

## JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Santiago Catalá Rubio  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La Ley de Calidad de la Educación.- 3. Guarda y custodia compartida.- 4. El matrimonio entre personas del mismo sexo.-

### 1. INTRODUCCIÓN

En el presente volumen el Anuario podría prescindir, en puridad, de la sección dedicada al Tribunal Constitucional. En el rastreo por su cuarto de millar de sentencias y otros tantos autos (aproximadamente) ninguna de las resoluciones recaídas inciden directamente en materia regulada por la libertad religiosa, el Estatuto de las Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas, ni las relaciones entre éstas y el Estado.

Sin embargo, siempre defendí que es tan importante -a veces más- lo que la ley omite que lo que declara abiertamente, lo que el juzgador silencia que lo que razona. El Derecho, como cualquier otra disciplina (huyo del uso del término “ciencia” por innumerables motivos) permite una descripción de su “relieve físico”, pero esa realidad que pretendemos aprehender se nos escaparía si no nos distanciamos de nuestro objetivo para abrir nuestro campo de visión a los campos afines, limítrofes, conectados.

Si nada hay menos estático que el Derecho, el que nos ocupa a los eclesiasticistas todavía se presta más que ningún otro a sufrir los movimientos que se producen en otras ramas. La razón hay que buscarla en la modernidad de este saber, en su recién estrenada autonomía.

No nos debe extrañar, pues, que existan amplios márgenes materiales en los que otros especialistas analicen cuestiones por nosotros estudiadas y a la inversa. Si esto es así desde el Derecho constitucional, el administrativo, el civil, el financiero, el procesal, el penal o el laboral, qué decir del campo compartido con la Filosofía y la Teoría del Derecho desde cuyas atalayas se pueden arrojar inmensos haces de luz sobre cuestiones fundamentales como la naturaleza, caracteres, principios, fuentes... del Derecho Eclesiástico del Estado. Las magníficas aportaciones realizadas en este campo por el Profesor

Prieto Sanchís, por poner un ejemplo, o las de Martín-Retortillo desde la perspectiva administrativista, son buena prueba de ello.

Partiendo pues, de la imposibilidad de trocear el estudio del Derecho como si de un queso se tratara, o de descomponerlo en fracciones con la facilidad con la que los romanos cambiaban un denario en dos pares de sestercios, he optado por dar al Anuario razón de todo lo acontecido durante el pasado año, aunque sólo de una forma más bien indirecta o tangencial pueda ser de interés a los lectores.

A falta de otros criterios, utilizaré el cronológico para desarrollar mi exposición que versará sobre tres temas: la constitucionalidad de la Ley de Calidad de la Educación, la guarda y custodia compartidas y el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo y su derecho a adoptar a menores.

## 2. LA LEY DE CALIDAD DE LA EDUCACIÓN

En otras sedes he defendido que la llamada “cuestión religiosa” no ha sido definitivamente sepultada con la Constitución de 1978 ya que, al contrario de lo que se piensa, la escuela se ha convertido en sede de permanente combate ideológico. Que lo hiciera el Estado confesional no ha de extrañarnos, pues en sus tuétanos estaba conformar un modelo concreto de conciencia individual y social; por lo mismo, que lo hagan las Confesiones religiosas en el ámbito competencial que les es propio no es sino la consecuencia del ejercicio de las innumerables libertades que les asisten. Que lo hagan, sin embargo, los Gobiernos y los Parlamentos estatales y autonómicos, pretendiendo verter en dicho templo su enorme carga genética, supone manipular las conciencias de los niños y jóvenes —y por eso mismo— es una praxis, a mi juicio, completamente inconstitucional. No hace falta relatar todas las leyes (orgánicas y ordinarias) que han ido sucediéndose a lo largo de las pocas décadas de régimen formalmente democrático que han transcurrido hasta la fecha, algunas no han llegado a entrar en vigor<sup>1</sup>. La crónica de este año da parte de la más reciente jurisprudencia, pero todos sabemos que no acabará aquí el interminable deambular legislativo ni servirá para frenar a la clase política española la triste realidad que proporcionan los bien contrastados malos resultados obtenidos año tras año por nuestros estudiantes, sin perjuicio de lo cual se siguen produciendo reformas del sistema educativo sin buscar unos consensos mínimos con los sectores afectados ni —mucho menos— con el resto de grupos partidistas.

A esto hay que añadir las disfunciones que producen las competencias transferidas en materia de educación a las Comunidades Autónomas y los derechos que a éstas les asisten para impugnar las normas del Estado.

<sup>1</sup> De hecho, la propia Ley Orgánica de Calidad de la Educación (LO 10/2002, de 23 de diciembre) fue derogada en su totalidad por la Ley Orgánica de Educación (LO 2/2006, de 3 de mayo).

Resultado de este cocktail jurídico, la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, ha sufrido diversas embestidas, dando lugar en el pasado año a cuatro Sentencias, tres de las cuales son desestimatorias y una sólo lo estima en parte. Se trata de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la Diputación General de Aragón<sup>2</sup>, el Gobierno de la Generalidad de Cataluña<sup>3</sup>, el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura<sup>4</sup> y, por último, el de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha<sup>5</sup>.

Aunque no existe plena coincidencia entre ellos, las cuatro resoluciones merecen un análisis conjunto por lo que a la incidencia en materias de nuestro interés resulta.

Todas ellas fueron resueltas por el Pleno y en ninguna de ellas se formularon votos particulares. Por la misma razón, existe una sustancial coherencia en los postulados de las tres pese a que las ponencias recayeron en magistrados diferentes, lo que no es de extrañar por su proximidad en el tiempo y por la coincidencia en la composición del tribunal<sup>6</sup>.

