

**VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Juan José González Rivas respecto de la Sentencia de 6 de noviembre de 2012, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005.**

Al amparo del artículo 90.2 LOTC y con profundo respeto a los criterios de la tesis mayoritaria explicitados en la sentencia, formulo mi discrepancia basándome en los siguientes razonamientos:

1. El matrimonio es una institución preexistente al texto de nuestra Constitución y ha tenido históricamente reconocimiento en el Derecho Comparado, en la realidad social y en la doctrina jurídica española.

La plasmación que de dicha imagen tuvo ante sí el legislador, según se extrae del análisis de los debates de las Cortes Constituyentes y en coherencia con la jurisprudencia de este Tribunal (por todas, las SSTC 16/2003 de 30 de enero, FJ 9 y 113/2004 de 12 de julio, FJ 9) se concretó en la definición reconocida en el artículo 32.1 CE al señalar: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, lo que delimita su contenido esencial cuya alteración exigiría una reforma constitucional, pese a que en la sentencia (fundamento jurídico dos letra d) no se reconoce la aducida vulneración del artículo 167 CE.

Esa configuración preexistente, proyectada en la realidad social y jurídica y reconocida en la Constitución, permite considerar que la unión de un hombre y una mujer, es la nota esencial que reconoce el precepto constitucional y vincula al legislador ordinario (art. 53.1 CE).

En este punto reside una básica discrepancia con la sentencia que aprobada mayoritariamente parte del presupuesto de la libre configuración por el legislador de la institución del matrimonio y ello supone establecer una garantía constitucional transformada que afecta a la imagen sustancial de la misma, al introducir el reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo cuyo contenido esencial se concreta en la existencia de una vida en común sólo basada en la fidelidad y el socorro

mutuo. Como subrayan los recurrentes y así consta en el fundamento jurídico octavo de la sentencia “la institución matrimonial configurada por la ley impugnada hace irreconocible la institución clásica del matrimonio, suponiendo una desnaturalización de la institución incompatible con el respeto a la garantía institucional del mismo” expresamente reconocida en el fundamento jurídico sexto de la sentencia, con expresa referencia a la STC 184/1990 de 15 de noviembre (FJ 3).

2. Una primera reflexión sobre este punto me lleva a sostener que la interpretación aceptada por la mayoría no se ajusta al concepto que de la institución previene el artículo 32.1 CE y que existe en la realidad social y en la cultura jurídica, pues se anudan a esta valoración unas consecuencias no queridas por el legislador constituyente y que este Tribunal, como intérprete supremo de la CE (art.1 LOTC) garantiza. La sentencia, en el fundamento jurídico octavo, reconoce que en 1978 la voluntad del constituyente no suponía “extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales”.

La jurisprudencia constitucional (por todas, las SSTC Pleno 184/1990, de 8 de noviembre, 29/1991, de 14 de febrero, 30/1991, de 14 de febrero, 35/1991, de 14 de febrero, 38/1991, de 14 de febrero y 77/1991, de 11 de abril) ha proporcionado certeza jurídica a la unión matrimonial al introducir los elementos esenciales de reconocibilidad de la institución matrimonial y posibilitar, como subraya la sentencia, la unión entre personas del mismo sexo como matrimonio, desnaturaliza, en mi opinión, la esencia de la institución querida por el legislador constituyente y modifica los requisitos subjetivos esenciales para su legítimo ejercicio.

La anterior valoración no excluye, en mi opinión, como sucede en diversos sistemas jurídicos de Derecho Comparado, que las uniones duraderas entre personas del mismo sexo sean objeto de una especial consideración por el legislador, para que delimite los derechos y obligaciones de los que las integran y en este punto, la sentencia recuerda que en varios ordenamientos jurídicos de nuestro entorno europeo y similares en cuanto a nuestra cultura jurídica no se ha seguido la misma opción escogida por el legislador español en 2005, señalándose expresamente en el fundamento jurídico noveno el reconocimiento de efectos a uniones civiles entre personas del mismo sexo en Francia

(1999), Alemania (2001), Luxemburgo (2004), Reino Unido (2004), República Checa (2006), Suiza (2007), Austria (2010) y Liechtenstein (2011).

