

# BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXV | Núm. 2.137 | Diciembre de 2011



---

### **Enlaces**

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

### **Contacto**

Contacto Boletín

### **Edita**

Ministerio de Justicia  
Secretaría General Técnica

### **Maquetación**

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

### **ISSN**

1989-4767

### **NIPO**

051-11-001-7

### **Depósito Legal**

M.883-1958

---

DIRECTOR  
D. Antonio Pau  
*Registrador de la Propiedad*  
*Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

SECRETARIO  
D. Máximo Juan Pérez García  
*Profesor Titular de Derecho Civil*

---

## SUMARIO

AÑO LXV • DICIEMBRE 2011 • NÚM. 2.137

### SECCIÓN DOCTRINAL

Estudio doctrinal

—*La garantía del matrimonio en la constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación*

## LA GARANTÍA DEL MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN: ESTABILIDAD Y APERTURA COMO CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN\*

**IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ**

Profesor Titular de Universidad. Departamento de Derecho Político – UNED

### **Resumen**

*El trabajo coloca la noción de las garantías institucionales en el marco de las transformaciones de los derechos fundamentales y analiza el modo en que tales garantías articulan la estabilidad y la apertura que son propias de los mandatos constitucionales. A continuación, aplica a la garantía constitucional del matrimonio las consideraciones anteriores.*

### **Palabras clave**

*Garantía institucional, derechos fundamentales, matrimonio.*

### **Abstract**

*The study deals with the institutions guaranteed by constitutional law in the context of the transformations of the fundamental rights and examine how articulate such guarantees stability and openness that are inherent to the constitutional mandates. Then, the study applies the above considerations to the provision of the Spanish Constitution which guarantees the right to marry.*

### **Key words**

*Institutions guaranteed by constitutional law, fundamental rights, marriage.*

\* Fecha de recepción: 24-10-2011 Fecha de aceptación: 14-11-2011.

Estas páginas reproducen la ponencia que, bajo el mismo título, fue expuesta en la Jornada sobre Matrimonio y ordenamiento constitucional celebrada en la Universidad de Sevilla el 28 de abril de 2011 bajo la coordinación de Abraham Barrero Ortega. El texto de la intervención oral se completa aquí con unas mínimas referencias bibliográficas, pero también se ha corregido levemente para recoger las enseñanzas de otros intervinientes en la misma sesión; entre ellos, y dejando a un lado las ricas aportaciones de los alumnos y de los demás asistentes, deseo destacar, como especialmente fructíferas para mi reflexión, las ponencias de Sebastián Martín Retortillo, Fernando Rey Martínez, Blanca Rodríguez Ruiz, Alicia Rivas Vaño, Sebastián Martín Martín, Javier Pardo Falcón, Octavio Salazar Benítez, María Holgado González, Jerónimo Borrero Arias y Daniel García San José. Por supuesto, mi mayor agradecimiento se dirige al organizador de la Jornada, Abraham Barrero, que me invitó a participar en un foro tan enriquecedor.

## SUMARIO

### Introducción

1. Las garantías institucionales ante las transformaciones de los derechos fundamentales
2. Interpretación: estabilidad y apertura.
3. El matrimonio como garantía de instituto
4. El art. 32 CE como derecho fundamental: libertad e igualdad.
5. Conclusión

### Bibliografía citada

## INTRODUCCIÓN

Pedro Cruz Villalón iluminó para la doctrina española el sentido originario las llamadas *garantías institucionales* o *de instituto*, al hilo de su exposición acerca de la formación y evolución de los derechos fundamentales<sup>1</sup>. La tensión entre estabilidad y apertura que comportan estas prescripciones debe ser analizada en el contexto trazado por Javier Pérez Royo, cuya obra sobre la reforma de la Constitución contiene la más lúcida exposición que conozco sobre las responsabilidades respectivas del poder constituyente constituido y del Tribunal Constitucional en la gestión de tales dinámicas<sup>2</sup>. Manuel Giménez Fernández, ya en 1943, introdujo en España la concepción del matrimonio como institución<sup>3</sup>. El hilo trazado por estos tres Catedráticos de la Universidad de Sevilla será seguido en la presente exposición, que comienza colocando la idea de las garantías institucionales en el marco de las transformaciones de los derechos fundamentales, luego aborda el ambiguo modo en que tales garantías pretenden articular la estabilidad y la apertura que conviene a los mandatos constitucionales, para, en un tercer momento, aplicar al matrimonio las consideraciones anteriores y terminar proponiendo una interpretación diferente del correspondiente precepto constitucional.

### 1. LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES ANTE LAS TRANSFORMACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirma que “toda Sociedad en la que los derechos fundamentales no están establecidos ni la separación de poderes garantizada carece de Constitución”. En la misma Declaración de Derechos se añade que “la preservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre es el fin de toda asociación política”; de acuerdo con el art. 4 de la Constitución de Cádiz, “la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”. Ahora bien, ¿qué significa el reconocimiento constitucional de unos derechos y en qué, consiste, consecuentemente, la preservación y protección de los mismos que corresponde al legislador? La respuesta varía a lo largo de la Historia, al paso del desarrollo del tipo ideal *Estado constitucional*<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cruz Villalón, P., „Formación y evolución de los derechos fundamentales“, REDC 25, 1989.

<sup>2</sup> Pérez Royo, J., “La reforma de la Constitución”, Madrid: Congreso de los Diputados, 1987.

<sup>3</sup> Giménez Fernández, M., “La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia Católica”, Madrid: Editorial Católica, 1943.

<sup>4</sup> Cuanto se dice en este apartado y en el siguiente sigue las huellas del capítulo sobre “Derechos fundamentales y tareas públicas” contenido en el libro que tuve el honor de publicar junto con mi maestro: López Pina, A, Gutiérrez Gutiérrez, I., “Elementos de Derecho Público”, Madrid: Marcial Pons, 2002. Por supuesto, las ideas allí recogidas tampoco eran originales; puede verse sobre todo Grimm, D., “Constitucionalismo y derechos fundamentales”, Madrid: Trotta, 2006.

En el momento revolucionario, la Constitución sirve como ariete contra la estructura de poder del *antiguo régimen*. Las declaraciones de derechos prefiguraban el orden social en su conjunto, determinaban el programa político según el cual el legislador había de configurar las relaciones sociales. Al Estado le corresponde así una intervención inicial para consolidar los derechos fundamentales como derechos privados frente a la maraña de privilegios corporativos que configuran la sociedad estamental. La aprobación de los grandes códigos (civil, penal o mercantil) pertenece al programa de tareas del primer Estado constitucional.

Sólo después de ese momento fundacional hubieron de dejarse las relaciones sociales abandonadas a su libre desenvolvimiento. El Estado liberal ulterior descansa sobre la ficción de que la Historia no determina el presente; por tanto, la libertad recién alcanzada produciría *ex novo* un orden social libre. Las supuestas *leyes naturales* que rigen la esfera de libertad espiritual, social y económica aseguran a la *sociedad civil* un orden en el cual el Estado no debe interferir, porque, alterado su equilibrio, el propio Estado pierde su justificación vicaria, al servicio de la sociedad. La mínima incidencia del Estado como garante de la seguridad conlleva sólo ciertas acciones coyunturales para restaurar el equilibrio eventualmente roto en las relaciones sociales. Tal intervención en los derechos sólo puede ser autorizada por sus propios titulares, representados en el Parlamento; pero hay que recordar la vigencia en aquel tiempo del sufragio censitario. Por eso, tras aquel momento inicial, la eficacia jurídica de los derechos fundamentales se agota en la delimitación del ámbito material de la *reserva de ley*; esto es, acota la esfera privada en la cual la intervención administrativa requiere autorización parlamentaria. Los derechos fundamentales, en esta versión llamada clásica, no operan frente al legislador, son derechos sólo frente a la Administración, y sólo cuando la ley no hubiera autorizado la intervención en ellos.

