

# La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MARCO JURÍDICO ANTERIOR Y LA REFORMA PROPUESTA.—III. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL PARTIDO POPULAR.—IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—V. CONCLUSIONES: ¿UNA SENTENCIA SOCIOLÓGICA?

## RESUMEN

*La sentencia del Tribunal Constitucional de noviembre de 2012 declarando la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ha consagrado jurídicamente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Una sentencia que llega con siete años de retraso desde la interposición del recurso de inconstitucionalidad del que trajo causa, cuando la agria polémica que suscitó se ha diluido por el paso del tiempo, aunque persista la vigencia de sus argumentos jurídicos y sociológicos. En el presente artículo analizamos su contenido y fundamentación, para tratar de responder a los interrogantes que siguen vivos sobre el principio de igualdad que sirve de fundamento a la sentencia.*

*PALABRAS CLAVE: constitucionalidad, matrimonio, homosexual, igualdad.*

## ABSTRACT

*The ruling of the Spanish Constitutional Court of November 2012 declaring the full constitutionality of the 13/2005 law, of 1 July, amending the Civil Code in*

---

\* Doctorando en Derecho Constitucional, UCM.

*matters of law to marry, has legally enshrined marriage between persons of the same sex. A sentence that comes with seven years of delay since the filing of the appeal of unconstitutionality which brought causes, when the bitter controversy that aroused has diluted by the passage of time, although persists for the duration of their legal and sociological arguments. In this article we analyze its contents and reasoning, to try to respond to the questions that are still alive on the principle of equality, which serves as a basis for the judgment.*

*KEY WORDS: constitutionality, marriage, homosexual, equality.*

## I. INTRODUCCIÓN

El 6 de noviembre de 2012, con siete años de retraso, el Tribunal Constitucional español, mediante sentencia, desestimó el recurso de inconstitucionalidad que el Partido Popular interpuso contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

La Ley, nacida entre fuerte polémica, traía causa de un compromiso electoral del Gobierno del Presidente José Luis Rodríguez Zapatero quien, con ocasión de las Elecciones Generales del 14 de marzo de 2004, en su programa electoral, se había comprometido a modificar *«el Código Civil a fin de posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo y el ejercicio de cuantos derechos conlleva, en igualdad de condiciones con otras formas de matrimonio, para asegurar la plena equiparación legal y social de lesbianas y gays»*<sup>1</sup>. Compromiso que, tras la victoria en las elecciones, ratificó en su discurso de investidura como Presidente del Gobierno<sup>2</sup>.

La ley, pese a contar con un dictamen negativo del Consejo de Estado, entre otros<sup>3</sup>, fue presentada en octubre de 2004 en el Congreso, resultando aprobada en abril de 2005. Tras su aprobación, fue remitida al Senado, donde fue objeto de veto y devuelta al Congreso, siendo definitivamente aprobada el 30 de junio de 2005 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el 2 de julio, entrando en vigor al día siguiente, 3 de julio.

<sup>1</sup> Programa Electoral del PSOE a las Elecciones Generales de 2004, p. 32.

<sup>2</sup> *«Ha llegado también el momento de poner fin, de una vez, a las intolerables discriminaciones que aún padecen muchos españoles por razón exclusiva de su preferencia sexual. Lo diré con claridad: homosexuales y transexuales merecen la misma consideración pública que los heterosexuales y tienen el derecho a vivir libremente la vida que ellos mismos hayan elegido. Modificaremos, en consecuencia, el Código Civil para reconocerles, en pie de igualdad, su derecho al matrimonio con los efectos consiguientes en materia de sucesiones, derechos laborales y protección por la Seguridad Social.»*

<sup>3</sup> También del Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

## II. EL MARCO JURÍDICO ANTERIOR Y LA REFORMA PROPUESTA

El marco jurídico español del matrimonio, desde un punto de vista constitucional, tiene su anclaje en el artículo 32<sup>4</sup>, donde se señala, en su apartado primero, que «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*», haciéndose eco, en este punto, de lo establecido en diversos textos internacionales<sup>5</sup>. En el apartado segundo del artículo 32, por otro lado, se establece que «*La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*».

Por su parte, el Código Civil, hasta la modificación efectuada por la ley objeto de recurso de inconstitucionalidad, no definía al matrimonio ni a sus contrayentes<sup>6</sup>, pero sí un elenco de prohibiciones entre las que, paradójicamente, no se encontraba el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>7</sup>.

La Ley 13/2005 cambió el marco existente hasta entonces, al establecer previsiones no sólo en cuanto al matrimonio, sino también en cuanto a la adopción por parte de parejas homosexuales. Consecuentemente, fue también objeto de modificación la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, para adaptar los cambios efectuados por la Ley 13/2005 al ámbito material del Registro, como el derecho de alimentos, sucesiones, donaciones o separaciones

<sup>4</sup> Artículo 32 de la Constitución.

«1. *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*

2. *La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.»*

<sup>5</sup> Artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

«*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.»*

Artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950).

«*A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.»*

Artículo 23.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966).

