

**VOTO PARTICULAR** que formula el Magistrado Ramón Rodríguez Arribas respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 6 de noviembre de 2012 dictada en el R.I. 6864/2005.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en lo siguiente:

1.- La Sentencia de la mayoría, de la que discrepo, parte de la consideración -que si comparto- del art. 32 CE como integrado por la configuración de una garantía institucional, la del matrimonio, y la consagración de un derecho, el de contraerlo, cuando proclama literalmente en su núm. 1 que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

Para definir la institución matrimonial que la Constitución garantiza, se utiliza (en el FJ 9) la llamada “interpretación evolutiva”, para llegar a decir que el matrimonio es “ una comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente, mediante las formalidades previstas en el ordenamiento”. La descripción que acaba de reproducirse, un tanto enrevesada y poco eufónica, realiza una verdadera filigrana para eludir hablar de sexo al definir el matrimonio, con lo que, a primera vista, éste podría constituirse entre un tío y un sobrino. De cualquier manera y con esta formulación se prescinde absolutamente del componente biológico (o antropológico, si se quiere) ínsito en el matrimonio desde que apareció el ser humano en el planeta y que como institución precedió a la tribu.

En efecto, además de todos los componentes jurídicos del matrimonio, este es también una unión sexual que la Naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana y aunque este fin natural pueda satisfacerse fuera del matrimonio y también aunque no sea el único fin de la institución que permanece si cumple los demás fines, no puede desconocerse sin incurrir en un salto ilógico imposible de admitir. Y no se diga –que se dice- que entonces las parejas estériles o voluntariamente abstenidas de cumplir el fin reproductivo, quedarían excluidas del matrimonio, por que es la posibilidad genérica, la potencia en sentido ontológico, de servir al fin respecto de la especie humana y no el acto concreto o el efecto cierto, lo que caracteriza a cualquier institución colectiva.

2.- A pesar de que según la dicción literal del art. 32.1 CE, se habla de “el hombre y la mujer”, la Sentencia de la que me aparto llega a la conclusión de que la garantía institucional no ve alterada su “imagen maestra” o núcleo esencial por el hecho de que se haya reformado el Código Civil, modificando su artículo 44 de forma que, después de mantener la disposición originaria de que “ el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código”, añade: “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”, con lo que, aunque se trate de eludir en el FJ 8 y después en el FJ 10 de la Sentencia, se entra en flagrante contradicción con la doctrina sentada en el ATC 222/1994, de 11 de julio en el que este Tribunal dijo: “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes ( STC 184/1990)”.

Pero es que, ese mismo Auto añadió a renglón seguido: “Este argumento viene avalado, además, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que opera aquí como canon de interpretación al amparo de lo previsto en el art. 10.2 CE. En sendas Sentencias (caso Rees, 17 de octubre de 1986, y caso Cossey, 27 de septiembre de 1990), ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del Convenio de Roma, que al

garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; y, que todo depende de la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante las leyes el ejercicio del derecho de casarse”.

Por lo tanto, la posible regulación de un matrimonio entre personas del mismo sexo, o de una unión de estas, distinta del matrimonio, es una cuestión que queda a la decisión de los Estados, según su Ordenamiento Jurídico, lo que, en definitiva, depende de lo que establezcan las respectivas Constituciones .

La cita, que en el FJ referido hace la Sentencia de la mayoría, del asunto *Schalk y Kopf c, Austria*, de 22 de noviembre de 2010, § 55 no puede servir para desvirtuar lo dicho anteriormente ni para justificar una mutación constitucional en España sin pasar por los trámites de la reforma de la Constitución de 1978, que como se admite sin discusión solo contempló el matrimonio entre “el hombre y la mujer”. Despierta asombro la afirmación de que “ en el año 1978, cuando se redacta el art. 32 CE, el matrimonio era entendido mayoritariamente como matrimonio entre personas de distinto sexo, también en el seno de los debates constituyentes”, por que la realidad fue que no había ninguna minoría que sostuviera la posibilidad de un matrimonio entre personas del mismo sexo y que tal debate estuvo totalmente ausente en la elaboración de nuestro texto constitucional.

En el reiteradamente citado FJ 8 de la Sentencia de la mayoría y al hilo de estas consideraciones, se llega a una conclusión imposible de asumir cuando se viene a decir 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”, porque lo que no se incluye explícita o implícitamente queda excluido por la mas elemental lógica jurídica.