La vigencia efectiva de unos derechos así concebidos resultaba limitada. El *Manifiesto Comunista* es particularmente expresivo en la denuncia del formalismo que supone el reconocimiento del derecho de propiedad a las masas de no propietarios; la teoría clásica de los derechos fundamentales está estrechamente vinculada a la estructura de poder social y económico. Pues se reconocían sólo los derechos que interesaban a la burguesía y en los términos que interesaban a la propia burguesía. Habían sido las revoluciones burguesas, con su legislación, las que habían formado el *espacio institucional* en el que los derechos cobraban su efectivo sentido.

Cuando se desarrolla el principio democrático, la ampliación del sufragio coloca a los Parlamentos en condiciones de quebrar la dependencia de la superestructura legal-representativa respecto de la infraestructura económico-social. Las decisiones del Parlamento elegido por sufragio universal masculino no tienen por qué responder a los intereses de las clases dominantes. Con la democratización de los regímenes políticos, la llamada parte orgánica de las constituciones deja de suponer una garantía segura para el tradicional orden jurídico y económico capitalista. Se producirá así, de un lado, una nueva transformación de las relaciones jurídico-privadas, en particular mediante una diferenciada intervención pública que relativiza el dogma de la *autonomía de la voluntad* y quiebra la unidad del Derecho privado liberal. Y también se incrementa la capacidad de acción del Estado, impulsada como tutela activa de la libertad: los derechos suponen un poder público regulador del mercado y redistribuidor de las rentas, un poder fiscal que sostenga infraestructuras y servicios universales de sanidad, educación, transporte...

Mas precisamente entonces surge, al mismo tiempo que el debate sobre este nuevo Estado social, la controversia sobre la posibilidad, oportunidad y límites del *principio de constitucionalidad*: a las medidas legislativas orientadas a la procura de condiciones materiales para el ejercicio de los derechos se opone el propósito de limitar jurídicamente al legislador y someterle al control de los tribunales, especialmente para vincularle a los institutos y derechos que habían permitido el desarrollo del sistema económico; derechos e institutos que directa o indirectamente se elevan a la categoría de principios constitucionales fuera del alcance del legislador, que impiden a la ley sustituir el orden social fundado en los derechos clásicos. Las

garantías de instituto surgen en este contexto, en el marco de la teoría de la Constitución de la República de Weimar<sup>5</sup>. Frente a unos derechos fundamentales que admitían cualquier intervención autorizada por la ley, se alzaron las garantías institucionales como protección sustantiva frente al legislador: determinados contenidos de los derechos fundamentales, determinadas “instituciones”, quedaban sustraídas a su competencia reguladora. Pero ello se refirió sólo a derechos fundamentales determinados, en particular a la garantía de la propiedad privada, que expresamente exige una actividad configuradora del legislador. Pues, sin una garantía de tal género, ¿qué constreñimiento para el legislador supone el reconocimiento constitucional de instituciones cuya configuración se defiere al legislador mismo?

La cuestión se plantea en términos diferentes cuando, tras la segunda guerra mundial, se introduce en el constitucionalismo europeo la jurisdicción constitucional precisamente con el encargo de garantizar que la ley respeta los derechos fundamentales, de limitar su competencia general para la restricción de los derechos. El muy diferenciado procesamiento que la dogmática y la jurisprudencia han realizado de esta irrupción no sólo simultánea, sino interrelacionada, de los principios del Estado social y de constitucionalidad, ha supuesto, en resumen, que los derechos fundamentales habrían sumado, a su vertiente de *derechos subjetivos*, una nueva *dimensión objetiva*, que se proyecta a su vez en varios planos, en cada uno de ellos con sentido diferente.

El aspecto subjetivo sigue siendo primario. En los derechos de autonomía, por ejemplo, ello supone la garantía frente a toda injerencia directa del poder público en la actividad garantizada, y la imposibilidad de que de su ejercicio derive sanción alguna; los límites establecidos por la ley habrán de respetar el contenido esencial del derecho (art. 53.1 de la Constitución Española), lo que conforma un primer y decisivo elemento de objetivación: la norma que recoge el derecho fundamental cobra transcendencia como parámetro de control de la ley, algo que ha expuesto con envidiable claridad Manuel Medina Guerrero<sup>6</sup>.

Pero la objetivación puede contemplarse también desde un segundo punto de vista. Porque un determinado orden de convivencia, el característico del Estado social y democrático de Derecho, cobra real existencia sólo gracias al ejercicio de los derechos: sólo unos ciudadanos que manifiestan sus convicciones, se reúnen y se asocian, trabajan y crean empresas, participan y votan, ponen en pie la estructura característica del Estado constitucional. Por ello se dice que los derechos suponen un elemento objetivo relevante del orden social y político, que tienen una faceta institucional al lado de su vertiente subjetiva<sup>7</sup>. Tal orden de convivencia debe ser estructurado por la ley de modo que dé cabida al ejercicio de los derechos fundamentales; la legislación aparece no como amenaza para los derechos fundamentales, sino contribuyendo a su realización. Desde otra perspectiva confluyente, los derechos fundamentales se consideran como expresiones de valor. Al margen de las dificultades que plantea la doctrina de los valores, también a ella se vincula la tarea de proteger y tutelar los derechos fundamentales que corresponde a los poderes públicos, de manera que la igualdad y la libertad que confieren sean reales y efectivas (art. 9.2 CE). La constitucionalización de específicas instituciones o de determinadas tareas públicas cobra sentido como presupuesto o como garantía del ejercicio de los derechos fundamentales. La predisposición de mecanismos de garantía adecuados, en forma de reglas, instituciones y procedimientos, con la consiguiente articulación de prestaciones y recursos públicos, corresponde prioritariamente al legislador. Con todo ello se explica, desde el punto de vista constitucional, que el derecho de propiedad presupone una configuración legal de su contenido y alcance; que el derecho a la tutela judicial efectiva implica una legislación que ordene los procesos; que el derecho a la participación en los asuntos públicos impone regular los oportunos procedimientos participativos; que el derecho a contraer matrimonio exige una configuración legal de la correspondiente institución

<sup>5</sup> Schmitt, C., “Teoría de la Constitución”, Madrid: Alianza, 1982 (y “Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung”, en la recopilación Schmitt, C., “Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954”, Berlín: Duncker & Humblot, 3.ª ed., 1985).

<sup>6</sup> Medina Guerrero, M., “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, Madrid: McGraw-Hill, 1996.

<sup>7</sup> Häberle, P., “Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts”, Heidelberg: C.F. Müller, 3ª. ed., 1983.

matrimonial; pero también, y es sólo un ejemplo, la libertad de comunicación exige una cierta regulación para garantizar la formación libre de opinión pública, y las asociaciones pueden ser subvencionadas para potenciar la articulación social.

## 2. INTERPRETACIÓN: ESTABILIDAD Y APERTURA.

Las garantías de instituto fueron, pues, una figura dogmática, un “invento” de Carl Schmitt, que perseguía un objetivo determinado. Debe verificarse hoy su necesidad y funcionalidad en el marco de la nueva teoría de los derechos fundamentales<sup>8</sup>. Y, ciertamente, cabe dudar de la necesidad de mantener la idea de las garantías institucionales cuando los propios derechos fundamentales, como ocurre en la Ley Fundamental de Bonn o en la Constitución española, garantizan ya tanto la vinculación del legislador como la preservación del contenido esencial.