«*Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.»*

<sup>6</sup> Artículo 44 del Código Civil (en vigor hasta el 2 de julio de 2005).

«*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.»*

<sup>7</sup> Artículo 46 del Código Civil.

«*No pueden contraer matrimonio: Los menores de edad no emancipados. Los que estén ligados con vínculo matrimonial.»*

Artículo 47 del Código Civil.

«*Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí.*

*Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.*

*Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.*

*Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.»*

y divorcios<sup>8</sup>. La reforma, en definitiva, modificó diecisiete artículos del Código Civil.

El elemento central, nuclear, de la reforma propuesta, no obstante, pivotaba en torno al artículo 44 del Código Civil, al que se añadía un segundo párrafo: «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*». Reforma que, obviamente, permitía y amparaba el matrimonio entre personas del mismo sexo con los mismos derechos y deberes que el matrimonio hasta entonces vigente, el de un hombre y una mujer.

El resto de las reformas realizadas tuvieron como objetivo sustituir, en consonancia con el artículo 44 modificado, las expresiones, acepciones y conceptos que en la regulación vigente hasta entonces eran sinónimo de «heterosexual»<sup>9</sup>, eliminando cualquier referencia de género.

Así, fueron modificadas todas las referencias a «marido y mujer», como en los artículos 66 y 67 del Código Civil, siendo sustituidas por «cónyuges», acorde al sentido y fundamento de la reforma.

Por último, y en relación con la adopción, fueron también sustituidas las expresiones de «padre y madre» por la aséptica «progenitores», como en los artículos 154 y 160 del Código Civil.

### III. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL PARTIDO POPULAR

El Partido Popular, contrario a la reforma del Código Civil propuesta por el Gobierno, interpuso, a través de más de cincuenta diputados del Grupo

<sup>8</sup> Fueron objeto de modificación los artículos 46, 48 y 53 de la Ley del Registro Civil:

Artículo 46 (nuevo).

«*La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.*

*Cuantos hechos afectan a la patria potestad, salvo la muerte de los progenitores, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos.*»

Artículo 48 (nuevo).

«*La filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento.*»

Artículo 53 (nuevo).

«*Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la Ley ampara frente a todos.*»

<sup>9</sup> Un aspecto relevante, no abordado con claridad en la Ley 13/2005, es el de los matrimonios «mixtos» entre españoles y extranjeros, siendo resuelto el criterio interpretativo de la ley en este punto mediante la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, no extendiendo el reconocimiento, no obstante, a «*figuras jurídicas que en sus propios países de origen, con arreglo a cuya legislación se han constituido, no tienen la consideración de matrimonios, sino que, desde el punto de vista de su calificación a los efectos del Derecho Internacional Privado español (art. 12, n.º 1, C.c.), deben reconducirse a la figura de las parejas de hecho o uniones estables de pareja*».

Parlamentario Popular en el Congreso<sup>10</sup> —concretamente, setenta y uno— recurso de inconstitucionalidad el 30 de septiembre de 2005<sup>11</sup>.

El planteamiento general del recurso sostenía que mediante la modificación normativa se transformaba la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como era concebido hasta entonces. No era una reforma insustancial o nimia, a tenor de los recurrentes, ya que creaba una nueva institución, no cambiaba la existente, afectando además a todo el sistema normativo de la familia.

Desde una perspectiva constitucional, el Partido Popular entendió conculcados, además del artículo 32, los artículos 9.3<sup>12</sup>, 10.2<sup>13</sup>, 14<sup>14</sup>, 39.1<sup>15</sup>, 2 y 4, 53.1<sup>16</sup> y 167<sup>17</sup> de la Constitución.

<sup>10</sup> En el ordenamiento jurídico español, tal y como señala el artículo 162.1.a) de la Constitución, están legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

<sup>11</sup> Fue el único recurso interpuesto contra la ley aunque, con posterioridad, el 27 de febrero de 2007, una asociación independiente, el Foro Español de la Familia, presentó en el Congreso de los Diputados una Iniciativa Legislativa Popular amparada por un millón y medio de firmas para prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción de niños por parejas homosexuales. La iniciativa fue rechazada.

<sup>12</sup> Artículo 9.3 de la Constitución:

*«La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.»*

<sup>13</sup> Artículo 10.2 de la Constitución:

*«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»*

<sup>14</sup> Artículo 14 de la Constitución:

*«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»*

<sup>15</sup> Artículo 39 de la Constitución:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.»

<sup>16</sup> Artículo 53.1 de la Constitución:

*«Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).»*

<sup>17</sup> Artículo 167 de la Constitución:

1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.
2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma.

Además, de modo particular, a juicio de los recurrentes, se añadían tres concretas razones de inconstitucionalidad, ya que se desdibujaba la naturaleza del matrimonio, la imposibilidad de que el legislador modifique la Constitución cambiando el nombre dado por el constituyente y, por último, la finalidad pretendida con la reforma era posible sin esta fórmula, que suponía una ruptura de la Constitución.