Dentro de esa misma lógica jurídica resulta paradójico que, diciendo prácticamente lo mismo el núm. 1 del art. 32 de la Constitución y el primer párrafo

del art. 44 del Código Civil, se considerara necesaria la reforma de éste y no la de aquella; si tan claro estaba que nada dificultaba el establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, hubiera bastado cualquier norma de inferior rango, dejando al Código Civil como estaba, lo mismo que la Constitución.

En mi opinión, era imprescindible la reforma constitucional, con todas las formalidades y mayorías que la misma ha previsto, para hacer lo que el legislador llevó a cabo por su cuenta e invadiendo las funciones del constituyente.

3.- Para sostener que la garantía institucional del matrimonio puede verse alterada por el legislador sin vulnerarla, dentro de una amplia libertad de configuración, se recurre a la evolución de la cultura jurídica, en la que se integran el derecho comparado, el internacional, la doctrina científica y la realidad social, aportando abundantes datos estadísticos y demoscópicos, para concluir que la imagen de la institución matrimonial ha evolucionado hasta hacerla compatible con que la contraigan personas del mismo sexo, aunque se reconoce que ello no es un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley y que entre los estudiosos del derecho “ no existe una posición unánime”, ni tampoco “ sea unánimemente aceptada” en la sociedad internacional.

Por el contrario, entiendo que el núcleo, la imagen maestra, de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo. Precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales. De otro lado resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan.

Es mas, los argumentos sociológicos, estadísticos, de conveniencia práctica, de derecho comparado e internacional y hasta de justicia efectiva, suelen eludir el verdadero problema jurídico-constitucional, sobre el que hay que operar con conceptos y argumentos de derecho, sin que los que pueden llamarse “meta-jurídicos” tengan otra función que la de reforzar, en su caso, la solución a que se llegue, pero no para fundarla o condicionarla.

Utilizando esas vías distintas de las estrictas del derecho, la Sentencia de la que discrepo, llega a la conclusión de que la Ley 13/2005, al modificar el Código Civil en cuanto a los contrayentes del matrimonio y de acuerdo con nuestra cultura jurídica, no lo hace “irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea”, cuando la realidad sociológica, contrastable en la calle, no es la de la aceptación, sino la de la indiferencia, que de cualquier forma no es argumento suficiente para sostener la constitucionalidad, ni favorece la no discriminación de las personas de orientación homosexual, cuya dignidad, a la que se alude, exigía que sus pretensiones en el acceso al matrimonio no fueran satisfechas por la puerta de atrás de la Constitución, sino postulando su reforma.

4.- En último lugar la cuestión de la adopción por matrimonios constituidos por personas del mismo sexo es, tal vez, el asunto mas delicado de la reforma operada por la Ley objeto de impugnación en el presente recurso, por que no afecta solo a los adoptantes como contrayentes, y a la institución del matrimonio, sino a los niños, verdaderos terceros en el asunto y parte mas débil cuya protección ha de ser extrema, por que la adopción solo crea obligaciones para los adoptantes y derechos para los adoptados, en cuyo beneficio fue instaurada la institución para proveer al que carece de ellos de unos padres y de una familia de acogida.

Este extremo lo resuelve la Sentencia de la mayoría, dicho sea muy resumidamente, con el expediente de argumentar que una vez reconocida la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, nada impide que puedan ejercitar la adopción lo mismo que los matrimonios constituidos por personas de sexo diferente y que para la protección de los derechos e intereses del menor basta con la intervención del juez que autoriza la adopción que, caso por caso, ya se ocupará de valorar la conveniencia y oportunidad de la misma.

Esta solución, reiterando el respeto que me merece la opinión de mis compañeros de la mayoría del Tribunal, es una simplificación del verdadero problema.

Si nada puede oponerse a que una persona homosexual, sea hombre o mujer, pueda adoptar individualmente a un menor, la cuestión está en que desde el punto de vista del niño, que es lo único importante, no resulta indiferente que en lugar de tener un padre y una madre o solo un padre o solo una madre, para sustituir la pérdida o abandono de los naturales, se encuentre con que tiene dos padres y ninguna madre o dos madres y ningún padre o haya que convertir a una mujer en padre o a un hombre en madre. Y este problema no se le puede deferir al juez, por que es ponerle en una tesitura socialmente muy comprometida y a veces de difícil salida.

Esta es otra consecuencia mas de haber hecho decir al art. 32.1 CE lo que no decía, razones por las cuales –esta y las precedentemente expuestas- que me obligan a formular el presente voto, por que entiendo que debió estimarse el recurso de inconstitucionalidad.

En Madrid a seis de noviembre de 2012

**Fdo. Ramón Rodríguez Arribas**