

MATRIMONIO Y RES PÚBLICA CONSTITUCIONAL

Abraham Barrero Ortega

PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. RAZONES PARA APRECIAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE CIUDADANOS DEL MISMO SEXO. 2.1. *LA EXTENSIÓN DEL MATRIMONIO A LAS UNIONES HOMOSEXUALES IMPLICA QUIEBRA DE LA IMAGEN MAESTRA DE LA INSTITUCIÓN.* 2.2. *SI LA HETEROSEXUALIDAD ES UN ELEMENTO DEFINITORIO DE LA INSTITUCIÓN CONSAGRADA EN LA CONSTITUCIÓN, NO EXISTE UN DERECHO CONSTITUCIONAL A LA UNIÓN MATRIMONIAL DE PAREJAS DEL MISMO SEXO.* 2.3. *EN TODO CASO, LA EQUIPARACIÓN JURÍDICA ENTRE MATRIMONIO Y UNIONES HOMOSEXUALES ES CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLE, PERO A TRAVÉS DE UN INSTRUMENTO JURÍDICO ESPECÍFICO.*-3. RAZONES PARA APRECIAR LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE CIUDADANOS DEL MISMO SEXO. 3.1. *UN PUNTO DE PARTIDA INCUESTIONABLE: LA VERSIÓN ORIGINAL DEL ARTÍCULO 44 DEL CÓDIGO CIVIL SANCIONABA UNA DIFERENCIA DE TRATO FUNDADA EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LAS PERSONAS.* 3.2. *LA AFIRMACIÓN DE QUE LA AMPLIACIÓN DEL ESPECTRO SUBJETIVO Y MODAL DEL MATRIMONIO COMPORTA QUIEBRA DE LA IMAGEN MAESTRA DE LA INSTITUCIÓN ES CUANTO MENOS DISCUTIBLE.* 3.3. *EL CARÁCTER HISTÓRICO DE UNA INSTITUCIÓN NO EXCLUYE SU CONTRASTE CON LA CONSTITUCIÓN EN GENERAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN PARTICULAR.* 3.4. *LA APERTURA DEL MATRIMONIO A LAS UNIONES HOMOSEXUALES ASEGURA MÁS EFICAZMENTE LA EQUIPARACIÓN JURÍDICA.* 3.5. *EL TENOR LITERAL DEL ARTÍCULO 32 CE SOPORTA HOY OTRA HIPÓTESIS NORMATIVA.*-4. ACERCA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE JUECES, ALCALDES Y CONCEJALES. 4.1. *LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NO DEDUCE DEL ARTÍCULO 16 CE UN DERECHO GENERAL A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.* 4.2. *CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA NEGATIVA A AUTORIZAR UN MATRIMONIO ENTRE CIUDADANOS DEL MISMO SEXO.*

1. INTRODUCCIÓN

La legalización, por Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, del matrimonio entre personas del mismo sexo ha suscitado en nuestro país uno de los debates científicos más trascendentes e interesantes de los últimos años. No podría ser otro modo. La referida ley incorpora una reforma, sencilla, del Código Civil que afecta a una de las instituciones capitales de nuestra convivencia y cuya configuración jurídica irradiana toda el Derecho de Familia.

La clave de la reforma está, como se sabe, en el artículo 44 del Código Civil, que, en su versión original, prescribía: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código». Ahora, a esta frase se le añade otra: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo». El resto de cambios consiste en sustituir los términos «marido y mujer» o «padre y madre» por «cónyuges» o «progenitores» en algunos otros preceptos del mismo cuerpo legal. El resultado de la reforma es que el matrimonio se hace extensivo a las uniones homosexuales, con la consiguiente equiparación de efectos.

A partir de aquí, un sector de la doctrina ha mostrado sus dudas acerca de que el matrimonio homosexual sea compatible con la Constitución. Se entiende que su artículo 32.1 sanciona únicamente el matrimonio heterosexual: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Abrir el matrimonio a las uniones homosexuales es desnaturalizar una institución milenaria; algo que, desde luego, se puede hacer, pero reformando previamente la Constitución y no sólo el artículo 44 del Código Civil. El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo estaba en 1978 muy lejos de los planteamientos del constituyente. Si el artículo 32.1 es interpretado conforme a las reglas convencionales para la interpretación jurídica, se extrae la conclusión de que la heterosexualidad es consustancial a la institución constitucionalmente garantizada. La expresa voluntad del constituyente ha de ser, pues, respetada.

Otro sector doctrinal, en cambio, ha avalado la constitucionalidad de la reforma legal. Ciertamente es que el párrafo primero del artículo 32 CE reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, pero el párrafo segundo se remite a una ley, el Código Civil, que es la que debe determinar las formas, edad y capacidad para contraer matrimonio. Si se interpreta el artículo 32.1 CE en relación con el artículo 14 CE, sin que quepa discriminación por razón de orientación sexual, es constitucionalmente viable legalizar el matrimonio homosexual. El texto constitucional, por tanto, no presenta impedimento alguno para que por matrimonio se entienda también una unión civil entre personas del mismo sexo.

La discusión doctrinal se ha visto, asimismo, enriquecida por los argumentos a favor y en contra de la reforma legal aportados por organismos públicos de reconocida solvencia y competencia, significativamente el Consejo de Estado¹, el

Consejo General del Poder Judicial² y la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España³.

Por lo demás, el debate suscitado ha puesto de manifiesto una vez más el irresistible ascenso⁴ de la *constitucionalidad/inconstitucionalidad* como categoría jurídica. El uso constante de estos términos en la discusión científica ilustra de la fortaleza de nuestra Constitución y de nuestra cultura constitucional. Las defensas de la constitucionalidad o las acusaciones de inconstitucionalidad tienen lugar «porque no son en absoluto inocuas»⁵. El lenguaje informa de la autoridad de la Constitución y, sobre todo, de un cambio cultural, si tenemos en cuenta que la Constitución de 1978 rompió con un sistema político autocrático. A los veintisiete años de su vigencia, existe la convicción de que la Constitución expresa la legitimidad o ilegitimidad de los comportamientos sociales. Con todo, antes de hacer de la Constitución una bandera, conviene reflexionar sobre lo que pretende defender o cambiar y, en definitiva, sobre la adecuación de toda reforma legal a los principios, bienes y valores constitucionales.

