy vigente, se ha preferido reducir la reforma a ampliar los sujetos del matrimonio, sin modificar la multitud de disposiciones que lo disciplinan. Ello supone, como punto de partida, una doble opción. Por un lado, desde el punto de vista de la técnica normativa, se descarta una regulación especial y diferenciada del matrimonio homosexual, siquiera sea con remisiones más o menos amplias al régimen general del matrimonio (que tendría una mayor complejidad pero permitiría atender de manera específica a los problemas concretos que se plantean en relación con el nuevo modelo de pareja), inclinándose, por el contrario, por una integración global y general del nuevo modelo en el régimen matrimonial hoy vigente (por tanto, con una mayor sencillez en el plano de la creación normativa, pero con un cierto peligro de desatender problemas específicos del nuevo modelo, de producir efectos no deseados, o de diferir los problemas al momento de la aplicación de la norma) ...”.

¹⁵ En este sentido se señalaba que “En todo caso, los distintos efectos requieren un examen particularizado, sea para concluir su directa aplicabilidad a las uniones homosexuales, sea para excluirla, o sea para modularla. Dicho en otros términos, la prudencia aconseja que la aplicación a las uniones homosexuales de los efectos del matrimonio derive de una voluntad expresa, consciente y particularizada del legislador, y que no aparezca como un efecto colateral de la integración en bloque del nuevo modelo de convivencia en el régimen matrimonial. Por otra parte, esa voluntad particularizada del legislador contribuiría a evitar efectos no deseados, a reducir la inseguridad jurídica que produciría una remisión en bloque a un régimen pensado para realidades diferentes y a no tener que esperar a que la jurisprudencia fuese aclarando las dudas que se suscitasen en cada punto. Los problemas que se plantean son evidentes en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, pero también pueden surgir en otros ámbitos (aspectos sucesorios, derechos reconocidos por normas internacionales o supranacionales, régimen económico- matrimonial, etc.).

A título de ejemplo, y sin entrar en cada uno de los efectos que el matrimonio produce, cabe mencionar los problemas que se plantean en materia de adopción (único efecto que específicamente menciona la exposición de motivos –junto a los derechos y prestaciones sociales en general– al referirse a la equiparación de los efectos)...

Ahora bien, si el legislador estatal adopta finalmente la solución afirmativa, entiende el Consejo de Estado que debería hacerlo mediante una regulación ad hoc, modulando, en su caso, las normas que el Código Civil y otras leyes tienen establecidas partiendo de una realidad diferente. Ello no supone una restricción de los efectos del matrimonio en relación con los homosexuales (puesto que se les permitiría adoptar como pareja), sino, sencillamente, una regulación propia en función de la distinta realidad a que responde, con sus supuestos específicos, evitando efectos no deseados derivados de la integración y aplicación en bloque a que el Anteproyecto se orienta. A título de ejemplo de incoherencias que, prima facie, se producirían en esta materia –en perjuicio de parejas homosexuales–, y que podrían evitarse con una regulación diferenciada y orientada específicamente a la nueva realidad que se trata de regular, cabe citar el artículo 178.2.2 del Código Civil, cuya redacción no altera el Anteproyecto, o la disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987...”.

Reticente a la reforma fue igualmente el *Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 26 de enero de 2005*¹⁶, en cuyo texto se plasman las bases del recurso de Inconstitucionalidad presentado meses después, una vez aprobada la Ley, por el Partido Popular en el Congreso.

En él se partía de la inconstitucionalidad de la iniciativa legislativa, por vulneración del art. 32.1 CE, considerando en todo caso que ni existía un derecho constitucional al reconocimiento del matrimonio homosexual, ni la ausencia de su regulación contrariaba lo dispuesto en el art.12 TEDH, dependiendo realmente de la facultad de los Estados la regulación del derecho a casarse. La extensión del derecho a contraer matrimonio a las personas homosexuales entre sí suponía, según el CGPJ, una desnaturalización de la Institución matrimonial, que en todo caso debería ser abordada mediante una reforma constitucional, de forma que admitir que tal reforma fuera abordada por el legislador suponía admitir la asunción por éste de las tareas propias del constituyente, como admitir que lo hiciera el Tribunal Constitucional implicaría hurtar el debate político y la decisión del poder constituyente.

Igualmente crítico fue el CGPJ en relación con la posibilidad de adopción conjunta por los matrimonios del mismo sexo, considerando que su admisión vulneraba claramente el art. 39.2 CE, como contraria a la protección que los poderes públicos deben asegurar a los hijos y al interés superior del menor partiendo de la base indubitada de que la adopción no ha de ser considerada como un derecho de los adoptantes, sino que está expresamente pensada en beneficio del adoptado.

En todo caso, aun admitiendo por hipótesis, que pudiera predicarse la constitucionalidad de la reforma, y se llegase a entender que la misma podía ser acometida por el legislador ordinario sin reforma constitucional, el CGPJ entendía desaconsejable la equiparación al matrimonio heterosexual de las uniones entre personas del mismo sexo, debiendo indagarse otras figuras que dieran respuesta a las expectativas y derechos de tales uniones, sin aplicarles analógicamente la institución matrimonial, porque ello convertiría la institución matrimonial en irreconocible.

2. Fundamentación del Recurso de Inconstitucionalidad a la Ley 13/2005

Ante el panorama de “desacuerdo” reflejado anteriormente se presentó en septiembre de 2005 recurso de inconstitucionalidad (nº6864-2005) por parte de setenta y un diputados del Partido Popular en el Congreso contra la totalidad de la Ley, resuelto casi siete

¹⁶ http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Estudio_sobre_la_reforma_del_Codigo_Civil_en_materia_de_matrimonio_entre_personas_del_mismo_sexo.

años después por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 6 de noviembre de 2012 (RTC/20012/198)¹⁷.

El recurso se articuló en ocho motivos, partiendo de un “planteamiento general” en el que se manifestaba la inconstitucionalidad del párrafo 2º del art. 44 CC modificado por la Ley, por considerar que mediante esta simple reforma de unas cuantas palabras del Código Civil se vendría a modificar la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer, creando una institución nueva, cuyos perfiles son distintos a aquellos por los que hasta ahora ha sido conocido el matrimonio.

En este sentido, los recurrentes ceñían sus objeciones a las jurídico-constitucionales y, concretamente, a la vulneración de los arts. 32, 10.2, 14 (en relación con los arts. 1.1 y 9.2), 39.1, 2 y 4, 53.1 (en relación con el art. 32), 9.3 y 167, todos ellos CE, así como a lo que se considera que constituyen tres razones añadidas que dan a la inconstitucionalidad de la Ley un relieve muy particular. Estas razones, que se exponen previamente a las concretas tachas de inconstitucionalidad, son las siguientes: a) El carácter básico de la institución del matrimonio; b) La imposibilidad de que el legislador modifique la Constitución cambiando el nombre acuñado de las cosas empleado por el constituyente y c) La posibilidad de conseguir la finalidad perseguida a través de fórmulas que no supongan una ruptura de la Constitución.

