

**PANORÁMICAS SOBRE  
OTROS SISTEMAS CONSITUCIONALES**

# LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO Y LA REGULACIÓN LEGAL DE LA PAREJA<sup>1</sup>

SANDRA OBERMEYER  
*Universität Bielefeld*

## SUMARIO

- I. Introducción
- II. Predisposición y protección del matrimonio como forma de vida: posición del Tribunal Constitucional acerca de la garantía de instituto en el marco del art. 6 I GG
- III. La garantía de instituto como «protección frente a la competencia»: los votos particulares
- IV. Análisis y crítica
- V. Crítica de principio a las garantías de instituto
- VI. Conclusión

1 Publicado en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 2/2003, págs. 142 ss., bajo el título «Die Institutsgarantie - Eine «gelungene Kunstschöpfung der Wissenschaft»- Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17.07.2002 zu den gesetzlichen Regelungen über Lebenspartnerschaften» («La garantía de instituto, ¿una lograda obra de arte de la ciencia jurídica? - Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional de 17.07.2002 acerca de la regulación legal de la pareja»). La expresión entrecomillada se remite a Dürig, en Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 98. La autora deja constancia de que, aunque estima imprescindible citarlo aquí, no le ha sido posible tener en cuenta el reciente trabajo de Mager, *Einrichtungsgarantien: Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzmäßige Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts* (Tübingen, 2003), que de modo exhaustivo considera y determina la categoría dogmática de las garantías institucionales, acentuando su función de aseguramiento efectivo de la autonomía personal [Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez].

## I. INTRODUCCIÓN

El 17 de julio de 2002, el Tribunal Constitucional alemán confirmó la constitucionalidad de una parte de las normas aprobadas para poner fin a la discriminación de las parejas homosexuales<sup>2</sup>. La ley abre a personas del mismo sexo la posibilidad de formar e inscribir una pareja. Sus efectos jurídicos equivalen en amplia medida a los del matrimonio<sup>3</sup>. Tras la división del proyecto normativo en dos leyes, partes importantes del mismo, especialmente reglas de procedimiento, quedaron deferidas en la legislatura pasada a la Comisión de Mediación entre las Cámaras, que no llegó a resultado alguno, menos aún a una propuesta unitaria<sup>4</sup>. El presente trabajo no toma posición acerca de las cuestiones planteadas al respecto, y que el Tribunal Constitucional ha tratado en su sentencia, atinentes al derecho de la organización estatal, y tampoco se referirá a la compatibilidad formal de la ley con la Constitución<sup>5</sup>. En el nuevo acuerdo de coalición, los partidos en el Gobierno se comprometen a introducir de nuevo la ley complementaria en la agenda legislativa<sup>6</sup>.

Se tratará, pues, de la constitucionalidad material de la ley, y ello bajo el punto de vista de su compatibilidad con la llamada garantía de instituto derivada del art. 6 I GG<sup>7</sup>. El Tribunal Constitucional analiza y niega la existencia de una violación de tal precepto desde dicha perspectiva. Los votos particulares del Magistrado Papier y la Magistrado Haas se dirigen ante todo contra esta parte de la fundamentación, con el argumento de que se habría violado el principio estructural de la heterosexualidad del matrimonio.

Sobre la base de tales materiales se aborda la elaboración dogmática de la dimensión protectora de la garantía de instituto; ésta se encuentra en un territorio tensado por dos efectos protectores diferentes: la obligación de establecer reglas jurídicas que permitan el disfrute del derecho fundamental

2 Ley para la supresión de la discriminación de las parejas homosexuales (Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften) de 16.02.2001, abreviadamente LPartDisBG; Sentencia del BVerfG de 17.07.2002, 1 BvF 1/01/1BvF 2/01, localizable en <http://www.bverfg.de/entscheidungen>. En adelante se citará como BVerfG, cit., Rz. (número marginal) ...

3 Datos más precisos en Dethloff, *NJW* 2001, 2598.

4 Llamada Ley complementaria de la Ley de parejas (Lebenspartnerschaftsgesetzergänzungsgesetz), véase sobre el desarrollo del proceso legislativo BVerfG, cit., Rz. 4 ss. La mediación entre las Cámaras concluyó con la legislatura, puesto que la Comisión de Mediación se rige por el principio de discontinuidad parlamentaria.

5 Ante todo se plantea la cuestión de la separabilidad de los proyectos de Ley en partes necesitadas y no necesitadas de acuerdo del Bundesrat; véase sobre ello Robbers, *JZ* 2001, 779 (779 ss.); Freytag, *DÖV* 2002, 445 (446); Wasmuth, *Der Staat* 2002, 47 (50 ss.).

6 Conforme a la información que puede obtenerse en la página web del grupo parlamentario Bündnis 90/Die Grünen ([www.gruene-fraktion.de](http://www.gruene-fraktion.de)), bajo la referencia «Lebenspartnerschaftsgesetz» (Ley de parejas).

7 El estudio no se entretiene, por ello, con las cuestiones de la compatibilidad de la LPartDisBG con el art. 3 I ó el 3 III GG; sobre ello Robbers, *JZ* 2001, 779 (785); Freytag, *DÖV* 2002, 445 (451 ss.); Wasmuth, *Der Staat* 2002, 47.

(«Bereitstellungsfunktion» o función de predisposición) y la delimitación del matrimonio frente a otras formas de vida («Abgrenzungsfunktion» o función de delimitación). Pese a la necesaria conexión entre ambos aspectos, en los razonamientos de la mayoría y de la minoría del Tribunal cabe identificar matices y acentos diferentes. Todas las referencias a la garantía de instituto deben ser consideradas atendiendo a la relación recíproca entre las distintas direcciones en las que opera la protección deducida del art. 6 I GG, y finalmente surge la pregunta acerca del carácter que cobra la protección constitucional del matrimonio y la familia como (*un*) derecho fundamental en función de los diferentes perfiles que puede tener la garantía de instituto<sup>8</sup>.

Por añadidura, se iluminará el trasfondo histórico y doctrinal de las garantías de instituto y su emplazamiento en las estructuras de la Ley Fundamental. Pues resultan ser una «invención»<sup>9</sup> digna de crítica, que arriesga de un lado con socavar el significado de los derechos fundamentales como derechos individuales<sup>10</sup>, y de otro con impedir la recepción de las transformaciones sociales por parte del Derecho<sup>11</sup>. Finalmente se deberán buscar, por ello, posibilidades alternativas de fundamentación de las funciones jurídicas asignadas a las garantías de instituto.

## II. PREDISPOSICIÓN Y PROTECCIÓN DEL MATRIMONIO COMO FORMA DE VIDA: POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DE LA GARANTÍA DE INSTITUTO EN EL MARCO DEL ART. 6 I GG

### 1. LA GARANTÍA DE INSTITUTO COMO CRITERIO DE CONTROL

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 17 de julio de 2002, verifica la compatibilidad de la ley con el art. 6 I GG considerando, como hace la doctrina dominante<sup>12</sup>, tres aspectos, que cabría identificar como dimensiones distintas de su protección: el art. 6 I GG como derecho de defensa, como garantía de instituto y como norma de principio que incorpora una decisión

8 La relación entre el art. 6 I GG «como derecho fundamental» (como dice el BVerfG en la sentencia citada, Rz. 78) y el art. 6 I GG «como garantía de instituto» se percibe como especialmente problemática. En tal sentido Richter, AK-GG, Art. 6 Rn. 16 con nota 55; véase también Stern, *Staatsrecht*, Bd. III/1, § 68 III.

9 Así considera Richter, en AK-GG, Art. 6 Rn. 3, la formación de este criterio doctrinal.

10 En tal sentido, ya en 1958, las críticas en Dürig, en Maunz/Dürig, Art. 1 Rn. 98.

11 Claramente Richter, cit., Art. 6 Rn. 11; véase también Stelzer, «Freiheit und Institution», en: *Recht als Sinn und Institution (Rechtstheorie, Beiheft 6)*, 27 (32).

12 Cfr. sólo Gröschner, en Dreier, GG, Art. 6 Rn. 18 ss.; Schmitt-Kammler, en Sachs, GG, Art. 6 Rn. 19 ss., y la panorámica, con referencias adicionales, de Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219 ss. (223 ss.). Esta clara división de la protección en tres facetas constituye una sistematización que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. Por ello está menos ordenado el más antiguo comentario de Pirson al Art. 6 en *Bonner Kommentar zum GG*, en especial Rn. 33 ss.

valorativa. El control de la violación de la garantía de instituto casi desaparece de la argumentación, puesto que, a juicio del Tribunal, este aspecto de la protección no es decisivo. El Tribunal concreta la garantía de instituto como «mandato del art. 6 I GG que impone ofrecer y proteger el matrimonio como forma de vida». Tal mandato no habría sido violado, porque la configuración legislativa del matrimonio no experimenta cambio alguno con la LPartDisBG<sup>13</sup>. Esta ley reconoce derechos a las parejas del mismo sexo, que no se incluyen en el ámbito de protección del art. 6 I GG<sup>14</sup>. El argumento, en definitiva, viene a decir: el matrimonio como institución no resulta afectado, porque la LPartDisBG regula otra cosa.