Es cierto que la jurisprudencia constitucional española ha hablado reiteradamente de garantías institucionales, en primer lugar en la STC 32/1981, con referencia a la autonomía local (*garantía institucional* en sentido propio, en cuanto referida a una institución de Derecho público). Entretanto, y dejando a un lado autos y providencias, las sentencias del Tribunal Constitucional que utilizan la expresión son más de ochenta, en ese mismo contexto de la autonomía local<sup>9</sup> y también en otros más próximos a los derechos fundamentales. Además de la STC 26/1987, célebre en este contexto, sobre la autonomía universitaria<sup>10</sup>, se encuentran referencias al sentido como garantía institucional del derecho de propiedad y la libertad de empresa (STC 111/1983)<sup>11</sup>, aunque sería aquí más propio hablar de *garantía de instituto* (de Derecho privado), o a la garantía constitucional de la familia (STC 116/1999)<sup>12</sup>.

Mas ¿qué aporta, en el contexto de a nueva dogmática que hemos perfilado, definir un derecho como garantía institucional? ¿Limitan al legislador de forma diferente de la que resulta de la comprensión de los derechos fundamentales conforme a esa nueva doctrina? ¿Se añade algo al afirmar que existe, al lado del derecho a contraer matrimonio, con sus correspondientes dimensiones institucionales y valorativas, una garantía institucional del matrimonio? ¿El derecho de propiedad privada se refuerza acaso cuando se concibe como garantía de instituto?

Con las garantías de instituto, ciertas situaciones sociales, determinados “institutos”, son protegidos frente a la actividad legislativa, frente a un “legislador innovador”. Pero si las garantías de instituto, aún entendidas como “ayudas a la realización” de los derechos fundamentales, se autonomizan respecto de éstos, se plantea el debate sobre las funciones de la constitución democrática; porque, como ha señalado Pedro Cruz, se arriesga con socavar el significado de

<sup>8</sup> Para el debate sobre las garantías institucionales deben citarse en España, al menos, los trabajos de Parejo Alfonso, L., “Garantía institucional y autonomías locales”, Madrid: IEAL, 1981; Baño León, J., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, REDC 24, 1988; y Gallego Anabitarte, A., “Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial”, Madrid: Civitas, 1994.

<sup>9</sup> SSTC 38/1983, 27/1987, 213/1988, 259/1988, 170/1989, 214/1989, 148/1991, 46/1992, 40/1998, 109/1998, 172/1998, 11/1999, 233/1999, 104/2000, 159/2001, 204/2002, 51/2004, 83/2005, 252/2005, 240/2006 y 137/2011, además de las SSTC 76/1988, 140/1990, 159/1993, 27/2000 y 148/2006 sobre el régimen foral, y 16/2003, 62/2003, 109/2004 y 18/2011 sobre el régimen económico y fiscal de Canarias; la descartan para las corporaciones profesionales las SSTC 113/1994 y 179/1994.

<sup>10</sup> Y de las concordantes SSTC 106/1990, 69/2002 y 47/2005.

<sup>11</sup> Cfr. también SSTC 83/1984, 87/1985, 136/1991, 225/1993, 195/1996 y 112/2006 sobre la libertad de empresa, 28/1999 sobre la propiedad privada, 341/2005, sobre las fundaciones.

<sup>12</sup> En otros contextos deben mencionarse también las SSTC 111/1984, 4/1990 y 55/1990, sobre el derecho al juez ordinario; 13/1985, sobre la publicidad de las actuaciones judiciales, 44/1991, 94/2003, 122/2004, 29/2006 y 93/2006, sobre el habeas corpus; 3/1993, 37/1994, 206/1997, 197/2003, 44/2004, 78/2004, 213/2005, 234/2005 y 128/2009, sobre la Seguridad Social; 247/2007, sobre el dominio público hidráulico; 185/1999, sobre la representación política; 49/2008, sobre el Senado. Pueden tenerse en cuenta también las SSTC 119/1986, sobre la libertad de información –considerada como garantía institucional del principio democrático- y 40/1992 y 240/1992 –como garantía institucional de una opinión pública libre-, con variantes de extensión y formulación en sentencias ulteriores -178/1993, 336/1993, 136/1994, 19/1996, 21/2000 y 244/2007-; y las SSTC 156/1989 sobre el antejuicio -como garantía institucional de la jurisdicción-, o la STC 85/2003 y las ulteriores que la citan -SSTC 176/2003, 99/2004, 68/2005, 110/2007, 44/2009, 61/2011- sobre ciertas normas del Derecho electoral como garantía institucional de las agrupaciones de electores.

los derechos fundamentales como derechos individuales al servicio de la libre conformación de la vida privada y de la voluntad colectiva. Mediante la identificación de “rasgos estructurales” o “contenidos nucleares” del instituto existe el riesgo de que éste opere como bloqueo del cambio social, como garantía de un modelo social ajeno a la realidad, petrificando “formas de vida” anticuadas y negando a otras nuevas la correspondiente protección constitucional, impidiendo así no sólo el impulso transformador de la ley, sino incluso la recepción de las transformaciones sociales por parte del Derecho. Eso ocurre especialmente si la garantía, que funciona como delimitación de la correspondiente protección constitucional, se interpreta adicionalmente como criterio de exclusión de otras articulaciones del ejercicio del correspondiente derecho o como privilegio frente a otras instituciones comparables<sup>13</sup>. Esto es, si limita la posibilidad de que el legislador proteja ejercicios del derecho fundamental que no se articulen del modo institucionalmente deseado, o de que abra la protección que la Constitución promueve para determinados institutos a otros distintos, por ejemplo ofreciéndoles una protección equivalente. ¿Supone la garantía de instituto, en términos de Sandra Obermayer, una “protección frente a la competencia”?; ¿tiene un efecto “de reserva” o “de bloqueo” frente a otros ejercicios del derecho fundamental o frente a otras instituciones no garantizadas por la Constitución?

Por otro lado, la condensación del ejercicio de determinados derechos en instituciones concretas tiene un efecto particular en cuanto a las posibilidades de su regulación y limitación, como ha destacado Francisco Bastida Freijedo<sup>14</sup>. Las Constituciones liberales reconocían derechos *que* cumplían una función, pero esta razón era ajena al derecho jurídicamente considerado. Ahora los derechos se reconocen al servicio de su actualización, porque la libre y responsable conformación de la propia existencia determina a la postre el entero orden social. A veces el derecho se atribuye incluso no ya *porque* cumple una función social, sino también y precisamente *para que* la cumpla. La función absorbe el significado mismo del derecho. Ahora bien, cuando el derecho ha sido así definido, resulta necesaria una intervención del Estado para precisar tal función social y para asegurar su efectivo cumplimiento; y pueden establecerse de ese modo límites al libre ejercicio del derecho fundamental. Ocurre paradigmáticamente con el derecho de propiedad, que ya no es un derecho absoluto: su función social, de acuerdo con la Constitución, habilita a las leyes para delimitar su contenido, y ello abre la puerta a una muy diferenciada configuración legal de la propiedad, cuyos límites quiebran el modelo liberal (art. 33 CE); otro tanto ocurre con la libertad de empresa (art. 38 CE). En estos casos, la comprensión institucional sirve no como garantía adicional del derecho, sino como criterio justificador de mayores limitaciones determinadas por la función.