Sobre la base de tal planteamiento general giran los ocho motivos del recurso:

El primer y fundamental motivo de inconstitucionalidad aducido por los recurrentes es la infracción del art. 32 CE, relativo al derecho a contraer matrimonio y a su garantía institucional. En su opinión, de este precepto se desprenden dos notas fundamentales: que el derecho a contraer matrimonio está constitucionalmente reconocido al “*hombre y la mujer*”, siendo la igualdad y la heterosexualidad las dos notas principales del mismo; y que la Constitución dota al matrimonio de una garantía institucional, asegurando su existencia y preservándolo en los términos que lo hacen reconocible.

El segundo motivo de inconstitucionalidad aducido por los recurrentes es la infracción del art. 10.2 CE, relativo a la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos. Se pone de manifiesto que tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2) y el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 12) se refieren al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, por lo cual el

¹⁷ Igualmente ha de destacarse que durante los últimos años se han presentado diversas cuestiones de inconstitucionalidad contra la citada Ley de 2005 por diversos Jueces encargados del Registro Civil, resueltos todos ellos negativamente (Autos TC nº 505 y 508 de 13 de diciembre de 2005 (RTC 2005/505 y RTC/2005/508; 15 de febrero de 2006 RTC\2006\59 y 16 de enero de 2008 RTC\2008\12) por falta de legitimación ex arts. 163 CE y 35 LOTC en atención al carácter jurisdiccional del expediente.

art. 32 CE también debe ser interpretado por imperativo del art. 10.2 CE, en el sentido de entender que los miembros de la pareja han de ser hombre y mujer¹⁸.

El tercer motivo de inconstitucionalidad invocado por los recurrentes es la infracción del art. 14 CE, en relación con los arts. 1.1 y 9.2 CE, relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual. No puede pretenderse, según los recurrentes, utilizar una institución como el matrimonio, que tiene unos perfiles tan claros y tradicionales, para aplicarla a una realidad social tan distinta que no ha sido contemplada por la Constitución. Por ello se considera que las normas de la Ley impugnada parten de una interpretación del art. 14 CE contraria a la Constitución y a la doctrina del TC, por lo cual deberían ser declaradas inconstitucionales.

El cuarto motivo de inconstitucionalidad invocado por los recurrentes es la infracción del art. 39 CE en sus apartados 1, 2 y 4, relativos a la protección de la familia y de los hijos. El desarrollo de esta alegación se circunscribe al apartado siete de su artículo único, que da una nueva redacción al art. 175.4 CC que abre la posibilidad que los cónyuges homosexuales adopten hijos conjuntamente.

El quinto motivo de inconstitucionalidad es la infracción del art. 53.1 CE en relación con el art. 32 CE. La inadecuación de las normas contenidas en la Ley impugnada también deben entenderse referida, en su opinión, al art. 53.1 CE, puesto que el reconocimiento a las parejas del mismo sexo de un derecho que no tienen constitucionalmente reconocido conlleva una alteración de la configuración institucional del matrimonio que vulnera el contenido esencial del art. 32 CE y, por tanto, el art. 53.1 CE.

El sexto motivo de inconstitucionalidad invocado en la demanda es la infracción del art. 9.3 CE y, concretamente, del principio de jerarquía normativa. En la medida en que, de acuerdo con lo expuesto en las alegaciones anteriores, las normas contenidas en la Ley impugnada contradicen el art. 32 CE y, como consecuencia de ello, otros preceptos constitucionales, debe considerarse también vulnerada dicha vertiente del art. 9.3 CE.

El séptimo motivo de inconstitucionalidad aducido es la infracción del art. 9.3 CE en su dimensión de principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

¹⁸ Se invocaba en este sentido la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 12 CEDH que había venido proclamando expresamente la concepción heterosexual del matrimonio y el reconocimiento a los Estados miembros de un ámbito de decisión en cuanto a extremos tales como los requisitos para contraer matrimonio (SS de 6 de noviembre de 1980, caso *Dosterwijck contra el Reino Unido*, 17 octubre 1986, caso *Rees contra Reino Unido* (TEDH/1989/11); y 27 septiembre 1990, caso *Cossey contra Reino Unido* (TEDH/1990/22)).

Vid. en este sentido DE PABLO CONTRERAS, P., (*ob. cit.* p 507, 508 y 509), para quien además, la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo implica que quien así lo hubiera contraído, se ve privado a contraerlo con persona de diferente sexo al suyo, que es el único que contempla y garantiza a todos la Constitución. Para el autor, tal situación supone una restricción a la libertad para que contraiga matrimonio un varón con una mujer o una mujer con un varón, que es el derecho que a ambos reconoce y protege la Constitución en su art. 32.1 y que vincula al legislador, y ello es lo que, a su juicio, determinaba la inconstitucionalidad de la Ley 13/2005.

El octavo y último motivo de inconstitucionalidad es la infracción del art. 167 CE, relativo a la reforma constitucional. Según los recurrentes, la Ley impugnada habría infringido implícitamente el art. 167 CE al no haber seguido el cauce formal previsto en este precepto para reformar el art. 32 CE.

II. CONTENIDO ESENCIAL DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO, EL DERECHO FUNDAMENTAL A CONTRAER MATRIMONIO. REFERENCIA A LA POSICIÓN DEL CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANCÉS EN S.DE 17 DE MAYO DE 2013

1. Fundamentación de la STC Español de 6 de noviembre de 2012

Como se acaba de señalar, el TC se pronunció más de 7 años después de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, en Sentencia de 6 de noviembre de 2012 (RTC/2012/198) declarando su constitucionalidad¹⁹.

En su sentencia, el TC, tras dar respuesta a todos los motivos de inconstitucionalidad presentados, se centra en el motivo de inconstitucionalidad principal, la posible vulneración del art. 32 CE, único motivo que considera podría dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de toda la Ley, así como en la posible vulneración del art. 39 CE como consecuencia del reconocimiento legal del derecho a la adopción por los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Y teniendo en cuenta los términos del recurso planteado el debate de fondo sobre el que resuelve el TC se plantea fundamentalmente en dos ámbitos, derivados de la interpretación del doble contenido que la jurisprudencia del propio Tribunal confiere al art. 32 CE, como garantía institucional y como derecho fundamental. En tales términos la labor que acomete el Alto Tribunal en su Sentencia se dirige a dilucidar, por un lado si la institución del matrimonio queda desvirtuada, haciéndose irreconocible, al admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, y por otro si se vulnera el derecho fundamental a contraer matrimonio recogido en el art. 32 de la Carta Magna, introduciendo límites constitucionalmente inaceptables al derecho a contraerlo.