## 2. LA EFICACIA JURÍDICA DE LA GARANTÍA DE INSTITUTO: MANDATO DE DESARROLLO LEGAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD Y DELIMITACIÓN DEL MATRIMONIO RESPECTO DE OTRAS «FORMAS DE VIDA»

El Tribunal Constitucional precisa el modo en que la garantía de instituto despliega su protección jurídica, pues «la realización de la protección constitucional exige una regulación jurídica que desarrolle y delimite qué parejas se benefician como matrimonio de la protección constitucional»<sup>15</sup>. Con ello se mencionan dos aspectos que deben producir la protección del matrimonio: de un lado, y sin plantearse problema alguno al respecto, constata el Tribunal que el ejercicio del derecho fundamental del art. 6 I GG necesita desarrollo; y alude al desarrollo mediante reglas jurídicas, puesto que el mandato se dirige al legislador. Pieroth y Kingreen hablan aquí de «ayudas para hacer realidad»<sup>16</sup> el derecho fundamental.

El segundo aspecto se refiere a la delimitación del matrimonio frente a otras parejas. Este momento está necesariamente unido al desarrollo jurídico del matrimonio: si se desean establecer reglas para éste, debe establecerse de qué se trata. Para el momento en que el legislador fije el «qué» de la garantía de instituto, el Tribunal Constitucional adelanta determinadas consideraciones<sup>17</sup>. Se aborda así la difícil cuestión acerca de cuáles son los «principios estructurales esenciales» del matrimonio y, en consecuencia, qué parejas pueden acceder a la protección del art. 6 I GG. Para el Tribunal Constitucional, que coincide con la doctrina absolutamente dominante<sup>18</sup>, las parejas del mismo sexo no quedan comprendidas bajo la protección del art. 6 I GG<sup>19</sup>. El

13 BVerfG, cit., Rz. 86 ss.

14 Se volverá sobre ello.

15 BVerfG, cit., Rz. 87.

16 Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219 (227).

17 BVerfG, cit., Rz. 87.

18 Cfr. sólo la panorámica en Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219 (220 con referencias en la nota 10).

19 BVerfG, cit., Rz. 88: Las parejas homosexuales inscritas no constituyen matrimonio en el sentido del art. 6 Abs. 1 GG.

Tribunal afirma en tal contexto que «el instituto de la pareja homosexual inscrita» no está comprendido en la protección del art. 6 I GG<sup>20</sup>.

### 3. CONCLUSIÓN

La mayoría de la Sala llega a la conclusión de que el legislador habría satisfecho las exigencias de la garantía de instituto del art. 6 I GG en la medida en que existen reglas jurídicas para la «forma de vida» matrimonial, que se corresponden con las aludidas exigencias de contenido - «núcleo ordenador», «principios estructurales»<sup>21</sup>. La garantía de instituto no exigiría nada más. En particular, no impediría que el legislador tomara elementos estructurales singulares que identifican (junto con otros) al matrimonio, como la estabilidad de la relación, como punto de referencia para la regulación jurídica de otras formas de vida en común. Así se dice expresamente: «El art. 6 Abs. 1 GG no reserva cada uno de esos elementos estructurales sólo para del matrimonio»<sup>22</sup>.

## III. LA GARANTÍA DE INSTITUTO COMO «PROTECCIÓN FRENTE A LA COMPETENCIA»: LOS VOTOS PARTICULARES

Los votos particulares de los Magistrados Papier y Haas advierten, por el contrario, de que la mayoría de la Sala no hace justicia en sus valoraciones constitucionales al significado de la garantía de instituto derivada del art. 6 I GG. La crítica se articula en torno a la preterición de un signo estructural esencial del matrimonio, la disparidad de sexos de los contrayentes.

### 1. LA GARANTÍA DE INSTITUTO COMO CRITERIO DE CONTROL

Conforme a los votos particulares, el sentido de la garantía de instituto sería vincular al legislador a ciertos principios estructurales, que quedarían sustraídos a su poder de decisión. Deben ser protegidos frente a «cualesquiera disposiciones del legislador». El margen de maniobra del legislador quedaría así determinado por tales principios estructurales ante *cualquier* regulación meramente legal. Si se tratara sólo de reglas legales que afectaran concretamente al matrimonio y se apartaran de sus principios estructurales, la defensa frente a tales injerencias del legislador sería expresión de la función de defensa del art. 6 I GG. Como fundamento de la vinculación general del legislador alude Haas

20 Véase *infra* para las cuestiones vinculadas a ello.

21 BVerfG, cit., Rz. 89, así como el voto particular de Papier, Rz. 126.

22 BVerfG, cit., Rz. 103. Este extremo se trata al referirse al art. 6 I GG como decisión de valor, especialmente en relación con la obligación de promoción que deriva de ella. Sobre el lugar que corresponde a los diferentes argumentos véase también más adelante.

a que el art. 6 I GG no sólo impone apoyar al matrimonio, sino privilegiarlo. En las explicaciones finales sobre el control a través del art. 6 I GG justifica tal privilegio frente a otras parejas con el argumento de que éstas «carecen de elementos especiales que justifican la promoción del matrimonio», puesto que «no están orientadas a tener hijos propios» y, en definitiva, «en absoluto contribuyen a abrir un futuro para el Estado y la sociedad»<sup>23</sup>.

## 2. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA GARANTÍA DE INSTITUTO: PROTECCIÓN MEDIANTE LA EXPANSIÓN DE UN CATÁLOGO INAMOVIBLE DE PRINCIPIOS ESTRUCTURALES

En el marco de sus consideraciones sobre el efecto de protección de la garantía de instituto, señala Papier que el matrimonio depende, a fin de cuentas, de reglas contenidas en la legislación ordinaria. No lo formula, sin embargo, como contenido autónomo, en el sentido de una «ayuda para la realización» del derecho<sup>24</sup>. Destaca los límites que afectan a las posibilidades de configuración del legislador por encima de la tarea configuradora misma que le es encomendada. Este aspecto —que la garantía de instituto significa ante todo, para aquéllos que quieren contraer matrimonio, la predisposición de las correspondientes regulaciones legislativas— también se encuentra en el voto particular de Haas, cuando señala que la garantía de instituto «dispone marcos jurídicos para un orden vital, en el que el hombre y la mujer se encuentran en la comunidad de vida del matrimonio»<sup>25</sup>.

La garantía de instituto desplegaría eficacia jurídica en la medida en que debe servir como norma orientadora para el legislador. Los principios estructurales del matrimonio deben ser directivos. Un principio estructural sería —junto a la comunidad de vida en principio indisoluble— el diferente sexo de los contrayentes, que aquí no habría sido considerado. Los principios estructurales se sobreponen, según Papier, a las opiniones sobre el matrimonio que en cada momento sean real o supuestamente dominantes en la sociedad.

¿Dónde radica exactamente el apartamiento de un principio estructural? De acuerdo con el criterio de Papier y Haas, el legislador habría creado un instituto, la pareja homosexual, que se correspondería con el matrimonio en cuanto a derechos y deberes de sus miembros, dejando a un lado la disparidad de sexos<sup>26</sup>. Al margen de las cuestiones que plantea la correspondencia

23 BVerfG, cit., Rz. 137.

24 Más claramente en tal dirección puede ser interpretada su toma de posición en el trabajo publicado inmediatamente después de la sentencia en *NJW* 2002, 2129: «el ejercicio en especial del derecho fundamental a contraer matrimonio depende de que el Estado haya dispuesto un Derecho matrimonial y familiar».

25 BVerfG, cit., Rz. 133.

26 BVerfG, cit., Rz. 126.

entre ambos institutos<sup>27</sup>, esta argumentación lleva a concluir que sólo personas de diferente sexo pueden establecer un vínculo como el que hasta ahora ha encontrado expresión jurídica en el matrimonio, esto es, un emparejamiento solidario y duradero. Si a las parejas del mismo sexo se les ofrecen reglas que sean comparables a las del matrimonio, la garantía de instituto sería infringida por no respetarse el principio estructural de la diversidad de sexos<sup>28</sup>.

### 3. LA GARANTÍA DE INSTITUTO EN EL MARCO DE LAS DIMENSIONES PROTECTORAS DEL ART. 6 I GG: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL EN EL MARCO DE «FORMAS DE VIDA» DETERMINADAS

Al igual que la mayoría, los votos particulares siguen el canon de las tres dimensiones protectoras para esbozar los efectos de protección del art. 6 I GG<sup>29</sup>, por más que ambos sólo se refieran al art. 6 I GG «como derecho fundamental» en relación con su eficacia como derecho de defensa.

La vinculación entre el art. 6 I GG «como derecho fundamental» y la garantía de instituto apenas resulta tematizada por Papier, y adquiere un interesante perfil cuando Haas formula que el legislador «ha de disponer el marco jurídico de un orden vital»: el acento parece recaer sobre el «orden» y, con ello, sobre determinadas ideas que las reglas jurídicas tendrían que poner en ejecución, y no tanto sobre la inexorable exigencia de un marco jurídico. Significativamente habla igualmente de «rasgos configuradores de la estructura» del matrimonio: se puede interpretar que el Derecho no sólo se atiene a estructuras sociales, casi las reproduce, sino que las protege. Por lo demás, Haas vincula la protección constitucional del matrimonio con su significado para la familia<sup>30</sup>.