Los artículos de la LO 10/2002 objeto de impugnación por inconstitucionalidad fueron los siguientes: 5; 6; 8.2 y 3; 10.2 y 4; 11.2; 13; 16.3; 23.2; 26.2 y 5; 29.2 y 3; 31.2; 35.4 y 6; 37.1; 38.5; los arts. 40 a 48; 49.2 y 5; 58.3; 59.1 y 2; 66.1, 2, 3 y 4; 75.5; 85.3; 88.2; 92.3; 101.3; 106; 107.3 y las disposiciones adicionales segunda, apartado 2; tercera, apartados 1, 3 y 4; cuarta; la quinta, apartados 2 y 3; la decimoctava; la decimonovena; la disposición transitoria segunda, apartado 1; sexta, apartado 2 y la disposiciones finales tercera, apartado 2; sexta; novena y décima.

Como ha quedado dicho más arriba, la derogación de la LO impugnada por otra LO, la de Educación (2/2006, de 3 de mayo) podía haber dejado carente de objeto los recursos interpuestos, pero el Tribunal, con –a mi juicio– buen criterio, optó por abordar las materias discutidas en tanto tienen conexión directa con las reglas competenciales que han de regir, y como éste constituye, en el fondo, el meollo de los asuntos debatidos, pese a la derogación de la norma impugnada a lo largo del proceso, la Sala optó por estudiar los casos planteados.

Señalar que la relación efectuada de preceptos tachados por las partes recurrentes contiene la suma de los cuatro recursos interpuestos. Hay artículos sólo impugnados en una causa y otros que coinciden en varias o en todas; a

---

<sup>2</sup> STC 184/2012, de 17 de octubre (B.O.E. n. 274, de 14 de noviembre).

<sup>3</sup> STC 212/2012, de 14 de noviembre (B.O.E. n. 299, de 13 de diciembre).

<sup>4</sup> STC 213/2012, de 14 de noviembre (B.O.E. n. 299, de 13 de diciembre).

<sup>5</sup> STC 214/2012, de 14 de noviembre (B.O.E. n. 299, de 13 de diciembre).

<sup>6</sup> En las tres últimas, ya que con respecto a la primera existen ligeras variaciones.

nuestros efectos resulta indiferente pues razones sistemáticas aconsejan un breve repaso conjunto.

Como es bien sabido, la educación y la enseñanza conforman un bloque normativo con innumerable conexiones con las libertades religiosa y de conciencia, de tal manera esto es así que podría decirse que no hay ámbitos tan estrechamente imbricados como los que surgen del desarrollo de las libertades que dimanen de los artículos 16 y 27 de nuestra Carta Magna, de ahí la importancia de referirse a las cuatro sentencias dictadas al doble efecto de señalar cómo la Ley tantas veces impugnada ha sido declarada constitucional por nuestro alto tribunal y cómo las materias objeto de debate pueden incidir en determinados supuestos en los que los derechos derivados de la libertad de credo entran en juego.

Dicho lo anterior es preciso hacer constar, en primer lugar, que una parte importante de los recursos se centra en la pugna planteada por las Comunidades Autónomas por reivindicar competencias en esta materia frente al Estado. Para aquéllas, la Ley de Calidad de la Educación permite numerosas ingerencias estatales en su capacidad normativa y ejecutiva: ello constituye el fundamento primordial de las impugnaciones. En este sentido, la cita de los artículos 149.1.1; 149.1.18 y 149.1.30 de la Constitución así como los propios Estatutos de Autonomía que, como es sabido, son también aprobados por Leyes Orgánicas, son traídos a colación para justificar la invasión competencial que se denuncia<sup>7</sup>. Al tratar de estos temas se alegan diferentes categorías como la de “normativa básica”, “competencia básica”, etc. para intentar reducir el ámbito de actuación del Estado al máximo en beneficio de las competencias autonómicas. Como es lógico, estos aspectos, al entroncar con los Derechos constitucional y autonómico, por un lado, y con el Administrativo por otro, escapan de nuestro interés. Su cita queda, sin embargo, justificada, a los meros efectos de introducir al lector en lo que, en realidad, constituye el fondo del asunto.

Los temas que se debaten en las cuatro sentencias y que justifican nuestro interés son, sin embargo otros, como por ejemplo aspectos relativos a la admisión de alumnos y los criterios de selección; el régimen de conciertos; las competencias de gestión en materia de convenios de cooperación territorial; los itinerarios formativos; evaluación; supervisión e inspección de libros de texto y de materiales curriculares (con inclusión de aspectos relativos a los “principios, valores, libertades, derechos y deberes constitucionales a los que ha de ajustarse toda la actividad educativa, cuyo respeto ha de reflejarse y fomentarse en los mismos”<sup>8</sup>); posibilidad y condiciones exigidas para repetir

<sup>7</sup> Antecedente 1, párrafo segundo, de la STC 212/2012.

<sup>8</sup> Fundamento jurídico 4 a, párrafo quinto, de la STC 184/2012, de 17 de octubre.

curso; formación permanente del profesorado; asistencia social, etc. Pero, como digo, en el fondo, lo que subyace en todos los recursos es el verdadero problema planteado por los diferentes órganos autonómicos, y éste no es otro que el deslinde competencial.