Asimismo, y no menos importante, el recurso de inconstitucionalidad estaba sustentado en ocho motivos.

El primero, y más importante motivo de inconstitucionalidad era la infracción del artículo 32 de la Constitución, ya que dicho artículo establece, como sus dos notas o elementos fundamentales, por un lado, la igualdad y la heterosexualidad y, por otro lado, la garantía institucional que la Constitución otorga al matrimonio, en los términos que lo hacen reconocible. La heterosexualidad y la igualdad, en ese sentido, son particularmente identificables, ya que el 32 es el único artículo de la Constitución que expresamente utiliza los términos «hombre y mujer», y en donde la igualdad debe ser entendida en relación con la situación preexistente a la Constitución, donde no existía plena igualdad entre sexos para contraer matrimonio. El constituyente, por lo tanto, no creó la institución del matrimonio, sino que consolidó una realidad anterior. Por ello, la doctrina del Tribunal Constitucional no ha considerado equiparable las uniones de hecho con la institución del matrimonio.

El segundo motivo de inconstitucionalidad, para los recurrentes, era la infracción del artículo 10.2, relativo a la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos, ya que los tratados internacionales suscritos por España, en lo referente al matrimonio, refieren únicamente a la pareja heterosexual, por lo que su extensión a parejas homosexuales contradice el artículo 10.2 de la Constitución.

El tercer motivo de inconstitucionalidad fue la infracción del artículo 14, el principio de igualdad, al entender que la ley 13/2005 parte de una interpretación del artículo 14 contraria a la Constitución y a la doctrina del Tribunal Constitucional, porque, además de que a nadie se le ha impedido nunca contraer matrimonio por ser homosexual, el matrimonio entre personas del mismo sexo no es equiparable a las parejas heterosexuales, constituyendo una institución diferente.

El cuarto motivo de inconstitucionalidad aducido era la infracción del artículo 39.1, 2 y 4 de la Constitución, la garantía de la protección de la familia y de los hijos, al considerar que el planteamiento de la adopción de hijos por parte de las parejas homosexuales como un problema discriminatorio pone por delante el interés de las parejas homosexuales al interés del menor, siendo éste un interés prevalente, sin olvidar que no existe un derecho a adoptar por

---

3. *Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.»*

parte de las parejas heterosexuales, por lo que no puede existir discriminación alguna.

El quinto motivo de inconstitucionalidad fue la infracción del artículo 53.1 de la Constitución, en el sentido 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 artículo 32 de la Constitución en relación con el 53.1.

El sexto motivo de inconstitucionalidad para los recurrentes era la infracción del artículo 9.3 de la Constitución, particularmente del principio de jerarquía normativa, ya que, si la norma objeto de recurso vulnera el artículo 32, también se encuentra vulnerada la jerarquía normativa.

El séptimo motivo de inconstitucionalidad aducido refirió también al artículo 9.3, en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, al entender que si la Constitución confería el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer, mediante ley ordinaria y sin reforma de la Constitución constituye una arbitrariedad.

Por último, el octavo motivo de inconstitucionalidad lo constituía la infracción del artículo 167, relativo a la reforma parcial de la Constitución, ya que, para los recurrentes, se ha optado por una reforma legal para no abordar la modificación del artículo 32, dando lugar a una mutación del orden constitucional, cuando lo apropiado hubiese sido cambiar la Constitución para el objetivo pretendido.

En definitiva, el Partido Popular, con su recurso, pretendía obtener del Tribunal la declaración de inconstitucionalidad de la Ley en su totalidad.

#### IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional rechazó todos los motivos de inconstitucionalidad aducidos por los recurrentes, desestimando el recurso interpuesto, declarando que no existía *«tacha de inconstitucionalidad alguna en el artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio»*.

En la sentencia, y pese a que el *núcleo gordiano* del recurso de inconstitucionalidad pivotaba en torno a la supuesta vulneración del artículo 32 de la Constitución —derecho al matrimonio— de esa vulneración se derivaban para los recurrentes, directa o indirectamente, una serie de conculcaciones de diversos artículos de la Constitución, que fueron analizadas primero antes de abordar la posible inconstitucionalidad de la Ley 13/2005 en relación con el artículo 32.

En primer lugar, el Tribunal considera que la vulneración del 9.3 —jerarquía normativa—, 10.2 —interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales—, 53.1 —intangibilidad del contenido esencial de los derechos y libertades— y 167 —reforma parcial de la Constitución—, que argumentan los recurrentes no son *«invocaciones autónomas, de tal modo*

*que los preceptos apuntados sólo resultarían vulnerados en caso de serlo también el artículo 32 CE, sin que su análisis aporte nada que no forme parte de la interpretación constitucional de este último precepto».*

