

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, formulo el presente voto particular, pues, aunque estoy de acuerdo con el fallo de la Sentencia, desestimatorio del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005 por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, discrepo de la fundamentación jurídica que en dicha Sentencia se contiene. Mi discrepancia se sustenta en los argumentos que defendí en las deliberaciones del Pleno y que resumidamente expongo a continuación.

1. La razón más importante de mi discrepancia reside en un problema de orden general, ya que no estoy de acuerdo con el modo en que la Sentencia entiende, y aplica para este caso, el concepto de interpretación evolutiva. No obstante, de ello trataré después. Prefiero primero expresar mi disconformidad con otros extremos concretos de la argumentación de la Sentencia que plantean también, a mi juicio, problemas de indudable entidad, aunque de un alcance menos general que el que antes he mencionado.

Así, comenzando por citar algunos de los desacuerdos de índole menor, discrepo del concepto de cultura jurídica que la Sentencia emplea en el FJ 9, ya que, a mi juicio, desvirtúa el entendimiento común de ese término y lo equipara a una especie de sociologismo jurídico que no puedo compartir. También creo incorrecto que, para indagar sobre el contenido nuclear de la garantía institucional, se utilice la vía del art. 10.2 CE (FJ 9) cuando está claro que ello vale para interpretar los derechos fundamentales (y así, más adelante, en el FFJJ 10 y 11, al analizar el derecho a contraer matrimonio), pero no las garantías institucionales, que son categorías que pueden estar relacionadas entre sí (en este caso sin duda) pero que son, desde el punto de vista analítico (y así lo reconoce la propia Sentencia), perfecta y necesariamente distinguibles. Creo, además, que se hace un uso muy poco discriminatorio de los ejemplos que se toman del Derecho extranjero, pues habría que diferenciar (lo que no se

hace en el FJ 9) entre ordenamientos en los que el matrimonio es una institución garantizada por la Constitución y aquellos en que no lo es.

De mayor entidad es mi desacuerdo con el modo de deducir el contenido del núcleo esencial o “imagen maestra” de la garantía institucional del matrimonio establecida en el art. 32.1 CE, que es, sin duda, la cuestión clave en la resolución de este proceso constitucional, y que la Sentencia aborda en los FFJJ 7 a 9.

En primer lugar, creo que no se subraya suficientemente, como era obligado, que el texto constitucional, en el momento de su aprobación, partía de un entendimiento del matrimonio como unión entre parejas de distinto sexo. Ese es un dato que se desprende del debate constituyente y del significado que entonces, sin duda, el matrimonio tenía en la cultura jurídica y en la conciencia social españolas y que no puede relativizarse como hace la Sentencia cuando afirma que lo más debatido entonces no era eso sino otras cosas (preferentemente la de la igualdad entre los cónyuges). Claro está que ello fue así, por la sencilla razón de que las deficiencias históricas que había que remediar eran las provenientes de la desigualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio, mientras que de la heterosexualidad de la pareja poco había que discutir, porque era un extremo que no se ponía entonces en cuestión, salvo desde posiciones muy minoritarias.

En segundo lugar tampoco se subraya otro dato importante: que la interpretación que el Tribunal Constitucional fue dando al art. 32.1 CE era inequívoca: el matrimonio como unión entre un hombre y una mujer. Y ello lo hizo el Tribunal en múltiples resoluciones, y no sólo en el ATC 222/1994, que la Sentencia cita dotándolo de una relatividad que, a mi juicio, no tenía. Por eso es claro, y la Sentencia debía de haberlo constatado, que la regulación legal del matrimonio anterior a la reforma recurrida no había vivido en la inconstitucionalidad. Por último, en la Sentencia (FJ 11) se contiene una valoración positiva en términos constitucionales de la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo que no me parece propia del tipo de enjuiciamiento que el Tribunal debe hacer e incluso contradictoria con otros pasajes de la Sentencia en los que se admite que no se incurriría en inconstitucionalidad si el legislador hubiera optado por otra solución distinta a la del matrimonio para garantizar la unión estable de ese tipo de parejas, como ha sucedido en diversos ordenamientos extranjeros

próximos al nuestro, habiendo sido esta alternativa considerada no contraria al Convenio de Roma por el TEDH. Me refiero a dos párrafos en los que el Tribunal considera que la opción tomada por el legislador español “da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad” y que tal opción está en consonancia con el “mandato que el constituyente integró en el art. 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, en la que hemos incluido la discriminación por razón de orientación sexual”.

Como ya dije más atrás, 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, y la jurisprudencia antidiscriminatoria del Tribunal Constitucional y del TEDH tampoco. Ante ello, lo que se nos planteaba y, en consecuencia, la respuesta que al problema debíamos dar no era si la opción del legislador español es la “más constitucional”, sino, simplemente, si habiendo otras opciones también constitucionalmente posibles, la adoptada por nuestro legislador era o no constitucional. Un juicio, el nuestro, que tenía que quedar reducido al de los límites que la Constitución establece (esto es, de índole negativa) y no al de mandatos de la Constitución impone (de índole, pues, positiva). Esa es la función de este Tribunal, que está basada en la relación (que no es de estricta ejecución) que liga al legislador con la Constitución en un sistema, como el nuestro, de pluralismo democrático.

