

Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES**
- II. POTESTAD DE INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**
- III. EL TEXTO INFORMADO EN LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MATRIMONIO**
- IV. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA**
 - 1. *Planteamiento.***
 - 2. *Argumentos a favor de la constitucionalidad de la reforma.***
 - 2.1. El reconocimiento de tal matrimonio, una exigencia constitucional.
 - 2.2. Se trata de una cuestión dejada a la libre disposición del legislador.
 - 3. *Posibles motivos de inconstitucionalidad.***
 - 3.1. Alcance de la referencia al hombre y a la mujer en el artículo 32.1
 - 3.2. Contenido y alcance del artículo 32
 - 3.3. Pérdida de la reconocibilidad jurídica del matrimonio
 - 3.4. Matrimonio homosexual y adopción

* Texto aprobado por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial en la sesión del 18 de enero de 2005.

4. ***Panorama del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa***

V. **RAZONES QUE HACEN DESACONSEJABLE LA INICIATIVA**

1. ***Idea preliminar***

2. ***Matrimonio como institución y su garantía***

2.1. Necesidad de respetar su imagen maestra

2.2. Matrimonio y uniones homosexuales, realidades diferentes

2.3. Quiebra de la "imagen maestra" de matrimonio

3. ***Otras razones para reconsiderar la iniciativa.***

3.1 Promoción de la igualdad (artículo 9. 2) y matrimonio

3.2. El fundamento del Derecho de Familia

3.3. Funcionalidad del matrimonio heterosexual y disfuncionalidad del homosexual, en especial para la adopción

4. ***Efectos indirectos de la reforma en el Código Civil***

VI. **CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS FINALES**

1. ***Conclusiones***

2. ***Sugerencias***

I. ***Antecedentes***

El Pleno del 6 de octubre de 2004 acordó dirigirse al Gobierno (Ministerio de Justicia) «para que a tenor del artículo 108,e) de la LOPJ, remita para el preceptivo informe el Anteproyecto referido a la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo y en el que se reforma parcialmente el Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y demás textos afectados», lo que fue denegado mediante escrito del Sr. Ministro de Justicia del día 13 siguiente. En el Pleno de ese mismo día se acordó «que por la Comisión de Estudios e Informes se elabore un estudio jurídico sobre la reforma del Código Civil y demás normas afectadas, relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo». La Comisión de Estudios e Informes, en sesión de 4 de noviembre de 2004, acordó designar ponente al Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez y en fecha 18 de enero se aprobó el mismo y se acordó elevarlo para su posterior aprobación al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

II. Potestad de Informe del Consejo General del Poder Judicial

El artículo 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su apartado e), atribuye a este Órgano constitucional la potestad de informar los Anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el resto del artículo 108.1 de esa Ley, a *«normas procesales o que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales»*.

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial en sus sesiones indicadas en el anterior epígrafe, ha entendido que la materia entra en el supuesto del artículo 108.1.e) y, en todo caso, siempre puede elaborar los estudios o informes que estime pertinentes a tenor del artículo 81.Quinto, de su Reglamento de Organización y Funcionamiento.

Aun cuando el citado precepto reglamentario abre considerablemente el ámbito material en el que el Consejo puede realizar estudios e informes, en el presente caso —y como es costumbre en los informes elaborados aprobados por el Consejo— procede estar a la correcta interpretación que del alcance y sentido de la potestad de informe corresponde al Consejo General del Poder Judicial según el artículo 108.1.e). Esto supone que el parecer que le corresponde emitir al anteproyecto ahora informado deba limitarse a los aspectos sustantivos que en él se incluyen, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al ejercicio de la función jurisdiccional.

Dicho lo anterior, el Consejo General del Poder Judicial ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y un ámbito ampliado que se deriva de la posición del Consejo como órgano constitucional del gobierno del Poder Judicial. Por tanto, dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse habrá de referirse, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del anteproyecto en todas las cuestiones no incluidas en citado artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cuanto al ámbito ampliado, cabe decir que el Consejo General del Poder Judicial debe expresar su parecer también sobre los aspectos del Proyecto que afecten derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de eficacia inmediata que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente

directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales. Además de lo anterior, de acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas tanto a cuestiones de pura técnica legislativa, o terminológicas, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la corrección de los textos normativos, como a su efectiva aplicabilidad e incidencia sobre los procesos jurisdiccionales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes han de aplicar posteriormente en la práctica las normas correspondientes.

III. El texto informado en la evolución del régimen jurídico del matrimonio

El texto informado representa, probablemente, la reforma de mayor calado que se haya hecho del régimen legal del matrimonio en la historia de nuestro Derecho.

En efecto, la historia del Derecho Civil evidencia que la institución matrimonial ha concitado amplios debates sobre aspectos relevantes de su configuración jurídica. Es el caso, por ejemplo, del tipo de matrimonio (civil o religioso, mixto), su naturaleza (contractual, sacramental, negocial, institucional) o la regulación de las causas de separación y divorcio. En este sentido cabe citar la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870, fruto de la revolución liberal-burguesa de 1868, que manteniendo el principio de indisolubilidad, acogió el modelo napoleónico de matrimonio civil obligatorio. Este sistema se mantendrá hasta la restauración alfonsina, quedando sustituido por el sistema de matrimonio civil subsidiario mediante Real Decreto de 9 de febrero de 1875, lo que perdurará por su incorporación al Código Civil hasta la reforma de 1981.