Especial mención merece el tratamiento dado a la reserva de Ley Orgánica, respecto de la cual el Tribunal aplica criterios restrictivos, tanto en cuanto a lo tocante al desarrollo legislativo como en lo referente a la materia objeto de aquél. Llama la atención que –sobre este tema– en la sentencia nº 184, de 17 de octubre, se declare expresamente la adecuación de la disposición final décima de la LO impugnada a nuestra Constitución y en la siguiente objeto de comentario, la 212, de 14 de noviembre, se declare, por el contrario, su inconstitucionalidad.

Sabido es que a través del recurso la parte determina el objeto litigioso y, en función del mismo y de la argumentación esgrimida, el resultado del fallo puede variar, incluso significativamente. También es sabido que la composición del Tribunal puede determinar el fallo de cualquier procedimiento sin que a nadie escandalice ya este hecho, aunque no por ello deja de resultar sorprendente.

En el caso comentado, el recurso interpuesto por el Gobierno de Aragón justificó la inconstitucionalidad de la disposición final décima por haber omitido la condición de orgánica de la disposición adicional tercera, apartado 3, y por otorgar indebidamente dicho carácter de orgánico a las disposiciones adicionales decimoctava, decimonovena y al art. 75, en todos los casos en cuanto a sus referencias a los conciertos en el nivel de educación infantil. Analizar su desestimación sería farragoso porque la argumentación que contiene la resolución se realiza a lo largo de una parte importante del texto y carece de interés.

En el recurso interpuesto por la Generalidad catalana se denuncia igualmente la inconstitucionalidad de dicha disposición, si bien se argumenta que la misma deriva del juego del art. 81.1 de la CE, lo que hace que los arts. 8.2 y 3; 16.3; 23.2; 26.2 y 5 y el art. 88.2 no sean orgánicos, pese al otorgamiento de tal carácter por parte de la citada disposición. Pues bien, lo que hace esta última sentencia es dar la razón al recurrente en lo que se refiere al indebido otorgamiento del carácter orgánico a los arts. 16.3; 23.2 y 26. 2 y 5 de la LOCE. Para ello utiliza el consabido criterio de diferenciar las materias denominadas “estrictas” y diferenciarlas de las “conexas” para –aplicando el criterio restrictivo al que más arriba me referí– evitar la petrificación de rango y dejar al margen de la reserva orgánica cuestiones tales como áreas a impartir en los tres ciclos de educación infantil, las asignaturas de cada uno de los cursos de secundaria o los itinerarios formativos de los dos últimos cursos de la enseñanza obligatoria.

### 3. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Estamos en este caso ante una cuestión de inconstitucionalidad sabiamente planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.

El supuesto de hecho lo constituye un proceso de divorcio presentado a instancia de la esposa en el que ésta pide la guarda y custodia de la hija habida en el matrimonio. En la contestación a la demanda, el marido solicita del juez la guarda y custodia compartida, lo que no es aceptado por el Juez, determinando que quede la menor bajo el amparo de la madre salvo que de común acuerdo los progenitores adopten otras medidas. Caso contrario el juez determina el régimen de comunicación y estancia del que puede disfrutar el padre.

La sentencia fundamenta la medida adoptada en el veto que representa para la libre decisión judicial el informe desfavorable del Ministerio Fiscal porque, sin llegar a ser vinculante, sí constituye un requisito *sine qua non* para que el Juez pueda acordar la guarda y custodia compartida en el caso de que una parte la pida con la oposición del consorte —como era el caso— (art. 92, apartado 8, del Código civil, en redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio).

La Sala que inicia el incidente entiende que dicha norma puede ser inconstitucional por incompatibilidad con lo que disponen los arts. 14; 24; 39 y 117 de la CE. La razón es que veta a la justicia la posibilidad de acordar tal medida cuando el informe del Fiscal es desfavorable a tal posibilidad, insisto, cuando los cónyuges no están de acuerdo, lo que a juicio del tribunal atenta contra el derecho a la igualdad de trato, de tutela judicial efectiva, de protección de la familia y de competencia jurisdiccional ya que “sujeta la actuación judicial a los dictados del Ministerio público, sustrayendo a la jurisdicción este ámbito material sin posibilidad de revisión”<sup>9</sup>.

Para el Tribunal, la parte está impedida de impugnar la resolución pues, al tratarse de un veto, el juez no tiene libertad para disponer ni el justiciable posibilidad de apelar sobre el referido extremo, quedando la apelación vacía de contenido. Se indica, además, que el hecho de que el informe del Fiscal no precise ni tan siquiera motivación, deja aun más indefensa a la parte disconforme. Así pues, lo que se ventila en realidad es que, en estos supuestos, “se impide a los órganos judiciales el ejercicio de su potestad jurisdiccional, lesionando el principio que establece que el ejercicio de la jurisdicción es indeclinable”<sup>10</sup>. Como corolarios del argumentario se alega que esta potestad que la Ley atribuye al Fiscal no deriva de su función constitucional ni tiene parangón

<sup>9</sup> Antecedente 3, párrafo tercero, de la STC 185/2012, de 17 de octubre (B.O.E. n. 274, de 14 de noviembre).

<sup>10</sup> Antecedente tercero, párrafo cuarto, in fine.

alguno en nuestro ordenamiento, que esta medida puede perjudicar a los hijos y atentar contra su derecho a la igualdad de trato y que, atendiendo a los intereses del menor y a la luz de los Tratados Internacionales, la protección que merece es poco compatible con la prescripción que se denuncia.