El presente trabajo pretende justamente adentrarse en este debate desde una perspectiva exclusivamente constitucional. Aclárese que no pretende ni resumir ni utilizar en su totalidad las posturas doctrinales vertidas hasta la fecha. Su propósito es mucho más limitado. Trataré sencillamente de aportar algunas reflexiones personales sobre un tema complejo, delicado y con sensibilidades a flor de piel, nacidas de algunas lecturas. No ignoro que el tema está estrechamente ligado a un asunto que causa razonable preocupación, la adopción por parejas homosexuales. Con todo, es éste un asunto que merece su particular debate y cuyo tratamiento legal, el que sea, no tiene por qué interferir necesariamente en el de la apertura del matrimonio a esas parejas. Por ello, y por razón de espacio, no me detendré en él.

Adelanto, en cualquier caso, desde ya mi opinión favorable a la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo. Y sirva de excusa la limitada ambición de estas páginas.

² Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, de 26 de enero de 2005 (en adelante *ECGPJ*).

³ Declaración aprobada por el Pleno de Académicos de Número, en sesión del día 21 de febrero de 2005 (en adelante *DRALJE*).

⁴ Tomo aquí prestada la expresión de CRUZ VILLALÓN, P., «El resistible ascenso de la Constitución Europea» (Lección inaugural del acto de apertura del curso académico 2004-2005), Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 2005.

⁵ CRUZ VILLALÓN, P., «Constitución y Cultura Constitucional», en CRUZ VILLALÓN, P., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y MIGUEL RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *Tres lecciones sobre la Constitución*, Mergablum, Sevilla 1999.

¹ Dictamen de 16 de diciembre de 2004 (en adelante *DCE*).

2. RAZONES PARA APRECIAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE CIUDADANOS DEL MISMO SEXO

2.1. LA EXTENSIÓN DEL MATRIMONIO A LAS UNIONES HOMOSEXUALES IMPLICA QUIEBRA DE LA IMAGEN MAESTRA DE LA INSTITUCIÓN

Para quienes estiman inconstitucional la reforma operada por la Ley 13/2005, eliminar la heterosexualidad como elemento de la unión matrimonial, extendiendo sus efectos a las parejas homosexuales, repercute negativamente en la garantía institucional del matrimonio. No se trata de un simple cambio de los sujetos que puedan acceder al matrimonio, sino de algo más profundo: una auténtica metamorfosis de la institución⁶.

Como es sabido, la categoría jurídica de la garantía institucional o garantía de instituto fue acuñada en los años veinte del siglo xx por la doctrina alemana para referirse a la protección constitucional de determinadas instituciones sociales, típicas y necesarias de la organización política. Determinados modos de conducta instituidos por la colectividad. Unas instituciones que, desde el momento en que son incorporadas a la Constitución, quedan singularmente protegidas frente a su supresión, vaciamiento o desfiguración sustancial. El legislador, en particular, debe respetar la imagen maestra o *leit-bild* de la institución o manifestación social típica. Obviamente, la garantía institucional sólo se recoge *in nuce* en la Constitución; su régimen jurídico se encuentra definido extraconstitucionalmente, configurado históricamente en un sentido determinado, y el legislador debe respetarlo. El tipo básico o ideal de una garantía institucional vincula al legislador⁷.

Las garantías de instituto, no obstante, no aseguran un contenido concreto y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una manifestación social típica en los términos reconocibles a la luz de la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real para convertirse en un simple nombre. La Constitución ampara la imagen identificable de la institución, pero no todos y cada uno de los elementos que históricamente la hayan caracterizado⁸. La existencia de una garantía institucional determina la inconstitucionalidad de las eventuales normas que tuvieran por objeto suprimir la institución o la de aquellas que la vacían de contenido.

Y esto, se dice, es lo que sucede con la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo. Tanto el artículo 32 CE como otros

⁶ ECGPJ y DRALJE. Aunque no se muestra tan tajante, alerta de ese posible riesgo el DCE.

⁷ Por todos, CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999, pp. 44-53.

⁸ SSTC 32/1981 y 76/1988.

textos internacionales consagran la garantía institucional del matrimonio, en el bien entendido de que se refieren al heterosexual y tendencialmente orientado a la procreación⁹. Por eso, el constituyente de 1978, al ocuparse del derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, no tuvo que introducir en ese precepto concreciones del tipo «entre sí» porque lo daba por supuesto¹⁰. El artículo 32, que coloca como sujetos del derecho fundamental al hombre y a la mujer entre sí, aunque no lo diga expresamente, está haciendo referencia a una institución que era, en el momento de dictarse la Constitución, y continúa siendo hoy, perfectamente conocida.

La garantía institucional, como se ha dicho, impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera. No hay duda de que la institución puede ser adaptada al espíritu de los tiempos, pero la actualización no puede hacerse en términos que la hagan irreconocible por la conciencia social de cada tiempo y lugar. Y se incurre en ese error cuando se opta por reconocer el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales. Se fuerzan así los principios articuladores de esa forma social típica, de acuerdo con la concepción de la misma actualmente imperante. Si hay protección constitucional del matrimonio, el legislador tiene límites y no puede, por consiguiente, disponer libremente de la institución. La heterosexualidad es uno de los rasgos identificativos de la unión matrimonial. El legislador carece de poder para desfigurar la institución matrimonial¹¹.

La Constitución, en suma, no opera en el vacío y hace referencia, o puede hacerla, a conjuntos normativos, figuras y formas sociales que preexisten a ella. Se puede así decir que la Constitución recibe conjuntos normativos. El constituyente utiliza palabras que contienen referencias a ideas e instituciones preexistentes en el ordenamiento: propiedad privada (art. 33 CE), herencia (art. 33 CE), fundación (art. 34 CE), filiación o relaciones parternofiliales (art. 39 CE) y, claro está, matrimonio (art. 32 CE). Como sintetiza el profesor Luis Díez-Picazo:

«En el artículo 32 puede leerse la idea de que, tras la Constitución, viviremos en un sistema jurídico en el que existirá, a disposición de la libertad individual, una institución denominada matrimonio, con un *contenido específico*. (...) En el artículo 32 se reconoce el derecho de contraer matrimonio, o la existencia de una garantía institucional (...) llamada matrimonio, en una relación entre el «hombre y la mujer», con lo cual de nuevo nos introduce en ideas no sólo preconstitucionales sino prejurídicas, como son las relativas al sexo de las personas (...)»¹².