La II República constitucionaliza el divorcio (artículo 32 de la Constitución de 1931), lo que se hace efectivo mediante la Ley de 2 de marzo de 1932, seguida de la Ley de 28 de junio del mismo año, que estableció el sistema de matrimonio civil obligatorio, todo lo cual quedará sin efecto mediante el Decreto de 2 de marzo de 1938 —de aplicación en la zona nacional— y definitivamente abolido por Ley de 23 de diciembre de 1939. Finalmente, la reforma del Código Civil de 1958 —consecuencia del Concordato de 1953— se mantendrá hasta la reforma del Código Civil efectuada por Ley 30/81, de 7 de julio, consecuencia de la Constitución de 1978, con la que aparte de establecerse el sistema dual de matrimonio, se reintroduce el divorcio.

Otras reformas que han afectado al matrimonio abundan en elementos integrantes del mismo como, por ejemplo, la supresión del impedimento de impotencia (cf. artículo 83,3ª del Código Civil en su

antigua redacción), lo que para algún sector doctrinal propicia que desaparezca el componente sexual de tal instituto; no obstante no debe olvidarse que el artículo 73,4º —error en las cualidades personales de los contrayentes— permite entender que ese aspecto sigue presente no como circunstancia objetiva y generalizada, sino cuando por el otro cónyuge se ignorase tal circunstancia al tiempo de manifestar su consentimiento matrimonial. A su vez que en el texto constitucional se disocie la figura del matrimonio (artículo 32) de la protección a la familia (artículo 39) hace pensar que se ha roto la ligazón entre matrimonio y familia, lo que confirma la doctrina constitucional (cf. SsTC 45/89, 222/92, 47/93 116/99) según la cual el artículo 39.1 incluye la familia matrimonial, pero sin que haya *«identificado la familia que manda proteger con que tiene su origen en el matrimonio ni existe ninguna restricción del concepto de familia a la de origen matrimonial»*.

Por último y dentro de las cuestiones que han afectado al régimen jurídico del matrimonio cabe citar el reconocimiento de uniones de hecho, especialmente homosexuales o el acceso de personas transexuales al matrimonio, lo que dio lugar a una jurisprudencia negativa (cf. SsTS 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991), si bien la Dirección General de los Registros y el Notariado lo permitió en Resoluciones de 8 y 31 de enero de 2001.

En cuanto a la regulación de las uniones de hecho y, más en concreto, las uniones homosexuales, no se trata en este momento de abordar esta cuestión ni exponer las diferentes iniciativas legales acometidas en el Derecho comparado y, ya en España, por parte de algunas Comunidades Autónomas, pero sí dejar constancia de que se trata de una cuestión que afecta al texto informado. En efecto, en un panorama de dispersión legislativa (hay Comunidades que ya han legislado sobre esa materia y otras no, como tampoco lo ha hecho el Parlamento estatal), cuando el debate sobre el régimen jurídico de las uniones de hecho no está ni mucho menos cerrado, cuando en ese debate se añade otro de no menos calado como es el de las uniones homosexuales y las cuestiones ligadas al mismo —en especial, la posibilidad de adopción—, el legislador estatal no aborda la necesidad de una regulación básica de esa materia y en cambio da el salto de abrir la posibilidad de acceder a la institución matrimonial a las personas homosexuales. Esta realidad normativa evidencia la caótica situación a la que puede llegar nuestro Derecho de Familia.

Por lo tanto, con el texto informado se da un paso sin precedentes en nuestra historia jurídica, sólo secundada en el Derecho europeo por Holanda y Bélgica. Ciertamente y por ceñirnos a la VII Legislatura, en el Congreso de los Diputados se presentaron y rechazaron Propositiones de ley presentadas por los Grupos parlamentarios Socialista, Federal de Izquierda Unida y de varios miembros del Grupo Mixto para modificar el Código Civil en este punto, a lo que debe añadirse las Propositiones presentadas en los primeros meses de andadura de la actual VIII Legislatura, pero esta tendencia culmina con la

presentación ya de un Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil en cuanto al matrimonio, sin olvidar que, a tenor de la LO 3/84, de iniciativa popular, el pasado 14 de septiembre la Mesa del congreso admitió la tramitación de la iniciativa popular de reforma del Código Civil precisamente para remarcar el carácter heterosexual del matrimonio e impedir la adopción por parejas homosexuales, razón que se añade a las anteriores para reconsiderar el texto informado.

Para posibilitar tal medida no queda más remedio que eliminar de la institución matrimonial un signo identificador hasta ahora indubitado y jurídicamente incuestionado tanto por el legislador como por la opinión prácticamente unánime de la doctrina más acreditada, esto es, que el matrimonio es una unión heterosexual, característica ésta basada en la idea de complementariedad de sexos y en el matrimonio como base ordinaria para la constitución de una familia. Desde este punto de vista, la heterosexualidad es un elemento constitutivo esencial del propio concepto de matrimonio: el matrimonio o es heterosexual o no es.

En efecto, basta echar una ojeada al estado de la doctrina, para captar que se "da por hecho" que el matrimonio es por esencia heterosexual y que una unión homosexual no cabe bajo la forma de unión matrimonial, si bien hay posturas contrarias pero minoritarias. De las numerosísimas definiciones que la doctrina civil ha hecho de matrimonio, cuando se ha ofrecido una definición basada no sólo en una opción sobre la naturaleza jurídica del matrimonio sino que se ha recogido el elemento sexual, el dato de la heterosexualidad aparece con toda naturalidad como un elemento indiscutible, obvio. Cabe citar, entre otras muchas, desde las más antiguas a las actuales y a modo de ejemplo, las siguientes:

