

Dictamen del consejo de estado sobre el anteproyecto de ley por el que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio
(Nº: 2.628/2004; 16 de diciembre de 2004)

Autor: Ignacio Hornedo

En octubre de 2004, el Ministerio de Justicia remite al Consejo de Estado el expediente relativo al Anteproyecto de Ley que pretende permitir a las parejas homosexuales acceder al matrimonio en iguales condiciones que las heterosexuales. El Consejo de Estado emite su Dictamen en diciembre y, a mediados de marzo, comienza el debate parlamentario del polémico texto. Hasta entonces, muchos otros textos han buscado aportar ideas a este tema. Destaca la iniciativa, no exenta de polémica, del CGPJ, el cual emitió su Estudio sobre la Reforma el 26 de enero de 2005. Y se suceden los artículos de opinión y algunos de investigación en la prensa diaria. Existe, sin embargo, cierto consenso a la hora de considerar este Dictamen del Consejo de Estado como el estudio más serio y profundo sobre el Anteproyecto.

Cabe diferenciar cuatro partes en el contenido del Dictamen: 1ª) Estudio sobre la evolución social acaecida en lo que a las parejas no matrimoniales se refiere; 2ª) Análisis del art. 32 de la Constitución Española; 3ª) Examen del contenido del anteproyecto; 4ª) Conclusiones. Pero, antes de comenzar este desarrollo, el Consejo hace dos advertencias: Primera, echan en falta en el expediente un informe de la Dirección General de las Familias y de la Infancia en materia de adopción; Segunda, mientras la memoria económica incorporada al expediente afirma que la reforma no supone coste alguno, la Exposición de Motivos señala que uno de los objetivos del texto es permitir el acceso a prestaciones sociales a quienes hasta ahora no podían disfrutar de ellas.

Entrando en materia, **la evolución de la sociedad y las nuevas de formas de convivencia** se analizan en dos ámbitos: nacional y europeo. En nuestro país, hemos pasado de la represión a la aceptación, hasta llegar a la prohibición de discriminación por la orientación sexual. Lo que no está claro es el alcance que dicha prohibición ha de tener en el tema que nos ocupa (al contrario de lo que sucede en otros ámbitos, v.gr., el

acceso al empleo). Esta evolución se ha constatado desde todas las instancias: dictámenes del propio Consejo, leyes en once Comunidades Autónomas¹, pronunciamientos del Tribunal Constitucional... Todo ello demuestra que existe conformidad sobre la necesidad de dotar a las formas de convivencia *more uxorio* de cierto reconocimiento jurídico. Lo no resuelto, hoy por hoy, es el alcance del mismo.

En el contexto europeo, los pronunciamientos más vanguardistas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han referido a la transexualidad, manifestando en 2002² que el elemento cromosómico puede no ser inevitablemente el determinante de la identidad sexual que el Derecho atribuya a los transexuales³. No obstante, el Convenio de Roma recoge el matrimonio como previsto para personas de distinto sexo y nótese – nos dice el Consejo de Estado- que, en aquéllos pronunciamientos, el TEDH aborda los criterios para determinar si concurre o no la nota de heterosexualidad, principio que se da por supuesto en el matrimonio. Por otro lado, el Dictamen hace referencia a sendas Resoluciones del Parlamento Europeo⁴ en las que se insta a los Estados a eliminar formas de discriminación, a reconocer y regular las formas de convivencia no matrimoniales y a alcanzar un cierto grado de armonización que facilite el reconocimiento mutuo. Finalmente, es muy interesante el análisis que se hace de la Constitución Europea. El texto menciona expresamente la prohibición de discriminación por orientación sexual y garantiza el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, sin mención expresa de la heterosexualidad (artículo II-69). Pudiera parecer que el Tratado está abriendo la puerta al matrimonio homosexual, pero – entiende el Consejo de Estado- hay otros elementos que impiden dicho efecto: Primero, tal derecho se reconoce “*según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”; Segundo, el propio Tratado establece *ex art. 112*, para los derechos que aparezcan también reconocidos en el Convenio de Roma, que “*su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio*”, al que ya nos hemos referido.

La segunda parte del Dictamen es el apartado nuclear del mismo: **El art. 32 de la Constitución Española**. Siguiendo la estructura del propio precepto constitucional,

¹ Cataluña, Aragón, Navarra, Comunidad Valenciana, Baleares, Madrid, Principado de Asturias, Andalucía, Canarias, Extremadura y País Vasco.