¹⁹ El problema de fondo sobre el que ha resuelto el TC Español en la citada Sentencia ya lo puso de manifiesto de forma clara AGUADO RENEDO al apuntar cuál era la base del dilema planteado: “..si la modificación de la CE disponiendo como matrimonio también la unión formal homosexual es el procedimiento ideal, que sin embargo puede ser soslayado de facto por el legislador bordeando el filo de la Constitución, o si, por el contrario, tal explicitación en la Norma Fundamental resulta una exigencia ineludible para que dicho matrimonio sea jurídicamente posible en nuestro sistema..” (AGUADO RENEDO, C., *ob. cit.* pp. 97-98).

En su decisión el TC considera que la Ley 13/2005 ni vulnera la garantía institucional del matrimonio ni el derecho fundamental a contraerlo, previsto en el art. 32 CE²⁰.

En relación con la garantía institucional del matrimonio, llega a la conclusión, tras su valoración del texto constitucional como un “árbol vivo” de que la institución matrimonial no ha quedado desvirtuada ni desnaturalizada por la reforma operada por la Ley 13/2005, llegando a ello tras realizar un análisis evolutivo de la interpretación que del matrimonio se ha hecho en los últimos años desde su inclusión en nuestro texto constitucional²¹ y de la evolución sufrida por el mismo en los países de nuestro entorno, así como de la evolución del TEDH en esta materia (interpretación evolutiva) (FD 8º, 9º)²²

²⁰ El TC se apoya en su decisión, entre otros razonamientos en la posición mantenida por el TEDH en sus últimas decisiones, donde pasa por hacer recomendaciones a los países miembros en el sentido de dar reconocimiento a tales matrimonios, aunque deja la decisión a la legislación de cada país, como se pone de manifiesto en la STEDH de 24 junio 2010 (JUR 2010/211641) en el Caso SCHALK y KOPF contra Austria (el Tribunal no puede sustituir con su propia apreciación la de las autoridades nacionales, mejor situadas para valorar y responder a las necesidades de la sociedad: la autorización o no del matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación de las Leyes nacionales de cada Estado Contratante).

²¹ Frente a lo indicado, a nivel doctrinal, siguiendo en este sentido la argumentación de los recurrentes, autores como DE PABLO CONTRERAS consideran que el art. 32.1 CE ha de ser interpretado atendiendo al contexto social y jurídico entonces en vigor en España y sustancialmente en los demás países europeos a los que queríamos equipararnos (*ob. cit.* p. 530).

²² Ello nos lleva a afirmar, señala el TC “que la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los Derechos Humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva “imagen” del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural...” (FD 9º).

Discrepó sin embargo el magistrado D. Manuel Aragón Reyes en su voto particular concurrente precisamente en la forma en que la Sentencia entiende y aplica el concepto de interpretación evolutiva al afirmar que: “la operación consistente en averiguar cuál es hoy el núcleo esencial de una garantía institucional no es, en modo alguno, aunque la Sentencia lo confunda, realizar una interpretación evolutiva de la Constitución, sino, simplemente, interpretar la Constitución de acuerdo con el concepto generalmente acuñado de “garantía institucional”. Por eso, que el núcleo esencial de esa garantía “evolucione” históricamente en su significado no tiene nada que ver con la llamada interpretación evolutiva, que consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan. En el primer supuesto (el de la garantía institucional) la misma norma constitucional llama (interiormente) al “ser” para configurar su “deber ser”. En el segundo supuesto el de la interpretación evolutiva, no es la norma la que llama, para dotarse de eficacia, al “ser”, pues como “deber ser” es perfecta, sino el intérprete el que, externamente, va adaptando su sentido, pero con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma (tenor literal, insisto, que es completo en sí mismo), de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. 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. Por eso, si se tratase de un precepto constitucional que no estableciese una garantía institucional, frente a su tenor literal, a su indudable significado originario y a su entendimiento reiterado por el TC, hubiera sido muy difícil no declararlo inconstitucional.

Como bien se ha dicho en frase autorizada y respetada, “la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho”, y ha de añadirse que tampoco es una hoja en blanco que pueda

Y por lo que se refiere al derecho fundamental a contraer matrimonio se entiende que el mismo ni queda limitado ni vulnerado, en la medida en que las personas heterosexuales pueden seguirlo contrayendo en igualdad de condiciones y lo único que hace la ley de 2005 es regular una forma diferente de contraerlo (FD 11º)²³.

reescribir, sin límites, su supremo intérprete. La realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional. La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone límites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución.

Pues bien, en la Sentencia se contienen determinadas afirmaciones que parecen conducir a todo lo contrario de lo que estoy diciendo.... Así, en el FJ 9 se dice que la Constitución “a través de una interpretación evolutiva, se acomoda las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”, por ello el legislador “va actualizando” “los principios constitucionales paulatinamente” y por ello “el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permite leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en norma muerta”. Pues bien, con esa, que llama la Sentencia “lectura evolutiva de la Constitución”, sobra la rigidez constitucional, sobra la garantía que, al servicio de la rigidez, significa el procedimiento de reforma e incluso sobra la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. El Tribunal Constitucional, entonces, en lugar de ser, como es, un poder constituido, pasaría a ser, como ya dije, un poder constituyente permanente. Como esto no puede ser así, por razones obvias, pues, el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, pero no su supremo dueño, y es difícil aceptar que así lo quisieran los demás Magistrados de la mayoría, no hay más remedio que entender que ha sido, más que un error, fruto de la inadvertencia, realizar estas afirmaciones sin modularlas, limitarlas, precisarlas con los necesarios matices y cautelas para que no surtan los efectos perniciosos que, dichas en términos tan generales como se dicen, podrían provocar...”.

²³ Así señala el TC que: “La Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, y esta modificación, una vez analizado el Derecho Comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales. Esta evolución parte de la despenalización de las conductas homosexuales (cabe citar aquí la pionera STEDH Dudgeon c. el Reino Unido, de 22 de octubre de 1981), y pasa por el reconocimiento de la tutela antidiscriminatoria frente a las discriminaciones por razón de la orientación sexual de las personas (véanse aquí, entre otras las S TEDH en los asuntos Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, de 21 de diciembre de 1999, § 28, y L. y V. contra Austria de 9 de enero de 2003, § 48, después recogidas en nuestra STC 41/2006, de 13 de febrero, así como el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007).