- «*Sociedad legítima del hombre y la mujer que se unen con vínculo indisoluble...*» Ferrero en 1849;
- «*La unión de dos personas de sexo diferentes para la moralización del instinto natural del sexo y las relaciones por él establecidas*» Gutiérrez Fernández en 1871;
- «*Unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera*» Espín Cánovas;
- «*Unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perfecta comunidad de existencia*» Manresa y Navarro, seguidos por Castán;
- «*Unión entre un hombre y una mujer, tendencialmente para toda la vida, con la finalidad de realizar la más plena y completa comunidad de existencia*» García Cantero;
- «*Unión irrevocable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida*» Puig Peña;

- «Unión de un hombre y una mujer reconocida por el Derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas» Ennecerus;
- «Unión de un varón y una mujer concertados de por vida mediante la observancia de determinados ritos y formalidades legales y tendentes a realizar una plena comunidad de existencia» Díez Picazo y Gullón;
- «Unión legal de un hombre y una mujer que se encamina a una plena comunidad de vida y funda la familia» Albaladejo;
- «Unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida» Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida;
- «Relación entre un solo hombre y una sola mujer que supone el establecimiento de una comunidad duradera de vida» Salvador Cordech;
- «El matrimonio es un negocio jurídico bilateral y formal por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena» O'Callaghan;
- «Unión estable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida» Moro y Sánchez.

Lo más destacable de estas definiciones —unánimes en cuanto a este punto— es que son doctrinales, científicas; son definiciones que no se hacen partiendo de una determinada regulación legal ni haciendo glosa del momento legislativo, lo que significa que cuando desde la ciencia del Derecho se indaga en la naturaleza jurídica de la institución matrimonial, la heterosexualidad surge con toda naturalidad y si se suscita la hipótesis de la unión homosexual lo es o para remarcar su insostenibilidad o como cuestión que puede ser objeto de debate y polémica, pero ni mucho menos como tema central del Derecho matrimonial, pendiente de regulación.

Abundando en esta idea puede decirse que si bien algunos países han dado el paso de regular esta figura o que hay otros en los que sin reforma legal previa ya se han celebrado matrimonios entre personas del mismo sexo, no es menos cierto que tales hechos se han saldado con una fuerte polémica social, cuando no de reacciones legislativas contrarias, tendentes a reforzar la heterosexualidad de la unión matrimonial (caso de Australia) o a dejar sin efecto los “matrimonios” homosexuales celebrados (Estados Unidos), llegando incluso a exigirse responsabilidad a los autorizantes (Francia). En el caso de Estados Unidos —país pionero en esta materia— la situación es especialmente compleja y la polémica fuerte tal y como lo ha demostrado el reciente proceso electoral. Aparte de lo dicho, hay unos 30 Estados que debaten dictar leyes para definir el matrimonio como unión heterosexual y hay Estados (Alaska, Hawaii, Nebraska y Nevada) cuyas Constituciones contienen enmiendas definiendo el matrimonio como unión entre hombre y mujer. Otros 24 Estados debaten propuestas de enmiendas, 6 (Arkansas, Massachussets, Michigan, Montana, Ohio y Oregón) recogen firmas para que los ciuda-

danos decidan sobre tal extremo en las próximas elecciones de noviembre y 5 Estados (Georgia, Kentucky, Mississippi, Oklahoma y Utah) han aprobado que se voten esas enmiendas.

Fuera de la reforma constitucional —y siguiendo con Estados Unidos— Ohio, Utah y Virginia han aprobado leyes prohibiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, fortaleciendo la prohibición ya existente o prohibiendo incluso la equiparación entre matrimonio y uniones homosexuales, normas que Louisiana, New Hampshire, New Jersey, New York, Oklahoma, Carolina del Sur y Tennessee mantienen en vigor. A su vez Alabama y Virginia han adoptado Resoluciones no vinculantes para exigir al Congreso que apruebe una enmienda federal que prohíba el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el ámbito federal, en 1996 se aprobó la Ley Federal de Defensa del matrimonio, definiéndolo como la «*unión entre un hombre y una mujer*» y, de como es sabido, en la reciente campaña electoral la del matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido un tema especialmente controvertido.

Sirva todo lo expuesto para advertir de la trascendencia de la regulación que se informa, sobre lo no pacífico de la misma y sobre las cautelas que es preciso adoptar antes de acometer tal iniciativa legal en cuanto que, por afectar a la médula de la institución matrimonial, el legislador debe actuar con una redoblada prudencia y cautela. Téngase en cuenta que con la reforma analizada se va más allá del puro cambio normativo para incidir en uno de los pilares de nuestra cultura jurídica y en la mentalidad social. Vaya como botón de muestra un dato que no es irrelevante y es que términos como “marido” y “mujer” —hasta ahora generalizados en el ordenamiento jurídico para referirse a los integrantes del matrimonio— en muy buena medida van a ir perdiendo su sentido.

Por estas razones el Consejo —pese a que desde el Ejecutivo se omitió lo que entendíamos es el preceptivo informe ex artículo 110 LOPJ— acordó elaborar este estudio o informe, no sólo por su conveniencia intrínseca a la vista de la materia afectada, sino por afectar a un derecho fundamental y a la actuación de los tribunales. Además, creemos que con este análisis contribuye el Consejo a un necesario debate pues se trata de una iniciativa legal que precisa de un amplio debate y una profunda reflexión en Derecho, lo que creemos está fuera de toda duda. Cobra así sentido que el Consejo de Estado, en su Dictamen al Anteproyecto, eche en falta otros estudios y dictámenes, no sólo los expresamente aludidos por ese Órgano consultivo sino muy significativamente —añadimos ahora— el de la Comisión General de Codificación, órgano cuya función de asesoramiento al Ministerio de Justicia se prevé en los artículos 1 y 3 de su Estatuto aprobado por RD 160/97.