En segundo lugar, y en lo referido a la vulneración del artículo 14, el principio de igualdad —al entender los recurrentes que se trata en la ley objeto de recurso como igual dos realidades diferentes— el Tribunal lo rechaza, aplicando su doctrina<sup>18</sup> desde los ochenta, recordando que la *«discriminación por indiferenciación» no puede situarse en el ámbito de la protección del art. 14 CE, porque lo que éste impide es la distinción infundada o discriminatoria»,* no existiendo *«ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual»,* por lo que *«no resulta posible censurar la Ley desde la perspectiva del principio de igualdad por abrir la institución matrimonial a una realidad —las parejas del mismo sexo— que presenta características específicas respecto de las parejas heterosexuales».*

Asimismo, y en lo referido a la conculcación del 9.3 de la Constitución, en su vertiente de interdicción de la arbitrariedad, lo rechaza también el Alto Tribunal, al entender que no se han cumplido los requisitos formales y materiales, ya que los recurrentes no han *«razonado en detalle la invocación de la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad, ofreciendo una justificación convincente para destruir la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada, ni concurre tampoco el elemento material que conduciría a entender concurrente en este caso la arbitrariedad, y por tanto la lesión del art. 9.3 CE, porque ni de la norma resulta discriminación normativa, ni existe en este caso carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada».*

Por otro lado, en lo que respecta al artículo 39 —protección de la familia y adopción de menores—, su vulneración es descartada por el Constitucional, recordando que *«matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente»,* resaltando reciente jurisprudencia<sup>19</sup> para afirmar finalmente que *«el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio (...) ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia».* En conclusión, para el Tribunal, la clara disociación en nuestro texto constitucional de los preceptos de familia y matrimonio no conlleva que una posible vulneración del artículo 32 implique necesariamente la del artículo 39.

En tercer lugar, y entrando en el núcleo del recurso, la supuesta vulneración del artículo 32 de la Constitución es planteada por el Tribunal analizando primero la doble vertiente del precepto, como derecho y como garantía institucional, recordando, de conformidad a su jurisprudencia, que el matrimonio es una *«institución garantizada por la Constitución»<sup>20</sup>.*

<sup>18</sup> Las principales sentencias sobre este punto son las SSTC 86/1985, de 10 de julio; 135/1992, de 5 de octubre; 117/2006, de 24 de abril; 69/2007, de 16 de abril, y 30/30/2008, de 25 de febrero.

<sup>19</sup> STC 19/2012, de 15 de febrero.

<sup>20</sup> STC 184/1990, de 15 de noviembre.

En su vertiente de garantía institucional, recuerda el Constitucional que, según su jurisprudencia, se reserva la noción de garantía institucional *«a la protección de aquellas instituciones que, encontrando reflejo constitucional y siendo fundamentales dentro del orden constitucional, no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo»*.

Asumiendo este punto de partida, y constatando que la reforma operada por la Ley 13/2005 ha modificado el matrimonio como institución, el Tribunal analiza el proceso de gestación del artículo 32 utilizando el derecho comparado y la elaboración de la Constitución en 1978, deduciendo de los trabajos parlamentarios que *«el art. 32 CE manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones, lo cual no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera»*.

El razonamiento, llegados a este punto, introduce un elemento jamás utilizado por el Tribunal Constitucional en su historia —tomado de la argumentación utilizada por la Abogacía del Estado en su escrito de alegaciones—, el de la Constitución como *«un árbol vivo»*. Este planteamiento, que no es una creación *ex novo*, sino que es tomada, a su vez, de la sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo de la Corte Suprema de Canadá de 2004, sostiene —recuerda el Tribunal—, que la Constitución *«a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos y, particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a la que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta»*.

Esta apoyatura le sirve al Alto Tribunal para desarrollar la noción de *«cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla»*, elemento, este sí, que el propio Tribunal reconoce en su jurisprudencia<sup>21</sup> y cuyo concepto reitera en esta sentencia al afirmar que *«la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante»*.

Ambos conceptos, la interpretación evolutiva y la cultura jurídica, unidos a la interpretación que, conforme al artículo 10.2 de la Constitución, debe realizar el Tribunal de toda norma relativa a derechos fundamentales y libertades públicas, le conduce a sostener que *«la regla hermenéutica del art. 10.2 CE*

<sup>21</sup> SSTC 17/1985, 89/1993, 41/1993, 29/1995 y 298/2000.

*lleva asociada una regla de interpretación evolutiva, que nos permitirá explicar el art. 32 CE y el ajuste al mismo de la Ley 13/2005».*

Por lo que respecta a la interpretación evolutiva, en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, le permite concluir que *«tras las reformas introducidas en el Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio»*, lo que implica que la garantía institucional del matrimonio se mantiene, para el Tribunal, intacta, ya que sus características principales, sus notas esenciales, como la *«igualdad entre los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad (...) siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador»*.

Por otro lado, y analizando la cultura jurídica para analizar si el único elemento diferenciador de la nueva regulación matrimonial con la precedente —que los contrayentes sean del mismo sexo— es compatible con ella, el Tribunal analiza el derecho comparado en el momento de la aprobación de la ley y en la actualidad, concluyendo que *«en la balanza de la integración del matrimonio entre personas del mismo sexo en la imagen actual del matrimonio pesa el hecho de que la equiparación del matrimonio entre personas de distinto sexo y entre personas del mismo sexo se ha consolidado, en los últimos años, en el seno de varios ordenamientos jurídicos integrados en la cultura jurídica occidental»*, aunque también reconoce que el instrumento jurídico utilizado no ha sido idéntico en todos los países que han reconocido derechos a las parejas del mismo sexo<sup>22</sup>.