Todo ello depende, a la postre, del modo en que se interprete el ámbito protegido por la garantía de instituto. O, dicho en otros términos, de la existencia de condiciones particulares para considerar admisible la modificación de los rasgos estructurales o del contenido nuclear de la garantía de instituto, que sean diferentes, más o menos rigurosas, de las fijadas por los límites de la interpretación constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales. Tales límites son, para los derechos fundamentales, bien conocidos en abstracto: se habla del principio de proporcionalidad, pero sobre todo del contenido esencial. Dejemos aquí a un lado las variantes de formulación dogmática y especificación concreta, que ciertamente van más allá del matiz. Se trata, en todo caso, de límites que funcionan en Alemania frente a las normas que restringen los derechos fundamentales; por eso no resulta allí fácil proyectarlos sobre la faceta institucional de los derechos o sobre el deber de protección y promoción que incorporan. Pero, como observó tempranamente Ignacio de Otto y Pardo, el contenido esencial se refiere en la Constitución española, de modo genérico, a las normas que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales, y por ello también, al menos potencialmente, a las que los desarrollan o los protegen<sup>15</sup>. Podría entenderse, de este modo, que los derechos

<sup>13</sup> Obermayer, S., “La garantía constitucional del matrimonio y la regulación legal de la pareja”, TRC 14, 2004.

<sup>14</sup> Bastida Freijedo, F.J., “La relevancia constitucional de los partidos políticos y sus diferentes significados: la falsa cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos”, en “Derecho de partidos” (coord. por González Encinar, J.J.), Madrid: Espasa-Calpe, 1992.

<sup>15</sup> de Otto y Pardo, I., “La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Martín-Retortillo, L., de Otto y Pardo, I., “Derechos fundamentales y Constitución”, Madrid: Civitas, 1988.

despliegan un contenido esencial en cuanto derechos de defensa, pero también en su proyección institucional: la necesidad conceptual de la garantía de instituto habría decaído entre nosotros. Bastaría con explorar las posibilidades inherentes a la noción de contenido esencial.

Por último, es preciso señalar que el problema de la interpretación se plantea de modo diferente en cada ordenamiento en función no sólo de las condiciones peculiares de las normas sustantivas y adjetivas objeto de interpretación, sino también de las estructuras llamadas a actualizar el contenido de la Constitución. Dicho sin mayor desarrollo: la jurisdicción constitucional y la reforma de la Constitución cumplen la doble y contradictoria función de asegurar la estabilidad del Derecho constitucional frente a los vaivenes de la voluntad política y de acompasar las normas de la Constitución a los avatares históricos. Se ha sostenido a veces que actúan en régimen de división de trabajo: la jurisdicción constitucional fijando los límites de lo admisible a partir del Derecho vigente, la reforma de la Constitución sustituyendo tal Derecho cuando se considera necesario rebasar tales límites. Pero lo cierto es, como ha mostrado Javier Pérez Royo, que la interpretación constitucional es también un elemento dinámico en la actualización del contenido de las normas constitucionales, del mismo modo que la rigidez de la Constitución es más un factor de estabilidad que una puerta abierta a las transformaciones. Esta doble función compartida por dos instituciones diferentes se proyecta, además, sobre normas de muy distinto género. Resulta significativo que en Alemania, donde las reformas constitucionales han sido muy frecuentes, éstas se hayan concentrado en el problema de la articulación del poder, especialmente territorial, mientras que la comprensión de los derechos fundamentales ha evolucionado bajo la orientación de la jurisprudencia constitucional. En España, la reforma constitucional parece bloqueada por razones históricas que no cabe analizar en este momento, y que en cualquier caso no parecen fáciles de superar<sup>16</sup>; sólo la jurisprudencia constitucional está en condiciones de proporcionar la imprescindible flexibilidad a los mandatos constitucionales, algo que afecta de manera peculiar a los derechos fundamentales y a su faceta institucional.

### 3. EL MATRIMONIO COMO GARANTÍA DE INSTITUTO

Pasemos a aplicar cuando hemos planteado hasta aquí al caso del matrimonio. Sea objeto de un derecho o conforme también una garantía de instituto, resulta necesario delimitar su objeto, y también la finalidad de las reglas jurídicas que han de proteger la comunidad de vida resultante.

El derecho a contraer matrimonio implica, en efecto, una idea de matrimonio más o menos mudable, pero en cualquier caso presupuesta por la norma constitucional y que se impone al legislador. Si hubiera un derecho a contraer, no el matrimonio, sino la gripe, tendríamos que definir el correspondiente virus, por encima de sus mutaciones anuales. El contenido esencial de cualquier derecho incorpora la interdicción de la definición arbitraria, como puso de manifiesto la STC 341/1993, en la que el Tribunal Constitucional se enfrentó al problema que planteaba la definición legislativa de fragancia a los efectos de delimitar la protección ofrecida por la inviolabilidad de domicilio. La delimitación jurídica del instituto matrimonial ha de partir también de cierto significado básico. No tiene mayor sentido plantearse si es o no “de Derecho natural”: no ya porque en el Estado constitucional toda libertad es no natural, sino constituida; sino, especialmente, porque el hombre no es nunca mera naturaleza, sino, ante todo, civilización (la *polis* griega va más allá de lo que hoy se entiende por política, de modo que considero más adecuado traducir la célebre expresión de Aristóteles haciéndola pasar antes por la *cives* romana). El Derecho positivo, en cualquier caso, cuando menos ha conformado y sigue conformando esas relaciones sociales supuestamente naturales. La cuestión es, pues, qué imagen jurídica resulta relevante para perfilar el concepto de constitucional de matrimonio.

<sup>16</sup> Aún es pronto para valorar el efecto que sobre tal consideración, de carácter general, pueda haber tenido la segunda reforma de nuestra Constitución, propuesta y completada con sorprendente rapidez, por la que se modifica el art. 135 CE (BOE de 27 de septiembre de 2011). Sobre ella publicará en breve un número monográfico la revista *Teoría y Realidad Constitucional*.

Pues bien, la idea básica de las garantías de instituto supone que la Constitución consolida una institución preexistente, y hace preciso recurrir a los rasgos estructurales del matrimonio en el momento de su aprobación. Y esa imagen del matrimonio es, naturalmente, la que procede del Derecho canónico, por más que distintas leyes de matrimonio civil hubieran introducido algunas adaptaciones *ad hoc*. Apenas cabía hablar en 1978 de una construcción dogmática del matrimonio verdaderamente distinta de la ofrecida por los canonistas.

Frente a esta interpretación se ha argumentado que la institución matrimonial ha de entenderse modificada de conformidad con el proceso de secularización en el que se inserta la propia Constitución<sup>17</sup>. No obstante, no parece que la Constitución cierre ese proceso, en términos que puedan determinar el sentido originario de las instituciones que consagra; sino que más bien se limita a abrirlo jurídicamente, al mismo tiempo que los Acuerdos con la Santa Sede y el art. 16.3 de la Constitución Española procuraban embridarlos. Un buen ejemplo de ello es el art. 32.2 CE, que atribuye al legislador civil la regulación de las formas y los efectos del matrimonio, de los requisitos de capacidad, y también de las causas y efectos de la separación y disolución: se trataba especialmente de un mandato orientado a evitar el viejo monopolio de la jurisdicción eclesiástica sobre el matrimonio de los bautizados, pero relativamente abierto en cuanto al contenido efectivo de la regulación. En cualquier caso: las garantías institucionales contenidas en la Constitución, en la medida en que cumplan su función básica de preservar el *statu quo*, estarían diseñadas como rémoras para dicha transformación.