Teniendo en cuenta lo anterior, y el hecho de que la aprobación de la Ley 13/2005 no supone tanto una limitación del derecho al matrimonio como una modificación de las condiciones de ejercicio en una lógica de equiparación de estatutos jurídicos, habría que determinar si la regulación impugnada impide el ejercicio del derecho por parte de las personas heterosexuales, en las mismas condiciones en que anteriormente lo ejercían, afectando por tanto al contenido esencial de ese derecho, y la respuesta a esta cuestión ha de ser negativa. El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían

Se pronuncia igualmente el TC sobre la constitucionalidad del art. 175. 4 del CC, modificado por la Ley 13/2005, conforme al cual se permite la adopción simultánea por matrimonios del mismo sexo, entendiendo que tal posibilidad no vulnera el derecho a la protección integral de los hijos prevista en el art. 39 CE, puesto que, como puso de manifiesto el Abogado del Estado: “este interés se tutela en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del art. 39.2 CE no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge...”²⁴.

Entendiendo igualmente que el legislador ha proporcionado los mecanismos de garantía suficientes para que se pueda valorar la idoneidad en la adopción y la protección de los intereses superiores de los menores²⁵.

reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código Civil. Sin embargo, las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual. De este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4), además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8), sin perjuicio de que se puede reconocer que el mecanismo elegido por el legislador para dar ese paso no era el único técnicamente posible.

Por tanto, lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta de que la Ley recurrida no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, y sin que la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio...”

²⁴ El TC sigue en este punto la posición mantenida por la doctrina de la STEDH en el caso Frette contra Francia de 26 de febrero de 2002 (TEDH 2002/10), aunque el resultado de ésta fuera contrario a la adopción solicitada, en la que se puso de manifiesto que: “... La adopción es «dar una familia a un niño, y no un niño a una familia» y el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones de acogida más favorables” y, a este respecto, no existe certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual”. Criterio que, como veremos, se reiteró posteriormente en la Sentencia de 22 de enero de 2008 (THDH 2008/4. Caso EB contra Francia).

²⁵ Así se establece que: “El ordenamiento jurídico, que no reconoce un derecho fundamental a adoptar, prevé mecanismos suficientes en las disposiciones que regulan la adopción nacional (arts. 175 y ss. CC y disposiciones autonómicas equivalentes, y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor) e internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional), como para garantizar la preservación del interés superior del menor en el proceso de adopción, garantía contemplada también en el art. 21 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, como fin primordial por el que deben velar los Estados. Nuestra propia jurisprudencia ha establecido ya que, en los procedimientos de adopción, “se configura como prevalente el interés superior del menor. Principio que con carácter general proclama la mencionada Convención, al disponer que “en todas

2. La posición del Tribunal Constitucional Francés (Décision n°2013-669 de 17 de mayo de 2013)

Por la proximidad temporal y la similitud con el proceso de aprobación y validación constitucional de la Ley 13/2005 de 1 de julio, consideramos conveniente referirnos brevemente al *proceso seguido en Francia para la aprobación del Matrimonio entre personas del mismo sexo*. Tras un largo, complejo y polémico proceso, fue aprobada por la Asamblea Nacional, el 23 de abril de 2013, la ley que, modificando el Código Civil Francés, permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, permitiendo igualmente la adopción conjunta de menores por tales matrimonios.

De la misma forma que en España, la Ley ha sido recurrida ante el *Conseil constitutionnel* francés, aunque a diferencia de lo ocurrido en nuestro país, éste ha resuelto menos de un mes después de la aprobación de la Ley, mediante *Décision n° 2013-669 DC de 17 de mayo de 2013*, declarando la constitucionalidad de la reforma.

Debe señalarse que la apoyatura del recurso interpuesto en el país vecino, en cuanto al fondo sustancial del mismo, coincide básicamente con la del recurso presentado en 2005 contra la Ley española: la inconstitucionalidad de la reforma legal por entender que la misma vulnera el principio fundamental reconocido por las leyes de la República según las cuales el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer²⁶. Sin embargo la diferencia más

las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (Exposición de Motivos, arts. 2, 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil; arts. 172.4, 173.3 y 4, y 173 bis CC; arts. 1826 y 1827 LEC)” (STC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4).

La eventual lesión del art. 39.2 CE vendría dada si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor, circunstancia que no concurre en este caso, en el que la normativa del Código Civil establece que la resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual (art. 176 CC). Además, como recoge la recién citada STC 124/2002, el juez que conoce del proceso de adopción tiene la facultad de denegarla cuando sea contraria al interés del menor, sea cual sea el motivo y después de su correcta valoración, que se realiza mediante el procedimiento reglado pertinente...”.

²⁶ Varios son los motivos de inconstitucionalidad presentados contra la Ley de 23 de abril de 2013 (Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe), tal y como se pone de manifiesto en el apartado 1 de la sentencia: “Considérant que les députés et les sénateurs requérants défèrent au Conseil constitutionnel la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ; qu’ils soutiennent que cette loi et, en particulier, ses articles 14 et 22 ont été adoptés selon une procédure contraire à la Constitution; qu’ils soutiennent aussi que ses articles 1er, 7, 13, 14 et 21 sont contraires à la Constitution; que les députés requérants contestent en outre la conformité à la Constitution de son article 19 ; que les sénateurs requérants mettent encore en cause la procédure d’adoption des articles 16, 17, 18 et 19 de la loi et la conformité à la Constitution de ses articles 8, 11 et 12”, si bien nos centramos aquí exclusivamente en aquellos referidos al fondo sustantivo de la misma

palmaria entre ambas legislaciones y ambos recursos se encuentra en el hecho de que, como veremos a continuación, no existe en la Constitución francesa una norma como la del art. 32 CE que prevea expresamente tal exigencia.

Por cuanto se refiere al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, se invocaba en el recurso que la apertura del matrimonio a estas parejas suponía una violación del principio fundamental reconocido por las leyes de la República según el cual el matrimonio es la Unión de un hombre y una mujer y la modificación de la definición del matrimonio afectaría a los requisitos del decimocuarto párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1946, conforme al cual la República Francesa ha de ser fiel a sus tradiciones, conforme a las reglas de Derecho Internacional Público²⁷. Igualmente se consideraba vulnerado el art. 34²⁸ de la vigente Constitución de 1958, conforme al cual tan sólo compete al legislador ordinario legislar en materia de regímenes económico matrimoniales, pero no sobre la definición del matrimonio que, por su carácter fundamental correspondería al poder constituyente. Se entiende, al igual que lo hicieron los recurrentes españoles, que puesto que la alteridad sexual constituye la base del matrimonio, la admisión del celebrado entre personas del mismo sexo alejaría la institución matrimonial de los fines que le son propios²⁹.

en comparación con la posición mantenida por el TC español: la valoración del matrimonio como derecho e institución tradicionalmente considerado como unión entre un hombre y una mujer, y la incidencia constitucional que tiene la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo.

²⁷ “La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international.” (párrafo 14º del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946)

²⁸ Article 34. “La loi fixe les règles concernant:

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens;

- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités;

- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats;

- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie...”

²⁹ Así argumentan los recurrentes que “Considérant que, selon les requérants, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe méconnaît le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme; qu'ils font en outre valoir que la modification de la définition du mariage porterait atteinte aux exigences du quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (18).