De esta manera el esquema del presente Informe es abordar como primera cuestión la duda acerca de la constitucionalidad o no de tal iniciativa (epígrafe IV), analizando los argumentos en pro y en con-

tra. Como segunda parte (epígrafe V) se expondrán unas consideraciones basadas en la idea de que la iniciativa informada sería desaconsejable aun en la hipótesis de que no hubiere impedimento constitucional.

IV. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA

1. Planteamiento

El estándar de admisibilidad jurídica de una norma viene dado por su compatibilidad con la Constitución vigente, de ahí que necesariamente haya que preguntarse por esa compatibilidad, analizando argumentos en favor y en contra.

Ciertamente desde la literalidad y sentido del artículo 32.1, bien podría decirse que la referencia que se hace al hombre y a la mujer y no a “todos” o a las “personas” es porque para el constituyente de 1978 era obvio el carácter heterosexual de la unión matrimonial. No obstante lo dicho, hay quienes sostienen que el texto constitucional admite esta reforma, debe estarse al desarrollo de la conciencia social en el momento presente —tal y como sostiene la Exposición de Motivos del texto analizado—, posturas que entienden que de la Constitución o no se deduce que el matrimonio de un hombre y una mujer tenga que ser necesariamente “entre sí” o bien que el artículo 32 se ciñe a la garantía del matrimonio heterosexual, dejando espacio jurídico para introducir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

De esta manera podemos aislar hasta tres posturas respecto de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo:

- Por una parte las que sostienen su constitucionalidad, que a su vez, admiten dos planteamientos. De un lado, está la postura que mantiene que es la opción constitucionalmente exigible y, de otro, la que entiende que se trata de algo dejado a la libre disposición del legislador, una cuestión de legalidad ordinaria.
- Por otra parte, las posturas que permiten argumentar la plena inconstitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

A continuación se analiza cada una de ellas.

2. Argumentos a favor de la constitucionalidad de la reforma

2.1. El reconocimiento de tal matrimonio, una exigencia constitucional

La primera postura sostendría no ya la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que entendería que su establecimiento es una exigencia constitucional.

Según tal criterio el artículo 32.1 al traer a colación expresamente el elemento sexual respecto del matrimonio lo hace para garantizar constitucionalmente el matrimonio heterosexual, pero sin excluir la posibilidad de uniones homosexuales, sea bajo la forma matrimonial o no. De no existir esa garantía pudiera sostenerse la inconstitucionalidad del Código Civil vigente al tiempo de aprobarse la Constitución, de ahí que la expresa referencia al hombre y a la mujer del artículo 32,1 evitase que los artículos 44, 66 y 67 del Código Civil y concordantes vigentes en 1978 (por ejemplo, artículos 637, 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1365, 1404 y 1458), incurriesen en contradicción con el artículo 14 de la Constitución.

En fin, se estaría propiciando —según sus defensores— una interpretación del artículo 32.1 atendiendo más que a la realidad social del momento en que dicha norma se dictó, al momento en que dicha norma ha de ser aplicada: sería ahora el momento no tanto de que el artículo 32.1 surta efectos en sus términos (constreñido a la garantía del matrimonio heterosexual), sino innovar la legislación civil sin tocar dicho precepto. A su vez, desde el análisis de los trabajos de elaboración del texto constitucional, los defensores de esta postura vendrían a sostener que la referencia al hombre y a la mujer lo es a efectos de su conexión con la capacidad para contraer matrimonio y para garantizar la plena igualdad jurídica tanto de acceso al matrimonio como dentro del mismo, pero sin que la heterosexualidad forme parte de un concepto constitucional de matrimonio.

Tal criterio basado no tanto en la no oponibilidad constitucional como en la exigibilidad tendría, de alguna forma, su reflejo en la situación vivida en el Estado de Massachusetts. En noviembre de 2003 el Tribunal Supremo de dicho Estado dictó una sentencia en la que tras declarar que nada hay en la Constitución del Estado que impida el matrimonio entre homosexuales, debía el Parlamento aprobar una ley que así lo permitiese, dándole de plazo hasta el 17 de mayo.

Sin embargo esta postura es objetable.

Por lo pronto, colisionaría con el único pronunciamiento del Tribunal Constitucional (Auto 222/94) del que se deducen los siguientes criterios, siempre dentro del supuesto de referencia relativo a la regulación de la unión homosexual de hecho, pues tal era la cuestión allí debatida:

- La unión homosexual no es una institución jurídicamente regulada
- No hay derecho constitucional a su establecimiento, ni su no establecimiento contraría el artículo 12 del TEDH y
- Todo depende de la facultad que tienen los Estados de regular el derecho a casarse.

De lo que se deduciría que no hay deber jurídico alguno de propiciar una reforma como la analizada; cuestión distinta es que haya un deseo político de acometer esa reforma.

2.2. Se trata de una cuestión dejada a la libre disposición del legislador

Frente a la anterior está aquella postura, más templada, que entendería que se trata de una cuestión dejada a la libre iniciativa del legislador; es decir, la Constitución no habría comprometido concepto alguno de matrimonio luego el legislador puede acoger un concepto que obedezca a la demanda y sensibilidad social. Por otra parte, siempre puede el legislador avanzar en cuotas de igualdad al amparo del artículo 9,2 pues la actual situación implica discriminar injustificadamente a las personas homosexuales sin que, con la iniciativa adoptada, se discrimine a los matrimonios heterosexuales para los que sería siempre aplicable el artículo 32,1 sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá.