### 4. CONCLUSIÓN

Como resultado se obtiene justamente lo que la mayoría de la sala expresamente rechaza: propiedades que, conforme al criterio más generalizado, corresponden al matrimonio, pero también en principio a otras formas de pareja, quedan sometidas a una «reserva» en favor del matrimonio y, con ello,

27 Cfr. al respecto Wasmuth, *Der Staat* 2002, 47 (64 ss.), y desde otra perspectiva Braun, *JZ* 2002, 23 (26 s.). Una diferencia esencial radica en la situación jurídica de los menores (amparados por la patria potestad o la tutela), así como en la posibilidad de adopción de niños por parte de las parejas homosexuales.

28 Desde otra perspectiva, podría verse justamente en la institucionalización de la pareja un apoyo a principios estructurales esenciales del matrimonio, como el vínculo en principio vitalicio de dos personas en una comunidad de responsabilidad y confianza recíprocas. Así Wasmuth, *Der Staat* 2002, 47 (63 ss.).

29 Cfr. también los desarrollos de Papier en *NJW* 2002, 2129, apartado I.

30 Más sobre ello en la crítica contenida *infra*, apartado IV.



sólo para personas que puedan contraerlo<sup>31</sup>. Sólo personas de diferente sexo podrían formar una comunidad de vida duradera dotada de derechos y deberes recíprocos. Desde otra perspectiva, la «reserva» al matrimonio de determinadas formas de emparejamiento aparece con ello como simultánea extensión del «modelo de la pareja heterosexual».

#### IV. ANÁLISIS Y CRÍTICA

Esta exposición muestra que mayoría y minoría, sobre la base de una misma comprensión de la garantía de instituto, determinan su eficacia jurídica de modo abiertamente discrepante. Ello afecta, entre otras cosas, a la ponderación de los aspectos que comprende la eficacia jurídica de la garantía de instituto, y que se pueden diferenciar como *función de predisposición y de delimitación*. Especialmente tal extremo debe ser valorado ahora críticamente, pensando en el significado que corresponde al desarrollo efectivo del derecho fundamental.

##### 1. PUNTO COMÚN DE PARTIDA: EL LEGISLADOR COMO DESTINATARIO DE LA GARANTÍA DE INSTITUTO

Mayoría y minoría parecen fundamentalmente de acuerdo acerca de lo que designa una garantía de instituto: regulaciones por ley ordinaria —de Derecho privado— de una «forma de vida». También hay unanimidad sobre el contenido, los principios estructurales determinantes que acotan el ámbito de protección del art. 6 I GG. En particular, son unánimes al considerar que la disparidad de sexos de los contrayentes caracteriza el matrimonio. Resulta aquí criticable que permanezcan sin aclarar el concepto del instituto y, con ello, también la garantía de instituto en su relación con aquello que debería comprender «realmente»<sup>32</sup>. Aunque se defina el instituto como com-

31 De este modo concuerdan Haas y Papier con la visión también representada en la literatura sobre el art. 6 I GG, cfr. la expresiva formulación de Pauly, *NJW* 1997, 1955: «Efectos de bloqueo del concepto constitucional de matrimonio», y Braun, *JZ* 2002, 23 (25), que vincula este criterio jurídico con consideraciones sobre la peculiaridad de las relaciones homosexuales, y ve en la LPartDisBG un «camino abierto hacia otras formas de vida», que provocaría entre otros el riesgo de que una «revalorización de las conductas homosexuales» pudiera finalmente llevar a la legitimación del «sexo con niños como derecho de los maricas». En un nuevo trabajo (*JuS* 2003, Heft 1, S. 21 ss.) expecula Braun de forma más moderada sobre la teoría de la sexualidad incorporada a la Sentencia del BVerfG, y mezcla en sus consideraciones jurídicas las dimensiones de protección del art. 6 I GG. Véase sobre ello próximamente la nota de Obermeyer en *JuS*.

32 Stelzer, en su contribución sobre el contenido institucional de los derechos fundamentales («Freiheit und Institution», in: *Recht als Sinn und Institution, Rechtslehre*, Beiheft 6, 27 ss.), desarrolla atinadamente cómo el concepto científico de institución en el ámbito del Derecho hace «referencia de modo peculiar a conexiones sociales, en términos ciertamente muy imprecisos y cuyo significado y función exactos siguen siendo más bien opacos» (32). Cfr. igualmente la crítica de Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, 122 ss., 151 ss. La crítica se refiere también a la literatura.

plejo normativo de Derecho privado que no tiene realidad fuera del mundo jurídico<sup>33</sup>, las formulaciones del Tribunal Constitucional dejan claro que este complejo normativo no se sostiene por sí mismo, sino que hace referencia a un «sustrato social»<sup>34</sup>. Observando esta confusa vinculación surgen preguntas que tienen importancia en la aplicación del Derecho, en el trato concreto con la garantía de instituto: ¿Qué es una «forma de vida», incluso un «orden vital»? ¿En qué contribuye el Derecho a su subsistencia? ¿Traza el Derecho los perfiles de algo casi «existente fuera del Derecho» o contribuye a conformar su estructura? A ello se une la pregunta acerca de si puede ser necesario, y cuándo, el cambio de las reglas jurídicas para evitar que se «sorteen los derechos fundamentales socavándolos por ley ordinaria»<sup>35</sup>. Finalmente, es difícil saber qué tipo de protección o garantía jurídico-fundamental designa la garantía de un instituto.

En cualquier caso, existe unanimidad sobre cuáles son las cuestiones jurídicamente relevantes. Tanto la mayoría como la minoría plantean preguntas sobre la posibilidad de cambiar el matrimonio, sobre su función y su relación con otras «formas de vida», pero las ordenan bajo diversos niveles de protección del art. 6 I GG. Mientras que los votos particulares amparan su crítica fundamentalmente en la garantía de instituto, la mayoría de la sala trata estos aspectos en el marco del art. 6 I GG como decisión objetiva de valor y del mandato de promoción que resulta de ella<sup>36</sup>. Esto es consecuencia del diferente perfil que atribuyen a los efectos de la garantía de instituto<sup>37</sup> y resulta por tanto dogmáticamente consecuente.

Finalmente, mayoría y minoría están de acuerdo en que la garantía de instituto se dirige al legislador, y en que le impone límites<sup>38</sup>.

33 Cfr. la resumida exposición de Abel, *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*, 70 ss., y la clara afirmación: «No es ningún orden que funcione en la realidad» (71).

34 Willke, cit., 124. Esta referencia queda clara en Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, que en cualquier caso ofrece una definición general de las garantías institucionales, no sólo de las garantías de instituto, 31 s.

35 Willke, cit., 123. Esta cuestión será de nuevo considerada más adelante.

36 BVerfG, cit., Rz. 98, 103. No queda definitivamente claro si la mayoría consideraría admisible un instituto jurídico que contuviera una completa equiparación con el matrimonio. En la medida en que el «círculo de destinatarios» comprendiera a personas que también pudieran contraer matrimonio, parece sostenerse más bien la inconstitucionalidad (Rz. 103). En tal sentido también Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219, 232 ss., que de todos modos constatan que ello no resulta de la garantía de instituto, conforme a la cual una equiparación absoluta sería permisible (231).

37 Sobre ello se volverá inmediatamente, bajo el lema «bipolaridad» o «tripolaridad».

38 Pauly lo formula, en el marco de la conocida dogmática de los derechos fundamentales, como límite de los límites, *NJW* 1997, 1955.

2. LA GARANTÍA DE INSTITUTO COMO CRITERIO DE CONTROL ORIENTADO HACIA EL ÁMBITO PROTEGIDO POR EL ART. 6 I GG O EXTENDIDO A «CUALESQUIERA DISPOSICIONES» DEL LEGISLADOR

Como ha mostrado la exposición anterior, las opiniones en sala son discrepantes acerca de cuándo y cómo la garantía de instituto limita al legislador.

La mayoría parte de una vinculación del legislador en aquellas regulaciones que afectan *directamente* al matrimonio. Al constatar que «el objeto de regulación de la ley no es el matrimonio»<sup>39</sup>, ese campo permanece cerrado. Conforme a la dogmática de los derechos fundamentales, ello depende del ámbito de protección del art. 6 I GG: ¿a quién protege?

La discusión sobre el ámbito de protección del art. 6 I GG no será desarrollada aquí en detalle. Para la doctrina dominante, las parejas homosexuales no se incluyen bajo el concepto constitucional de matrimonio<sup>40</sup>. Ello significa que, conforme a esta doctrina mayoritaria, para lograr la garantía constitucional de estas parejas a través del art. 6 I GG sería necesaria una reforma de la Constitución<sup>41</sup>, aunque la nota de la diversidad de sexos no esté expresamente recogida por el texto de la norma.

Los votos particulares pretenden una vinculación del legislador ante *cualquier* medida de rango legal. El constreñimiento de la eficacia jurídica de la garantía de instituto a los titulares del derecho fundamental es entendido como limitación de su eficacia, en el sentido de una interpretación sólo como derecho de defensa. Los principios estructurales del matrimonio tendrían casi «eficacia irradiante» (Ausstrahlungswirkung)<sup>42</sup>. Si Papier en este contexto habla no obstante de la vinculación del legislador «cuando configura el matrimonio», no existe en ello limitación alguna, sino que expresa justamente la extensión del modelo de matrimonio: toda regla que se refiera a relaciones de pareja duraderas afecta al matrimonio, es por tanto desarrollo del mismo.