Considérant que les sénateurs requérants font également valoir que l'article 34 de la Constitution ne fait référence qu'aux «régimes matrimoniaux»; que, par son caractère fondamental, la définition du mariage relèverait de la compétence du constituant; que le mariage entre personnes de même sexe méconnaîtrait un «enracinement naturel du droit civil» selon lequel l'altérité sexuelle est le fondement du mariage; que l'ouverture du mariage à des couples de même sexe «détournerait l'institution du mariage à des fins étrangères à l'institution matrimoniale»; qu'enfin, l'importance du changement opéré par les dispositions contestées dans la définition du mariage porterait atteinte, à l'égard des personnes mariées, à la liberté du mariage et au droit au maintien des conventions légalement conclues (19).

Sin embargo el Tribunal Constitucional Francés, considera por un lado, que conforme al art. 34 del texto constitucional, compete al legislador ordinario fijar los requisitos para contraer matrimonio, puesto la competencia para legislar sobre el estado civil de las personas se extiende a la regulación sobre el matrimonio (F. 20)³⁰. Se considera por otro lado (y ello resulta relevante en el aspecto comparativo con la situación española), que en modo alguno la tradición republicana a que se alude por los recurrentes puede ser invocada para mantener que un texto legislativo que la contradice pueda ser contraria a la Constitución (F. 21)³¹. Igualmente resulta relevante para el Constitucional francés el hecho de que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo no vulnera ni perjudica los derechos adquiridos nacidos de matrimonios anteriores (F. 23), ni implica vulneración e incumplimiento de los tratados ni principios de derecho internacional público en vigor (F. 24)³².

Por otro lado, y en relación al polémico igualmente reconocimiento del derecho a adoptar por los matrimonios del mismo sexo³³, el Constitucional francés se pronuncia igualmente a favor de la constitucionalidad de la medida pese a la argumentación por parte de los recurrentes de que la admisión de tal posibilidad no sólo supone una vulneración de la tradición francesa en cuanto al reconocimiento de tal derecho sólo a las personas heterosexuales que

³⁰ Considérant, en premier lieu, que les règles relatives au mariage relèvent de l'état des personnes; que, par suite, le grief tiré de ce que l'article 34 de la Constitution ne confierait pas au législateur la compétence pour fixer les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage doit être écarté (20).

³¹ Considérant, en deuxième lieu, que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946; que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946; qu'en outre, doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait «naturellement» l'union d'un homme et d'une femme (21).

³² Considérant, en quatrième lieu, que les dispositions de l'article 1er ne portent aucune atteinte aux droits acquis nés de mariages antérieurs; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, et au droit au maintien des conventions légalement conclues, qui résulte de son article 4, doit être écarté (23).

Considérant, en cinquième lieu, que les dispositions de l'article 1er n'ont ni pour objet ni pour effet de déroger au principe selon lequel tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance des principes du droit international public et du quatorzième alinéa du Préambule de 1946 doivent être écartés; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux de la France (24).

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions de l'article 143 du code civil ne méconnaissent pas les exigences constitutionnelles précitées".

³³ Dentro de las disposiciones de "coordinación" introducidas en la reforma francesa del Código civil el art. 13 introduce un nuevo artículo 6-1 al Código en que se equiparan los matrimonios heterosexuales y los contraídos por personas del mismo sexo en materia de filiación adoptiva: "Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe."

implicaría igualmente una violación del derecho a la protección de la intimidad e igualdad ante la ley. El Constitucional Francés, siguiendo los mismos criterios en este punto que el Tribunal Constitucional Español, parte de la base, para el reconocimiento del derecho a la adopción conjunta de la idea ya plasmada por el TEDH³⁴ de que no son los adoptantes los que tienes derecho “a un niño” sino que la adopción se establece como medida de protección de los menores, por lo que, al igual que en el caso de las parejas heterosexuales, los criterios para el reconocimiento del derecho de los adoptantes vendrán determinados por la declaración correspondiente de capacidad o idoneidad de los mismos, con independencia de su orientación sexual (FF. 36-63)³⁵

III. UN ELEMENTO ESENCIAL A CONSIDERAR EN LA VALORACIÓN DE LA DECISIÓN DEL TC: LA TRASCENDENCIA DEL TIEMPO TRANSCURRIDO ENTRE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO Y LA RESOLUCIÓN DEL TC. RELEVANCIA DEL GIRO MUNDIAL EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO Y AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS HOMOSEXUALES

Señalado lo anterior y analizando el contenido de la decisión adoptada por el TC, parece adecuado afirmar que no ha resultado intrascendente, es más, diría que ha resultado decisivo para la decisión, el hecho de que el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005 se haya producido tras más de siete años de su aprobación.

³⁴ Téngase en cuenta en este punto los numerosos recursos planteados ante el TEDH cuyo origen se encuentra en reclamaciones presentadas frente al Gobierno Francés en materia de adopción por personas homosexuales ante la imposibilidad de adoptar, alegando la vulneración de los arts. 8 y 14 fundamentalmente del Convenio.

³⁵ “Considérant, en deuxième lieu, que les dispositions contestées n’ont ni pour objet ni pour effet de reconnaître aux couples de personnes de même sexe un «droit à l’enfant»; qu’elles ne soustraient pas les couples de personnes de même sexe aux règles, conditions et contrôles institués en matière de filiation adoptive; qu’en effet, ces dispositions ne modifient pas la règle, fixée par le premier alinéa de l’article 353-1 du code civil, aux termes duquel: «Dans le cas d’adoption d’un pupille de l’État, d’un enfant remis à un organisme autorisé pour l’adoption ou d’un enfant étranger qui n’est pas l’enfant du conjoint de l’adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l’adoption que le ou les requérants ont obtenu l’agrément pour adopter ou en étaient dispensés»; qu’il n’est pas davantage dérogé à la règle, fixée par le premier alinéa de l’article L. 225-2 du code de l’action sociale et des familles, aux termes duquel: «Les pupilles de l’État peuvent être adoptés soit par les personnes à qui le service de l’aide sociale à l’enfance les a confiés pour en assurer la garde lorsque les liens affectifs qui se sont établis entre eux justifient cette mesure, soit par des personnes agréées à cet effet, soit, si tel est l’intérêt desdits pupilles, par des personnes dont l’aptitude à les accueillir a été régulièrement constatée dans un État autre que la France, en cas d’accord international engageant à cette fin ledit État»; que s’appliquent également les dispositions de son article L. 225-17 qui prévoit: «Les personnes qui accueillent, en vue de son adoption, un enfant étranger doivent avoir obtenu l’agrément prévu aux articles L. 225-2 à L. 225-7»; qu’ainsi, les couples de personnes de même sexe qui désirent adopter un enfant seront soumis, comme ceux qui sont formés d’un homme et d’une femme, à une procédure destinée à constater leur capacité à accueillir un enfant en vue de son adoption“ (F. 52).