Para defender esta postura se tomarían elementos justificativos de la anterior como, por ejemplo, el carácter no concluyente de la dicción deducible del artículo 32.1 o que la Constitución reconoce un mínimo de derechos lo que no impide que el legislador amplíe el ámbito de cada uno. Además, tal criterio se ajusta a la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que parten, como se ha visto, de la garantía del matrimonio heterosexual, pero dejando libre al legislador esas otras fórmulas de convivencia bien sea bajo la forma matrimonial como la posibilidad de dotar de efectos jurídicos a uniones asimilables.

En esta línea, cabría sostener que la mención al hombre y a la mujer que hace el artículo 32. 1 obedece a las referencias que se hacen a la capacidad e igualdad para contraer matrimonio y, una vez contraído, para las relaciones jurídicas dentro del matrimonio, pero sin que del texto constitucional se deduzca un concepto de matrimonio. Por otra parte, la regulación del matrimonio no está necesariamente relacionada a la fundación de una familia, luego no queda unida a la procreación aparte de que hay formas de obtener descendencia o ejercer la paternidad (fecundación asistida, adopción) no necesariamente ligada a la heterosexualidad de los convivientes.

Esta postura, además, tendría su respaldo en la Resolución del Parlamento Europeo 28/1994, de 8 de febrero, que propuso elaborar no una "Recomendación" sino una Directiva —con los efectos jurídicos que implica en términos de obligatoriedad y uniformidad— para armonizar la legislación de la Unión Europea en diversos aspectos, pero en lo que ahora interesa, propuso que se pusiese fin «a la prohibición de contraer matrimonio o acceder a regímenes jurídicos equiva-

lentes a las parejas lesbianas o de homosexuales» y que se les garantizase «*los plenos derechos y beneficios del matrimonio*».

Además tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en la Constitución Europea se introduce una prohibición de toda discriminación por razón de la orientación sexual (artículos 21.1 *in fine* y II. 81 *in fine*, respectivamente), en consonancia con el artículo 13.1 *in fine* del Tratado de la Comunidad Europea, introducido por el de Ámsterdam.

Esta postura también es objetable.

En efecto, cuando el ordenamiento niega el matrimonio a dos personas del mismo sexo no hay, propiamente, discriminación puesto que un homosexual puede casarse del mismo modo y en las mismas condiciones en las que puede hacerlo un heterosexual: es decir, con una mujer (si es varón) o con un varón (si es mujer). Habría discriminación, en sentido estricto, si al homosexual se le impidiera radicalmente contraer matrimonio, con cualquier persona, por el hecho de ser homosexual, lo que no ocurre: puede casarse cuando quiera, pero con persona del otro sexo, entre otras razones porque eso, y no otra cosa, es el matrimonio.

Naturalmente, el argumento que se emplea no es éste sino que el homosexual quiere casarse con la persona de su mismo sexo a la que quiere, o con la que quiere compartir su vida y eso es lo mismo —se dice— que hacen dos heterosexuales cuando se casan. Pero esto no es convincente en términos jurídicos, primero, porque dos personas heterosexuales cuando se casan, lo que hacen es unirse a una persona perteneciente al otro sexo, cosa que no se produce, por hipótesis, en las uniones homosexuales. Y en segundo lugar, porque el simple hecho de que alguien quiera casarse con alguien no supone necesariamente que pueda casarse con él: así, ¿podría quejarse de discriminación el varón a quien el Derecho le impide casarse con la mujer a la que quiere, solo por el hecho de que dicha mujer es su hermana o su hija? ¿o la mujer a la que el Derecho no deja casarse con el hombre al que quiere, por la simple razón de que él, o ella, o ambos, ya están casados con terceras personas?

Este planteamiento se basaría, además, en una suerte de “indiferencia constitucional” respecto del modelo de matrimonio del mismo modo que el Tribunal Constitucional ya ha sostenido el indiferentismo constitucional en cuanto al modelo de familia tal y como se ha dicho.

Por lo demás, la Resolución del Parlamento Europeo antes citada debe ser matizada en su alcance por su escaso valor jurídico, desde el momento en que tenía por destinatario no a los Estados miembros sino a la Comisión y lo cierto es que en estos diez años no se ha dado un paso en el sentido propugnado salvo la iniciativa unilateral de dos países; además lo recomendado no era exclusivamente el acceso a la ins-

titución matrimonial de los homosexuales, sino alternativamente abrir la posibilidad de obtener un estatus jurídico asimilable.

Por último hay que matizar que en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, por el hecho de que niegue el acceso al matrimonio a las personas homosexuales, no hay trato discriminatorio, no hay situación jurídica respecto de la que sea constitucionalmente preceptiva su modificación tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional en concordancia con la jurisprudencia del TEDH, y que separa a nuestro ordenamiento de consecuencias como las citadas del Estado de Massachussets.

3. Posibles motivos de inconstitucionalidad

3.1. Alcance de la referencia al hombre y a la mujer en el artículo

El artículo 32 de la Constitución a propósito del matrimonio se refiere a la unión entre un hombre y una mujer, y por ello dice que tienen derecho a contraer matrimonio.

Como se ha dicho, tal criterio ha sido compartido por la práctica totalidad de la doctrina. Baste, a modo de ejemplo, citar a civilistas como Albaladejo, Díez Picazo y Gullón que entienden que el constituyente de 1978 no tuvo que introducir en ese precepto concreciones del tipo “entre sí” (Albaladejo) y esto «*porque lo da por supuesto*» (Díez Picazo y Gullón) por cuanto —se añade ahora— era el deducible del artículo 44 del Código Civil y era la regulación coherente con nuestra tradición jurídica, lo que confirman los estudios y comentarios a la Constitución (cf. Garrido Falla, Alzaga, Prieto Sanchis). Abundando en esta idea, Díez Picazo —que participó activamente en la reforma de 1981— señala que una de las grandes y principales líneas de fuerza de aquella reforma era procurar la igualdad jurídica del varón y la mujer en el matrimonio, suprimiendo las discriminaciones de la legislación civil y regulando la común participación del esposo y la esposa en la disposición, gestión y administración de los patrimonios comunes. Queda así de manifiesto que la hipótesis de un matrimonio entre personas del mismo sexo no se trató, ni se suscitó una igualación jurídica entre heterosexuales y homosexuales respecto del matrimonio, sino entre el hombre y mujer.