² Sentencias de 11 de julio de 2002, Asuntos I. C. Reino Unido y Christine Goodwin c. Reino Unido.

³ A este respecto, véase la reciente Resolución de la DGRN de 24 de enero de 2005, autorizando el matrimonio civil entre un varón español y un transexual costarricense.

el Consejo comienza analizando la referencia expresa al *hombre y la mujer*. A través de la interpretación literal de esta expresa mención, apoyada por el Tribunal Constitucional⁵, el Dictamen nos conduce al siguiente enlace de ideas: El derecho a contraer matrimonio entre hombre y mujer está garantizado por la Constitución; no existe derecho constitucional que ampare otra unión distinta a la matrimonial entre personas de distinto sexo; ello no impide que el legislador extienda el régimen del matrimonio a las parejas homosexuales. Dicho de otro modo, la CE garantiza sólo el derecho al matrimonio entre hombre y mujer por lo que la protección de otras uniones debe buscarse y depende del legislador, quien puede extender a éstas los derechos y deberes de aquél. Por otro lado, el art. 32 ha de interpretarse también en relación con el art. 10, esto es, de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España, cuyas disposiciones al respecto ya se han esbozado en la primera parte del Dictamen. Además, puede ser revelador constatar que tanto en la Constitución Española como en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Convenio de Roma, la referencia subjetiva en lo que se refiere al matrimonio se hace siempre al hombre y la mujer, al contrario de tantos otros preceptos con referencias a “*todos*”, “*todo ser humano*”, “*toda persona*”, etc.

Visto que la Constitución no recoge el derecho al matrimonio para parejas homosexuales, pero que deja al legislador aquel marco de actuación por el que extender su régimen, el Dictamen procede a unas consideraciones sobre el papel del legislador. Éste tiene potestad para llevar a cabo una regulación general del matrimonio. Ahora bien, su apertura a las parejas homosexuales puede afectar a la institución misma del matrimonio, de modo que resulte también afectado el derecho a contraerlo. Es algo más que una ampliación subjetiva: posiblemente, tal apertura altere su naturaleza jurídica, naturaleza que el legislador debe proteger en función de la denominada *garantía institucional* que, en palabras del TC⁶, garantiza “*la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tenga la conciencia social en cada tiempo y lugar*”. De este modo, resulta fundamental determinar si la diversidad sexual forma parte de ese reducto indisponible e imprescindible para reconocer el matrimonio como tal. Aquí, en relación con el reconocimiento autonómico de otras

⁴ Resoluciones de 17 de diciembre de 1998, 29 de diciembre de 2000, 15 de enero de 2003.

⁵ Auto 222/1994 de 11 de julio, STC 184/1990.

⁶ STC 32/1981

formas de convivencia, concluye el Consejo de Estado que *“hoy es perceptible con nitidez la frontera entre el matrimonio como institución forjada por la tradición... y esas otras realidades que se aproximan pero no se confunden con él”*.

Antes de desembocar en el análisis del contenido concreto del Anteproyecto, contrastando estas consideraciones constitucionales con los objetivos y medios que propugna la reforma del Código Civil, el Consejo de Estado hace dos consideraciones previas. En primer lugar, de la Exposición de Motivos y de las razones expuestas en el informe sobre la necesidad y oportunidad de la reforma, adjunto en el expediente remitido, extrae el Consejo las primeras conclusiones sobre la técnica normativa elegida: Se prefiere la ampliación subjetiva de la institución a la regulación especial y diferenciada del matrimonio homosexual y, en lo sustantivo, se opta por alterar la institución matrimonial frente a una regulación en paralelo. Seguidamente, el Consejo entiende necesario poner la mirada en el Derecho Comparado, el cual da muestra de dos modelos básicos de reconocimiento a las parejas del mismo sexo: El francés, como contrato privado; El escandinavo, mediante un registro público de parejas. Por su parte, sólo Holanda y Bélgica han abierto el matrimonio a los homosexuales, si bien mantienen algunas limitaciones en materia de filiación y adopción. Lo mismo ocurre en algunas zonas de Canadá y Estados Unidos. El derecho comparado muestra, en fin, que el modelo general descansa en la diversidad sexual de los contrayentes y que allí donde el matrimonio homosexual existe, ello es consecuencia de haber transcurrido previas y graduales fases.