⁹ DCE, ECGPJ y DRALJE. En la misma línea, REY MARTÍNEZ, F., «Homosexualidad y Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, 2005, pp. 146. No obstante, este autor prefiere la noción de contenido esencial del concepto constitucional «matrimonio».

¹⁰ BERCOVITZ, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *Derecho Privado y Constitución*, 17, 2003, p. 67. Asimismo, REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 146-147.

¹¹ DCE, ECGPJ y DRALJE.

¹² Díez-Picazo y Ponce de León, L., «Constitución y Derecho Privado», en AAVV., *Homenaje a la Constitución*, Parlamento de Andalucía, Sevilla 2004, p. 124.

2.2. *SI LA HETEROSEXUALIDAD ES UN ELEMENTO DEFINITORIO DE LA INSTITUCIÓN CONSAGRADA EN LA CONSTITUCIÓN, NO EXISTE UN DERECHO CONSTITUCIONAL A LA UNIÓN MATRIMONIAL DE PAREJAS DEL MISMO SEXO*

Cuanto antecede incide, en buena lógica jurídica, sobre la titularidad del derecho fundamental al matrimonio o *ius connubii*. La institución matrimonial condiciona la determinación de los sujetos titulares del derecho al matrimonio. Un derecho que presupone la existencia de una institución que delimita el objeto de ese derecho. Como, en efecto, sostiene el ATC 222/1994 existe un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer. Pero no existe un derecho constitucional a la unión matrimonial de parejas del mismo sexo. El matrimonio entre personas del mismo sexo biológico no es una institución constitucionalmente garantizada ni existe un derecho fundamental a su establecimiento. Todo lo contrario al matrimonio heterosexual. Este argumento viene, además, avalado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: no permitir el matrimonio homosexual no entraña necesariamente violación del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puesto que dicho precepto, al consagrar el derecho a casarse, asume el concepto tradicional de matrimonio entre personas de distinto sexo¹³.

No es, por tanto, discriminatorio dejar de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, por cuanto el artículo 32 CE introduce una mención expresa de la diversidad sexual al enunciar el *ius connubii*. La aplicación del artículo 14 CE en relación con ese concreto derecho ha de partir de esa mención expresa. Se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como preveía el artículo 44 del Código Civil en su versión original.

2.3. *EN TODO CASO, LA EQUIPARACIÓN JURÍDICA ENTRE MATRIMONIO Y UNIONES HOMOSEXUALES ES CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLE, PERO A TRAVÉS DE UN INSTRUMENTO JURÍDICO ESPECÍFICO*

Ahora bien, que la heterosexualidad sea uno de los principios básicos de la institución matrimonial, no significa que no puedan concederse ciertos efectos a las uniones homosexuales. Que no exista un derecho constitucional a la unión matrimonial de personas del mismo sexo, no impide que legislador, en pro de la igualdad constitucional, procure la equiparación (absoluta o restringida) de efectos entre uniones matrimoniales y uniones civiles homosexuales. Otra cosa, como se acaba de ver, es que esa equiparación pueda hacerse a través de la apertura de la

¹³ SSTEDH del caso Rees c. Reino Unido, de 17 de octubre de 1986, del caso F. c. Suiza, de 18 de diciembre de 1987, y del caso Cossey c. Reino Unido, de 27 de septiembre de 1990. Vid. también TEROL BECERRA, M., ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F. y BARRERO ORTEGA, A., *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2005, pp. 167-168.

institución matrimonial a parejas del mismo sexo. No es posible legalizar el matrimonio homosexual. Cabe la extensión de efectos; no la confusión de instituciones (ATC 222/1994, antes referido)¹⁴.

Se entiende que la igualdad constitucional y, más concretamente, la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual (art. 14 *in fine*) proporciona un sólido argumento para la extensión a las parejas homosexuales de algunos derechos y deberes propios del matrimonio. La regulación de un nuevo modelo de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo encuentra, además, sólido apoyo en diferentes instancias europeas¹⁵. No merece, por tanto, reproche constitucional alguno regular otros modelos de pareja junto al matrimonio.

Siendo, por otro lado, las uniones homosexuales un modelo de convivencia que responde a una realidad distinta de la del matrimonio heterosexual, la solución jurídica más adecuada habría de ser también distinta. Con instrumentos jurídicos específicos, diferentes del matrimonio, se lograría más eficazmente la equiparación anhelada y, al propio tiempo, se captarían las singularidades de este modelo de convivencia. En cambio, la Ley 13/2005 pretende alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos a través de un instrumento inapropiado por cuanto quiebra la imagen maestra del matrimonio. Resulta deseable una normativa específica que aprecie la especificidad de las uniones homosexuales. La ausencia de legislación sobre parejas homosexuales es una laguna del Derecho español. Un problema real, sin duda, que merece una solución jurídica adecuada, con un estudio cuidadoso de las numerosas e importantes implicaciones que tiene¹⁶. Una regulación *ad hoc* que module, en su caso, las normas que el Código Civil y otras leyes tienen establecidas, partiendo de una realidad diferente.

Adviértase, finalmente, que la solución española, la solución adoptada por la Ley 13/2005, no se conoce en el espacio constitucional europeo. La mayoría de países que han decidido reconocer los efectos jurídicos de las uniones homosexuales lo han hecho siguiendo el modelo francés del *contrato privado* o el escandinavo del *registro público de parejas*. Se han creado instrumentos singulares, distintos de la institución matrimonial, que permiten a las parejas de ciudadanos del mismo sexo acogerse a los más característicos beneficios legales del matrimonio. No a todos, pero sí a muchos y muy relevantes. Incluso en países que han abierto la puerta del matrimonio a parejas homosexuales (Holanda y Bélgica), lejos de la completa igualdad, se mantienen, en efecto, algunas limitaciones en materia de filiación y de adopción¹⁷. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido una significativa línea de prudencia en materia de adopción de homosexuales¹⁸.

¹⁴ En el mismo sentido, DCE y ECGPJ.