En segundo lugar, y sobre todo, la secularización supone ciertamente desvincularse de la autoridad de la Iglesia en la determinación del Derecho del Estado, pero ello no implica desprenderse de cuantos contenidos jurídicos han sido históricamente influidos por la tradición canonística, especialmente cuando éstos han acreditado su funcionalidad en el ámbito del Derecho estatal. Y, en este sentido, no ha de ocultarse que el matrimonio canónico ha sido, de un lado, elemento esencial del Derecho civil patrimonial, en particular en su configuración de la sucesión legítima. Frente a la primacía del libre consentimiento en la formación de una comunidad de vida dominada por la  *affectio maritalis*, procedente del Derecho Romano<sup>18</sup>, la formalización tridentina<sup>19</sup> coincide con el momento en el que también se consolidan el capitalismo familiar y el Estado como comunidad dinástica. De otro lado, la Iglesia, incluido su derecho matrimonial y de familia, constituyó el soporte asistencial fundamental del Estado burgués.

En definitiva: una cosa es reconocer la autoridad del Estado para regular el matrimonio y otra distinta concebir éste en términos ajenos a los que han conformado históricamente la institución. La experiencia de otros Estados más tempranamente secularizados que el nuestro, y que mantienen una imagen del matrimonio bastante tradicional, pone de manifiesto la diferencia entre ambas ideas.

Las vías complementarias que identifica la jurisprudencia constitucional para acceder al contenido esencial de un derecho (STC 11/1981; valga decir, en este caso, de una institución: STC 32/1981), nos remontan a la jurisprudencia de conceptos y a la de intereses. La doctrina canónica de las propiedades y de los fines del matrimonio seguiría siendo, pues, determinante de la identidad de la institución. Con ella se lograría poner cierto orden en los diversos elementos que se suelen mencionar, aunque no siempre con el mismo alcance, como estructurales para el matrimonio en nuestra cultura: la heterosexualidad, la monogamia, la exogamia, la estabilidad... Todos ellos serían característicos, en distinto grado, de una determinada "forma de vida" dotada de un cierto sustrato social, de un modo peculiar de desarrollo de la personalidad en una particular comunidad de vida.

<sup>17</sup> Fernández-Coronado González, A., "El proceso de secularización del matrimonio", Madrid: CEPC, 2004, y "La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual", Foro 2006.

<sup>18</sup> Acerca del matrimonio en Roma basta recuperar Schulz, F., "Derecho Romano Clásico", Barcelona: Bosch, 1960 (contrastándolo, si se desean con el "Prólogo" del traductor Santa Cruz Teigeiro, J.).

<sup>19</sup> Para la evolución del matrimonio en el Derecho canónico pueden verse las referencias clásicas de Maldonado, J., "Curso de Derecho Canónico para juristas civiles. Parte General", Madrid, 1967, y de del Giudice, V., "Nociones de Derecho Canónico", Pamplona: Studium Generale, 1955.

El Código de Derecho Canónico<sup>20</sup> dice que “las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad” (c. 1056), si bien distinguen los canonistas entre los preceptos de derecho natural primario, que prohibirían todo lo más la poliandria, y los de derecho natural secundario, entre los que estarían la prohibición de la poliginia y la indisolubilidad. Por lo que se refiere no a la naturaleza, sino al sentido que atribuye el Derecho a la protección del instituto, al fin público que cubre, el Derecho canónico se refería a los fines del matrimonio en 1917 distinguiendo entre los primarios y los secundarios: “La procreación y educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es el fin secundario” (c. 1013 § 1 del CIC del Cardenal Gasparri). De esa finalidad primaria deriva no sólo la heterosexualidad como elemento esencial del matrimonio, sino también el significado atribuido al impedimento de impotencia, que se considera connatural a la institución, por más que de nuevo nos encontremos aquí con sutiles distinciones entre *impotentia coeundi* e *impotentia generandi*. Y también en la sección relativa a los impedimentos dirimentes la Iglesia considera de Derecho natural y relacionado con el fin de la procreación el de consanguinidad en línea recta, al menos en su primer grado, y el que existe entre hermanos consanguíneos.

Tenemos, pues, en atención a la tradición canonística, la primacía del consentimiento como elemento definitorio del matrimonio, la monogamia y la estabilidad como propiedades características, y la heterosexualidad y la exogamia como principios generales vinculados a la formación de una familia. La formalización sería el elemento clave en la construcción institucional, decisiva a partir del Concilio de Trento. Todos ellos serían caracteres, en cualquier caso, que la propia tradición jurídico-canónica contempla con una sutileza y una flexibilidad mucho mayores de lo que acostumbran a difundir la teología pastoral y la teología dogmática. Esa tradición jurídica diferencia también entre el matrimonio como institución natural y el matrimonio entre bautizados, que por su carácter sacramental caería más plenamente bajo la jurisdicción de la Iglesia. La construcción jurídico-canónica del matrimonio como institución natural sería la que contribuiría a la definición constitucional del matrimonio.

Pero insistamos ahora en un aspecto determinante que orienta sobre el sentido de la garantía institucional: la relación entre matrimonio y familia, con la consiguiente determinación de los fines del matrimonio. El art. 119 de la Constitución de Weimar, en cuyo contexto se consagra la idea del matrimonio como garantía institucional, declara: “El matrimonio, como fundamento de la vida familiar y del sostenimiento y el crecimiento de la nación, queda bajo la protección especial de la Constitución”. El artículo se sitúa en la sección “La vida comunitaria” y vincula la protección del matrimonio a la política demográfica. Matrimonio y familia resultan imbricados hasta tal extremo que la protección del matrimonio se justifica en cuanto comunidad procreadora. En la Ley Fundamental de Bonn, matrimonio y familia permanecen unidos, y además considerados desde la idea de la protección inherente a la garantía institucional: “El matrimonio y la familia están bajo la especial protección del Estado”, dice el art. 6.1, que dedica sus párrafos ulteriores a la protección de la familia y los hijos. Sin embargo, el Código de Derecho Canónico de 1983 reforma la dicción del canon correspondiente, eliminando la jerarquía de fines y dando así cierta autonomía al matrimonio respecto de la familia: el matrimonio está “ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole” (c. 1055 § 1). Cabe apreciar también un cierto desplazamiento, en la medida en que se habla de derecho, aunque sea de configuración legal (naturalmente a cargo del Estado), en el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “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”. En el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, matrimonio y familia se identifican ya como elementos independientes, como objeto de sendos derechos autónomos, también,

<sup>20</sup> Con referencia al “Código de Derecho Canónico” de 1917, vigente en el momento de aprobarse la Constitución, pueden verse por ejemplo el texto bilingüe editado por la BAC y comentado (en esta parte) por Miguélez Domínguez, L., Madrid, 1976 para la undécima edición, y el clásico manual de Bernárdez Cantón, A., “Curso de Derecho Matrimonial Canónico”, Madrid: Tecnos, 3ª. ed., 1971. Para el Código de 1983, que es el citado en el texto cuando no se indica otra cosa, cabe remitirse de nuevo a la “Edición Bilingüe Comentada” que dirige para la BAC de Echeverría, L., Madrid, 1983 (los cánones sobre el matrimonio están comentados por Federico Aznar), y las páginas que se le consagran en Mostaza, A., *et alii*, “Nuevo Derecho Canónico. Manual Universitario”, Madrid: BAC, 1983, inmediatamente después de su aprobación.

por supuesto, de configuración legal: “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Y añaden las correspondientes explicaciones que “la redacción de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia”. La garantía institucional de la familia queda precisada con la ayuda de otros preceptos, como son los que hacen referencia al derecho del menor a mantener contacto con sus padres (art. 24.3 CDFUE), y especialmente, en el art. 33 CDFUE, que recoge los principios para la protección jurídica, económica y social de la familia y la conciliación de la vida familiar y profesional; pero nada de eso afecta ya al derecho a contraer matrimonio. En la Constitución española, en fin, el matrimonio se independiza por completo y la protección de la familia se ubica en un precepto diferente.