El Pleno del Tribunal Constitucional comparte la tesis mantenida por la Sala proponente del incidente de inconstitucionalidad al declarar que la norma enjuiciada vulnera el art. 117.3 por no ser respetuosa con la función jurisdiccional que nuestra Carta Magna reserva en exclusiva a nuestros jueces y tribunales. Además, también acepta la tesis de los proponentes, al declarar el precepto contrario al art. 24.1 de la CE que incluye el derecho de la parte a obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, lo cual es incompatible con el requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal acerca de la pretensión de una de las partes y, en esta línea argumental, añade que son irrecurribles los informes del Ministerio público, lo que imposibilita *de facto* la posibilidad de revisión, modificación o revocación en la sentencia que se dicte.

Yo hubiera añadido, como una causa más que abona la solución adoptada, la predeterminación del juez que ha de resolver, frente a la indeterminación del representante del Estado que informa. Aquélla es una garantía -si bien teórica- de imparcialidad, lo que no ofrece, como digo, la intervención de este último; y otra causa más: mientras el Fiscal está sometido a un régimen jerárquico, sólo el juez goza de completa independencia<sup>11</sup>, por tanto, no es compatible con la tutela judicial efectiva la capacidad que hubiera tenido el Ministerio Público de vetar un pronunciamiento judicial solicitado por la parte, lo que vulneraría los principios de justicia rogada y de congruencia.

Nos vienen a la memoria dos temas que tienen relación con el objeto enjuiciado y que, a mi juicio, nuestro ordenamiento todavía no ha querido resolver. De un lado, la libertad matrimonial, que asiste al individuo para elegir su estado civil a fin de casarse o no con la persona elegida en el momento y la forma que desee (libertad para contraer) pero que le impide casi de forma completa la posibilidad de establecer pactos y estipulaciones con el otro consorte a fin de determinar el régimen por que el que la pareja quiere regirse (causas de separación y divorcio, efectos sobre los esposos y los hijos, intervención del consejo de familia, sometimiento a arbitraje, prescripciones económicas en casos de crisis conyugal...) lo que podríamos denominar "libertad para contratar". Así las cosas, el ordenamiento jurídico del Estado y su sistema jurisdiccional se imponen, incluso contra la voluntad de las partes,

---

<sup>11</sup> La sentencia comentada contó con único voto particular, el formulado por el Magistrado, don Manuel Aragón Reyes, quien defendió sin éxito un postulado contrario basándose en otras instituciones procesales que vinculan igualmente al Juez y que no por ello resultan inconstitucionales (principio acusatorio, justicia rogada, etc.).

disponiendo todo tipo de medidas en todos los ámbitos del matrimonio y la familia pese a que ésta no es otra cosa que un vínculo de amor y de afectividad, sólo que en cierto modo juridificado. Si el matrimonio es, exclusivamente, para el Derecho civil, un contrato, deberían las partes disponer de mucha mayor libertad para establecer todo tipo de cláusulas y estipulaciones siempre y cuando no vulneren el orden público protegido por la ley, perjudique a menores o incapacitados, alteren el principio de igualdad de partes, etc., pudiendo prever con anticipación soluciones diversas para diferentes supuestos de conflicto o crisis conyugal.

El otro aspecto que quiero citar –y que viene a entroncar con el siguiente epígrafe– es el de la posible “fundamentalización” de derechos no fundamentales por conexión con alguno que sí tenga tal carácter.

Es el caso, por ejemplo, del matrimonio, que entronca directamente con el derecho de libertad religiosa, pero también con el derecho a la identidad personal y a la propia imagen. Aquél es considerado por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa como una manifestación específica de este derecho<sup>12</sup>; ello lo hace extensivo a todo tipo de vínculos civiles pues cuando las partes optan por un formato no religioso están ejerciendo –sea de forma negativa– el derecho a la libertad de credo (sólo que en materia matrimonial). A ello hay que añadir que en el Derecho internacional no faltan documentos que incluyen el derecho a contraer matrimonio como un derecho humano. La inexistencia de un perfecto paralelismo entre el catálogo de derechos fundamentales de nuestra Constitución y los derechos humanos internacionalmente reconocidos es cuestión del máximo interés (todavía sin resolver por tratadistas ni jueces) pero que da pie a entender que nos encontramos ante un verdadero derecho fundamental que –de ser cierta esta tesis– requeriría en su regulación sustantiva de una Ley Orgánica.

La praxis legislativa del Estado español, tan deficiente en muchos aspectos, tiende una vez más a desacralizar las instituciones constitucionalmente consagradas, privando del rango que merece su regulación en tanto que utilizan leyes ordinarias –y hasta decretos– para desarrollar aquéllas.

#### 4. EL MATRIMONIO ENTRE LAS PERSONAS DEL MISMO SEXO

La última de las sentencias objeto de reseña está fechada el 6 de noviembre del pasado año<sup>13</sup>. Dictada también por el Pleno del TC, resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por setenta y dos Diputados del Partido Popular contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código

<sup>12</sup> Art. 2.1 b).

<sup>13</sup> STC 198/2012 (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012).



civil en materia del derecho a contraer matrimonio y, de forma correlativa, el de adopción.

Siete años y medio, pues, entre la promulgación de la Ley impugnada y la Sentencia que resuelve el recurso, período largo en exceso en el que, por mor de la no suspensión de las leyes recurridas, se han celebrado numerosos matrimonios entre homosexuales y se les han entregado en adopción a menores.