¹⁵ Así, entre otros, la Resolución del Consejo de Europa de 7 de mayo de 1988, la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 y, más recientemente, el artículo II-81 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. El DCE analiza pormenorizadamente tales apoyos. También REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 118-130.

¹⁶ DCE y ECGPJ.

¹⁷ DCE. También REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 149.

¹⁸ STEDH del caso Fretté c. Francia, de 26 de febrero de 2002. Citada y comentada en REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 126-128.

3. RAZONES PARA APRECIAR LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE CIUDADANOS DEL MISMO SEXO

3.1. UN PUNTO DE PARTIDA INCUESTIONABLE: LA VERSIÓN ORIGINAL DEL ARTÍCULO 44 DEL CÓDIGO CIVIL SANCIONABA UNA DIFERENCIA DE TRATO FUNDADA EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LAS PERSONAS

Con el máximo respeto y consideración hacia la opinión sustentada por parte de la doctrina científica y por parte de algunos organismos de reconocida competencia llamados a informar el proyecto de ley, entiendo que la legalización del matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo se ajusta a la Constitución. Discrepo tanto de la fundamentación como de la conclusión de la que se acaba de dejar constancia por las razones que a renglón seguido se exponen.

No es atendible, a mi juicio, el argumento de que una institución histórica, secular, como el matrimonio no puede ser tocada en uno de sus elementos, sin inmediatamente desnaturalizarla, sin hacerla irreconocible. Como se viene a decir, que el matrimonio sea heterosexual o que no sea. Con ello, se postula para la institución una impermeabilidad a la historia absolutamente privilegiada, que choca con bienes y valores constitucionales de la mayor dignidad.

Frente a esta forma de argumentar, entiendo que lo primero que convendría dejar sentado es que la versión original del artículo 44 del Código Civil sancionaba una diferencia de trato basada en la orientación sexual que es clara y directa. Ante la misma aptitud para compartir afectos, elaborar y llevar adelante proyectos de vida en común, el derecho al matrimonio se reconocía al varón y a la mujer entre sí, y no a los varones entre sí o a las mujeres entre sí. En eso, no hay discrepancia, pero debe quedar afirmado como punto de partida. Donde, sin duda, comienza la discrepancia es en la valoración del contenido de esa diferencia de trato. El argumento de base de quienes se muestran contrarios a la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales es el de que esa apertura quebraría la imagen maestra de una institución históricamente fraguada. Ahora bien, precisamente eso y no otra cosa es lo que está en cuestión en toda esta controversia jurídica: si la diferencia de trato es legítima desde la perspectiva constitucional. La cuestión no es la de si la diferencia de trato existe, lo que es innegable, sino si dicha diferencia es admisible teniendo presente la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual (art. 14 CE *in fine*).

Y todo ello, no hace falta gastar mucha tinta para demostrarlo, en el bien entendido de que la homosexualidad es tan natural como la heterosexualidad, a la que se llega por caminos personalísimos de similar trazado y perfil del que conduce a los heterosexuales a convivir y entablar relaciones afectivas con el sexo opuesto. Opción natural que, sin duda, está protegida por la Constitución¹⁹. Lo está, primero, a través del derecho fundamental a la intimidad (art. 18), que ampara los actos sexuales íntimos y consentidos. La sexualidad es una de las facetas

¹⁹ REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 130-139.

más íntimas de la vida privada. Y lo está, segundo, a través de la prohibición de discriminación, ya que la homosexualidad se incluye entre esas otras condiciones o circunstancias personales a que alude el inciso final del artículo 14 CE. La prohibición de discriminación tiene, en todo caso, un radio normativo más amplio respecto de la homosexualidad: la protege no sólo en el ámbito privado, sino también en el ámbito público. Más exactamente, y como sucede con las demás circunstancias del artículo 14, veda cualquier trato jurídico diferente y perjudicial derivado de la orientación sexual de las personas. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de orientación sexual prohíbe tanto las *discriminaciones directas*²⁰, esto es, los tratamientos jurídicos diferentes y peores fundados en la homosexualidad, como las *discriminaciones indirectas*²¹, es decir, la diferenciación jurídica que se establece no formalmente por la homosexualidad, pero que, de hecho, impacta negativamente sobre la minoría homosexual.

Pues bien, ante situaciones equiparables: ¿tiene cabida constitucional la diferencia de trato? ¿En verdad la aplicación del artículo 14 CE en relación con el *ius connubii* ha de partir de la mención expresa de la diversidad sexual que introduce el artículo 32 CE?

3.2. LA AFIRMACIÓN DE QUE LA AMPLIACIÓN DEL ESPECTRO SUBJETIVO Y MODAL DEL MATRIMONIO COMPORTA QUIEBRA DE LA IMAGEN MAESTRA DE LA INSTITUCIÓN ES CUANTO MENOS DISCUTIBLE

Cabe cuestionar, por de pronto, que la institución sufra merma grave con el reconocimiento de otras formas de matrimonio; sencillamente se amplía su espectro subjetivo y modal. Resulta cuanto menos discutible que un simple cambio de los sujetos que pueden acceder al matrimonio implique una limitación tal que le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Que el matrimonio tipo se amplíe a otros modelos de convivencia no significa que quede vacío de contenido. Como ya se aclaró, la Constitución ampara la imagen identificable de la institución, pero no todos y cada uno de los elementos que históricamente la hayan caracterizado.

Huelga decir que la incorporación del matrimonio entre homosexuales a la legalidad vigente no va a producir ningún efecto pernicioso para los contraídos o que pudieran contraerse por sujetos heterosexuales. La normalización del matrimonio entre homosexuales no comporta daño alguno para los sujetos que no lo son, casados o que opten por casarse, ni en su estabilidad ni en sus expectativas. Por otro lado, la ausencia de función reproductiva no es ajena a las uniones heterosexuales, ya sea por razón de edad, enfermedad o libre decisión de los interesados. No es tan evidente que exista nexos jurídicos entre descendencia y matrimonio. Quizá la esencia jurídica de la institución resida, como sostuvo la Corte Suprema

²⁰ SSTC 80/1982, 81/1982, 33/1983, 82/1984 y 126/1986.