Sobre el alcance y el sentido de dicha autonomía no podemos detenernos aquí, porque requeriría estudios de historia, sociología y antropología que tampoco estoy en condiciones de acreditar; pero en todo caso ha de ser puesta en relación con transformaciones profundas en la concepción del papel social de la mujer, en la comprensión individual y social de la función reproductora, en el cumplimiento de las tareas de educación de la prole y de protección de los ancianos, en las innovaciones de la medicina reproductiva y de la biogenética, en la posición relativa de los espacios dominados y efectivos y, en consecuencia, en la comprensión de la herencia y en la estructura y las formas patrimoniales que forman parte del caudal hereditario, en la concepción de la legítima que deriva de ello y que ha sido magníficamente estudiada por la civilista Teodora Torres<sup>21</sup>, etc., etc. La consecuencia de todo ello es que el Estado no puede negar la protección propia de la familia a las relaciones familiares ajenas al matrimonio; en tal caso entrarían en juego las garantías propias del principio de igualdad.

En definitiva: la garantía institucional del matrimonio se vincula a la imagen del mismo acuñada por el Derecho canónico; pero ésta, en sus perfiles verdaderamente elementales, es menos rígida de lo que cabría suponer. Y, en segundo lugar, una relevancia no menor tiene la distancia entre matrimonio y familia que sugiere la interpretación sistemática de la Constitución. En ella debe atribuirse un papel decisivo a las conexiones y distancias específicas, por ejemplo entre matrimonio y familia, y no tanto a los vínculos genéricos que, inspirados por el principio de la “unidad de la Constitución”, inteligentemente desmontado por Friedrich Müller<sup>22</sup>, tienden a configurar un “sistema cerrado de derechos” en torno a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad; que, por cierto, ni siquiera son derechos fundamentales en nuestro ordenamiento.

Desvinculado del mandato de protección de la familia, el matrimonio se reduce, pues, a una forma de configuración de la vida privada en el marco de un *consortium totius vitae* ordenado al bien de los cónyuges, como dice el c. 1055 del Código de Derecho Canónico. Y ello ya no exige el mantenimiento rígido de algunas de las llamadas propiedades del matrimonio, en particular la heterosexualidad y la exogamia. Tampoco la estabilidad tendencial del matrimonio parece incompatible, pese a algunas opiniones en contrario, con la posibilidad del divorcio consensual, instaurado en España al mismo tiempo que el matrimonio homosexual, aunque en una ley diferente. Quizá la determinación más relevante del art. 32.2 de la Constitución Española fuera que la ley había de prever la posibilidad de disolución del matrimonio, lo que sin duda iba más allá de la nulidad y de la mera dispensa del impedimento de vínculo en el caso del matrimonio rato y no consumado; en ese sentido, alguna forma de divorcio civil sería consustancial a la garantía constitucional del matrimonio, algo que por fortuna ha dejado de ser debatido desde la entonces muy polémica ley de divorcio de 1981. Frente al actual divorcio consensual tampoco opera como restricción, aunque haya sido apuntado así, la referencia constitucional a las causas de disolución, que bien pueden ser entendidas en sentido formal y no sustancial<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Torres García, T.F., “La legítima en el Código Civil”, en “Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones” (ed. de Álvarez González, S.), Santiago de Compostela: Universidad, 2009.

<sup>22</sup> Müller, F., “Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus”, Berlín: Duncker & Humblot, 2.ª ed., 2007.

<sup>23</sup> Cfr. Andrés Domínguez Luelmo, A., “El matrimonio y su naturaleza tras la Ley 15/2005: consecuencias jurídicas de la supresión de las causas de separación y divorcio”, en “Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones” (ed. de Álvarez González,

#### 4. EL ARTÍCULO 32 CE COMO DERECHO FUNDAMENTAL: LIBERTAD E IGUALDAD.

El último paso en este camino es descubrir si, en definitiva, tiene sentido seguir pensando en una garantía institucional<sup>24</sup>. Podría recordarse en este punto que el matrimonio ha sido siempre calificado por la Iglesia, que tiene firmemente interiorizada la teoría de la institución, no como institución, sino como contrato consensual: las teorías institucionales que entraron en boga en la teoría política a partir de la construcción de Maurice Hauriou<sup>25</sup>, en la filosofía del Derecho en España a partir del libro de Joaquín Ruiz Giménez de 1944<sup>26</sup>, y en el Derecho matrimonial español, como queda dicho, desde el que escribiera Giménez Fernández un año antes, se han encontrado con reservas no menores al menos hasta el Concilio Vaticano II. En parte, quizá, debido a la vinculación inseparable entre la celebración del contrato matrimonial y el sacramento, que es la verdadera propiedad característica del matrimonio canónico y a la que aquí, por supuesto, no cabe atender. La teoría institucional del matrimonio surge en el Derecho canónico no directamente frente a la tradicional teoría consensual, sino precisamente para frenar la contaminación que ésta sufre por parte de un Derecho civil liberal que reducía las exigencias del *ius cogens*. La renovación del Derecho privado que tiene lugar en el marco del nuevo Estado constitucional, a la que ya nos hemos referido más arriba, hace que esa calificación pierda parte de su sentido. No deja de ser significativo, por lo demás, que los derechos se proclamen como tales cuando apenas funcionan como derechos, sino que son sólo instituciones configuradas por la ley, y que se insista en su carácter institucional justo cuando se refuerza su garantía en cuanto derechos; desprenderse ahora de ese aspecto institucional no debería conducir, en cualquier caso, a que desaparezcan no sólo en cuanto instituciones, sino también en cuanto derechos.

El carácter institucional puede ser indudable en Alemania: allí no se habla del derecho a contraer matrimonio, sino de una especial protección del mismo a cargo del Estado, ajena por lo demás a la idea de contenido esencial. La situación en España es diferente. Luis María Díez-Picazo ha insistido en que, aunque los países occidentales compartamos una misma cultura social e incluso constitucional, las garantías institucionales, y entre ellas la del matrimonio, son específicas de cada ordenamiento constitucional positivo: los problemas constitucionales que plantea una misma regulación legislativa, por tanto, no siempre son los mismos<sup>27</sup>.

Entre nosotros, la identificación como garantía de instituto sólo podría tener sentido para subrayar la delimitación del matrimonio respecto de la libertad de los cónyuges constitucionalmente consagrada como derecho; una delimitación que, a su vez, sólo tiene sentido sea como justificación de privilegios, sea incluso como exclusión de beneficios. Pero una Constitución democrática y liberal no debería entender las garantías de instituto como criterio de exclusión para cualquier acción legislativa que abra el horizonte institucional de la realización autónoma de los derechos, tanto en su objeto como en sus efectos; sería preciso mantener, frente al privilegio que puede suponer el instituto, la apertura de la vida social que deben garantizar los derechos fundamentales. Ante la extensión de la protección legal a otros supuestos que no se consideren cubiertos por derecho fundamental alguno, la Constitución tampoco debe entenderse como una garantía de privilegio, sino sólo como una garantía frente al eventual perjuicio. El mandato de supresión de las discriminaciones ha llevado a considerar, incluso en Alemania, donde la garantía institucional es expresa, que resulta constitucionalmente impuesto, si bien no una equiparación general de cualesquiera comunidades de convivencia, sí la adopción de una forma institucional para las parejas homosexuales que las equipare sustancialmente al matrimonio.

S.), Santiago de Compostela: Universidad, 2009.