Las preguntas que están en la mente de todos son, por un lado, qué hubiera pasado y cómo podrían resolverse las situaciones jurídicas producidas durante dicho tiempo de haber corrido el procedimiento una suerte distinta y, por otro, si esos nuevos negocios matrimoniales, *de iure* y *de facto*, celebrados durante el período de tramitación de los recursos, no generan en las conciencias de los juzgadores una tendencia a la consolidación legal de las nuevas situaciones producidas por las leyes impugnadas.

La citada Ley modificaba, entre otros, el art. 44 del Código civil al darle la siguiente redacción a un párrafo que añade a su apartado primero: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Las demás modificaciones operadas por la Ley impugnada lo que hacen es, en consecuencia con lo transcrito, sustituir expresiones como “marido y mujer”, por “cónyuges” o “consortes” para adaptar el lenguaje jurídico del resto de preceptos relacionados –contenidos en el Código civil– a la nueva regulación legal.

Tienen razón los recurrentes al señalar que, cambiando unas pocas palabras, lo que el legislador ordinario hizo fue alterar radicalmente la concepción multiseccular del matrimonio.

La controversia de esta ley alcanzó a los medios de comunicación de masas evidenciando su carácter polémico; a éste coadyuvaban los informes contrarios a la reforma, emitidos por el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado y la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación.

Para los recurrentes, dicha Ley contraviene los artículos 9.3; 10.2; 14 (en relación con los arts. 1.1 y 9.2); 32; 39.1, 2 y 4; 53.1 (en relación con el artículo 32) y 167 de la Constitución. A esto añaden tres razones más: “el carácter básico de la institución matrimonial”, “la imposibilidad de que el legislador modifique la Constitución cambiando el nombre acuñado de las cosas empleado por el constituyente” y “la posibilidad de conseguir la finalidad perseguida a través de fórmulas que no supongan una ruptura de la Constitución”<sup>14</sup>.

Inciden los Diputados en que el recurso no pretende limitar los derechos de los homosexuales, sino preservar la institución matrimonial en tanto que

<sup>14</sup> Antecedente 1 a, párrafos cuarto, quinto y sexto.

realidad antropológica dotada de unos caracteres universales y eternos, manifestando la posibilidad que tiene el Parlamento de utilizar otros mecanismos para garantizar a los homosexuales el acceso al estatuto de persona casada.

Repasar el argumentario empleado por quienes impugnaron la Ley no tiene demasiado sentido habida cuenta el rechazo que mereció por parte del Tribunal, aunque una parte importante del mismo es, a mi juicio, absolutamente irreprochable. Ni las citas de otros preceptos constitucionales donde se relaciona el género, ni el análisis de cierta doctrina del Tribunal Supremo (traída a colación con fórceps), ni tan siquiera otras resoluciones del propio Tribunal Constitucional sirvieron para convencer a una Sala que, a mi juicio, dio sensación de tener una respuesta preconcebida a la demanda. La enorme extensión de la sentencia, como suele suceder, es manifestación de esa tendencia a acudir a lo farragoso para justificar una decisión inadecuada. En el fondo, lo que planteaban los recurrentes es que, para acordar la posibilidad de regular el matrimonio homosexual en los mismos términos que el matrimonio entre personas de diferente sexo, lo único que había que hacer era cambiar la redacción de la Constitución y, en particular, de su art. 32.

La dialéctica empleada por la parte recurrente y por quien fuera el ponente, don Pablo Pérez Tremps, para justificar cada cual su propio planteamiento no puede ser abordada en esta sede. La sentencia recoge multitud de comentarios relacionados con la jurisprudencia, incluso la proveniente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para –al hilo de ella o a *sensu contrario*– apoyar la tesis defendida.

Sí merece la pena destacar, sin embargo, la alegación efectuada por los populares en el sentido de apoyarse en la legislación internacional aplicable en España. A tal efecto citan los arts. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 23.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el art. 12 del Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales o el art. II-69 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lo que obliga a los operadores jurídicos patrios a interpretar –por imperativo del art. 10.2 de nuestra Carta Magna– a luz de aquéllos el art. 32 de nuestro texto constitucional.

La ley impugnada atenta –según los actores– contra la Constitución y contra la noción misma de matrimonio, prefiriendo la utilización de un neologismo o de otro tipo de reformas que, otorgando los mismos o similares derechos a los homosexuales, no dieran un golpe de gracia a la institución matrimonial.

En cuanto al derecho a adoptar, los recurrentes recuerdan que es el interés del menor el que debe primar sobre los deseos de los padres adoptantes y, al considerar que las nuevas realidades matrimoniales no garantizan el adecuado desarrollo de la personalidad, piensan que es igualmente revocable el art.

175.4 del Código civil en su nueva redacción, por ser contrario a la protección integral de los hijos de la que habla el art. 39.2 de la CE.

Los argumentos en contra empleados por la Abogacía del Estado, personada en la causa, pretendían refutar los planteamientos esgrimidos de adverso, añadiendo, por ejemplo, cómo la legislación autonómica de numerosas regiones españolas había posibilitado la constitución de parejas –mal llamadas, a mi humilde parecer, “de hecho”– por personas pertenecientes al mismo sexo, llegando incluso a autorizar la adopción conjunta los ordenamientos vasco y navarro.

No hay, para los actores, garantía por parte de la comunidad científica de que dichas adopciones no puedan generar anomalías o disfunciones entre los menores adoptados y -añaden- donde se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo no hay antecedente alguno en que el legislador autorice a la pareja a adoptar.