Este uso del derecho comparado, junto a la aproximación al Derecho Internacional y a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>23</sup> que, según recuerda el Tribunal interpretando el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no puede imponer *«a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo»*, le lleva a concluir que *«la institución del matrimonio como unión de dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando»*.

Por lo que respecta a España, el Alto Tribunal sostiene que *«no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en*

<sup>22</sup> En Europa, por ejemplo, han reconocido el derecho al matrimonio a personas del mismo sexo: Holanda (2000), Bélgica (2003), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010) y Dinamarca (2012). Otros países europeos optaron, como fórmula jurídica de reconocimiento la «unión civil», como Francia (1999), Alemania (2001), Finlandia (2001), Luxemburgo (2004), Reino Unido (2004), Andorra (2005), República Checa (2006), Suiza (2007), Austria (2010) y Liechtenstein (2011). Por lo que respecta a países no europeos que reconocieron el matrimonio entre personas del mismo sexo destacan: Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Argentina (2010) y algunos estados de los Estados Unidos (Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire, Distrito de Columbia y Nueva York), mientras que Colombia (2007), Uruguay (2008), Ecuador (2009) y Brasil (2011) optaron por la unión civil.

<sup>23</sup> Schalk y Kopf contra Austria, de 22 de noviembre de 2010.

*estadísticos oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo».*

Esos datos cuantitativos se refieren, en primer lugar a la encuesta que, con ocasión de la elaboración del Anteproyecto de ley, publicó el Centro de Investigaciones Sociológicas en junio de 2004. En dicha encuesta, recuerda el Tribunal, *«el 66,2% de los encuestados creía que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio»*, situándose España, en relación con Europa *«por encima de la media de aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo»*.

En segundo lugar, a las cifras del Instituto Nacional de Estadística, que *«permiten saber que, durante los años de vigencia de la Ley 13/2005 y hasta diciembre del año 2011, se habían contraído 22.124 matrimonios entre personas del mismo sexo»*.

La conclusión, para el Tribunal, de los datos de estas estadísticas, refleja que *«aunque todas estas cifras no sean por sí solas un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley sometida a nuestro examen, no es menos cierto que las mismas ofrecen una imagen refleja del grado de identificación de los titulares del derecho al matrimonio con la institución en la que se integra progresivamente la unión entre personas del mismo sexo»*.

Conclusión que también extrae del análisis de la doctrina donde, aun reconociendo una posición unánime, *«se verifica una tendencia creciente a reconocer que el hecho de que el matrimonio entre personas del mismo sexo se integre en la institución matrimonial, es una realidad susceptible de ser asumida en nuestra cultura jurídica»*.

Por lo tanto, y haciendo una análisis de conjunto del ordenamiento jurídico, para el Tribunal Constitucional *«el régimen jurídico del matrimonio y consecuentemente la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo»*, lo que permite deducir, en cuanto al planteamiento de la posible vulneración de la garantía institucional del matrimonio que *«no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada»*.

Por último, referido al contenido esencial del derecho al matrimonio, recuerda su jurisprudencia, afirmando que se *«deja un amplio margen al legislador no sólo para configurar las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»*, aunque se ve obligado a reinterpretar el planteamiento vigente recogido en su único pronunciamiento sobre la prevalencia de la heterosexual-

lidad del matrimonio, el Auto 222/1994, de 11 de julio<sup>24</sup>, recordando que este Auto «no puede entenderse como consagración constitucional de la heterosexualidad en el seno del matrimonio, aunque tampoco puede entenderse que esta opción, como única posible, quede absolutamente excluida. Lo que hace, sin lugar a dudas, es asumir el principio heterosexual del matrimonio como una opción válida del legislador contenida en el marco de la Constitución y dar cabida constitucional a una eventual regulación de la convivencia *more uxorio* para los homosexuales. Pero de ello no puede colegirse de forma automática que el matrimonio heterosexual sea la única opción constitucionalmente legítima, debiendo determinarse si la opción del legislador aquí enjuiciada también cabe dentro de la norma constitucional vigente».

Su conceptualización como institución, esto es, la garantía institucional, se solapa para el Alto Tribunal con su contenido esencial, aunque su naturaleza sea diferente, por lo que su dimensión objetiva del derecho no se altera con el cambio producido por la Ley 13/2005. Su dimensión subjetiva tampoco se ve afectada, ya que «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 no contraer matrimonio».

En definitiva, para el Tribunal, apoyándose en los artículos 9.2 —promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas— y el artículo 14 —el principio de igualdad— «desde la perspectiva de la configuración del matrimonio como derecho fundamental, tampoco existe reproche alguno de inconstitucionalidad que pueda ser realizado a la Ley 13/2005».