Todo ello, reitero, debe realizarse al margen de la institución matrimonial, pues el artículo 32.1 de la Constitución garantiza el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer y no a las parejas del mismo sexo. Tampoco puede establecerse una relación entre el matrimonio y las uniones estables que imponga el artículo 14 de la CE, ya que el trato igual no se impone ante situaciones diferenciadas, pues como recordó este Tribunal en Auto 446/84 “las relaciones homosexuales no son equiparables con las relaciones heterosexuales entre personas de sexo distinto” y en el posterior Auto 222/94, cuya referencia es reiterada en la sentencia, reconoció que “la unión entre personas del mismo sexo no es una institución jurídicamente regulada ni existe un derecho constitucional a su establecimiento”.

3. La valoración precedente es coherente con los antecedentes legales extraídos del análisis de los artículos 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, 12 del CEDH de 1950, 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de Niza de 2000 de la Unión Europea, modificada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 y II-81 del Tratado de una Constitución para Europa, al reconocer este último texto el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, pero dejando su reconocimiento a la libre determinación de las legislaciones nacionales, ante la ausencia de un consenso internacional sobre esta materia, porque como reconoce la sentencia en el fundamento jurídico noveno “en cada Estado la institución matrimonial ha evolucionado de forma diferente” y se añade “nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural”.

Además, los precedentes jurisprudenciales del TEDH (entre otros, en sentencia de 17 de octubre de 1986 (asunto Rees) han recordado que el derecho a contraer matrimonio garantizado por el artículo 12 del Convenio de Roma se refiere al matrimonio tradicional basado en la unión del hombre y de la mujer y en la misma línea las sentencias de 27 de septiembre de 1990 (asunto Cossey) y 30 de julio de 1998 (asunto Sheffield y Horsham), aunque posteriores sentencias como la de 11 de julio de 2002 (asuntos I.c Reino Unido y

Cristine Goodwin c. Reino Unido) concluyen reconociendo el derecho de cada uno a definir su identidad como ser humano y postulan un margen de apreciación en los Estados, lo que ratifica la posterior STEDH de 24 de junio de 2010, cuya revisión fue rechazada por la Gran Sala el 22 de noviembre de 2010 (asunto Schalk y Kopf contra Austria) y que es citada en los fundamentos jurídicos octavo y noveno, pues al remitirse al artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a las Leyes nacionales, deja a los Estados miembros la decisión de autorizar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo reconociendo que la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 12) sólo garantiza el matrimonio como derecho fundamental cuando quienes lo pretenden son hombre y mujer.

Por su parte, el TJUE en la sentencia de 17 de febrero de 1998 (asunto Grant) entendió que no se podía considerar como discriminación por razón de sexo la diferencia de trato de las parejas homosexuales y en posterior sentencia de 31 de mayo de 2001 (asuntos acumulados C 122/99 y 125/99) sobre asignación familiar en orden a la equiparación de estado civil de miembro de pareja inscrita con el de casado reconoce que el término matrimonio, según definición general admitida por los Estados miembros, designa la unión entre personas de distinto sexo, dejando al legislador comunitario la delimitación de las diversas consecuencias jurídicas de una equiparación del matrimonio con otras formas de relación de pareja.