Los criterios de la mayoría y la minoría pueden ser reflejados por ello, en el marco de la dogmática de los derechos fundamentales, con los conceptos propuestos por Pieroth y Kingreen<sup>43</sup> de «bipolaridad» o «tripolaridad». De alguna manera logran describir mejor la perspectiva que el legislador, como destinatario de la garantía de instituto, debe tomar en consideración.

«Bipolaridad» significa que sólo se trata de la relación entre los titulares del derecho fundamental derivado del art. 6 I GG y el Estado, sin fijarse en lo que el Estado pueda regular «para los demás». El mandato de establecer reglas jurídicas debe servir al ejercicio del derecho fundamental contenido en el art.

39 BVerfG, cit., Rz. 86.

40 Cfr. más indicaciones —también sobre las opiniones discordantes— en Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219 (220 nota 12).

41 Cfr. Gröschner, en Dreier, *GG*, Art. 6 Rn. 26 ss. (32)

42 Cfr. la formulación, en el voto particular de Haas, de que la posibilidad de comparar pareja homosexual y matrimonio debe ser considerada «a la luz de la garantía constitucional», cit., Rz. 131.

43 Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219 ss.

6 I GG por parte de sus titulares. Con ello, la atención de la eficacia protectora de la garantía de instituto se sitúa en la predisposición de normas jurídicas, no en la delimitación vinculada a la misma.

Mientras que la mayoría desarrolla la garantía de instituto en el marco de esta «bipolaridad», los votos particulares obligan a que el legislador tenga en cuenta los rasgos estructurales del matrimonio también cuando establece regulaciones para otras comunidades de vida. Cabe hablar de «tripolaridad» porque, junto al Estado y los matrimonios, las demás comunidades de vida siempre deben ser consideradas como «tercero en discordia»; con otras palabras, se trata de comparar, de ver a quién le va «mejor» o «peor». Con ello, la eficacia protectora de la garantía de instituto no queda tan determinada por la tarea de disponer reglas jurídicas para el matrimonio, sino que se le añade una «función de reserva y privilegio».

### 3. FACTORES DE EFICACIA JURÍDICA: «REALIZACIÓN» VS. «RESERVA» DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Para un tratamiento dogmático de la garantía de instituto se propone aquí, sobre la base de las explicaciones anteriores, la diferenciación entre dos aspectos de la eficacia jurídica: De un lado, la obligación del legislador de predisponer formas jurídicas («oferta de una forma de vida»), de otro la consecuente delimitación frente a otras formas de vida. El Tribunal Constitucional señala que la garantía de instituto impone al legislador ofrecer y proteger el matrimonio como forma de vida<sup>44</sup>. El carácter protector de la garantía institucional resulta en último extremo difícil de perfilar. Se trata de una protección jurídico-fundamental en el campo tensado por las *funciones de predisposición y delimitación*, puesto que ya la oferta una «forma de vida» contribuye a la protección del derecho fundamental, en el sentido de hacer efectivos los derechos fundamentales.

Esta función de predisposición, que los votos particulares dejan en segundo plano, abre posibilidades añadidas para la reflexión general sobre las funciones de los derechos fundamentales. Cabe hablar aquí de una «ayuda del legislador para hacer realidad»<sup>45</sup> los derechos. Tal interpretación resulta significativa desde los puntos de vista de la dogmática y la teoría de los derechos fundamentales. Por un lado, se establece la vinculación entre la garantía de instituto y el contenido de derecho fundamental, jurídico-subjetivo, del art. 6 I GG: La protección especial del matrimonio como libertad de contraer tal vínculo y vivirlo sin ser perjudicado por ello no puede ser garantizada sin proporcionarle un marco jurídico. Por otro, se puede conectar, pasando por la idea de la «ayuda para hacer realidad» los derechos fundamentales, con refle-

<sup>44</sup> BVerfG, cit., Rz. 86.

<sup>45</sup> En expresiva formulación de Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219 (227).

xiones generales sobre las funciones de éstos, teniendo como telón de fondo las condiciones de realización de la libertad protegida por los mismos<sup>46</sup>. Con ello se relaciona la cuestión de si los efectos jurídicos de la garantía de instituto no podrían ser recogidos dentro del esquema de las funciones de los derechos fundamentales generalmente reconocidas, incluido el deber de protección de los derechos fundamentales<sup>47</sup>.

#### 4. LA GARANTÍA DE INSTITUTO COMO PARTE DE LA FUNCIÓN DE PROTECCIÓN DEL ART. 6 I GG: ¿PROTECCIÓN DE UNA INSTITUCIÓN SOCIAL<sup>48</sup> O PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD FUNDAMENTAL MEDIANTE INSTITUTOS JURÍDICOS?

Ahora se tratará sobre la vinculación entre las diferentes dimensiones de la protección del art. 6 I GG, y sobre qué relación existe entre la libertad protegida por el derecho fundamental y el instituto jurídico.

Una vinculación presupone, ante todo, que se está ante aspectos separados. La percepción del significado jurídico de la expresión del art. 6 I GG, conforme a la cual el matrimonio y la familia quedan bajo la protección especial del ordenamiento estatal, se conforma siempre á los puntos de vista del derecho fundamental, la garantía de instituto y la norma de principio que incorpora una decisión de valor<sup>49</sup>. También el Tribunal Constitucional, y ello afecta tanto a la mayoría como a la minoría de la sala, habla del art. 6 I GG «como derecho fundamental»<sup>50</sup>, como garantía de instituto<sup>51</sup> y como «decisión de valor vinculante» o «norma de principio que incorpora una decisión valorativa»<sup>52</sup>.

El sentido de tal diferenciación consiste en convertir el art. 6 I GG en un criterio manejable en el control de constitucionalidad y, mediante la sistema-

46 Aquí bien puede bastar, como simple lema, la relación entre «libertad natural» vs. «libertad constituida», que en el marco de las garantías institucionales también puede reflejarse como pregunta acerca de la relación entre libertad e institución. Sobre ello fundamentalmente Lübbe-Wolff, *Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 75 ss., 127 ss., y Morgenthaler, *Freiheit durch Gesetz*, para el art. 6 I GG en especial 269. Cfr. también, de modo gráfico y agudizando el contraste entre las posiciones, la cita de Stern, *Staatsrecht* III/1, pág. 761: «se trata de una garantía frente al Estado, no a través del Estado».

47 Sobre ello, cfr. *infra*.

48 Braun, *JZ* 2002, 23, equipara «instituto social» con «institución», lo que no sería correcto en el marco de la (simplificadora) dogmática sobre las llamadas garantías institucionales, pero que en determinadas circunstancias alude a un concepto de institución de uso más bien atécnico, que cuando se refiere al matrimonio está ligado a la idea, discutible, de que se trata de un «instituto profundamente arraigado en nuestra cultura» (ibidem, 26). Para otras formas de verlo cfr. Wasmuth, *Der Staat* 2002, 47 (59, con más referencias).

49 Cfr. sólo Jarass/Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 1. De modo diferente aún el ya mencionado comentario, más antiguo, de Pison en *Bonner Kommentar* sobre el art. 6 I GG, que diferencia nueve (!) aspectos diferentes de la eficacia jurídica, cfr. Rn. 33.

50 BVerfG, cit., Rz. 78, 126, 132.

51 BVerfG, cit., Rz. 86, 126, 132.

52 BVerfG, cit., Rz. 90, 126, 132.

tización, abrirlo a una asimilación por parte de las figuras propias de la teoría de los derechos fundamentales<sup>53</sup>. Éstas posibilitan, por su parte, la reconducción de las cuestiones jurídicas al marco de una dogmática conocida, que proporciona reglas generales para la aplicación del derecho en un ámbito determinado. Generalidad significa que no se trata sólo de técnicas aplicativas orientadas a un concreto derecho fundamental<sup>54</sup>, sino de reglas que, en la medida de lo posible, debieran ser válidas para todos los derechos fundamentales<sup>55</sup>. Tal generalidad, en último extremo, no sólo sirve a una aplicación «óptima» del Derecho, sino que contribuye a garantizar en tal aplicación el postulado del Estado de Derecho, lo que aquí significa la realización de los derechos fundamentales sobre la base del art. 1 III GG<sup>56</sup>.

En cualquier caso, mayoría y minoría de la sala tropiezan con la objeción de que la separación mediante el lenguaje de los diferentes efectos protectores (art. 6 I GG «como derecho fundamental», como «garantía de instituto») nos aleja de una concepción del art. 6 I GG como *un* derecho fundamental con efectos protectores diferentes pero interconectados. Tal efecto se refuerza en la medida en que sólo se añaden escasas indicaciones sobre la «recomposición» de las dimensiones protectoras. Una categorización de las dimensiones protectoras como diferentes *funciones*, señalando con ello diferentes modos de eficacia normativa<sup>57</sup>, parecería aquí mejor manera de exponerlo.