Esta llamada a lo obvio es algo que está presente en los textos internacionales suscritos por España, de los que no se deduce llamada alguna al matrimonio entre personas del mismo sexo; es más, en las regulaciones que se hacen del matrimonio —como derecho unido a la dignidad de la persona— como en nuestro artículo 32.1, se alude al componente sexual de forma que esos preceptos son los únicos que aluden expresamente al hombre y a la mujer, lo que deberá significar algo para el intérprete. Ocurre así en la Declaración Universal de los Derechos

del Hombre de 1948 (artículo 16), en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 12) o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (artículo 23. 2). Por el contrario, esa constante referencia al componente sexual no está presente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (artículo 9).

Precisamente, en este ámbito del Derecho de la Unión Europea, como se sabe, tal cuestión se ha suscitado respecto del estatuto de los funcionarios comunitarios, lo que ha dado lugar a una Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2001. En ella sostiene, frente al alegato del interesado de que corresponde al Derecho interno suministrar la definición de matrimonio, que el concepto de matrimonio es autónomo y que conforme a la definición admitida en general en los Estados miembros, designa una unión entre personas de distinto sexo. Tal declaración suscitó una serie de preguntas del Parlamento al Consejo y a la Comisión a propósito de la incidencia de las normas holandesa y belga —que, como se ha dicho, ya han regulado el matrimonio entre personas del mismo sexo—, respondiendo el Consejo el 17 de diciembre de 2001, que *«considera que la adopción en los Países Bajos de una ley que autoriza un matrimonio civil entre personas del mismo sexo no conlleva que se ponga en entredicho esta definición del concepto de matrimonio con arreglo al estado, determinada atendiendo a la situación actual de todas las legislaciones nacionales, dado que los Países Bajos (...) es el único Estado miembro que ha obrado de esta manera»*, criterio no seguido por la Comisión. A partir de tal premisa la alusión al hombre y la mujer tiene pleno sentido y se explica desde el significado propio del término matrimonio como unión entre hombre y mujer.

Por lo tanto, la primera razón que permitiría para entender inconstitucional la reforma se basaría en la interpretación lógica y gramatical del texto constitucional, desde el sentido de sus palabras, en relación con su contexto y los antecedentes históricos, constitucionales y legislativos. La interpretación de una norma según el sentido propio de las palabras (artículo 3.1 del Código civil) resulta aplicable al caso no porque sea de rango superior a la Constitución (es evidente que no lo es), sino, como explica la doctrina (De Pablo), porque la Constitución es Derecho, y como tal se emplean para su aplicación e interpretación los instrumentos y técnicas propios de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas.

Así, desde el sentido literal del artículo 32 en relación al resto de los derechos y libertades fundamentales regulados en el Capítulo II del Título I, no es irrelevante el dato de que mientras que para la regulación de otros derechos fundamentales y libertades públicas se empleen expresiones como “los españoles” (artículo 19), “los ciudadanos” (artículo 23), “las personas” (artículo 24.1), “todos” (artículos 24.2; 27.1; 28.1; 31), “todos los españoles” (artículo 29.1; 35,1) o “los español-

les" (artículo 30.1), no es irrelevante, decimos, en términos de interpretación, que el único precepto que hace referencia al hombre y a la mujer —diversidad sexual de las personas—, en el que se basa el presupuesto de hecho de su formulación sea precisamente el artículo 32.1, y que lo haga en consonancia con los Convenios y Tratados internacionales suscritos por España.

En consecuencia, algún significado jurídico habrá que deducir a que cuando dichos textos regulan el derecho a contraer matrimonio se acuda siempre a la referencia al hombre y a la mujer. Podría decirse que se trata de remarcar el principio de no discriminación por razón de sexo deducible de la subsiguiente declaración de plena igualdad, cierto, pero tal razón nada soluciona pues ese objetivo podría entenderse logrado por la cláusula general del artículo 14 y por su reforzamiento en el artículo 32.1 mediante una proposición que dijese «*todos tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*».

En apoyo de esta postura cabría apuntar la doctrina elaborada a lo largo de estos años por el Tribunal Supremo (vg. Sentencia de 19 de abril de 1991) a lo que podría añadirse la Dirección General de los Registros y el Notariado (vg. resoluciones de 21 de enero de 1988, 2 de octubre de 1991). Si bien estos pronunciamientos no proceden del supremo intérprete de la Constitución y se basan en la interpretación de los preceptos del Código Civil, luego en normas infraordenadas a la Constitución, no es menos cierto que al menos en cuanto al Tribunal Supremo tienen el valor de un juicio previo de constitucionalidad y en todo caso, de instancias dotadas de autoridad y solvencia jurídica.

A su vez, esta postura opuesta a la constitucionalidad de la opción ahora informada podría encontrar cierto cobijo en el Auto del Tribunal Constitucional 222/1992 resolución que admite distintas valoraciones, pero que gozaría del valor de una expresa referencia a la inexistencia de un derecho constitucional al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, todo en la misma línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cf. casos *Rees vs. UK* y *Cossey vs. UK*, de 17 de octubre de 1986 y 27 de septiembre de 1990, respectivamente) si bien estas dos sentencias se dictaron respecto de transexuales. Este criterio de nuestro Tribunal Constitucional se mantiene en otros pronunciamientos, si bien referidos a uniones de hecho, a supuestos de convivencia fáctica *more uxorio* (SsTC 184/90; 29, 30, 31, 35, 38 y 77/91; 29/92, 222/92 y 66/94).