En lo referente a la última vertiente del recurso, la adopción conjunta de menores por parte de parejas homosexuales, vuelve también a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo<sup>25</sup>, para quien «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 lo que pueden 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».

Por lo tanto, para el Tribunal Constitucional, «el mandato de protección a la familia en general (art. 39.1 CE) y de los hijos en particular (art. 39.2 CE),

<sup>24</sup> En dicho Auto el Tribunal Constitucional afirmó que «se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal y como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual».

<sup>25</sup> Caso Frette contra Francia, de 26 de febrero de 2002.

*contenido como principio rector de la política social y económica en el art. 39 CE, no queda incumplido por la opción que realiza en este caso el legislador, puesto que tal mandato orienta, precisamente, la opción legislativa adoptada.*

En conclusión, para el Tribunal Constitucional no existe «tacha de inconstitucionalidad alguna en el artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio», por lo que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

La sentencia, no obstante, tuvo cuatro votos particulares de los once magistrados que conformaban el Pleno, aunque, de estos, uno de ellos se mostraba a favor de su constitucionalidad, aunque por motivos distintos a los planteados por la mayoría del Pleno.

## V. CONCLUSIONES: ¿UNA SENTENCIA SOCIOLÓGICA?

La sentencia del Tribunal Constitucional declarando la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio puede ser calificada, en puridad, de más sociológica que jurídica.

Así se desprende, en primer lugar, del *iter* jurídico que utiliza el Tribunal en su argumentación, más preocupado y centrado, en apariencia, en demostrar que la España de 2005 o de 2012 es muy distinta de la de 1978 —y que por lo tanto lo que entonces era obvio, hoy no lo es—, que en demostrar, conforme a parámetros estrictamente jurídicos, la constitucionalidad de la norma recurrida.

En ese sentido, y en segundo lugar, el Alto Tribunal hace una interpretación y un uso del derecho comparado muy parcial, ya que, si bien reconoce que en el momento de promulgarse la norma España era uno de los pocos países del mundo —junto con Bélgica y Holanda— que reconocían el matrimonio entre personas del mismo sexo, su interpretación de que, en la actualidad, son muchos más los países que lo reconocen tiene como meta plantear la cuestión en términos de mayoría —es decir, otra vez, el uso del factor sociológico— sin analizar, como señala el magistrado Manuel Aragón en su voto particular «entre ordenamientos en los que el matrimonio es una institución garantizada por la Constitución y aquellos en que no lo es». Distinción cuya trascendencia es mucho más importante, desde un punto de vista jurídico que el análisis numérico de los países que tienen reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por otro lado, el uso que hace el Tribunal de los trabajos parlamentarios del proceso constituyente, deslegitimando en cierto sentido el contenido del artículo 32 al sostener que el matrimonio heterosexual no fue debatido,

obvia que no se puede discutir aquello sobre lo que no cabía discusión<sup>26</sup>, puesto que la España de 1978 —como ningún país de su época— no podía concebir —por cuestiones sociales, pero sobre todo históricas— otra realidad jurídica del matrimonio distinta que la del celebrado entre un hombre y una mujer.

Por lo tanto, pretender interpretar la Constitución y el contenido esencial del artículo 32 desde la sociología del derecho y no desde el derecho estricto, es hacer querer decir a la Constitución lo que no dice, nunca dijo y, sobre todo, nunca pretendió decir.

La Carta Magna, en 1978, concibió la el matrimonio como institución, aunque no lo definió<sup>27</sup>, ni estableció su régimen y contenido, tan sólo sus líneas esenciales, entre las que se encontraba su configuración, al igual que otros derechos, como derecho con una doble vertiente: negativa y positiva<sup>28</sup>. Sin embargo, al proyectarlo como institución, le dotó de una garantía institucional, estableciendo un núcleo esencial en su naturaleza, de tal suerte que su contenido fuese reconocible y no sometido al albur del legislador, pero

<sup>26</sup> VALLADARES clarifica la cuestión cuando afirma que, «*aunque no me cabe duda de que el legislador constituyente estaba pensando en el matrimonio entre un hombre y una mujer, lo cierto es que no lo expresó así al redactar el artículo 32.1 de la Constitución. En su dicción literal, establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, sin especificar que éste, necesariamente, ha de estar constituido por un hombre y una mujer. Es más, el legislador constitucional no pensaba tanto en conferir al hombre y a la mujer un «derecho a contraer matrimonio» que nadie discutía, como en hacer hincapié, frente a la situación anterior, en que, en el matrimonio, la mujer tiene los mismos derechos que el hombre. A lo largo de la tramitación parlamentaria el debate sobre este precepto se centró en si debía o no reconocerse constitucionalmente el derecho a formar una familia extramatrimonial*». VALLADARES RASCÓN, ETELVINA, «El derecho a contraer matrimonio y la Constitución», *Aranzadi civil: revista doctrinal*, núm. 2, 2005, pp. 5-6.