En el contexto de los efectos protectores del art. 6 I GG, la mayoría y la minoría sitúan la garantía de instituto en posiciones diferentes: mientras que la mayoría señala la conexión con el carácter de protección individual del art. 6 I GG, la garantía de instituto se autonomiza en los votos particulares. La idea de que la garantía de instituto está al servicio de la protección del derecho fundamental se retira del primer plano. La existencia previa de un «orden vital» marca rígidamente el camino, en especial si las opiniones sociales deben resultar irrelevantes para el contenido del instituto. La contribución a la realización del derecho fundamental queda en cuestión si el desarrollo de la libertad personal debe tener lugar en un orden de valores preestablecido, que encuentre o debiera encontrar expresión en los institutos jurídicos<sup>58</sup>.

53 Con ello aludo aquí a la descripción de diferentes funciones de los derechos fundamentales, esto es, a los derechos fundamentales como derechos de defensa, etc.

54 Aunque, naturalmente, también sigan existiendo y tengan importancia tales orientaciones para la aplicación (cfr. por ejemplo la intromisión en el ámbito de protección del art. 14 I GG y el «esquema de comprobación» que ofrecen Pieroth/Schlink, *Grundrechte*, 17. ed., Rz. 957).

55 Esta comprensión de la dogmática se orienta hacia las explicaciones de Jarass, *AÖR* 95, 346 (346 s., con más referencias). No se trata aquí y ahora de desarrollar un concepto acabado de dogmática; resumidamente sobre el planteamiento de los problemas en relación a la dogmática y sus posibles contenidos Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 307 ss.

56 Esta idea es central en los trabajos de F. Müller, cfr. sólo Strukturierende Rechtslehre, 380 ss., y resumidamente págs. 433 ss. Sobre ello Christensen/Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, 280 ss.

57 Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219 (223).

58 Esta comprensión de la «eficacia posibilitadora de la libertad que corresponde a la ley» impregna completamente también las posiciones de Morgenthaler, *Freiheit durch Gesetz*. Sobre el art. 6 a partir de tal base, véanse págs. 268 ss.

Esa eficacia como limitación de la libertad afecta, de un lado, a aquéllos que son titulares del derecho fundamental derivado del art. 6 I GG, para quienes sólo queda disponible una determinada forma de matrimonio. Pero también ignora posiciones amparadas por los derechos fundamentales<sup>59</sup> de quienes, sin poder contraer matrimonio, desean establecer un vínculo como el descrito por la noción de pareja<sup>60</sup>. Escaparía al interés del legislador el promover la asunción de responsabilidades recíprocas en la pareja como «modelo de autorregulación social»<sup>61</sup>.

Expresa el alejamiento respecto del carácter que corresponde al art. 6 I GG como derecho de libertad, y con ello como protección individual, la justificación que Haas encuentra para el mandado de promoción del matrimonio<sup>62</sup>, que vincula con la garantía de instituto, y que deduce de la contribución del matrimonio a la «capacidad de Estado y sociedad de tener un futuro»; tal contribución consistiría en la orientación del matrimonio a la descendencia y en la correspondiente responsabilidad de los progenitores. Mientras que la vinculación a los beneficios para el Estado y la sociedad recuerda a la regla del art. 119 de la Constitución de Weimar<sup>63</sup> y a la concepción básica ligado a ella — más bien extraña a la Ley Fundamental— de que órdenes vitales específicos resultan protegidos<sup>64</sup>, la «responsabilidad de los progenitores» como expresión posible de la «fuerza acuñadora de la personalidad» que caracteriza a tal proyecto de orden<sup>65</sup> no deja de provocar extrañamiento. Por lo demás, los dos bienes protegidos por el art. 6 I GG, matrimonio y familia, resultan hasta tal extremo imbricados, que la protección del matrimonio, como antaño, recibe su justificación del matrimonio como comunidad procreadora. Pero tal vínculo ya no existe en esa forma, y en absoluto es presupuesto por la protección del matrimonio<sup>66</sup>, pues en otro caso, y si se llevara a sus últimas consecuencias, conduciría a limitar el ámbito de protección del art. 6 I GG.

59 Colocado por la mayoría bajo los arts. 2 I, 3 I y 3 III GG, pero podría añadirse el derecho general de la personalidad derivado de los arts. 1 I y 2 I GG. Sobre ello brevemente Beck, *NJW* 2001, 1894 (1895 s.).

60 Más adelante se verá con más detalle.

61 Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219 (239 s.).

62 BVerfG, cit., Rz. 137.

63 Art. 119 de la Constitución de Weimar, primera frase: «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».

64 Waechter, *Die Verwaltung* 1996, 47 (52). Véase también más abajo, V. 2., sobre los problemas que plantea trasladar conceptos de la teoría del Derecho político de Weimar a la Ley Fundamental de Bonn.

65 En esta peculiar lectura Morgenthaler, *Freiheit durch Gesetz*, que también habla de «instituciones de la libertad», 268 s.

66 Sobre esto Gröschner, Dreier, GG I, Art. 6 Rn. 18 ss.; Wasmuth, *Der Staat* 2002, 47 (58 s.); en parte se funda una reserva respecto del matrimonio, en cualquier caso, con la consideración del «matrimonio como paternidad potencial», cfr. Braun, *JZ* 2002, 23 (25); Pauly, *NJW* 1997, 1955. La postura de Papier, *NJW* 2002, 2129 (2130), resulta vaga, pues subraya que en el art. 6 I GG son protegidos matrimonio y familia, lo que en absoluto cabría dar por supuesto, como muestra la concepción de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea; en ella, matrimonio y familia son protegidos en prescripciones separadas. Aunque Papier por un lado

Se muestra así que la libertad jurídico-fundamental y el instituto pueden ser ordenados recíprocamente poniendo el acento en diferentes aspectos: el instituto jurídico como presupuesto para el ejercicio de una libertad protegida como derecho fundamental, o el instituto jurídico como protección de una institución social, que acuña o incluso limita el uso de la libertad fundamental.

##### 5. LA PAREJA INSCRITA: ¿INSTITUTO SIN GARANTÍA DE INSTITUTO?

Tanto la mayoría de la sala como Papier se refieren a la pareja como instituto<sup>67</sup>. Ello aproxima la pareja al matrimonio, que también es instituto<sup>68</sup>. Tal designación podría tener el significado jurídico-constitucional de que la aprobación de la LPartDisBG igualmente se apoyara en las garantías de instituto, como resultado de una comprensión básicamente institucional de los derechos fundamentales, que determinaría asimismo la aplicación de los derechos fundamentales aquí relevantes<sup>69</sup>. Esta no es la posición teórica en materia de derechos fundamentales de la que parte el Tribunal Constitucional<sup>70</sup>.

Dado el trasfondo de la argumentación del Tribunal Constitucional, conforme al cual el legislador, con la LPartDisBG, «ha tomado en consideración los arts. 2 Abs. 1 y 3 Abs. 1 y 3 GG, por cuanto facilita a estas personas (*las que quieren vivir en pareja homosexual*) un mejor desarrollo de la personalidad y suprime discriminaciones»<sup>71</sup>, cabría sin embargo preguntarse si la aprobación de esta ley resultaba obligada. Tal mandato podría ser fundado sobre la base del deber de protección derivado de los derechos fundamentales men-

pretende que esto «ciertamente no supone diferencia alguna» con el alcance protector de la Ley Fundamental, menciona, por otra parte, que sólo la familia quedaría ahora bajo la protección especial del Estado. Y deja sin precisar su valoración al respecto.

67 Haas habla por el contrario sólo de «forma jurídica». Parece como si tras ello se ocultara el rechazo a imaginarse que en la sociedad efectivamente existan parejas homosexuales dignas de atención como «forma de vida» o incluso como «orden vital». Con ello se corresponde también su interpretación de la pareja, contradictoria con la idea que anima a quienes impulsaron el proceso legislativo y al legislador mismo, como posibilidad «de hacer registrar una comunidad con un compañero del mismo sexo, sin que entre ambos exista o se pretenda establecer una relación homosexual», cit. Rz. 128.

68 También en ambos casos se refieren a «instituto jurídico», véase BVerfG, cit., punto tercero del resumen inicial de puntos centrales (Leitsätze): Instituto jurídico de la pareja inscrita. Con referencia a la relación con un «instituto social» de pareja cabe aquí remitirse a la exposición anterior sobre la problemática del concepto científico de instituto.

69 Cfr. infra la nota sobre Häberle. Si, frente a la opinión dominante, se entendieran las parejas homosexuales comprendidas en la protección del art. 6 I GG, tanto la LPartDisBG como en matrimonio representarían «ayudas a la realización» del ejercicio de las libertades protegidas por el derecho fundamental. También en este contexto, en cualquier caso, se plantearía la pregunta fundamental acerca de la posibilidad de servirse de la figura de la garantía de instituto, así como por su justificación en el marco de la Ley Fundamental. Sobre ello véase *infra*, parte V.

70 Cfr. sin embargo el significado que tiene proporcionar presupuestos legales para el desarrollo de la libertad en el ámbito de los llamados derechos fundamentales de la comunicación; al respecto Schulze-Fielitz, Dreier, GG, Art. 8 Rn. 62.