Pues bien, acudiendo a todo tipo de argumentación, incluyendo la “interpretación evolutiva”<sup>15</sup>, el Derecho comparado<sup>16</sup>, el Derecho internacional<sup>17</sup> e, incluso, a alegados datos sociológicos<sup>18</sup>, nuestro alto Tribunal viene a desmontar el armazón dialéctico edificado por los populares, pese a estar cimentado en realidades antropológicas universales y milenarias, para dar la razón al legislador ordinario.

Del mismo modo y partiendo de una concepción jurídica que parece vinculada a la corriente filosófica del pensamiento débil, en lo tocante a la adopción, declara que el deber de protección integral de los hijos, contenido en el art. 39.2 de la CE, no entra en colisión con el derechos de la pareja homosexual a adoptarlos, que es lo que mediante un proceso de fina ingeniería jurídica logró hacer el legislador en la nueva redacción dada al apartado 4 del artículo 175<sup>19</sup>.

Argumenta el ponente que esa defensa del interés del menor queda en manos del juez, sentando al mismo tiempo como criterio autorizado el deber de no discriminar por razón de la orientación sexual, con lo que –por un lado– escurre el bulto y –por otro– abre una nueva compuerta a la judicialización de esta materia.

En cuanto a la primera cuestión, con poca fortuna señala, por ejemplo, que la sentencia debe resolver dos cuestiones –reduciendo, así, el ámbito en

<sup>15</sup> Fundamento jurídico noveno, párrafo cuarto.

<sup>16</sup> Fundamento jurídico noveno, párrafo octavo.

<sup>17</sup> Fundamento jurídico noveno, párrafo noveno.

<sup>18</sup> Fundamento jurídico noveno, párrafo decimotercero.

<sup>19</sup> Dicha redacción, ya definitiva, lo proporciona el apartado séptimo del artículo único de la Ley 13/2005.

que se desenvuelve el debate—, a saber: “si la reforma impugnada supone un menoscabo constitucionalmente inadmisibles de la garantía institucional del matrimonio y, en segundo lugar,... si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio”<sup>20</sup>.

Obsérvese que ambos temas, además de que en el fondo se reducen a uno sólo, no son los que centraron la impugnación, pues nadie discute que los heterosexuales se vean afectados por la norma.

Continúa el redactor comentando el aspecto institucional que el matrimonio tiene —al que añade su carácter de derecho fundamental (sic)<sup>21</sup>— para, a continuación, referirse al debate de los constituyentes y cómo en la redacción definitiva del art. 32 CE se tuvieron en cuenta aspectos tales como la separación conceptual entre matrimonio y familia, la igualdad de derechos entre los cónyuges y la cuestión del divorcio. Luego, haciéndose eco de los argumentos esgrimidos por el Abogado del Estado, señala que la Constitución es un “árbol vivo” que “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 solo 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 TC, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta”<sup>22</sup>.

Seguidamente se pregunta el ponente, en el iter argumental que se va transcribiendo, si el matrimonio homosexual convierte al matrimonio en una institución irreconocible o si, por el contrario, se integra en la imagen que permite seguir reconociéndolo. Acude para ello al Derecho comparado y señala cómo, cuando se aprobó la reforma en España, sólo Bélgica, Países Bajos y el Estado norteamericano de Massachussets lo reconocían; sin embargo, desde el año 2005 se han ido sumando Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca, Ciudad de México y algunos otros territorios norteamericanos. Del mismo modo, hizo un breve repaso a la jurisprudencia internacional, citando alguna resolución entresacada del repertorio del Tribunal de Estrasburgo a los efectos de concluir que del mismo modo que

<sup>20</sup> Fundamento de Derecho sexto, párrafo último, *in fine*.

<sup>21</sup> Fundamento de Derecho séptimo, párrafo tercero.

<sup>22</sup> Fundamento de Derecho noveno, párrafo primero.

el art. 12 de la CEDH no impone a ningún Estado la posibilidad de reconocer este derecho a los homosexuales, tampoco les impide autorizarlo<sup>23</sup>.

Añade, por su parte, que el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea deja abierta esta vía y cita, como corolario de lo anterior, la STEDH de 24 de junio de 2010<sup>24</sup>.

En cuanto a la segunda de las cuestiones genéricas que el TC se plantea: el derecho a contraer matrimonio en tanto que garantía constitucional, señala que, frente a la libertad del legislador, lo que debe valorar el juzgador es si la reforma operada atenta contra su contenido esencial o, por el contrario, lo preserva<sup>25</sup>.

Sobre esto, el ponente afirma que nada altera la posibilidad que todo hombre y mujer tienen de contraer matrimonio como siempre, así como el derecho a no hacerlo, que son garantías constitucionales que el precepto ofrece. De ello se ha derivado la opción ofrecida por el legislador de posibilitar la convivencia extramatrimonial *more uxorio*, opción que el legislador ha ejercido en uso de su soberanía. Por tanto, la doctrina que viene a sentarse es que esta materia es de competencia exclusiva del Estado y que es tan constitucional regularla como no hacerlo y, en todo caso, otorgarle unos efectos similares o diferentes. En suma, que la garantía institucional que la Constitución ofrece queda inalterada, sin que la reforma del Código civil ponga en peligro el contenido esencial de nuestra Carta Magna, lo que lleva al Tribunal a concluir que si eso es así, “también la dimensión objetiva del derecho queda inalterada”<sup>26</sup>.