²¹ STC 145/1991.

de Massachussets en la sentencia del caso *Hillary Goodridge and others v. Department of Public Health*, de 18 de noviembre de 2003, en el «exclusivo y permanente compromiso» con la pareja²².

Sostener que la institución matrimonial queda gravemente dañada incorpora, en mi opinión, una petición de principio que da por sentado lo mismo que se quiere probar. La institución no se destruye, se amplía.

3.3. EL CARÁCTER HISTÓRICO DE UNA INSTITUCIÓN NO EXCLUYE SU CONTRASTE CON LA CONSTITUCIÓN EN GENERAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN PARTICULAR

Pero, sobre todo, no es el matrimonio la única institución con raíces preconstitucionales que está llamada a adaptarse a la Constitución. El carácter histórico de una manifestación social típica no puede excluir, por sí solo, su contraste con la Norma Fundamental. El mismo Tribunal Constitucional ha admitido —recuérdese— que la categoría jurídica de la garantía institucional asegura la preservación de un instituto en los términos reconocibles para la imagen que del mismo tiene la colectividad en *cada tiempo y lugar*.

En particular, el carácter secular del matrimonio no impide contrastarlo con la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual. Si así fuera, aceptaríamos la menor incidencia de los derechos fundamentales en este ámbito. La constitucionalización del matrimonio tiene el coste de la circunstancia de vivirse en una *res publica constitucional* en la que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Sin ir más lejos, la difusión de la cohabitación o unión de hecho y la supresión de las discriminaciones contra los nacidos fuera del matrimonio son ejemplos de una cierta tendencia a la *des-institucionalización* del matrimonio que se observa en países occidentales como consecuencia del papel de garantizar una convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo y de establecer una sociedad democrática avanzada, abierta a la igualdad de oportunidades de los individuos y de los grupos, que asumen los poderes públicos. No es casualidad, en esta línea, que el artículo II-69 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa garantice el derecho a contraer matrimonio sin mención expresa de la diversidad sexual de los contrayentes. Las instituciones están inmersas en la corriente de la historia y pertenecen, por tanto, a las generaciones vivas. Los derechos son una realidad viva; mejor evitar pleitos futuros.

Como ha escrito el profesor Cruz Villalón, «en el constitucionalismo de nuestros días, los derechos fundamentales no aparecen sólo en su dimensión de derechos públicos subjetivos, sino además como principios llamados a influir y regir el orden jurídico de la comunidad o *res publica* en su conjunto (...)»²³. Estos

²² Citada según REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.* pp. 143-144.

²³ CRUZ VILLALÓN, P., «Derechos Fundamentales y Derecho Privado», en CRUZ VILLALÓN, P., *op. cit.*, p. 222.

derechos influyen no sólo en la vida estatal, sino en toda la vida jurídica del Estado; no son sólo derechos subjetivos de defensa, sino que, al mismo tiempo, representan, para todos los ámbitos del Derecho, directrices e impulsos para la legislación, administración y la justicia. Con ello, se está aludiendo a la capacidad de los derechos para influir hoy en todos los órdenes del sistema jurídico. Los derechos penetran en todos los ámbitos del Derecho. Nada escapa a su *longa manu*.

En el contexto de la Constitución normativa²⁴, los derechos fundamentales no sólo han de servir de base al sistema político, sino también a la estructuración y contenido de todas las instituciones jurídicas, que son modeladas y condicionadas por la Constitución para asegurar el desarrollo en plenitud de una sociedad democrática. La Constitución se convierte en el orden jurídico fundamental de toda la comunidad y los derechos fundamentales, como consecuencia de su positivación al máximo nivel normativo, afectan a todos los sectores del ordenamiento y han de interiorizarse por los mismos. Ello hace de los derechos de la persona el ser cabecera del ordenamiento y componente esencial de la teoría de la justicia, suministrando valores axiológicos que la Constitución acepta en cuanto valores de civilidad e instrumentos indispensables para asegurar el logro de la dignidad de la persona²⁵.

Como es lógico, para asegurar una mínima coherencia, los derechos fundamentales han de informar a todo el ordenamiento y han de facilitar que los valores éticos y los principios democráticos queridos por el constituyente se manifiesten hasta el último rincón del Derecho. Una democracia en profundidad requiere, pues, la «irradiación»²⁶ de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico. A resultas del efecto irradiación, todos los ámbitos del Derecho quedan conformados constitucionalmente, surgiendo así una situación de *mixtura* entre el Derecho ordinario y el Derecho Constitucional. Y todos los poderes públicos han de tener en cuenta tal relevancia en la creación, interpretación y aplicación del Derecho²⁷.

Una interpretación de la institución matrimonial acorde con la secularización, el antropocentrismo y la libre orientación sexual, en el marco de la plena exigencia de igualdad para las personas y de la prohibición de discriminaciones²⁸, legítima, en definitiva, la opción de la Ley 13/2005.

²⁴ HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez), Civitas, Madrid 1995, pp. 47 y ss.

²⁵ RAWLS, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993, p. 228.

²⁶ BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (traducción de J. L. Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1993, p. 110.

²⁷ *Ibid.*, p. 111.

²⁸ Así se expresó el Tribunal Supremo de Canadá en su sentencia de 9 de diciembre de 2004, que avaló la constitucionalidad del proyecto de ley federal (*Bill C-38*) de reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo. Citada según REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 145-146.

3.4. LA APERTURA DEL MATRIMONIO A LAS UNIONES HOMOSEXUALES ASEGURA MÁS EFICAZMENTE LA EQUIPARACIÓN JURÍDICA

No siendo tan evidente, a mi juicio, que la legalización del matrimonio homosexual implique quiebra de la imagen maestra de la institución matrimonial y, en todo caso, existiendo argumentos constitucionales para que se produzca la irradiación de los derechos fundamentales sobre esa manifestación social típica, ningún reparo suscita la opción del legislador de ampliar el espectro subjetivo y modal de dicha institución. Ciertamente es que el legislador podría haber recurrido a un instrumento jurídico singular, diferente del matrimonio, para así lograr la equiparación de las uniones homosexuales y, al mismo tiempo, captar más eficazmente sus perfiles singulares, pero no lo es menos que esa opción no viene impuesta por la Constitución. Como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el derecho a la igualdad es el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato²⁹. No puede apreciarse vulneración del artículo 14 CE porque igualitaria sea la solución adoptada por el legislador ordinario.