Hemos de señalar igualmente, y vinculado con la anterior afirmación que la relevancia del tiempo transcurrido entre la interposición del recurso de inconstitucionalidad en 2005 y su resolución por el TC en 2012 tiene una doble repercusión:

Por un lado porque necesariamente el criterio y evolución seguida a nivel no sólo europeo sino mundial en relación con la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo y el reconocimiento progresivo de derechos de las personas homosexuales ha variado sustancialmente en tan largo periodo de tiempo, y ello ha sido decisivo para que el Tribunal Constitucional español introdujera en su construcción sobre el cumplimiento de “la garantía constitucional del matrimonio” argumentos inexistentes (o al menos sustancialmente inexistentes) cuando se interpuso el recurso de inconstitucionalidad.

Por otro lado, porque, igualmente como consecuencia directa del largo periodo de vigencia de la ley 13/2005 hasta el momento en que el TC resuelve sobre su constitucionalidad, se podría afirmar que se han creado situaciones legales y fácticas absolutamente irreversibles que dificultaban seriamente, por la situación de inseguridad jurídica que se hubiera provocado, que el Tribunal Constitucional hubiera adoptado una solución diferente a la que se llegó con la sentencia de 6 de noviembre de 2012.

Si a lo largo de este trabajo hemos intentado visualizar cómo, aún antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 se había venido tejiendo un proceso irreversible hacia la equiparación de derechos, posiblemente descoordinado y caótico dentro de la legislación española y en el ámbito de las Comunidades Autónomas en cuanto al reconocimiento de derechos a las parejas de hecho del mismo sexo, especialmente relevantes en materia de adopción, el hecho de que la decisión del TC se haya producido tras un muy largo periodo de vigencia de la Ley convertía la cuestión, creo, ya antes de dictarse tal sentencia, en una situación de “no retorno”.

En relación con la primera afirmación que realizamos, queda constatado el hecho de que, el propio Tribunal, al tejer su argumentación sobre “la interpretación evolutiva” para llegar a la conclusión de que la institución matrimonial no ha quedado desvirtuada, recurre fundamentalmente, aunque no sólo, a la evolución producida básicamente después de haber sido aprobada la Ley en 2005, incluso en la doctrina del propio TEDH (STEDH 22 noviembre 2010 (Caso *Schalk y Kopf* contra Austria)³⁶.

Piénsese que tras la aprobación de la Ley española, y entre la interposición del recurso de inconstitucionalidad y la resolución del mismo por el TC el 6 de noviembre de 2012, es cuando se aprueban en la mayoría de los países de nuestro entorno legislaciones

³⁶ La posición actualmente mantenida por el TEDH pasa por hacer recomendaciones a los países miembros en el sentido de dar reconocimiento a tales matrimonios, aunque deja la decisión a la legislación de cada país, como se pone de manifiesto en la STEDH 24 junio 2010 (Caso *Schalk y Kopf vs Austria* (JUR 2010/211641) (el Tribunal no puede sustituir con su propia apreciación la de las autoridades nacionales, mejor situadas para valorar y responder a las necesidades de la sociedad: la autorización o no del matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación de las Leyes nacionales de cada Estado Contratante).

permissivas (Canadá (2005), Sudafrica (2006), Noruega y Suecia (2009), Portugal, Islandia y Argentina (2010), así como diferentes Estados de EEUU como Connecticut (2008), Iowa (2009), Vermont (2009), Nuevo Hampshire (2010), Distrito de Columbia (2009), Nueva York (2011), Maine y Mariland (2012). Y que, en ese proceso imparabile, nuevos países han aprobado con posterioridad a la citada sentencia, leyes permisivas del matrimonio entre personas del mismo sexo, como es el caso de Francia como hemos tenido ocasión de analizar anteriormente y Reino Unido en Europa, o Uruguay, Brasil o el estado de Minesota todos ellos en 2013³⁷.

Igualmente ha evolucionado de una manera evidente la posición de los Organismos Internacionales y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el reconocimiento progresivo de derechos, inicialmente a favor de personas homosexuales, transexuales e intersexuales, con apoyo en la no discriminación por razón de sexo y consecuentemente en el reconocimiento con plena igualdad a la formación de una familia, a la adopción sin discriminación frente a las personas heterosexuales, que sin lugar a dudas están constituyendo pasos previos para una plena equiparación.

³⁷ En los momentos actuales además se plantean en el seno del TS de EEUU dudas sobre la constitucionalidad de la Ley de Defensa del Matrimonio de 1996 (DOMA) que condiciona de alguna forma los derechos de los matrimonios homosexuales avalados en la permisividad de los diferentes Estados, existiendo por tanto un panorama y un mapa normativo diferente dependiendo de la permisividad o no de cada Estado.

Recientes son las aprobaciones en Uruguay (donde la Cámara de los Diputados aprobó la ley del Matrimonio Igualitario el 10 de abril de 2013 (D.633/13), permitiendo la adopción conjunta por las parejas del mismo sexo– (<http://www.diputados.gub.uy/informacion/ultproy.htm>) y Brasil, tras la aprobación por el Consejo Nacional de Justicia, mediante Resolución nº175, de 14 de mayo de 2013 que, en la práctica permite casarse a personas del mismo sexo (aunque la decisión aun puede ser recurrida ante el Tribunal Supremo puesto que el Congreso aun no ha legislado sobre el tema (La Corte Suprema ya reconoció en 2011 la unión estable entre parejas homosexuales) (DJE/CNJ nº 89/2013, de 15/05/2013, p. 2.) (<http://www.cnj.jus.br/>).

En Colombia sin embargo ha sido rechazado recientemente, en abril de 2013, por el Congreso el Proyecto de Ley de matrimonio homosexual (nº113/2012), contradiciendo a la Corte Constitucional, que en 2011 reconoció la igualdad de derechos de las parejas homosexuales, ordenando al legislador legislar sobre la materia antes del 20 de junio de 2012 (<http://www.camara.gov.co/porta12011/>).

Como ya se ha mencionado más arriba, en Francia ha sido aprobada la Ley que permite el matrimonio Homosexual por la Asamblea Nacional el 23 de abril de 2013, ley que ha sido validada por el Tribunal Constitucional francés el 17 de mayo de 2013 (Decisión nº2013-669 DC) (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>). Igualmente la Cámara de los Comunes aprobó el 5 de febrero para Inglaterra y Gales la Ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. nota 32.

También Argentina, en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que se está debatiendo actualmente (Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional nº 884/2012), tras haber aprobado en 2010, como hemos señalado en otro momento, el matrimonio Igualitario, se establece una regulación permisiva y equiparadora de derechos entre las parejas heterosexuales y homosexuales (matrimoniales o convivenciales), regulando no sólo el derecho a la doble maternidad recurriendo al uso de las TRA (art. 561), sino la posible doble maternidad/paternidad mediante gestación por sustitución (art. 562), siempre que al menos uno de los comitentes haya aportado sus gametos. Igualmente se permite la adopción conjunta por un matrimonio o pareja de convivientes (arts. 599 y 602).