Tal apreciación resulta coherente en nuestro derecho interno con los dictámenes obrantes en las actuaciones y emitidos por el Consejo General del Poder Judicial, por el Consejo de Estado al anteproyecto de ley, emitido por la Comisión Permanente, en sesión de 16 de diciembre de 2004, al subrayar que “el hecho de abrir la institución matrimonial a parejas del mismo sexo supone un cambio especialmente profundo de dicha institución hasta el punto de plantear si, con ello, no se está alterando la naturaleza jurídica del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 32 de la Norma fundamental” y por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que en sesión de 21 de febrero de 2005 señaló que “la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales sería inconstitucional” sobre la base esencialmente de la previsión constitucional del artículo 32 de la CE, al reconocer el “derecho a contraer matrimonio” colocando como sujetos al

hombre y la mujer, así como por la aplicación de los artículos 10.2 de la CE y 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

4. Se sostiene como argumento básico de la sentencia la necesidad de una interpretación evolutiva de la Constitución y en mi opinión, tal evolución ha de respetar la esencia de las instituciones comprendiendo su espíritu y finalidad pues, en este caso, el matrimonio tiene un carácter fundamental y una finalidad esencial basada en la unión entre personas de distinto sexo, requisito que no puede quedar eliminado por una interpretación evolutiva que no preserve su garantía constitucional.

El legislador ha de actuar de conformidad con el principio de unidad de la Constitución y dentro de los límites impuestos por las normas constitucionales, en coherencia con las SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 26/1987, de 27 de febrero, FJ 5 y 332/1994, de 19 de diciembre, FJ 3 y por el contrario, la reforma legal declarada constitucional crea un matrimonio configurado jurídico-formalmente entre personas del mismo sexo con manifiesta desatención a un principio estructural de la institución.

No hay que olvidar, en este punto, que el legislador constituyente coloca al matrimonio y a la familia bajo la protección de la Constitución y uno de los principios estructurales de la institución es el sexo diferente de la pareja, pues el mandato constitucional es que sólo pueden contraer matrimonio las parejas heterosexuales, en traslación del mandato jurídico-constitucional de protección, sin olvidar, como ha subrayado este Tribunal (por todas, SSTC 184/1990 de 15 de noviembre, F.J. 3 y 51/2011 de 14 de abril, Pleno, F.J. 8) la libre posibilidad de contraer o no matrimonio y la libertad de opción del estado civil de casado o de soltero, como factor inherente al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE).

La sentencia, en mi opinión, no garantiza el instituto jurídico del matrimonio, que tiene en nuestro sistema constitucional un carácter indisponible para el legislador, en el sentido de la doctrina alemana, y el legislador ordinario ha configurado el matrimonio de acuerdo con interpretaciones evolutivas y extensivas, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recordó en la STEDH de 18 de diciembre de 1986 que no se puede, mediante una interpretación evolutiva “extraer un derecho inicialmente no incluido en el

mismo”, lo que se logra al introducir en la garantía institucional del matrimonio, desnaturalizándola, el correspondiente a personas del mismo sexo, que reitero deben ser reguladas al margen de la institución.

5. Además, en mi opinión, y en coherencia con lo manifestado en los precedentes razonamientos, no está a disposición de los miembros de una pareja del mismo sexo la adopción conjunta, pues la previsión constitucional del artículo 32.1 CE garantiza el matrimonio en su estructura esencial como unión entre dos personas de distinto sexo que es vinculante para todo el ámbito del Derecho de Familia, singularmente en la filiación y en las relaciones paterno-filiales tanto en lo que respecta al Derecho Público como al Privado, necesitados de una especial protección por el ordenamiento estatal, frente a la previsión del artículo 175.4 del Código Civil (redacción por Ley 13/2005) que establece la adopción conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges.

En este punto, se subraya que la Constitución no contiene una definición del instituto de la filiación, del que la adopción representa una modalidad, si bien el legislador ordinario está vinculado por los parámetros constitucionales expresamente prefijados en los artículos 32 y 39 CE, de los que se infiere la imposibilidad de desarrollar una relación de filiación adoptiva por dos adoptantes del mismo sexo.

En efecto, y frente a la tesis mayoritaria, el interés del menor tal como está configurado en nuestro sistema constitucional es un criterio esencial de valoración como establece la legislación positiva (arts. 39.2 y 4 CE, 176.1 del Código Civil, 3.1 de la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero y 21 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y cooperación en materia de adopción internacional), máxime cuando la adopción se realiza en beneficio del adoptado, pues han sido tales normas internas e internacionales, dictadas para la protección de los menores de edad, las que en materia de filiación y relaciones paterno-filiales hacen prevalente el interés del mismo.