En ese afán, pues, de la Sentencia por reforzar (a mi juicio innecesariamente) la argumentación conducente al fallo se llega a expresar, en el FJ 9, la sorprendente afirmación de que el matrimonio entre personas del mismo sexo “es una opción no excluida por el constituyente”. Creo que la Constitución hay que tomársela en serio 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 obligatorio acatamiento, está imponiendo un deber ser y prohibiendo, obviamente, su contrario.

La solución al problema que el recurso nos había planteado era, a mi juicio, más sencilla, más sobria, si se quiere, de argumentación menos confusa y tortuosa (a veces incluso contradictoria) de la que ofrece la Sentencia. Dado el carácter no absoluto, sino históricamente cambiante, del núcleo esencial de la garantía institucional del matrimonio, bastaba con mostrar que hoy, para la conciencia social (y en la Sentencia se ofrecen datos suficientes sobre ello) y para la cultura jurídica (dato éste que la Sentencia en cambio utiliza de manera, a mi juicio, deficiente) la heterosexualidad de la pareja ya no es unánimemente concebida como un elemento indispensable del matrimonio. Ese cambio históricamente producido, que considero verídico, y que no precisa que sobre él se concite unanimidad, pues basta con que ya no sea tampoco unánime el entendimiento precedente (que tuvieron el constituyente y el propio Tribunal Constitucional hasta hace poco tiempo), es suficiente para no anular la opción tomada por el legislador. Ante una asentada (no efímera o claramente minoritaria) concepción social y jurídica cultural del matrimonio en la que también tiene cabida la unión entre parejas del mismo sexo, este Tribunal no puede declarar contraria a la Constitución la Ley sometida a su enjuiciamiento. Si el entendimiento de la institución ya no es unánime, sino plural, esto es, si se trata, en términos constitucionales, claro está, de una cuestión debatida, debemos aplicar la máxima de *in dubio pro legislatoris*. Cuando controlamos al legislador y apreciamos que no vulnera la Constitución, la función de este Tribunal no es, en realidad, apreciar que la ley es “constitucional”, sino, que “no es inconstitucional”, y ello no es un mero juego de palabras, sino que encierra un profundo sentido sobre la capacidad y legitimidad del ejercicio de la jurisdicción constitucional. Precisamente esas son las razones que me condujeron a apoyar el fallo de la presente Sentencia.

2. Dicho todo lo anterior, el motivo principal de mi discrepancia, como ya anuncié al principio, radica en un problema cuyos efectos trascienden de este caso y, por ello, cuyo tratamiento en la Sentencia puede generar muy graves riesgos para el mismo concepto de Constitución que sirve de base a nuestro ordenamiento y a la propia existencia del Tribunal Constitucional. Me refiero al significado y uso que en la presente Sentencia se da al término “interpretación evolutiva”.

Debo dejar claro, de entrada, que la operación consistente en averiguar cuál es hoy el núcleo esencial de una garantía institucional no es, en modo alguno, aunque la Sentencia lo confunda, realizar interpretación evolutiva de la Constitución, sino, simplemente, interpretar la Constitución de acuerdo con el concepto generalmente acuñado de “garantía institucional”. Por eso, que el núcleo esencial de esa garantía “evolucione” históricamente en su significado no tiene nada que ver con la llamada interpretación evolutiva, que consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan. En el primer supuesto (el de la garantía institucional) la misma norma constitucional llama (interiormente) al “ser” para configurar su “deber ser”. En el segundo supuesto el de la interpretación evolutiva, no es la norma la que llama, para dotarse de eficacia, al “ser”, pues como “deber ser” es perfecta, sino el intérprete el que, externamente, va adaptando su sentido, pero con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma (tenor literal, insisto, que es completo en sí mismo), de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacerse decir a la norma lo contrario a lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello. Por eso, si se tratase de un precepto constitucional que no estableciese una garantía institucional, frente a su tenor literal, a su indudable significado originario y a su entendimiento reiterado por el TC, hubiera sido muy difícil no declararlo inconstitucional.

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

Pues bien, en la Sentencia se contienen determinadas afirmaciones que parecen conducir a todo lo contrario de lo que estoy diciendo. No es sólo que, como ya apunté, se llame interpretación evolutiva a la que no lo es (la averiguación del contenido esencial de una garantía institucional), sino, que, y eso resulta más grave, se hacen afirmaciones generales, aplicables a cualquier precepto constitucional, que parecen dejar reducido a la nada el carácter normativo de la propia Constitución.

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

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a seis de noviembre de dos mil doce.