<sup>27</sup> La ausencia de una definición clara de su naturaleza jurídica más allá de su carácter contractual ha sido invocado como criterio de cara a una «apertura» en su planteamiento tradicional. Sin embargo, como explica REQUERO, «*Aun cuando se alegase la falta de definición constitucional de matrimonio, tal hecho no implica que no haya definición jurídica. No debe extrañar que la Constitución no defina qué es el matrimonio: tampoco dice qué es la vida, no define una asociación, ni el honor, ni el domicilio; pero que no exista un concepto constitucional de todas estas figuras no implica que sean conceptos libremente disponibles para el legislador. Hay que entender que no puede utilizarse la vía de las definiciones legales para alterar artificialmente el alcance de los preceptos constitucionales introduciendo regulaciones basadas en definiciones que alteran la “imagen maestra” de un instituto, haciéndole perder su reconocibilidad jurídica, de ahí que cambiar el concepto de matrimonio sólo puede hacerlo el constituyente mediante el procedimiento de reforma constitucional; ni siquiera puede hacerlo un Tribunal Constitucional, lo que supondría hurtar el debate político y, en última instancia, la decisión que corresponde al propio poder constituyente*». REQUERO IBÁÑEZ, JOSÉ LUIS, «Reformas del Código Civil al servicio de una empresa ideológica», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 665, 2005, pp. 3-4.

<sup>28</sup> Esta doble configuración, olvidada con frecuencia, está intrínsecamente relacionada con la naturaleza «paccionada» o contractual de la institución matrimonial, ya que el matrimonio, pese a ser un derecho constitucional, se configura como derecho por la anuencia en tal sentido de la otra parte con quien se desea ejercer el derecho y que, a su vez, desea ejercer el suyo propio con la otra parte. Como recuerda FERRERES, «*La decisión de casarse tiene valor como ejercicio de un derecho en la medida en que el individuo es libre de optar por no casarse. Es el propio derecho a casarse el que presupone la existencia del derecho a no casarse. Sólo así es el casarse manifestación de un derecho de libertad individual. Así, podemos concluir que el artículo 32 de la Constitución española protege tanto el derecho a casarse como el derecho a no casarse*». FERRERES COMELLA, VÍCTOR, «El principio de igualdad y el «derecho a no casarse (a propósito de la STC 222/92)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994, p. 170.

asumiendo en cualquier caso el carácter del matrimonio como institución evolutiva<sup>29</sup>.

Por ello, en su único Auto, el citado 222/1994, el Tribunal Constitucional fue muy claro al concebir la prevalencia y constitucionalidad del principio heterosexual<sup>30</sup> de la institución matrimonial, aunque reconoció la posibilidad de una equiparación en derechos y deberes al matrimonio para las parejas homosexuales, resultando por ello extraña esa reinterpretación que hace el Tribunal en la sentencia de lo que dijo entonces.

Además, y de nuevo citando en su voto particular a Manuel Aragón, «*el cumplimiento de los mandatos de igualdad y no discriminación que nuestra Constitución contiene no obligaban al legislador a garantizar jurídicamente la unión entre personas del mismo sexo a través de la institución del matrimonio*». Perfectamente, al igual que hicieron otros países de nuestro entorno, como Alemania o Reino Unido, el legislador hubiera podido utilizar como instrumento jurídico de equiparación las llamadas «uniones civiles» que, desde un punto de vista sociológico no le hubiesen causado problema alguno —socialmente había práctica unanimidad en otorgar un reconocimiento jurídico a las parejas del mismo sexo— sino tampoco desde una perspectiva jurídica —ya que hubiesen equiparado derechos sin asimilar realidades sociales a todas luces distintas—.

El Tribunal, a nuestro juicio, confunde innecesaria y equivocadamente la equiparación con la asimilación, entendida esta como igualdad absoluta y plena conforme al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución pero que, pese a lo expuesto por el Tribunal, obvia, conforme a su reiterada doctrina, que lo que prohíbe la cláusula del artículo 14 son discriminaciones o distinciones infundadas (STC 86/1985, de 10 de julio) y que el no reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo no supone discriminación porque la cuestión de género transforma completamente la naturaleza de la institución.

---

<sup>29</sup> Para URÍAS, «*No cabe duda de que cuando el constituyente de 1978 alude al matrimonio tiene en mente un modelo concreto de vínculo de pareja. La cuestión que se plantea, por tanto, es la del grado de originalidad que permite la Constitución al legislador matrimonial. En definitiva, se trata de saber qué caracteres —si existen— hacen reconocible el matrimonio de tal manera que su desaparición implicaría que el contrato de vida en común legalmente regulado no pudiera ser denominado matrimonio; es lo que suele conocerse como garantía de instituto. La idea es asegurar un mínimo de reconocibilidad a la institución matrimonial, so pena de convertir al art. 32 CE en una norma en blanco sometida al arbitrio del legislador desapareciendo la garantía del derecho fundamental. Sin embargo, una postura en exceso rigurosa llevaría a la petrificación de una institución que está sociológicamente en permanente evolución*». URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN, «El régimen constitucional del matrimonio», en CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL, *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 893.