71 BVerfG, cit., Rz. 88.



cionados. Para el Tribunal Constitucional, no obstante, el legislador en absoluto se encontraba ante la obligación de predisponer la regulación de las parejas homosexuales<sup>72</sup>. No añade comentario adicional alguno sobre cuándo la obligación de respetar los derechos fundamentales se convierte en una obligación de protegerlos mediante la acción legislativa. Ello ocurre porque la perspectiva de los fundamentos jurídicos de la sentencia y de los votos particulares es: ¿cabía al legislador la adopción de la LPartDisBG? Bien diferente hubiera sido la pregunta: ¿Era obligada la adopción de la ley? Por ello queda sin decidir la relevancia jurídica que corresponde al «mejor desarrollo de la personalidad» y a la supresión de las discriminaciones. Planteándolo de otro modo: ¿a partir de qué grado de desarrollo «no óptimo» de la personalidad y de discriminación debe actuar el legislador? Aquí sólo diremos lo siguiente: ciertamente puede ser que no sea suficiente un simple «mejor desarrollo de la personalidad» para imponer una acción estatal; la supresión de las discriminaciones<sup>73</sup>, que cabe representar como intromisiones en el derecho general de la personalidad, en la libertad general del individuo y como comportamientos contrarios al principio de igualdad<sup>74</sup>, nos acerca sin embargo a un mandato jurídico-constitucional de adoptar la LPartDisBG<sup>75</sup>, a no ser que se entienda que el art. 6 I GG, con la «especial protección» del matrimonio, justifica cualquier tratamiento desfavorecedor de las parejas homosexuales<sup>76</sup>.

72 BVerfG, cit., Rz. 111, por más que sin fundamentación; claramente rechazado por el voto particular de Haas, cit., Rz. 128; cfr. también Robbers, *JZ* 2001, 779 (782 s.), que habla de una obligación potencial del legislador de regular las parejas homosexuales; en sentido diferente Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219 (230 y, resumiendo, 241), que —como ahora el Tribunal Constitucional— se limitan a constatar la posibilidad de tal regulación. En una resolución de una sección del Tribunal Constitucional muy citada en este contexto se trae a consideración una obligación de tal género sobre la base del derecho general de la personalidad y del art. 3 I GG, pero no se somete a decisión por falta de relevancia para resolver la cuestión planteada (BVerfG, *NJW* 1993, 3058 s.). El art. 1 I GG, de manera sorprendente, ya no es invocado en la sentencia de 17 de julio de 2002.

73 Véanse aquí los ejemplos que ofrece Wasmuth, *Der Staat* 2002, 47 (62).

74 Mirando hacia el tratamiento desigual entra en consideración como medida, en todo caso, en art. 3 I GG; con respecto del art. 3 III GG se defienden opiniones diferentes, según se entienda que la discriminación es por razón de sexo (así Sachs, *JR* 2001, 45 (46)) o por razón de la orientación sexual, que no está comprendida por el art. 3 III (Sachs, cit.; Wasmuth, cit., que en cualquier caso lo considera como una carencia desde el punto de vista del postulado del Estado de Derecho).

75 Breve, pero comprensiva panorámica sobre ello en Sachs, *JR* 2001, 45 ss., que como resultado declina admitir una obligación jurídico-constitucional (47); (más bien) afirmándola Wasmuth, cit., 62; Röthel, *ZRP* 1999, 511 (516), que en especial destaca como contrario a la igualdad el rechazo hasta ahora de la privación de ciertos efectos del matrimonio para las parejas homosexuales; Stüber parte sólo de la posibilidad de adoptar la LPartDisBG, *KJ* 2000, 594 (599).

76 Ello no es seguro cuando, como aquí se propone, al fijarse en las garantías de instituto se coloca en primer plano la «protección especial» como predisposición de reglas jurídicas, y se relega a un segundo plano la función de delimitación. Importa también, en cualquier caso, cómo se desarrolla la «protección especial» en el marco del art. 6 I GG en su función como decisión objetiva de valor; esto es, qué tipo de ventaja y discriminación de otras parejas resulta impuesta —o, planteándolo desde la otra perspectiva: permitida.

## V. CRÍTICA DE PRINCIPIO A LAS GARANTÍAS DE INSTITUTO

### 1. OCASIÓN

Los análisis de las opiniones mayoritaria y minoritaria sobre la compatibilidad de la LPartDisBG con la garantía de instituto derivada del art. 6 I GG debería poner de manifiesto que, tanto extender la garantía de instituto como criterio de control para cualquier acción legislativa («tripolaridad»), como alejarla del carácter protector del individuo que corresponde a los derechos fundamentales y dotarla a partir de ahí de autonomía, provocan riesgos para los derechos fundamentales. Pero incluso una garantía de instituto que se limite a la relación entre los titulares de los derechos fundamentales y el Estado, como se la representa la mayoría de la sala, se enfrenta a objeciones:

También aquí tiene lugar una consolidación de rasgos estructurales y contenidos nucleares. Ello conduce igualmente a un estrechamiento de la protección derivada del art. 6 I GG, si se llega a entender que con la garantía de instituto estamos ante una «garantía contrafáctica», un «modelo social ideológico» ajeno a la realidad<sup>77</sup>. Ello depende de la medida en que se dificulten las modificaciones mediante la interpretación del ámbito protegido a través de la garantía de instituto. ¿Está ligada la modificación en el ámbito de los rasgos estructurales o del contenido nuclear de la garantía de instituto a presupuestos más estrictos que el procesamiento de otras modificaciones del ámbito normativo mediante la interpretación constitucional<sup>78</sup>? ¿Está excluida, en la medida en que ello sea posible<sup>79</sup>? Además, cabe dudar de la necesidad de las garantías institucionales en el ámbito de los derechos fundamentales en el marco de la Ley Fundamental, a la vista de los arts. 1 III y 19 II GG, que garantizan tanto la vinculación del legislador como la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales. Atendiendo a las objeciones expuestas, cabría reflexionar acerca de eventuales alternativas. Ello es favorecido por la constatación de que las garantías de instituto son una figura dogmática<sup>80</sup>,

77 Así Richter, Art. 6 Rn. 13 c, en *AK-GG*.

78 Ésto es considerado por Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219 (221) y Kingreen, *Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Spannungsfeld zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten*, 66 ss., bajo el aspecto de la mutación constitucional, sin que de los principios estructurales resulten especialidades.

79 Cfr. la expresión de Papier, para el cual el legislador no tendría la competencia ilimitada de «adoptar las concepciones supuesta o realmente dominantes en la sociedad *en cada momento*», *BVerfG*, cit. Rz. 126, subrayado en el original. Aún más claro Morgenthaler, *Freiheit durch Gesetz*, cuyos correspondientes desarrollos se introducen bajo el título „la decisión valorativa jurídico-constitucional que subyace a la protección del matrimonio y de la familia es independiente del cambio social“, 272.

80 Claramente Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, que observa que las garantías de instituto se perfilaron «como algo introducido de manera consciente en la Constitución por la vía de la interpretación, no preexistente en el texto» (60).

un «invento»<sup>81</sup> que persigue un objetivo determinado, de modo que siempre cabrá controlar su funcionalidad<sup>82</sup>.

## 2. ORIGEN DE LAS GARANTÍAS DE INSTITUTO

Sobre el fin originario de las garantías de instituto proporciona información una simple mirada hacia el contexto histórico y científico en el que surgen. Aparecen —junto con el contrapunto jurídico-público de las garantías institucionales<sup>83</sup>— en el discurso de la teoría del Estado de la república de Weimar como respuesta a los «déficits del Estado de Derecho»<sup>84</sup> que presenta la Constitución. La pregunta subyacente era si los derechos fundamentales contenidos en ella constituían sólo líneas directrices o normas jurídicas de efectiva vigencia<sup>85</sup>. Quien se decidía por la cualidad jurídica de los derechos fundamentales<sup>86</sup> tenía aún que aclarar cómo desplegaban su vinculatoriedad. Al respecto se distinguieron diversos niveles de fuerza vinculante, formas distintas eficacia de los derechos fundamentales<sup>87</sup>. Parece hoy una evidencia tomar por déficit del Estado de Derecho una interpretación de los derechos fundamentales como simples principios programáticos. A la vista del art. 1 III GG, que estatuye una completa vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales, tal juicio se hace aún más incontrovertible. Un precepto similar faltaría en la Constitución de Weimar<sup>88</sup>: no contenía afirmaciones generales, como un pórtico de entrada a los derechos fundamentales, que sí existe en la Ley Fundamental. Por otro lado, los derechos fundamentales prevenían formas diferenciadas de actividad del legislador. Así, ciertos derechos estarían garantizados «conforme a la ley»<sup>89</sup>; en otros cabrían injerencias «sólo con fun-

81 Richter, *AK-GG*, Art. 6 Rn. 3.

82 Waechter, *Die Verwaltung* 1996, 47 ss. habla de un «concepto funcionalmente determinado» (48).

83 No se entrará aquí en la terminología y en la crítica de conceptos ligada a ella, cfr. al respecto Stern, *Staatsrecht* III/1, S. 776 ss. Aquí, con el Tribunal Constitucional, se entiende como garantía de instituto la garantía de un complejo normativo de Derecho privado. Garantía de institución alude a la garantía de una situación normativa de Derecho público.

84 Así resumidamente Waechter, *Die Verwaltung* 1996, 47 (48).

85 Así Thoma en la sección introductoria «El significado jurídico de las disposiciones sobre derechos fundamentales de la Constitución del Reich, en general», pág. 3, en: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. I, 1929.