Entrando, ahora sí, en el **contenido de Anteproyecto**, el Consejo examina cada uno de los objetivos que persigue, de acuerdo con la Exposición de Motivos. De todos ellos se afirma su perfecta constitucionalidad, pero seguidamente se explica que hay otros medios para alcanzarlos o que puede haber efectos no deseados. La no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad se lograrían mejor con una regulación específica, la cual llevaría *“a una especialización y a un enriquecimiento jurídico y lingüístico, antes que a forzar las instituciones y conceptos existentes”*. El objetivo relativo a dotar a las parejas homosexuales de un estatus equiparable al matrimonial es quizás el más debatido. En cuanto a la posibilidad de adopción por estas parejas, el Consejo formula importantes objeciones. No hay razón para que el legislador vincule familia y matrimonio cuando no lo hace la propia Constitución. Además, los

efectos de la equiparación al matrimonio heterosexual son suficientemente importantes como para que sean consecuencia de una voluntad inequívoca y particularizada del legislador y no un mero efecto colateral de la integración de la unión homosexual en el matrimonio. La importancia de esta cuestión exige un sustrato científico que la apoye, estudios e informes que se echan en falta en el expediente. Y si, a pesar de estas puntualizaciones, el legislador decidiese seguir adelante, aconseja el Dictamen que se haga mediante una regulación *ad hoc* y específica, en lugar de una remisión en bloque al Código Civil. Dicho de otro modo: no es necesario cambiar la institución matrimonial para que una pareja homosexual pueda adoptar y sí lo es, en cambio, regular la cuestión de forma específica. Otorgar a estas parejas la protección del art. 32 CE –otro de los objetivos- supone una contradicción puesto que si la protección depende del legislador, la CE “no ofrece garantía alguna”; si, en cambio, la CE garantiza dicha protección, entonces el legislador estaría limitado por la garantía de la institución, no pudiendo disponer libremente de ella. Finalmente, en cuanto al objetivo de eliminar la inseguridad jurídica creada por la coexistencia de la institución matrimonial con los diversos regímenes autonómicos de reconocimiento de otras formas de convivencia, entiende el Consejo que la reforma no tendría éxito, puesto que no unifica las distintas normativas. Mejor sería que la regulación estuviese firmemente consensuada, aunque ello requiera superar antes otras fases de modo gradual. A todo ello han de añadirse posibles incoherencias en la propia ley ocasionadas con la reforma (al no modificar, por ejemplo, el 178.2.2 del Código Civil).

Las **conclusiones** del máximo órgano consultivo del Estado son claras: 1) Desde Europa se insta a regular los nuevos modelos de convivencia en pareja junto al matrimonio, no abriendo éste a aquéllos; 2) El reconocimiento internacional del matrimonio homosexual es mínimo y, donde existe, ha sido gradual; 3) La Constitución Española garantiza el derecho al matrimonio entre personas de distinto sexo y permite que el legislador otorgue análogos derechos y deberes a las parejas homosexuales; 4) Los objetivos de la reforma son constitucionales, pero pueden no serlo los medios propuestos porque chocan con la garantía institucional que el legislador debe proteger; 5) Dicha garantía supone que la diversidad sexual en el matrimonio forma parte de su contenido esencial, sin el cual la institución matrimonial deja de ser reconocible para la conciencia social; 6) Por todo ello, existiendo otros medios más adecuados, debe reconsiderarse la vía escogida.

El Consejo de Estado rechaza esta reforma por el medio escogido que no por los fines (loables) que persigue. Quienes han estudiado este Dictamen consideran que el razonamiento expuesto es brillante, cuando no perfecto: No es jurídicamente refutable. No obstante, se ha de notar que en la base de tal razonamiento descansa una afirmación no jurídica, más bien sociológica, que es que la conciencia española actual no reconocería un matrimonio en una pareja formada por dos hombres o dos mujeres. Esa es una cuestión ajena al razonamiento jurídico, al cual sirve de base en este Dictamen. Determinar su veracidad no es un cometido del Consejo de Estado, por lo que sería muy conveniente que en otros foros se abordase esta cuestión.