<sup>30</sup> Como expone el Auto, «*se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio*».

El matrimonio no es igual, ni social ni jurídicamente, sean cuales sean sus contrayentes<sup>31</sup>, ya que la supuesta «apertura» que reconoce el Tribunal a la redacción del artículo 32, unido a la continua transformación de la realidad social que realiza con su criterio de «interpretación evolutiva» del texto constitucional podría dar lugar —ya que se remite en su punto segundo a una regulación legal— a que el legislador estimase como constitucional que un padre y su hija contrajesen matrimonio, o dos hermanos, simplemente, porque «la realidad social ha cambiado», olvidando, sencillamente, que el constituyente de 1978 no concebía, ni como posibilidad remota, cualquiera de las posibilidades señaladas, por mucho que remitiese a una ley para regular sus formas y capacidad.

Por otro lado, la utilización como apoyatura jurídica de instrumentos que pueden ser calificados de poco ortodoxos o de escasa consistencia, como estadísticas o encuestas, al objeto de dotar de una mayor solidez a una fundamentación jurídica deslegítima, en cierto modo, el planteamiento final, al «sociologizar» una cuestión puramente jurídica, por más que ésta tenga —sobre todo teniendo en cuenta que el matrimonio es, ante todo, una «institución social»— indudables consecuencias sociales.

El Derecho no es Sociología, conviene recordarlo, pero conviene recordarlo con más fuerza si se tiene en cuenta que la ley, planteada en su momento desde un criterio no de igualdad, sino «igualitarista», encontró una fuerte contestación social<sup>32</sup>, que no hundía sus raíces en el fondo —la equiparación, que no asimilación, conceptos distintos, en determinados derechos entre las parejas

<sup>31</sup> Recuerda Aparicio con acierto el contenido del derecho a la igualdad cuando afirma que «La igualdad es igualdad para condiciones iguales, pero no para desiguales. No puede colocarse en un plano de igualdad a una pareja heterosexual y a otra homosexual, por la sencilla razón de que no son iguales. Existe un elemento claramente diferenciador entre una y otra: el de su orientación sexual. Así la STC 180/85, de 19 de diciembre, establece que cualquier diferencia que carezca de razón suficiente sería inconstitucional. Sensu contrario, cualquier diferencia que tenga razón suficiente sería constitucional, hecho que sucede en relación con el matrimonio y los homosexuales, pues existe un elemento racional y objetivo que permite diferenciar a una pareja heterosexual de otra homosexual: su tendencia u orientación sexual. Discriminatorio sería establecer diferencias entre parejas de homosexuales masculinos y femeninos (o de gays y lesbianas, si se prefiere) porque sí que se encuentran en un plano de igualdad y, por tanto, si se reconocieran una serie de derechos y obligaciones para un tipo de pareja homosexual (gays, por ejemplo), no podrían ser diferentes de los que se regularan para el otro tipo (lesbianas)». APARICIO DE LÁZARO, JOSÉ RAMÓN, «La In/constitucionalidad del matrimonio entre homosexuales y su incidencia en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid», *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 20, 2005, p. 94.

<sup>32</sup> Tras siete años, y con las aguas en cierta calma, conviene recordar, no obstante, que la Ley 13/2005 provocó una fuerte contestación social y que, en su trámite de observaciones, contó con el rechazo del Consejo de Estado, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y hasta del Consejo General del Poder Judicial, quien señaló que «La ley puede y debe fijar la norma del matrimonio, los derechos de los cónyuges, las causas de separación y hasta la edad, pero no puede alterar el concepto mismo de matrimonio. Y llamar matrimonio a la unión de personas del mismo sexo es un cambio radical, como lo sería llamar matrimonio a la unión de más de dos personas, a la unión sometida al plazo de un año, tras el cual se produjera la disolución automática, etc. Definir el matrimonio es afectar al apartado 1 del artículo 32 y la ley sólo está habilitada para actuar en los ámbitos enunciados (además de forma expresa) en el apartado 2.»

heterosexuales y las homosexuales— sino en la forma, en el vehículo jurídico utilizado para articularla.

En conclusión, pese a que, tras más de siete años desde que fue interpuesto el recurso de inconstitucionalidad, la tensión y polarización social que propició el recurso ha decaído, sus fundamentos jurídicos, en cambio, se mantienen intactos, sin que esta sentencia haya resuelto las discrepancias fundamentales que motivaron su interposición.

El criterio sociológico utilizado como parámetro fundamental de constitucionalidad, junto a un uso poco discriminado del derecho comparado, sin olvidar la evidente parcialidad del Alto Tribunal en su análisis jurídico permite hacer, en definitiva, una valoración negativa de una sentencia cuyo recurso se podría haber evitado con una unión civil que hubiese reconocido derechos sin asimilar realidades distintas o, simplemente, con una reforma constitucional parcial del artículo 167 que cambiase el régimen vigente del artículo 32.