En este sentido y aunque brevemente, debemos mencionar la relevancia de los denominados “Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género” (2007), adoptados en el marco de la ONU³⁸, dentro de los cuales se recoge “El derecho a formar una familia con independencia de su orientación sexual o identidad de género” (principio 24), conforme al cual se recomienda a los Estados: “Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”.

En esa misma línea resulta también relevante la recomendación 7^a realizada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 13 de marzo de 2012 sobre la Igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea³⁹ al lamentar “la aplicación de definiciones restrictivas del término “familia” por parte de algunos Estados miembros con el objeto de negar una protección jurídica a las parejas del mismo sexo y a sus hijos; recuerda que el Derecho de la UE se aplica sin discriminación alguna basada en el género o la orientación sexual, de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”

Por otro lado conviene tener en cuenta brevemente la evolución que en los últimos años se ha producido, como indicábamos anteriormente, en la jurisprudencia del TEDH en el sentido indicado, de forma que se ha pasado de no reconocer la posibilidad de que las

³⁸ Los citados principios fueron presentados el 26 de marzo de 2007 a propuesta de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en el marco de la Cuarta Sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra). Principios que, tras una reunión mantenida en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006, fueron adoptados de forma unánime por especialistas procedentes de 25 países, de diversas disciplinas y con experiencia relevante en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

Tal y como se pone de manifiesto en Exposición Introductoria y Preámbulo de tales Principios: “... Los Principios de Yogyakarta se ocupan de una amplia gama de normas de derechos humanos y de su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género. Los Principios afirman la obligación primordial que cabe a los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos. Cada Principio se acompaña de recomendaciones detalladas dirigidas a los Estados. Sin embargo, las y los especialistas también ponen énfasis en que todos los actores tienen responsabilidades en cuanto a promover y proteger los derechos humanos. Los Principios también incluyen recomendaciones adicionales dirigidas a otros actores, incluyendo al sistema de derechos humanos de la ONU, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales y las agencias financiadoras. Las y los especialistas coinciden en que los Principios de Yogyakarta reflejan el estado actual de la legislación internacional de derechos humanos en relación a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Asimismo reconocen que los Estados podrían contraer obligaciones adicionales conforme la legislación en materia de derechos humanos continúe evolucionando.

Los Principios de Yogyakarta afirman las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente en el que todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, puedan realizar esos valiosos derechos que les corresponden por su nacimiento...”.

³⁹ Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2012, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea – 2011 (2011/2244(INI)) (P7_TA(2012)0069).

personas transexuales pudieran contraer matrimonio (posición mantenida en las ya citadas SS 17 octubre 1986, *caso Rees contra Reino Unido* (TEDH/1989/11), y 27 septiembre 1990, *caso Cossey contra Reino Unido* (TEDH/1990/22), entendiendo que el derecho fundamental a contraer matrimonio se refería a personas de distinto sexo), a modificar posteriormente esta doctrina a partir de las sentencias de 11 julio 2002, *caso I contra Reino Unido* (TEDH JUR.2002/45); *caso Goodwin contra Reino Unido* (TEDH JUR.2002/181176) y 23 de mayo 2006, *caso Grant contra Reino Unido* (TEDH 2006/39), aunque referidas todas ellas a supuestos de reconocimiento de efectos jurídicos al cambio de sexo⁴⁰.

Una manifestación de lo que venimos señalando, en cuanto a la evolución sufrida por el propio TEDH se evidencia en el tratamiento que el mismo realiza en relación con la *Adopción por persona homosexual soltera*, en la ya citada STEDH 26 de febrero de 2002 (TEDH 2002/10) Caso FRETTE contra Francia y la de 22 de enero de 2008 (TEDH 2008/4)⁴¹, Caso EB contra Francia, referidas ambas a un supuesto similar y dictadas con una diferencia de seis años⁴².

En las dos decisiones señaladas se aborda el tema de la *adopción por persona soltera homosexual*, partiendo en ambos casos de que la legislación francesa en el momento en que se intentan ambas adopciones permitía la adopción individual por persona soltera. La solución a que llega el Tribunal en ambos casos es diferente, pero en ambos toma en consideración, como elemento definitivo para resolver, la atención del “interés superior del menor” como base de la decisión. Se parte igualmente en ambos casos de dejar claro que el art. 8 de la Convención para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales no garantiza como tal ni el derecho a fundar una familia ni a adoptar. Sin embargo no deja de resultar llamativa la diferente posición mantenida ante supuestos similares.

En el Caso FRETTE contra Francia, el adoptante era un varón homosexual, al que no se permitió prestar el consentimiento previo para la adopción.

El Tribunal, tras valorar que el Gobierno francés había denegado la adopción, básicamente, atendiendo a la “forma de vida” del demandante (aunque sin mencionar la homosexualidad), entendió que sí existía una discriminación de trato respecto del resto de las personas solteras a las que sí se permitía adoptar. Sin embargo, siguiendo la posición mantenida en otras decisiones por el propio Tribunal entendió que la discriminación era real si no existía una “causa objetiva y razonable”, es decir si no persigue un fin legítimo

⁴⁰ El TEDH en estas últimas decisiones lo que hace, en definitiva, es cambiar de criterio en cuanto al reconocimiento de efectos a la cirugía de reasignación y al cambio de sexo mismo y es partir del hecho del reconocimiento de plenos efectos jurídicos al cambio de sexo (cosa que no hizo en las primeras decisiones señaladas) y a partir de tal premisa, cuando se considera que quien ha cambiado de sexo es titular del derecho a contraer matrimonio, por lo que impedirlo supondría una vulneración del artículo 12 del Convenio.

⁴¹ Citada expresamente por la STC de 6 de noviembre de 2012.

⁴² Se estudia con mayor profundidad la evolución y posición del TEDH en BENAVENTE MOREDA, P., “Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)”, *AFDUAM*, 2013, pp. 153 ss.

o si no hay una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”.

Sin embargo, el Tribunal, apelando “al margen de apreciación de los Estados Contratantes” para determinar sí y en qué medida las diferencias de situaciones en otros aspectos análogas, justifican una distinción de tratamiento jurídico, y al hecho de que no existe entre los Estados contratantes un tratamiento uniforme sobre el tema, entendió que había que dejar la valoración a la apreciación de los Estados, en este caso el Gobierno Francés. Partiendo de tales premisas se acoge, en aras del “interés superior del menor” la posición mantenida por el Gobierno para considerar la injerencia en los derechos del homosexual justificada y necesaria atendiendo a la protección de tal interés superior.