Expuesto lo anterior, falta el análisis de la dimensión subjetiva del derecho a contraer matrimonio. A tal efecto cita cómo la conducta homosexual ha sido primero despenalizada y, posteriormente, desprovista de un tratamiento jurídico diferenciador y discriminatorio<sup>27</sup>. A continuación se pregunta el ponente si la reforma altera el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio y se contesta que no, que no existe ninguna modificación en las condiciones del ejercicio de dicho derecho por el hecho de ampliarlo a las personas que comparten un mismo sexo, de ahí que –concluya– nada contraviene a la Constitución la reforma operada<sup>28</sup>.

Reserva, por último, el Fundamento jurídico duodécimo a analizar el tema de la adopción, derecho que la reforma amplía a las parejas del mismo sexo. Mediante una interpretación *sui generis* de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 26 de febrero de 2002<sup>29</sup>, concluye que, aunque podría deducir-

<sup>23</sup> Fundamento de Derecho noveno, párrafo octavo.

<sup>24</sup> Asunto Schalk y Kopf c. Austria).

<sup>25</sup> Fundamento de Derecho décimo, párrafo primero.

<sup>26</sup> Fundamento de Derecho undécimo, párrafo segundo.

<sup>27</sup> Fundamento de Derecho undécimo, párrafo tercero.

<sup>28</sup> Fundamento de Derecho undécimo, párrafos último y penúltimo.

<sup>29</sup> Asunto Frette c. Francia.

se del denominador común de las legislaciones estatales que no se contempla tal posibilidad, de ello no se puede derivar ningún principio ni ninguna hipótesis, como tampoco principios comunes y uniformes de los Estados miembros de la Unión, es más, en la regulación de la adopción no se excluye dicha posibilidad a las personas homosexuales, no habiendo “certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no pueden ser proporcionadas por una pareja homosexual”<sup>30</sup> y, dado que, en nuestra Legislación, queda en manos del juez la posibilidad de denegarla, a su criterio último descansa la correcta valoración de denegarla cuando considere, en interés del menor, que debe hacerlo en el procedimiento reglado pertinente<sup>31</sup>.

Tan cuestionable y polémica resolución, como era de esperar, está plagada de votos particulares. Cuatro fueron los que se plantearon, concretamente los de los magistrados don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Andrés Ollero Tassara y el de don Juan José González Rivas.

Del primero destaco una frase que da qué pensar: “resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan”, que es, básicamente, la principal acusación que dirige hacia sus compañeros. La CE, al reconocer el derecho a contraer matrimonio, lo hace en términos claros y contundentes en cuanto que refiere dicha facultad al hombre y a la mujer, con lo que parece evidente que se está refiriendo única y exclusivamente al matrimonio heterosexual, único concebible en la época.

En la misma línea pero con palabras que arrojan –si cabe– mayor luz (jurídica), el Profesor Aragón reivindica la necesidad de tomarse en serio la Constitución y, por ello, “no olvidar algo que es elemental: que cuando se está en presencia de un precepto constitucional que no contiene una cláusula facultativa, sino que enuncia una garantía, como sucede con el art. 32.1 CE, y, como tal garantía, de obligado acatamiento, está imponiendo un deber ser y prohibiendo, obviamente, su contrario”.

Por su parte, el Profesor Ollero, quien sin duda aportará –tras su reciente nombramiento– magníficas páginas de literatura jurídica y muy sabias reflexiones, reivindica el papel que debe desempeñar nuestra Carta Magna en el control del poder legislativo, propugnando la reforma constitucional como el único mecanismo adecuado para dar encaje a normas que de otro modo no tendrían.

Añade asimismo que “toda actividad jurídica no es sino filosofía práctica” y denuncia el radicalismo individualista, predominante en nuestros días, como factor que “dificulta la adecuada articulación entre instituciones jurídicas, rebosantes de exigencias sociales y derechos individuales, haciendo que

<sup>30</sup> Fundamento de Derecho decimosegundo, párrafo quinto, in fine.

<sup>31</sup> Fundamento de Derecho decimosegundo, párrafo sexto, in fine.

los segundos conviertan en irrelevantes las primeras. No me parece acertado –continúa– tratar a determinadas instituciones jurídicas como si fueran mero corolario de los derechos y no más bien razón de su fundamento, abocando a una contraposición simplista entre limitación o ampliación de derechos individuales”. Pone, además, en evidencia a la mayoría de la Sala, al extraer citas textuales de la STC 184/1990, de 15 de noviembre, así como del ATC 204/2003, de 16 de junio, en las que el propio Tribunal manifestó claramente que no había un derecho constitucional a contraer matrimonio a las personas de un mismo sexo, como tampoco a otorgar un tratamiento idéntico a las situaciones fácticas que en función de la voluntad individual se produzcan.

Concluye, para finalizar, que la única opción jurídicamente válida hubiera sido modificar el art. 32.1 de la Constitución pues lo que se ha hecho por esta vía ha sido “relativizar tal artículo hasta convertirlo en inocuo y vacío”. El matrimonio, como la familia –continúa diciendo– “son realidades antropológicas que el derecho se limita a reconocer”, la primera es una institución garantizada por la Constitución que no necesita definición y es, precisamente por eso, por lo que entiende que el TC, con la sentencia dictada, lo ha vaciado parcialmente de contenido.

Por su parte, don Juan José González se basa en la jurisprudencia anterior, constante y conteste, emanada del TC, para defender las mismas tesis, lo cual no empece a que el ordenamiento jurídico otorgue determinados efectos y reconozca diferentes situaciones a quienes, haciendo uso de su libertad, han optado por constituir modalidades homófilas de pareja. Se apoya asimismo en el dictamen contrario de los citados Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado y Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, así como en la jurisprudencia internacional, abogando por una fórmula alternativa que, sobre la libertad de pactos que reconoce el propio Código civil, permita a quienes lo deseen vincularse de forma similar a quienes están casados, rechazando, en miras al mayor interés que merece el menor de edad, la posibilidad de adoptar en estos casos.