86 Resulta difícil, mirando desde hoy hacia el pasado, comprender la razón propia de la discusión sobre la cualidad jurídica de los derechos fundamentales, cuando el hecho de que los derechos fundamentales representaran una parte de la Constitución hablaba ya en favor de su normatividad. Tal alusión también en Thoma, cit., que comprende los derechos fundamentales como normas jurídicas.

87 Cfr. Thoma, cit.; una panorámica en Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, págs. 272 ss.

88 El art. 5 de la Constitución de Weimar, que entre otras cosas señala que el poder del Estado en las competencias atribuidas al Reich se ejercerá por los órganos de éste sobre la base de la Constitución del Reich, afecta al orden federal, y tiene por ello un fin regulador diferente.

89 Cfr. por ejemplo la libertad de comercio e industria y la libertad contractual en arts. 151 y 152 de la Constitución de Weimar.

damento en una ley»<sup>90</sup>. En cualquier caso, ni los límites para el desarrollo de los derechos por parte del legislador eran mencionados —no existía un límite aplicable a todos los derechos, como el del art. 19 II GG—, ni estaban claros los requisitos que debía cumplir la ley que autorizara la injerencia. La vinculación del legislador se convertía así en el problema central, ante todo para los derechos que expresamente imponían una actividad del legislador, como, fundamentalmente, la garantía de la propiedad privada.

En tal contexto se alzaron las garantías institucionales<sup>91</sup> como protección frente al legislador, por cuanto con ellas determinados contenidos de los derechos fundamentales, determinadas «instituciones», quedaban sustraídas a su competencia reguladora. Pero ello se refirió sólo a ciertos derechos fundamentales determinados, y antes que a ninguno a la garantía de la propiedad privada y a la administración local autónoma. Pese a la elaboración teórica y al perfil de la figura de las garantías institucionales proporcionados por Carl Schmitt, que entretanto se considera como el «fundador» de tal teoría, ya entonces se reconocían dificultades ligadas a tal «invención»<sup>92</sup>. Así, un punto de apoyo específico y común en el texto constitucional no resulta reconocible. F. Klein elabora en su monografía treinta y seis casos de garantías institucionales que habrían sido «encontradas» en la Constitución de Weimar por la praxis y la teoría<sup>93</sup>. La protección exclusivamente de «intereses comunitarios suprapersonales»<sup>94</sup> y la relación con los derechos subjetivos fueron también percibidas como problema para la teoría de los derechos fundamentales<sup>95</sup>.

Cabe constatar, en resumen, que las garantías tanto institucionales como también de instituto eran concebidas como protección de los derechos fundamentales no a través del Estado, sino frente a él<sup>96</sup>.

90 Así por ejemplo para la libertad de residencia (art. 111 de la Constitución de Weimar) y para la libertad personal (art. 114).

91 Como supraconcepto para las garantías de instituto y de institución.

92 Lo que supuestamente dio a F. Klein ocasión para elaborar su monografía *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien* 1934 (cerrada antes de 1933), que introduce señalando que el problema de las garantías institucionales sólo puede abordarse «conforme a la técnica jurídica, sistemática, dogmática y constructivamente» (8).

93 F. Klein, cit., 291.

94 Wieruszowski, en *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. II (1930), sobre el aquí especialmente relevante art. 119 de la Constitución de Weimar (protección del matrimonio y la familia). También Thoma, cit., Bd. I, que cualifica el art. 119 WRV como disposición en materia de derechos fundamentales que no fundamenta derecho subjetivo alguno (30 s.).

95 Stier-Somlo, *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. 1, Art. 109, 170, 171 nota 24; cfr. sobre ello Abel, *Die Lehre von den Einrichtungsgarantien*, 20, 34 s.; en general sobre el desarrollo de las garantías institucionales Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, 13 ss.

96 Así de expresiva es la cita de Groß en Stern, *Staatsrecht* III/1, 761.

### 3. ¿GARANTÍAS DE INSTITUTO EN LA LEY FUNDAMENTAL?

#### — *Posibilidad de recepción*

El acuñamiento de las garantías institucionales por el contexto y el estilo regulador de la Constitución de Weimar, o por la «cultura constitucional» de la República de Weimar, puede constituir un problema para la recepción de esta figura jurídica en la Ley Fundamental y en la actual situación constitucional. Las siguientes anotaciones deberán bastar aquí<sup>97</sup>: La comprensión de los derechos fundamentales en la Constitución de Weimar no sólo es diferente de la propia de la Ley Fundamental con lo que respecta a la cuestión de la cualidad jurídica de los derechos; también es distinta la concepción de la regulación de los «ordenes vitales» en la parte de la Constitución de Weimar referida a los derechos fundamentales, que por ejemplo diferencia los derechos de «la persona individual» de las regulaciones de «la vida comunitaria», y perfila de modo distinto las relaciones del individuo con el Estado también mediante la mención expresa de deberes fundamentales. Tras este distinto estilo regulador está una concepción también diferente de la Constitución. Ello afecta especialmente también al art. 119 de la Constitución de Weimar, que vincula la protección del matrimonio y de la familia al punto de vista de la política demográfica, de modo que ya a través de ello se esfuma el carácter de protección individual. En el contexto de los derechos fundamentales y de la Constitución así descritos, la protección de un instituto matrimonial adquiere otro significado.

#### — *Equivalentes funcionales*

Junto a la posibilidad de recepción, se plantea también la pregunta acerca de la necesidad de tal «mecanismo de aseguramiento»<sup>98</sup>. El punto de partida para esta reflexión es la modificación de «los presupuestos *tectónicos*, de Derecho positivo»<sup>99</sup>, que mediante los arts. 1 III y 19 II GG podrían provocar una «pérdida de función». Para responder a tal pregunta, deben compararse las «funciones» de los aludidos artículos con la que corresponde a las garantías de instituto, lo que presupone determinar en primer lugar las funciones de los arts. 1 III y 19 II GG. Algo quedó ya anticipado al exponer los «déficits de Estado de Derecho» de la Constitución de Weimar. Ambas normas pueden ser también comprendidas justamente como reacción a las mencionadas debilida-

97 Profundizar en ello impondría afrontar desde su raíz la cuestión de lo que es exactamente «cultura constitucional» y cómo cabe identificarla. Ello no puede pretenderse aquí. Cfr. al respecto Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, esp. 90 ss., con referencias adicionales.

98 Schmidt-Jortzig, cit., 19.

99 Schmidt-Jortzig, cit., véase 59.

des de aquella Constitución: junto con las reservas de ley de derechos singulares, establece expresamente el art. 1 III GG la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, que son cualificados como «derecho inmediatamente vigente». El art. 19 II GG traza para la actividad legislativa un límite material que protege el «contenido esencial» de los derechos fundamentales<sup>100</sup>. Garantías institucionales y arts. 1 III y 19 II GG parecen, con ello, perseguir un objetivo similar. Cabría preguntarse si tal constatación conduce a que las garantías de instituto hayan devenido superfluas<sup>101</sup>. Al respecto se suscitan dudas: de un lado, la descripción de las funciones que tienden a cumplir las garantías de instituto no ofrece una información exhaustiva sobre lo que aportan o pueden aportar<sup>102</sup>. Quizá vayan más allá de la protección de contenidos nucleares de derechos fundamentales frente al legislador, en cuyo caso habría que aclarar si la protección del contenido esencial asume la garantía de las instituciones o los institutos. De otro lado, persiste la pregunta acerca de qué figura jurídica es más adecuada para «desempeñar la función», habiendo de contrastarse con su significado para una protección efectiva de los derechos fundamentales<sup>103</sup>. Tales cuestiones no pueden ser despejadas de modo exhaustivo, pero las reflexiones siguientes podrían indicar una dirección para afrontarlas:

Se revela una diferencia esencial en la concepción: mientras que la garantía de instituto sólo se aprecia en algunos derechos fundamentales, los arts. 1 III y 19 II GG contienen referencias válidas para todos ellos. Tal vinculación general podría, de un lado, ser más efectiva; de otro, considerada desde el punto de vista del Estado de Derecho, tener mayor sentido, puesto que fuerza a construir una dogmática unitaria. A partir de la perspectiva de una comprensión institucional de los derechos fundamentales, como la representada por Häberle, tampoco un tratamiento especializado de ciertos derechos resulta razonable: el problema fundamental de la realización de la libertad a través del Derecho se plantea siempre<sup>104</sup>.

Revisando la literatura parece que, con las garantías de instituto, ciertas situaciones sociales, determinados «institutos», debieran ser protegidos frente a los cambios sociales, que se verifican o impulsan (también) mediante la actividad legislativa. Con referencia a las llamadas parejas homosexuales podría hablarse, de modo simplificador, de la protección frente a un «legislador innovador». Retornando a las reflexiones sobre la dogmática de las garantías de

100 No cabe desarrollar en este contexto los problemas que plantea el art. 19 II GG (lema: contenido esencial absoluto o relativo). Una panorámica ofrece Denninger, AK-GG, Art. 19 II.

101 Así Waechter, *Die Verwaltung* 1996, 47 (50); cfr. también Dreier, GG I, Vorb., Rn. 69.

102 Cfr. sobre esto la interesante anotación de Isensee, *HSiR* V, § 111, Rn. 1 con nota 1, que distingue entre función como efecto jurídico y como aprovechamiento fáctico.