En fin, y aun cuando no sea un argumento definitivo, cabe añadir que los únicos preceptos que en la Constitución, fuera del artículo 32, hacen referencia al matrimonio, son el artículo 39 y el artículo 58.

En cuanto al primero, de la garantía constitucional de la familia más de la protección a la infancia que prevé, al margen de que la familia que manda proteger no se identifique con el matrimonio (cf. SsTC 222/92, 47/93, 116/99), cabe deducir que está pensando como ámbito general en la familia basada en la unión heterosexual. No se entende-

ría de otra forma que dicho precepto se refiera la protección también a las madres así como a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, algo imposible en una unión homosexual.

Y en cuanto al artículo 58 —ubicado en el Título II, de la Corona— en cuanto que señala que «*la Reina consorte o el consorte de la Reina no podrán asumir funciones constitucionales, salvo lo dispuesto para la Regencia*». Es manifiesto que la Constitución vuelve a pensar en una unión heterosexual y cabe sostener que del mismo modo que una hipótesis contraria referida a la Familia Real sería tan inasumible como la generalización al resto de las familias, ex artículo 32,1, del matrimonio entre personas del mismo sexo.

3.2. Contenido y alcance del artículo 32

La Constitución no define qué es el matrimonio, pero eso no implica la inexistencia de un concepto jurídico y en todo caso, está claro que no se trata de un concepto libremente disponible por el legislador.

Hemos visto como uno de los argumentos a favor de la constitucionalidad de la reforma analizada es la ausencia de una definición constitucional de matrimonio, pero tal circunstancia es habitual: tampoco dice la Constitución, por ejemplo, qué es la vida, ni define una asociación, ni el honor, ni el domicilio. Ahora bien, aun aceptando esa ausencia de definición lo que no puede el legislador es utilizar la vía de las definiciones legales para alterar el alcance de preceptos constitucionales desde su juridicidad inmanente y, en lo que ahora interesa, el contenido de los derechos.

El artículo 32 tiene dos párrafos con un contenido claramente distinto: el primero reconoce un derecho fundamental y el segundo remite a la ley la regulación del régimen jurídico del matrimonio. Y lo mismo pasa en otros preceptos fuera del ámbito de los derechos fundamentales pues, por ejemplo, en el caso de las normas competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas no dice, qué es un puerto o un aeropuerto o una relación internacional, etc. Es verdad que el intérprete de la Constitución no está vinculado de manera necesaria y férrea al concepto que estuvo en la mente del constituyente, y que precisamente la realidad social de cada momento es un criterio de mucha trascendencia en el momento de interpretar la Constitución. Pero no lo es menos, que tampoco puede la ley cambiar el contenido de los derechos mediante la alteración radical de los conceptos.

A este planteamiento parece responder la construcción del artículo 32. **La ley puede y debe fijar la forma del matrimonio, los derechos de los cónyuges, las causas de separación y hasta la edad, pero no puede alterar el concepto mismo de matrimonio. Y llamar matrimonio a la unión de personas del mismo sexo es un cambio radi-**

cal, como lo sería llamar matrimonio a la unión de más de dos personas, la unión entre un hombre y un animal, o la unión sometida a un plazo de un año, tras el cual se produjera la disolución automática, etc. Definir el matrimonio es afectar al apartado 1 del artículo 32 y la ley sólo está habilitada para actuar en los ámbitos enunciados (además de forma expresa) en el apartado 2.

Además, admitir que el legislador puede hacer tales cambios en el contenido de los derechos supone, en realidad, admitir que el legislador adopte decisiones propias del poder constituyente, lo que es ir mucho más allá de la adaptación de la Constitución a la realidad social (algo que evidentemente es necesario y que realizan con frecuencia los Tribunales Constitucionales). Por la trascendencia que tiene —cambiar el concepto de matrimonio— es algo que sólo puede hacer el constituyente mediante el procedimiento de reforma constitucional. Admitir que lo haga el legislador, es desnaturalizar la propia idea de Constitución como norma que recoge los contenidos indisponibles para las mayorías parlamentarias ordinarias; admitir que lo haga un Tribunal Constitucional supone hurtar el debate político y, en última instancia, la decisión que corresponde al propio poder constituyente. Por tanto, si se considera que la medida responde a un deseo de los ciudadanos, que se proceda al procedimiento de reforma de la Constitución.

3.3. Pérdida de la reconocibilidad jurídica del matrimonio

El matrimonio es un instituto normativamente garantizado por lo que debe ser reconocible en Derecho; esto obedece a que toda regulación que se haga de un instituto jurídico preexistente debe gozar de esa reconocibilidad en la conciencia social.

En el epígrafe V.2 se abundará sobre esta idea desde el punto de vista del matrimonio como instituto jurídico, en la hipótesis de que no haya límite constitucional a la iniciativa informada. De ser así tal argumento valdría también como llamada de atención al promotor legislativo para que entienda que el poder soberano del legislador no es total. No se trata ahora de indagar sobre si se puede incurrir en un uso arbitrario de ese poder legisferente (cf. artículo 9. 3 *in fine*); por el contrario lo que se defenderá es que siempre hay figuras jurídicas, decantadas a lo largo de la historia, acuñadas en el sentir social de una determinada manera, ante las cuales es desaconsejable su alteración jurídica. Baste ahora indicar, como ya se ha anticipado en el anterior apartado de este epígrafe IV que, ex artículo 32,1, la garantía de la institución del matrimonio (en el sentido que la doctrina alemana da a esas garantías o *Institutsgarantien* frente a las garantías de las instituciones o *institutionellen Garantien*) desaparece si se llega a entender que queda a la libre disponibilidad del legislador ordinario la definición de qué es el matrimonio en toda su extensión, sin respetar ese contenido mínimo esencial que lo haga jurídicamente reconocible.