Tal criterio se mantiene con reiteración en la jurisprudencia. Así, en SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7 y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6 y en las SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre

de 1988, caso Nielsen; 25 de febrero de 1992, caso Andersson; 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; 24 de febrero de 1995, caso McMichael; 9 de junio de 1998, caso Bronda; 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia y 21 de diciembre de 1999, caso X contra Portugal, lo que, en mi opinión, no queda suficientemente protegido ante el análisis de las sentencias invocadas.

Así, en la STEDH (caso P. V. contra España), de 30 de noviembre de 2010, que se cita en el fundamento jurídico duodécimo de la sentencia (a diferencia del asunto Salgueiro de Silva Monta contra Portugal -STEDH de 21 de diciembre de 1999- en que la orientación sexual del demandante tuvo un peso determinante en la decisión positiva de la patria potestad, reconociendo la violación de los artículos 8 y 14 del Convenio) teniendo en cuenta la inestabilidad emocional coyuntural detectada en la demandante, los Tribunales españoles otorgaron más importancia al interés del menor y adoptaron un régimen de visitas restrictivo, para permitir habituarse progresivamente al cambio de sexo del progenitor, sin que dicha restricción fuera el resultado de una discriminación por razón de sexo, por lo que no se constató la vulneración de los artículos 8 y 14 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, circunstancia también examinada en la precedente STEDH de 26 de febrero de 2002 (en el caso Fretté vs. Francia) que también es citada en el fundamento jurídico duodécimo de la sentencia y que reconoció la ausencia de discriminación ante la negativa de conceder a una persona homosexual la adopción de un menor.

Finalmente, reconoce la STEDH de 24 de junio de 2010, confirmada por la Gran Sala con fecha 22 de noviembre de 2010 (asunto Schalk y Kopf contra Austria), cuya invocación también se reitera en la sentencia, que los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no deben interpretarse como una exigencia de acceso al matrimonio o de creación de formas alternativas de reconocimiento legal para las uniones del mismo sexo, pues la relación afectiva y sexual de una pareja del mismo sexo constituye “una vida privada” pero no “una vida familiar.

6. A la hora de concluir esta reflexión, baso mi discrepancia en los siguientes puntos concretos:

a) El reconocimiento de la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005 impugnada en este recurso implica una manifiesta preterición de un signo estructural y básico de la institución matrimonial, que ha sido reconocido en la realidad social y jurídica con carácter preexistente al texto de nuestra Constitución y que, con fundamento en el artículo 32.1, se basa en la disparidad de sexos en los contrayentes. De este modo, la referencia explícita en la Constitución al “hombre y mujer” se pierde al permitirse que se integren en el núcleo esencial de la institución matrimonial uniones basadas en personas del mismo sexo que no viene exigida por el derecho europeo ni por las convenciones internacionales, como hemos subrayado.

b) Las precedentes consideraciones no excluyen que, en mi opinión, el legislador regulara, al margen de la institución matrimonial, otras fórmulas de convivencia, dotando de un específico régimen jurídico, todas las uniones asimilables pero diferenciadas de la institución matrimonial, en forma de contrato, pacto o acuerdo, comprendiendo en dicha regulación el contenido esencial de sus derechos y obligaciones.

c) La inclusión de las parejas del mismo sexo en la garantía constitucional del matrimonio implica reconocer una actuación que era indisponible por el legislador ordinario, lo que supone una mutación constitucional, al margen del procedimiento de reforma previsto en el artículo 167 de la CE.

d) La modificación legal al permitir la filiación por adopción efectuada por adoptantes del mismo sexo contraviene la configuración constitucional de la filiación y atenta al prevalente interés del menor, en la forma prevista en la legislación y jurisprudencia que hemos considerado aplicable.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a 6 de noviembre de 2012.