A partir de aquí, existiendo ya una institución destinada a la formalización jurídica del vínculo afectivo entre dos personas y a la que hacer centro de imputación objetiva de los derechos y las obligaciones que la vida en común comporta, la opción de abrirla o extenderla a las uniones homosexuales es legítima y hasta coherente.

Ténganse en cuenta, además, las innumerables implicaciones que presenta la reforma de la Ley 13/2005. Se trata de una reforma que incide prácticamente sobre todo el Derecho de Familia en la medida en que modifica la institución matrimonial, concebida a través de los siglos como fuente primaria de derechos y obligaciones en este sector del ordenamiento. Pues bien, en este contexto, la opción por la «integración en bloque»³⁰ de las uniones homosexuales en el matrimonio asegura la equiparación jurídica más completa posible, de acuerdo con la igual dignidad que se reconoce a parejas heterosexuales y homosexuales. No cabe duda de que en su aplicación surgirán multitud de conflictos dentro del orden jurídico de la familia (filiación, relaciones paterno-filiales, sucesiones, régimen económico-matrimonial, derechos reconocidos por normas internacionales o supranacionales, etc.), que se irán manifestando en la medida en que la ley se ponga en práctica. Será la jurisprudencia la que, como hace habitualmente, aclarará las dudas que se susciten en cada caso.

Hay, finalmente, una dimensión del asunto que no se puede ignorar: la opción de ampliar la institución matrimonial es la única que permite el ejercicio real y efectivo del derecho fundamental al matrimonio por parte de las parejas homosexuales. En el ejercicio, o mejor dicho, en la imposibilidad del ejercicio, del derecho fundamental al matrimonio por parte de ciudadanos del mismo sexo radica la discriminación padecida. Y a esta discriminación únicamente se le puede poner fin

haciendo posible el ejercicio del derecho al matrimonio para aquellos ciudadanos homosexuales que deseen contraerlo. Una ley de uniones civiles o de parejas de hecho no es suficiente. Se requiere una ley que regule el matrimonio. Porque de lo que se trata es de reivindicar la igualdad en el ejercicio de ese derecho constitucional; de lo que se trata es de que todos los ciudadanos, independientemente de su orientación sexual, sean iguales en el ejercicio de ese derecho fundamental. Y si la unión homosexual no es matrimonio, no hay igualdad entre ciudadanos homosexuales y heterosexuales. Si, como parece admitirse hoy, entendemos por *ciudadanía* el conjunto de derechos cívicos, económicos y políticos, se entiende perfectamente que el legislador haya optado por calificar como matrimonio la unión homosexual. Es una cuestión de principio. Se aprecia así «la importancia del nombre»³¹.

3.5. EL TENOR LITERAL DEL ARTÍCULO 32 CE SOPORTA HOY OTRA HIPÓTESIS NORMATIVA

A mayor abundamiento, podría sostenerse, respecto a la titularidad del derecho al matrimonio, que se ha producido una *mutación constitucional* (*Verfassungswandlung*) que no es contraria al tenor literal de la Constitución, en tanto que el artículo 32 soporta esa hipótesis normativa. Aunque la Constitución, al decir en dicho artículo que el hombre y la mujer tienen derecho al matrimonio, quería referirse con toda seguridad a que lo contrajeran entre sí, el precepto no impide otra interpretación y otros modelos matrimoniales.

La mutación es el *cambio no formal* que puede operarse en la Constitución. Un cambio que se produce sin seguir el procedimiento agravado y difícil contemplado en la misma Constitución. Presenta la singularidad de que el texto no presenta alteración ninguna. El contenido de la norma cambia sin modificarse su texto. La idea que subyace a la mutación es la misma que subyace a la reforma: se hace necesario adaptar la Constitución a la nueva realidad; se quiere acoplar la realidad jurídico-constitucional a la nueva realidad socio-política en constante cambio. En cierto sentido, reforma y mutación son categorías complementarias y excluyentes. La mutación no sigue los canales y mecanismos previstos en la Constitución. Con todo, la mutación es un fenómeno que está presente en todas las realidades constitucionales en las que se acepta que, sin forzar o manipular el dato normativo, puede ser un medio sano para conciliar Derecho y cambio social. Se admite que la Constitución pueda leerse de forma distinta según el tiempo³².

Aun considerando, en suma, que en 1978 el constituyente tenía en mente el matrimonio tradicional, también lo es que alumbró un enunciado normativo en el que la fórmula «El hombre y la mujer (...)» (art. 32.1), leída en relación con el artículo 14 CE, puede ser interpretada en el sentido de que tanto el hombre como

²⁹ Así, SSTC 114/1995 y 166/1996.

³⁰ Utiliza esta expresión el DCE.

³¹ PÉREZ ROYO, J., «La importancia del nombre», *El País*, 22-01-2005.

³² DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid 1988, pp. 179 y ss.

la mujer, iguales en derecho, pueden libremente contraer matrimonio con cualquier hombre o mujer que, con la misma libertad e igualdad, decidan implicarse en esa relación. La libertad y la igualdad a que tienen derecho se refieren no sólo al *qué* y al *cuándo*, sino también al *con quién*³³. La expresión «(...) con plena igualdad jurídica» (art. 32.1) se podría entender como *igualmente unos y otros*, pero no necesariamente *entre sí*³⁴. Pudo no pensar en ello el legislador constituyente, pero, desde luego, no lo excluyó. Y esa opción interpretativa tiene hoy perfecta cabida sin la menor manipulación del texto constitucional. Y más cuando hay derechos fundamentales en juego y la conciencia social la comparte³⁵.

4. ACERCA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE JUECES, ALCALDES Y CONCEJALES

4.1. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NO DEDUCE DEL ARTÍCULO 16 CE UN DERECHO GENERAL A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Una última cuestión de calado constitucional que plantea la legalización del matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo es la de la objeción de conciencia de los jueces encargados del Registro Civil y de los alcaldes y concejales llamados a autorizarlo (art. 51 del Código Civil). ¿Puede un juez, alcalde o concejal alegar el derecho a la abstención por razones de conciencia para no celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo? ¿Tiene base legal o constitucional esta posibilidad?