<sup>24</sup> Souto Galván, E., "El derecho a contraer matrimonio homosexual", en "El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez" (coord. por Souto Paz, J.A.), Granada: Comares, 2008.

<sup>25</sup> Hauriou, M., "La théorie de l'institution et de la fondation", Cahiers de la Nouvelle Journée 4, 1925.

<sup>26</sup> Ruiz-Giménez Cortés, J., "La concepción institucional de Derecho", Madrid: IEP, 1944.

<sup>27</sup> Díez-Picazo Giménez, L.M<sup>a</sup>., "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", InDret 2007.

Si nos centramos, pues, en el derecho a contraer matrimonio tal y como figura en la Constitución, hay que pensar primero en un derecho individual de libertad. La libertad negativa de no contraer matrimonio, de no contraerlo con una persona determinada o de no contraerlo en un momento determinado, se garantiza frente a las prácticas del matrimonio acordado o impuesto, que parecen radicalmente inadmisibles: los poderes públicos tienen que atender aquí a su deber de protección. Los límites a la libertad positiva procederían de prohibiciones que impiden o coartan su ejercicio libre y consciente; los impedimentos del matrimonio (edad, parentesco e incluso vínculo, con la consiguiente prohibición de la poligamia) habrán de buscar justificación conforme a las reglas generales; tal justificación, sin duda, no resulta difícil en muchos supuestos, pero quizá no tanto a causa de una supuesta incompatibilidad conceptual con el matrimonio como por la existencia de razones plausibles de orden público. Por ejemplo, la garantía de la libertad de consentimiento y la prevención de los abusos sexuales en el seno de la familia son razones que el propio Derecho canónico ha invocado siempre como razón adicional para explicar los impedimentos de edad y parentesco en cuanto límites al *ius connubi*. En cualquier caso, la diferenciación entre matrimonio y familia permitiría considerar inherente al matrimonio una voluntariedad del vínculo que no cabría presumir en las relaciones de origen familiar (convivencia entre hermanos o entre padres e hijos); la protección constitucional de la familia haría innecesario, por lo demás, acudir al expediente del vínculo matrimonial (casos *Burden vs. RU* resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias de 12.12.06 y 29.04.09).

En cuanto al derecho a contraer matrimonio con una persona del mismo sexo, comenzaré recordando que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho a la unión heterosexual de los transexuales conforme a su nuevo sexo, lo que introduce una primera variante significativa en el principio de heterosexualidad. A raíz de ello se ha planteado un curioso caso en Alemania, estudiado entre nosotros por Mariano García Pechuán, en el que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha admitido la persistencia como matrimonio homosexual del contraído como heterosexual cuando uno de los contrayentes, en el caso en cuestión a los ochenta años y tras varias décadas de feliz matrimonio, ha cambiado de sexo<sup>28</sup>. En España se ha insistido en que la referencia al hombre y la mujer por parte del art. 32 de la Constitución se orientaba a consagrar el matrimonio heterosexual, de modo que el homosexual sería, en su caso, una mera opción legislativa, ciertamente legítima; es la opinión de una buena parte de los autores, desde la civilista M<sup>a</sup> Paz García Rubio<sup>29</sup> a especialistas en Derecho eclesiástico del Estado como Dionisio Llamazares<sup>30</sup>. En este extremo hay que señalar que el diferente rango, constitucional o legal, de la garantía de un derecho, no afecta a su naturaleza sustantiva, por ejemplo a los efectos de imponer una diferente *nomen iuris*: así se ha dicho, por ejemplo, con referencia a los derechos reconocidos por la Constitución sólo a los españoles y cuya extensión para los extranjeros no sólo no está excluida, sino que tiene cierto alcance constitucional por virtud del art. 13.1 de la Constitución (arts. 19 y 29 CE).

Lo cierto, sin embargo, y dejando ahora a un lado las limitadas prestaciones de la interpretación textual<sup>31</sup>, es que la referencia al hombre y la mujer tenía en aquel momento otro objeto. Debía ser leída en relación con el último fragmento de la frase, que subraya la igualdad de ambos en el matrimonio. Esto es: la Constitución española no pretendía prevenir frente a un entonces inimaginable matrimonio homosexual: ésta era, sencillamente, una cuestión no planteada, y por ello no resuelta. Lo que se quería era superar una institución matrimonial asentada sobre la

<sup>28</sup> García Pechuán, M., "Una primera protección constitucional para el matrimonio homosexual en Alemania: la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 27 de julio de 2008", Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 60/61, 2007.

<sup>29</sup> García Rubio, M<sup>a</sup>.P., "Viejos y nuevos apuntes sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual", en "Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones" (ed. de Álvarez González, S.), Santiago de Compostela: Universidad, 2009, y previamente "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", en "Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI" (dir. por Lasarte Álvarez, C.), Madrid: UNED-IDADFE-El Derecho, 2006..

<sup>30</sup> Dionisio Llamazares Fernández, D., "El matrimonio homosexual", en "El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez" (coord. por Souto Paz, J.A.), Granada: Comares, 2008.; cfr. también, por ejemplo, Pérez Álvarez, S., "El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?", REE 12, 200.

<sup>31</sup> Cfr. Depenheuer, O., "Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation", Heidelberg: Decker & Müller, 1988.

autoridad del marido (que en algunos casos se consideraba inherente a la propia consideración institucional), proyectando al ámbito de las relaciones matrimoniales, sustancialmente privadas, el principio de igualdad. Y eso es algo que no siempre se destaca debidamente; cuando se dice que tal norma es redundante respecto del art. 14 de la Constitución se obvian los problemas que planteaba entonces, y aún sigue planteando en alguna medida, la aplicación del principio de igualdad en las relaciones entre particulares; yo mismo he escrito algún apunte al respecto, pero Fernando Rey lo ha estudiado con mucho mayor detalle<sup>32</sup>.

La Constitución española regula el derecho a contraer matrimonio, en definitiva, no sólo en cuanto derecho de libertad, sino especialmente en cuanto derecho de igualdad. El derecho a contraer matrimonio presupone, de acuerdo con el apartado segundo del correspondiente precepto, la existencia de la correspondiente regulación legal, que en todo caso ha de garantizar la igualdad entre los cónyuges heterosexuales. Quizá esa igualdad entre los cónyuges en el matrimonio heterosexual sea, por cierto, el mejor argumento constitucional contra la admisión de la poligamia. La consecuencia más heterodoxa de esta explicación es que la que podríamos llamar poligamia homosexual encontraría menos obstáculos en nuestro ordenamiento, también porque en ella no se plantean los mismos problemas de determinación de la filiación. Pero confío en que sabrá encontrar el lector alguna buena razón para desechar esta tesis disparatada; yo mismo he explicado, por lo demás, que la *reductio ad absurdum* no siempre es un criterio de interpretación idóneo para un Derecho constitucional orientado por el principio de *concordancia práctica*<sup>33</sup>; de modo que tampoco debería entenderse este último desvarío como un irónico desmentido de todo el discurso previo.

## 5. CONCLUSIÓN

Ha mostrado Peter Häberle que los derechos se han perfilado y cobran sentido, en las sociedades y en la dinámica política, en tensión respecto de la ley; no pueden desarrollarse al margen del legislador y de las tareas públicas, en la unidad que conforman consiste la Constitución<sup>34</sup>. La necesaria *interpretación de la Constitución conforme a la ley*<sup>35</sup> complementa, en una consideración dialéctica, la usual perspectiva jerárquica condensada en el principio de *interpretación de la ley conforme a la Constitución*, y debe estar, en términos de Häberle, *abierta al tiempo*<sup>36</sup>: ha de tener en cuenta *la ley actualmente vigente*.