En el *Caso EB contra Francia* se parte de un supuesto, entendemos, exactamente igual al de la Sentencia anterior, dictada 6 años después de ésta. La solución que adopta el Tribunal es sin embargo totalmente contraria, al admitir la existencia de violación del art. 8 en relación con el art. 14 del Convenio, sin que la cuestión debatida pueda dejarse a la valoración de los Estados miembros como en el caso anterior.

En este caso la petición de adopción provenía de una mujer, soltera y homosexual. Igualmente se había denegado el consentimiento previo para adoptar con apoyo, en esta ocasión, en la ausencia de “referente masculino” en el entorno familiar y en la ausencia de implicación en el proyecto de adopción de la compañera con quien mantenía una relación estable.

Las referencias anteriores, señaladas a modo de ejemplo, ponen de manifiesto una evolución, lenta pero creemos que firme, que se ha ido produciendo, sobrevenida a la aprobación de la Ley 13/2005 de 1 de julio, que obviamente han influido de manera decisiva en la resolución del recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC de 6 de noviembre de 2012 y que no habrían podido ser utilizadas de haberse resuelto de manera inmediata tras la presentación del recurso de inconstitucionalidad en 2005.

Por otro lado ha de ponerse de manifiesto que por más que el Tribunal Constitucional debiera pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005, los efectos de su inmediata entrada en vigor y por tanto de su aplicación, desde el inmediato que supuso la progresiva celebración de matrimonios, hasta los efectos colaterales derivados de los mismos en materia de filiación (adopción o filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida) o en el ámbito del Derecho de Sucesiones, han sido imparables durante los más de siete años de vigencia de la Ley hasta el pronunciamiento del TC sobre su constitucionalidad. En tal periodo se han celebrado más de 20.000 matrimonios entre personas del mismo sexo, se han producido más de 1.000 rupturas matrimoniales con la consiguiente adopción de medidas derivadas de la ruptura, se han producido innumerables adopciones, así como cuantiosos supuestos de “dobles maternidades” derivadas del recurso a la filiación mediante técnicas de reproducción asistida, al amparo del art. 7 de la LTRA de 2006, tras su modificación por la Ley 3/2007, de 15 de marzo sobre rectificación registral relativa al

sexo de las personas, ninguna de cuyas normas fue ni ha sido impugnada por considerarla inconstitucional. Igualmente y por razones obvias, si en tal periodo de tiempo se han celebrado matrimonios, igualmente se han producido fallecimientos de cónyuges casados al amparo de la Ley 13/2005, de los que ha derivado indefectiblemente la aplicación de las normas de Derecho Sucesorio, testado o intestado, a favor del cónyuge sobreviviente⁴³.

En definitiva parece evidente que con independencia de la correcta argumentación del TC en su decisión, ésta difícilmente habría podido ser otra diferente y a ello creo que han contribuido necesariamente todas las circunstancias a las que se ha aludido en este trabajo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO RENEDO, C., “Familia, Matrimonio y Constitución Española”, en *Derecho de Familia*, coord. Díez-Picazo Giménez G., Thomson Reuters Aranzadi 2012, pp. 77-100.
- ARANA DE LA FUENTE, I., “Concepto y función social del Matrimonio”, en *Derecho de Familia*, coord. Díez-Picazo Giménez G., Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, pp. 165-260.
- BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ADC*, Tomo LXIV, 2011, fascículo 1, pp. 75-124.
- BENAVENTE MOREDA, P., “Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)”, *AFDUAM*, n° 17, 2013, pp. 105-161.
- CABEDO MALLOL, V., *Marco Constitucional de la protección de menores*, La Ley, 2008, pp. 146 ss.

⁴³ Conforme a los datos que aparecen publicados en el Instituto Nacional de Estadística (movimiento natural de la población) (www.ine.es), desde julio de 2005 hasta 2010, se han celebrado en España 18.244 matrimonios (en 2005, 914 entre varones y 355 entre mujeres; en 2006, 3000 entre varones y 1313 entre mujeres; en 2007, 2141 entre varones y 1052 entre mujeres; en 2008, 2051 entre varones y 1143 entre mujeres; en 2009, 1984 entre varones y 1098 entre mujeres y en 2010, 1955 entre varones y 1238 entre mujeres), no constando datos estadísticos de los años 2011 a la actualidad, por lo que por la progresión señalada podemos pensar que a fechas actuales pueden haberse celebrado del orden de los 25.000 matrimonios igualitarios en España.

Por otro lado, conforme a los datos igualmente publicados por el INE (Seguridad y Justicia- www.ine.es), desde 2006 a 2011, se han producido un total de 897 supuestos de nulidad, separación o divorcio entre cónyuges del mismo sexo (59 en 2007, 116 en 2008, 158 en 2009, 245 en 2010 y 319 en 2011).

Tales datos denotan que tanto en los casos de matrimonios celebrados, como en los supuestos de “crisis matrimonial” de los citados matrimonios igualitarios, ha sido imparable la maquinaria derivada de los aspectos “colaterales” de su reconocimiento legal. Quiero decir con ello que, fruto de tales matrimonios se habrán producido adopciones conjuntas o sucesivas de menores, se habrán producido nacimientos derivados del uso de técnicas de reproducción asistida que han determinado una doble maternidad por naturaleza, se han producido, pese a la “aparente” prohibición de la maternidad subrogada, supuestos de doble paternidad matrimonial derivada de la misma. Y, a mayor abundamiento, se habrán producido fallecimientos de personas casadas bajo el respaldo de la Ley de 2005, cuyo cónyuge habrá ejercido su ius delationis y aceptado su herencia como cónyuge viudo.

- DE PABLO CONTRERAS, P., “Matrimonio y sistema matrimonial”, en *Tratado de Derecho de Familia, Vol.I. Derecho de Familia y Derecho de la Familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración*, Dir. Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas M, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, p. 504 ss.
- GARCÍA RUBIO, M. P., “La adopción por y en parejas homosexuales” en *Libro Homenaje al Pr. Lluís Puig Ferriol*, Barcelona, 2004.
- GARCÍA RUBIO, M. P., “Las Uniones de Hecho”, en *Derecho de Familia*, coord. Gema Díez –Picazo Giménez, G., Thomson Reuters, 2012, pp. 1480 ss.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional”, *RJUAM*, nº 13, 2005, pp. 133 ss.
- NANCLARES VALLE, J., “La adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, *Aranzadi Civil*, 8/2001, pp. 5 ss.
- SOLÉ RESINA, J., “Adopción y parejas homosexuales” en *Matrimonio homosexual y adopción: Perspectiva nacional e internacional*, dir. Navas Navarro S., Reus, 2006, pp. 209 ss.
- VALLES AMORES, M. L., “Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: Incongruencias en sede de adopción”, *Revista de Derecho de Familia* nº 28-jl/sept., 2005, pp. 57 ss.