La cobertura legal de este género de objeción de conciencia es inexistente. La Ley 13/2005 no la contempla, a pesar de que algunas formaciones políticas presentaron en el Senado una enmienda en esa dirección³⁶; se reconoce el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, pero no la facultad del juez encargado del Registro Civil, del alcalde o del concejal en quien éste delegue de rechazar su intervención en la celebración del matrimonio por razones ideológicas o religiosas. Contrasta esta situación con la de otros países que sí han introducido en su legislación sobre parejas de hecho (muy similar a las leyes que autorizan el matrimonio entre homosexuales) cláusulas para defender la conciencia de las

³³ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Matrimonio homosexual: hay derecho», *El País*, 22-04-2005.

³⁴ Apunta esta interpretación, sin compartirla, REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 146.

³⁵ En tal sentido, muy reveladores son los resultados de la encuesta CIS nº. 2568, realizada en junio de 2004: a) El 88% de los encuestados rechaza cualquier sanción o demérito a los homosexuales por su condición sexual; b) El 79% considera que la homosexualidad es una opción tan respetable como la heterosexualidad; c) El 74,8% está a favor (y el 17,6% en contra) de otorgar a las uniones homosexuales los mismos derechos que a los matrimonios; d) El 66,2% está a favor (y el 26,5% en contra) de reconocer a las parejas homosexuales el derecho al matrimonio.

³⁶ Con fecha de 14 de junio de 2005, la Comisión de Justicia del Senado incluyó una enmienda conjunta del PP y CIU, en virtud de la cual se consagraba la objeción de conciencia de autoridades y funcionarios. La enmienda preveía asimismo un sistema de sustitución adecuado para garantizar, en todo caso, que quienes tuviesen derecho a contraer matrimonio pudiesen efectivamente celebrarlo.

personas que pueden intervenir en esas uniones³⁷. Son medidas que el propio legislador prevé, adelantándose a actitudes que la oposición a la ley en el trámite de su elaboración reveló como muy probables.

Para alguna doctrina, sin embargo, la cobertura constitucional con la que cuentan estos hipotéticos objetores es clara³⁸. La STC 53/1985 reconoce que «la objeción de conciencia existe y puede ser ejercida con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución». La Constitución ampararía ex artículo 16 un derecho general a la objeción de conciencia ejercitable sin necesidad de la llamada *interpositio legislatoris*. Le ley, y su aplicación, estarían sujetas al respeto de los derechos fundamentales. Y entre ellos el de libertad de conciencia. Quien por razones estrictas de conciencia rechaza la aplicación de una ley está amparado por la Constitución. No quien transgrede la ley para satisfacer un capricho o un interés desligado de prescripción moral³⁹, pero sí quien se opone a su observancia por un imperativo de conciencia.

Así, cualquier alcalde o concejal podrá legítimamente ejercer la estricta objeción de conciencia. Esto es, ante el choque entre la norma legal y la norma de conciencia, podrá comunicar escrúpulos de conciencia respecto a la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo y la consiguiente negativa a intervenir en dicha celebración.

Por su parte, los jueces encargados del Registro Civil, que son los que mayoritariamente intervienen en la celebración de matrimonios, pueden plantear tanto la estricta objeción de conciencia como la denominada objeción de legalidad ante el Tribunal Constitucional. El artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece, en efecto, que cuando un juez considere que una norma con rango de ley aplicable al caso pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión de inconstitucionalidad ante el Alto Tribunal. El proceso *a quo* quedará suspendido hasta tanto el Constitucional dicte sentencia.

A mi juicio, esta argumentación no puede compartirse. Se funda en una delimitación del contenido esencial de las libertades ideológica y religiosa y en una concepción de la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

³⁷ Así, por ejemplo, en Dinamarca, donde los pastores de la Iglesia Luterana oficial tienen una condición equiparable a la de los funcionarios, la Ley sobre parejas de hecho, de 7 de junio de 1989, prevé que el registro de una pareja homosexual debe hacerse en una ceremonia civil, y exime expresamente a los clérigos de la ceremonia religiosa.

³⁸ NAVARRO-VALLS, R., «Conciencia contra ley», *El Mundo*, 23-05-2005; MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Objeción de conciencia y matrimonios homosexuales», *ABC*, 27-04-2005. Más en profundidad, NAVARRO-VALLS, R., «La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo», *Persona y Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 53, 2005, pp. 259-292.

³⁹ STC 120/1990.

Sin duda, las libertades ideológica y religiosa comprenden tanto la *libertad de creencias*, por la que el individuo presta su asentimiento íntimo a un sistema de verdades ideológica o religiosas, como la *libertad de conciencia*, entendiendo por conciencia los criterios valorativos de las acciones humanas desde el punto de vista ético o moral y que señalan el límite entre las buenas y las malas obras. La libertad de conciencia exige no ser obligado a actuar en contra de la propia conciencia ni ser impedido a obrar conforme a ella. El individuo tiene derecho a no ver interceptada la expresión social de sus creencias⁴⁰.

Pero lo que ha descartado el Tribunal Constitucional, pese a alguna vacilación inicial (STC 53/1985, ya aludida)⁴¹, es que del reconocimiento de las libertades ideológica y religiosa se siga un derecho general a la objeción de conciencia. Es decir, la invocación de esas libertades no legitima sin más el incumplimiento de un mandato normativo que se estime contrario a los dictados de la propia conciencia. La idea en sí misma resulta contradictoria con los postulados básicos del Estado de Derecho: la voluntad general, la ley, está por encima de la voluntad individual. Como afirma la STC 160/1987:

«La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese incumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado»⁴².

Lo contrario, en efecto, supondría negar la idea de la imperatividad de las normas jurídicas. A la misma conclusión han llegado otros textos internacionales con incidencia en la materia y los órganos encargados de velar por su aplicación⁴³. El criterio general ha de ser, pues, el de la fuerza vinculante de la ley con el apoyo inequívoco que, además, le presta el principio de igualdad.