En cuanto a la disputa sobre el matrimonio homosexual: no existen a mi juicio datos suficientes en la interpretación histórica y sistemática de la Constitución para entender que ésta excluye la definición del matrimonio como comunidad indistintamente heterosexual u homosexual. El principio de igualdad y la interdicción de la discriminación por razón de sexo, o quizá mejor de orientación sexual, tampoco imponen la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales: no parece irrazonable entender que el art. 32.1 de la Constitución, con su referencia expresa al hombre y la mujer, al menos permite al legislador introducir el correspondiente criterio de diferenciación. Ahora bien, de no darse tal extensión del matrimonio para los homosexuales, la orientación sexual de los miembros de la pareja no ha de conllevar discriminación alguna: la reserva del *nomen iuris* para el matrimonio heterosexual sería, a la postre, sólo un símbolo. Y la disputa en torno a los símbolos, sea el matrimonio heterosexual o la unidad de la Nación española, no debe plantearse a mi juicio ante el Tribunal Constitucional, sino que ha de dilucidarse por el legislador en el marco de la también häberliana *sociedad abierta de intérpretes de la Constitución*<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Rey Martínez, F., "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", Madrid: McGraw-Hill, 1995, e "Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", Revista Derecho del Estado 25, 2010. Mis sugerencias al respecto constan en Gutiérrez Gutiérrez, I., "Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares", TRC 3, 1999.

<sup>33</sup> Cfr. Hesse, K., "Escritos de Derecho constitucional", Madrid: CEC, 1983, págs. 48 s.

<sup>34</sup> Häberle, P., por ejemplo en "La garantía constitucional de los derechos fundamentales" (ed. de López Pina, A.), Madrid: Civitas, 1991, y en "Democracia representativa y parlamentarismo" (ed. de López Pina, A.), Madrid: Senado, 1994..

<sup>35</sup> La idea puede verse apuntada por su maestro Hesse, K., "Escritos de Derecho constitucional", Madrid: CEC, 1983, pág. 57.

<sup>36</sup> Häberle, P., "Die Verfassung des Pluralismus", Königstein im Taunus: Athenäum, 1980.

<sup>37</sup> Häberle, P., "Verfassung als öffentlicher Prozeß", Berlín: Duncker und Humblot, 3ª. ed., 1998.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

Baño León, J., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, REDC 24, 1988.

Bastida Freijedo, F.J., “La relevancia constitucional de los partidos políticos y sus diferentes significados: la falsa cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos”, en “Derecho de partidos” (coord. por González Encinar, J.J.), Madrid: Espasa-Calpe, 1992.

Bernárdez Cantón, A., “Curso de Derecho Matrimonial Canónico”, Madrid: Tecnos, 3ª. ed., 1971.

“Código de Derecho Canónico y legislación complementaria. Texto bilingüe y comentarios”, Madrid: BAC, 1976.

“Código de Derecho Canónico. Edición Bilingüe Comentada” (dir. por de Echeverría, L.), Madrid: BAC, 1983.

Cruz Villalón, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, REDC 25, 1989.

Deppenheuer, O., “Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation”, Heidelberg: Decker & Müller, 1988.

Díez-Picazo Giménez, L.Mª., “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, InDret 2007.

Domínguez Luelmo, A., “El matrimonio y su naturaleza tras la Ley 15/2005: consecuencias jurídicas de la supresión de las causas de separación y divorcio”, en “Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones” (ed. de Álvarez González, S.), Santiago de Compostela: Universidad, 2009.

Fernández-Coronado González, A., “El proceso de secularización del matrimonio”, Madrid: CEPC, 2004,

“La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, Foro 2006.

Gallego Anabitarte, A., “Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial”, Madrid: Civitas, 1994.

García Pechuán, M., “Una primera protección constitucional para el matrimonio homosexual en Alemania: la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 27 de julio de 2008”, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 60/61, 2007.

García Rubio, Mª.P., “Viejos y nuevos apuntes sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual”, en “Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones” (ed. de Álvarez González, S.), Santiago de Compostela: Universidad, 2009.

“La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, en “Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI” (dir. por Lasarte Álvarez, C.), Madrid: UNED-IDADFE-EI Derecho, 2006.

Giménez Fernández, M., “La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia Católica”, Madrid: Editorial Católica, 1943.

Giudice, V., “Nociones de Derecho Canónico”, Pamplona: Studium Generale, 1955.

Grimm, D., “Constitucionalismo y derechos fundamentales”, Madrid: Trotta, 2006.

Gutiérrez Gutiérrez, I., “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, TRC 3, 1999.

Häberle, P., “Die Verfassung des Pluralismus”, Königstein im Taunus: Athenäum, 1980.

“Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts”, Heidelberg: C.F. Müller, 3ª. ed., 1983.

“La garantía constitucional de los derechos fundamentales” (ed. de López Pina, A.), Madrid: Civitas, 1991.

“Democracia representativa y parlamentarismo” (ed. de López Pina, A.), Madrid: Senado, 1994.

“Verfassung als öffentlicher Prozeß”, Berlín: Duncker und Humblot, 3ª. ed., 1998.

Hauriou, M., “La théorie de l’institution et de la fondation”, Cahiers de la Nouvelle Journée 4, 1925.

Hesse, K., “Escritos de Derecho constitucional”, Madrid: CEC, 1983.

Llamazares Fernández, D., “El matrimonio homosexual”, en “El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez” (coord. por Souto Paz, J.A.), Granada: Comares, 2008.

López Pina, A., Gutiérrez Gutiérrez, I., “Elementos de Derecho Público”, Madrid: Marcial Pons, 2002.

Maldonado, J., “Curso de Derecho Canónico para juristas civiles. Parte General”, Madrid, 1967.

Medina Guerrero, M., “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, Madrid: McGraw-Hill, 1996.

Mostaza, A., *et alii*, “Nuevo Derecho Canónico. Manual Universitario”, Madrid: BAC, 1983.

Müller, F., “Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus”, Berlín: Duncker & Humblot, 2.ª ed., 2007.

Obermayer, S., “La garantía constitucional del matrimonio y la regulación legal de la pareja”, TRC 14, 2004.

de Otto y Pardo, I., “La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Martín-Retortillo, L., de Otto y Pardo, I., “Derechos fundamentales y Constitución”, Madrid: Civitas, 1988.

- Parejo Alfonso, L., "Garantía institucional y autonomías locales", Madrid: IEAL, 1981.
- Pérez Álvarez, S., "El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?", REEI 12, 2006.
- Pérez Royo, J., "La reforma de la Constitución", Madrid: Congreso de los Diputados, 1987.
- Rey Martínez, F., "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", Madrid: McGraw-Hill, 1995.
- "Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", Revista Derecho del Estado 25, 2010.
- Ruiz-Giménez Cortés, J., "La concepción institucional de Derecho", Madrid: IEP, 1944.
- Schmitt, C., "Teoría de la Constitución", Madrid: Alianza, 1982
- "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung", en Schmitt, C., "Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954", Berlín: Duncker & Humblot, 3.<sup>a</sup> ed., 1985.
- Schulz, F., "Derecho Romano Clásico", Barcelona: Bosch, 1960 (con "Prólogo" de Santa Cruz Teigeiro, J.).
- Souto Galván, E., "El derecho a contraer matrimonio homosexual", en "El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez" (coord. por Souto Paz, J.A.), Granada: Comares, 2008.
- Teoría y Realidad Constitucional, nº 28, monográfico sobre la reforma del art. 235 CE.
- Torres García, T.F., "La legítima en el Código Civil", en "Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones" (ed. de Álvarez González, S.), Santiago de Compostela: Universidad, 2009.