103 «Una protección más efectiva de los derechos fundamentales» es naturalmente susceptible de diferentes interpretaciones, que dependerán de la perspectiva: así, cabe orientarse al conjunto de los derechos o a alguno en particular, puede determinarse la efectividad cuantitativa o cualitativamente. Como ejemplo de ello puede servir la concepción de los derechos fundamentales de Häberle, tal y como se desarrolla en *Die Bedeutung der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*.

104 Häberle, cit., esp. 210 ss.

instituto, se muestra una preponderancia de la función de delimitación respecto de la función de predisposición. Una garantía de instituto así concebida podría limitar al legislador más intensamente de lo que resultaría de los arts. 1 III y 19 II GG. Bien puede ser políticamente defendible; pero siempre cabría preguntarse qué justificación jurídico-constitucional tiene esta función.

Si se sigue una comprensión moderna de las garantías de instituto como «ayudas a la realización» de los derechos fundamentales<sup>105</sup>, lo que también abre el debate sobre las instituciones y los institutos como *instrumentos de regulación* de una constitución moderna<sup>106</sup>, la necesidad de estas figuras resulta también dudosa teniendo en cuenta las ampliaciones ya consolidadas de las funciones o de las dimensiones de protección de los derechos fundamentales. Aquí debe aludirse, de un lado, a la concepción institucional de los derechos fundamentales, de otro a los deberes de protección derivados de ellos.

#### 4. ALTERNATIVAS A LAS GARANTÍAS DE INSTITUTO

##### — *Concepción institucional de los derechos fundamentales*<sup>107</sup>

La idea de la realización de los derechos fundamentales a través de la ley o en el marco de las leyes es subrayada en la teoría de los derechos fundamentales de Häberle<sup>108</sup>, que observa una «reciprocidad esencial entre libertad y Derecho» y, sobre tal base, asigna al legislador la función de desarrollo de los derechos fundamentales<sup>109</sup>. Una «ayuda para hacer realidad» los derechos fundamentales, como la que se asume en la garantía de instituto del art. 6 I GG, puede fundamentarse también de ese modo, pues en ambas concepciones la legislación aparece no como amenaza para los derechos fundamentales, sino contribuyendo a su realización.

La comprensión de Carl Schmitt de la relación entre libertad y Derecho no se adecúa a tal concepción, puesto que para él no puede sino tratarse siempre y sólo de aseguramientos legales de la libertad, y libertad y Derecho, ya sobre la base del principio de distribución propio del Estado de Derecho<sup>110</sup>,

105 Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219. Véanse también indicaciones supra.

106 Stern, *Staatsrecht* III/1, § 68, 785.

107 En esta noción se incorporan posiciones diferentes, incluso completamente diferentes. Aquí sólo se atenderá a Häberle. Cfr. también Stern, *Staatsrecht* III/1, 770 ss.

108 Cuya posición aquí no cabe desarrollar de modo exhaustivo. Para una breve exposición y crítica cfr. Dirnberger, *Recht auf Naturgenuß und Eingriffsregelung*, 103 ss.; más ampliamente Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, 111 ss.

109 Häberle, cit., 180 ss.; 210 ss.; sobre el concepto de libertad de Häberle (en relación con el Derecho) cfr. también Enderlein, *Der Begriff der Freiheit als Tatbestandsmerkmal der Grundrechte*, 134 ss.

110 Schmitt, *Verfassungslehre*, 126.

deberían ser concebidos separadamente<sup>111</sup>. El Estado, y por tanto también el legislador, aparece sólo en un papel limitador y, con ello, amenazante. Los institutos jurídicos deben proporcionar, como institutos complementarios, normas de protección para resguardar los derechos fundamentales de libertad. Se asegura una situación normativa, no la propia libertad<sup>112</sup>. Una «ayuda para hacer realidad» los derechos fundamentales por parte del legislador no sería aceptable en esta concepción.

### — *Deberes de protección derivados de los derechos fundamentales*

El interés que el postulado del Estado de Derecho suscita en favor de una «dogmática general de los derechos fundamentales»<sup>113</sup> orienta la mirada hacia los deberes derivados de los derechos fundamentales. Estos pueden ser considerados como alternativa a las garantías de instituto, en el sentido de una ayuda para la realización de los derechos fundamentales, en cuanto imponen una actividad del legislador<sup>114</sup>; las medidas de protección se apoyan fundamentalmente en la legislación<sup>115</sup>. En el centro del deber general de protección de los derechos fundamentales están, en cualquier caso, supuestos en los que se trata de protegerlos frente a intromisiones de particulares en su esfera<sup>116</sup>. Si en la garantía de instituto se ve, conforme a la interpretación establecida, ante todo una protección frente al legislador, su idea generatriz no se adecúa a los deberes de protección, puesto que no se trata aquí de una protección frente al Estado<sup>117</sup>. Debe preguntarse si la garantía de instituto en su función de predisposición (cfr. *supra*) puede ser subsumida bajo el concepto de deber de protección, casi como protección a través del legislador. Ciertamente el deber de protección, como deber de defensa frene a la intromisión a través de los órganos estatales, comprende también al legislador y le impone adoptar regu-

111 Una contraposición de las concepciones de Häberle y Schmitt puede encontrarse en Stelzer, «Freiheit und Institution», cit., 27.

112 Schmitt, *Verfassungslehre*, 163 ss.; «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 160 ss.

113 Sobre ello Jarass, *AöR* 95, 346.

114 Una breve panorámica sobre los deberes estatales de protección ofrece Dreier, *GG I*, Vorb. Rn. 62 ss., con ulteriores referencias. Más desarrollado en Stern, *Staatsrecht* III/1, 931 ss.; Isensee, *HStR* V, § 109.

115 Dirnberger, *Recht auf Naturgenuss und Eingriffsregelung*, 164 ss.

116 Isensee, cit., Rn. 3, 137; Jarass/Pieroth, *GG*, Vorb. vor Art. 1 Rn. 8.

117 Así Isensee, cit., Rn. 136. Es pregunta diferente y discutida la que versa sobre si el art. 6 I GG es regulación expresa de un deber general de protección a cargo del Estado o una encomienda específica de protección (referencias en Dreier, *GG I*, Vorb. Rn. 65; Stern asume el art. 6 I GG como una encomienda especial de protección, cit., 934.). Aunque se vea el art. 6 I GG como formulación expresa de un deber general de protección para un caso especial (así Dirnberger, cit., 139), ello no implica tomar posición sobre la garantía de instituto; pues no es ésta la que aparece como base del deber de protección, sino la dimensión jurídico-objetiva del art. 6 I GG.



laciones protectoras<sup>118</sup>. Frente a ello se objeta que con los deberes de protección se protegen concretos bienes jurídicos preexistentes. La predisposición de regulaciones jurídicas tendría lugar sin embargo en un momento anterior, puesto que el bien jurídico protegido sólo quedaría constituido a través del Derecho ordinario<sup>119</sup>. Un incumplimiento del deber de predisposición permanece en la constelación bipolar Estado-ciudadano, mientras que el deber de protección siempre atiende al ciudadano, al Estado y a terceros<sup>120</sup>. Seguiría existiendo, pues, un significado autónomo de las garantías de instituto.

Junto a ello se hace referencia a las dificultades para el tratamiento de los deberes de protección derivados de los derechos fundamentales<sup>121</sup>. El intento de elaborarlos dogmáticamente resulta complicado, en especial atendiendo al supuesto de hecho de la amenaza para los derechos fundamentales y a la pregunta acerca de cuándo exactamente debe actuar el legislador<sup>122</sup>. Es preciso constatar que la diferente concepción subyacente dificulta en una primera aproximación el aprovechamiento de los deberes de protección derivados de los derechos fundamentales.

## VI. CONCLUSIÓN

La exposición ha mostrado que la garantía de instituto debe ser considerada críticamente. Las dificultades que surgen para una comprensión dogmática de esta figura la hacen aparecer menos como una «lograda obra de arte» que como una «acción de estabilización» y un «forcejeo dogmático»<sup>123</sup>. Desde la perspectiva de la situación constitucional de Weimar, ello resultaba ciertamente comprensible; desde la que ofrece la Ley Fundamental, los arts. 1 III y 19 II GG dan ocasión para considerarlo, en el ámbito de los derechos fundamentales, cuando menos supérfluo, si no dañino. Muy arriesgado resulta que se abuse de las garantías de instituto como bloqueo del cambio social, petrificando «formas de vida» establecidas como «modelo universal» y negando a otras nuevas protección constitucional.

Si la garantía de instituto se interpreta en el sentido de una función de los derechos fundamentales, que fuerza al legislador a la predisposición de reglas jurídicas para el ejercicio de los derechos fundamentales, entonces cabe también reflexionar sobre fundamentaciones alternativas de este deber a partir de una concepción institucional de los derechos fundamentales o del deber de protección asociado a ellos. Dotarlas de un cierto perfil, como se ha propuesto el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 17 de julio de 2002, logra como máximo evitar males mayores.

118 Dirnberger, cit., págs. 164 ss.

119 Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 80 s.; Pieroth/Kingreen, *KritV* 2002, 219 (227).

120 Dietlein, cit., 81; también en esta dirección Isensee, cit., Rn. 136.

121 Schmidt-Jortzig, cit., 63 ss.

122 Isensee, cit., Rn. 93 ss.

123 Schmidt-Jortzig, cit., 20.