Como vemos, el fallo objeto de comentario pone en primera plana numerosos aspectos que la actividad judicial genera, máxime cuando se trata de justicia constitucional. Parece como si los magistrados que han refrendado la reforma del Código civil lo que en verdad querían es aprobar la misma, para lo cual han argumentado como han podido. Cualquier estudiante de Derecho cree que el contenido de las sentencias es el resultado de un análisis valorativo a la luz del ordenamiento jurídico, es decir, el fallo no es –o no debería ser– sino la necesaria consecuencia de la aplicación de la norma a unas premisas fácticas, como si de un silogismo categórico se tratara.

También creen los estudiantes que la Constitución española es muy rígida porque los mecanismos de reforma están muy reforzados. Sin embargo, no

se percatan de que entre la actividad del poder legislativo y la de la justicia constitucional, la realidad de nuestro ordenamiento es que todo o casi todo cabe, todo o casi todo es posible y que, por tanto, en realidad no será necesario modificar jamás la Constitución porque nada de lo que dice –o parece decir– veta cualquier opción legal que en el futuro se plantee.

Creo que lo menos que se le puede pedir a un ordenamiento jurídico es coherencia interna y ello se refiere a la inexistencia de normas incompatibles entre sí, como sucede, por ejemplo, en la actual Ley del aborto, la cual permite a las menores de edad abortar *motu proprio* pese a que la legislación del Estado exige el consentimiento de los padres, por escrito, para que en horario escolar esa misma chica pueda cruzar la calle para entrar en un museo con el fin de ver una exposición de arte sacro. Pero la coherencia interna implica –además– el respeto a las instituciones jurídicas, y ello a su vez a las categorías, los conceptos y los términos empleados por el legislador y la comunidad científica. En un sistema legal puede haber todo, desde la tortura hasta la pena de muerte, desde el derecho de pernada a la expropiación sin indemnización, pero cuando estamos ante Estados de Derecho, cuando un ordenamiento se inserta e integra en otros sistemas jurídicos supranacionales, como es el caso, no todo vale ni todo cabe, hay reglas de juego que el propio legislador debe respetar si quiere mantener cierto grado de credibilidad y de cohesión al modelo edificado y ello implica respeto a las palabras, a los conceptos y a las instituciones.

El derecho a contraer matrimonio es un derecho humano y a lo mejor está mal ubicado en nuestra Carta Magna, a lo mejor, por tanto, hubiera requerido para su adecuada regulación de una Ley Orgánica y, en este sentido, tal vez la reforma operada en el Código civil mediante un artículo único en donde se retocan las palabras empleadas, no haya sido sino un inadecuado juego malabar del legislador, acostumbrado a ejercer su soberanía sin cortapisa alguna.

La democracia española, tan dependiente de la Constitución de 1978, bien se encargó en su día y lo hace cada año el día de su aniversario, de sacralizar la Carta Magna, pero mientras que las declaraciones institucionales no hacen más que abundar en ese marco legal de convivencia, paz, progreso y libertad, el quehacer de cada día se dedica a relativizar su contenido, adaptarlo a la *voluntas legislatoris* y, someterlo a los caprichos de las ideologías dominantes.

En el caso del matrimonio, en un ejercicio de peligrosa autoridad política, el parlamento desvinculó el negocio nupcial del orden natural, en donde ha estado inserto desde los albores de la Humanidad, apropiándose de la institución bajo el pretexto del derecho a decidir, del derecho a regular.

Las consecuencias de la Sentencia comentada pueden ser, al menos desde el plano teórico, de inalcanzable alcance. Según mi criterio, por las mismas



razones expuestas por los juzgadores, cabe en nuestro ordenamiento constitucional los matrimonios poliándricos, los poligínicos y el matrimonio comunista. No entiendo la razón por la que se castiga la bigamia si en el supuesto fáctico las dos mujeres –o los dos hombres– que comparten pareja, consienten en ello, ni –tampoco– la razón por la que se les impide a musulmanes, mormones y demás profesos de otras religiones que así lo autorizan, a contraer matrimonio bajo el régimen de la poligamia cuando las esposas aceptan dicho régimen. Si la libertad individual es el criterio máximo que el Estado debe atender y la razón última ante la que deben plegarse ciertas instituciones y categorías jurídicas, no se entienden ciertas prohibiciones. En otra sede advertí cómo el devenir histórico ha modificado la concepción de la prole: desde su patrimonialización en tiempos de los romanos hasta su cosificación en los tiempos presentes, aún diría más, hay quienes conciben los hijos, propios o adoptados, como una especie de mascotas. La maternidad sexagenaria, la paternidad a la carta (mediante la selección del sexo y de otros caracteres genéticos) o, ahora, el derecho de adoptar por las parejas homosexuales –en base a la libertad individual, único criterio soberano– vuelve a poner encima de la mesa la nueva aventura que aborda el Derecho, perfecto desconocedor de los efectos contraproducentes que pueda generar en el adecuado desarrollo de la persona humana a quienes han sufrido la pérdida o el abandono de sus padres.

Con estas reflexiones no pretendo pronunciarme en un sentido o en otro, a favor o en contra de tal o cual derecho, únicamente quiero aprovechar la lectura de las noventa y cuatro páginas de la sentencia referida para reivindicar la necesidad de no privar de su valor a las palabras.