Ahora bien, lo dicho no impide reclamar «una tónica de sensibilidad»⁴⁴ para con la libertad de conciencia, dentro de su consideración, no ya como derecho subjetivo de carácter fundamental, sino como principio objetivo del ordenamiento. Desde este enfoque, el legislador debiera ser consciente de que le incumbe detectar aquellos supuestos de conflicto, especialmente sentidos, entre norma

⁴⁰ SSTC 53/1985, 120/1990, 166/1996, 177/1996, 46/2001, 154/2002 y 101/2004.

⁴¹ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «El Constitucionalismo de los derechos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, 2004, pp. 58-61.

⁴² En el mismo sentido, SSTC 161/1987, 321/1994 y 55/1996 y AATC 1227/1998, 214/1996 y 319/1996.

⁴³ Art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

⁴⁴ En expresión de MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L., «El marco normativo de la libertad religiosa», en AAVV., *La libertad religiosa a los veinte años de su ley orgánica*, Ministerio de Justicia, Madrid 1999, p. 193.

jurídica y norma de conciencia. Ello redundaría en una protección más real y efectiva (art. 9.2 CE) de las libertades ideológica y religiosa. Nótese, en este sentido, que el artículo II-70.2 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, tras reconocer la libertad de pensamiento, conciencia y religión, consagra el derecho a la objeción de conciencia «de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio». La objeción se erige así en una técnica de protección de la libertad de conciencia cuyo fundamento constitucional residiría, de modo inmediato, en los artículos 9.2 y 16.3 CE y, de un modo mediato, en el artículo 10.2 CE. Se revela como una manifestación concreta y legitimada del reconocimiento de la libertad de pensamiento *lato sensu*. Pero, claro está, hasta tanto el legislador no legitime un supuesto de objeción, la imperatividad de las normas jurídicas prevalece frente al criterio de la conciencia personal.

4.2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA NEGATIVA A AUTORIZAR UN MATRIMONIO ENTRE CIUDADANOS DEL MISMO SEXO

A la luz de la doctrina constitucional en torno a la objeción de conciencia, es claro que la ley debe ser cumplida. Ni jueces, ni alcaldes ni concejales pueden negarse a ejercer las funciones que les atribuye el artículo 51 del Código Civil. Si la ley no ha previsto su propia objeción, no existen razones para justificar la resistencia a su aplicación. Además, la obligación de cumplir la ley no implica necesariamente conformidad o adhesión al mandato por parte del destinatario de la norma o el encargado de su observancia, sino simple acatamiento del ordenamiento jurídico. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos al ordenamiento (art. 9.1 CE). No existe un derecho a la objeción directamente deducible del artículo 16 CE. Jueces, alcaldes y concejales no pueden poner objeción alguna a la aplicación de la ley.

Un alcalde, en verdad, no está obligado a casar a una pareja homosexual, pues puede delegar esa función en uno o varios concejales dispuestos a intervenir (art. 51 del Código Civil). Pero lo que no puede es negarse a delegar, esto es, impedir que el matrimonio se autorice. Dicha negativa constituiría, en mi opinión, un delito de prevaricación conforme al artículo 404 del Código Penal: a sabiendas de su injusticia, se dicta una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Y, en caso de que el alcalde delegue, el concejal que se niegue a casar incurriría en un delito de desobediencia castigado por el artículo 410 del Código Penal: una autoridad se niega abiertamente a dar cumplimiento a una decisión u orden de la autoridad superior, dictada dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestida de las formalidades legales. Además, se podría apreciar respecto de la prevaricación o desobediencia la agravante de discriminación por razón de orientación sexual recogida en el artículo 22 del Código Penal.

El juez, por otro lado, está constitucionalmente sometido al imperio de la ley (art. 117.1 CE), de suerte tal que no cabe que deje de aplicar un mandato legal que se oponga a su conciencia. El que así obre falta a las obligaciones propias de su

oficio y, a mi juicio, prevarica (art. 446 CP). Como antes se apuntó, la única excepción al principio constitucional de sometimiento del juez al imperio de la ley es la objeción de legalidad, esto es, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en caso de que dude que la ley aplicable al caso sea conforme a la Constitución.

Otra cosa es que los jueces encargados del Registro Civil estén legitimados por la Constitución y por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para plantear cuestiones de inconstitucionalidad. El constituyente, al configurar la cuestión, se refirió a «algún proceso» y a un «fallo» (art. 163 CE), lo que presupone una actuación *propriadamente jurisdiccional*⁴⁵. En la misma dirección, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al establecer los requisitos procesales de la cuestión, señala que el órgano judicial sólo podrá plantearla «una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia» (art. 35.2 LOTC). El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se produce en el curso de un proceso judicial⁴⁶, de modo que los jueces sólo pueden suscitara cuando estén administrando justicia y no cuando tengan encomendadas otras funciones distintas a la jurisdiccional.

Pues bien, como ha precisado recientemente el Tribunal Constitucional⁴⁷, entre esas funciones que no tienen naturaleza jurisdiccional se incluye la inscripción de los hechos relativos al estado civil de las personas. El Registro Civil está instituido precisamente para ello y los jueces encargados desempeñan potestades que están al margen de la jurisdicción contenciosa, esto es, de la verdadera y genuina actividad jurisdiccional. Los encargados del Registro Civil, sean jueces o sus delegados o cónsules, no actúan como órganos judiciales, sino como órganos registrales. Proporcionan una prueba fácil de las distintas situaciones en las que puede encontrarse una persona.

Por consiguiente, faltando tal requisito objetivo de legitimación, no pueden promover cuestiones de inconstitucionalidad respecto de aquellas leyes que hayan de aplicar en el curso de actuaciones registrales que, en su condición de encargados del Registro, tienen legalmente encomendadas, incluyendo la autorización de matrimonios civiles. Y, desde luego, lo que no pueden hacer es prolongar el debate político sobre la controvertida ley que ya se ha producido en sede parlamentaria. Pero quizá sea ése el efecto querido y deseado por quienes, más que dudar de la constitucionalidad de la ley, la están objetando sin habilitación constitucional o legal alguna⁴⁸.

⁴⁵ Por todos, CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A. J., MEDINA GUERRERO, M. y REQUEJO PAGÉS, J. L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid 1997, pp. 49 y ss.

⁴⁶ STC 17/1981 y ATC 236/1998.

⁴⁷ AATC 505 y 508/2005.

⁴⁸ «¿Cuestionar la ley u objetar la ley?», *El País*, 10-09-2005.