Esta idea es posible aplicarla a otros tipos de matrimonio, por ejemplo, el poligámico pues cabría plantearse la constitucionalidad de una reforma del Código Civil que lo permitiese. Si se optase por un criterio puramente normativista todo dependería de lo que regulase el Código en cada momento histórico en función de la demanda social o que en aras a las consecuencias del artículo 16 en relación a las leyes sobre extranjería, asilo o nacionalidad, se reconociese tales matrimonios a aquellos extranjeros que desearan afincarse en España con arreglo a alguno de esos estatutos. Pero no se trata ahora de acentuar la idea de que es un aspecto que depende de aspectos culturales, religiosos o de tradiciones, se trata de responder a si una reforma de tal signo sería compatible con la Constitución.

Si se siguiesen los criterios favorables a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo habría que responder afirmativamente: la Constitución sólo prevé la garantía del matrimonio heterosexual quedando a la disposición del legislador ordinario introducir otra opción. A su vez esta opción dependería de puras razones de "oportunidad", de soportabilidad de tal iniciativa en la conciencia social o de su evolución, luego si llegase el caso y no hubiese razones de orden público o seguridad jurídica o se entendiese que el interés superior del menor no resulta lesionado, podría introducirse, por ejemplo, el matrimonio poligámico.

Sin embargo y frente a tal criterio hay espacio jurídico y constitucional para entender y sostener sin mayor explicación que el matrimonio regulado en el artículo 32.1 responde al que obra en la conciencia general, esto es, el contraído entre dos cónyuges, sin que hiciese falta que el constituyente lo hubiere explicitado. Es más, la legislación ordinaria así lo ha recogido sin especial polémica como, por ejemplo, en el artículo 17. 1. a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que al regular la reagrupación familiar prevé que *«en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial»*, precepto éste que guarda coherencia con Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar cuyo artículo 4.4.4. dice que *«en caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge»*, lo que también se recoge en la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

Pues bien, lo que se dice respecto del matrimonio poligámico puede sostenerse respecto del homosexual. Si en aquel no cabe reconocer la idea de matrimonio ex artículo 32.1, tampoco cabe reconocerlo en el homosexual salvo que el indiferentismo de nuestro texto constitucional sea total, pero en un aspecto no precisamente periférico

del orden jurídico. Parece razonable sostener que aspectos tan medulares de la convivencia, de la vida de las personas, no pueden quedar al determinismo total del legislador sino, por el contrario, entender que la Constitución identifica y se basa en un modelo de matrimonio.

3.4. *Matrimonio homosexual y adopción*

La filiación adoptiva tiene como modelo la filiación biológica, por lo que la adopción conjunta por una pareja homosexual es contraria a la protección integral que los poderes públicos (también el legislativo) deben asegurar a los hijos (artículo 39.2 de la Constitución), precisamente por ser contraria al interés del menor. Además, no admitir la adopción conjunta por una pareja homosexual no vulnera el principio de igualdad, no es injustamente discriminatoria.

Estamos ante otra posible causa de inconstitucionalidad derivada de la posibilidad —que quedaría abierta— de que los cónyuges homosexuales adopten hijos conjuntamente, al amparo del artículo 175.4 del Código civil, que expresamente admite la adopción conjunta por los cónyuges, por el juego que ofrecería el nuevo párrafo segundo del artículo 44 del Código. Como se ha dicho, el interés del menor es el principio rector de la adopción (artículo 176.1 del Código civil, artículo 21 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y, en general, el Convenio de la Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional), y, además, es contraria al interés del menor y, por tanto, al artículo 39.2 de la Constitución. Este principio del interés del menor se ve corroborado por el artículo II.84, 2 de la Constitución Europea con carácter genérico —como ya hace el artículo 160 del Código Civil—, pero sí hay que destacar que en el párrafo 3 de ese precepto expresamente se dice que el niño tiene «*derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses*», lo que implica una vez más la constancia de que el ámbito natural en el que se desenvuelve el menor es el de una unión heterosexual.

Conviene recordar que en sus primeros momentos, la adopción respondía al deseo de satisfacer al adoptante, normalmente para garantizarle descendencia y asegurar su patrimonio. Tras las guerras mundiales por razón del elevado número de huérfanos y la relativa pérdida de relevancia de la transmisión de patrimonios, la adopción cambia profundamente de orientación convirtiéndose en medio de facilitar un hogar y no en la búsqueda de un hijo para colmar apetencias sucesorias de los padres adoptivos. Por esta razón se ha desarrollado el concepto de interés del menor, jurídicamente indeterminado pero que excluye el uso del adoptado como medio de homologación de relaciones.

De esta manera lo que pretende la adopción conjunta por homosexuales es crear unos vínculos artificiales de filiación entre dos padres y un hijo, o dos madres y un hijo, pero tales vínculos no existen en la filiación biológica. A la misma conclusión se llega desde otro punto de vista: no es posible crear en este caso un vínculo semejante al que existiría entre dos homosexuales y su descendencia biológica, porque dos homosexuales no pueden tener descendencia biológica.

Por otro lado, tampoco en este caso parece correcto hablar de discriminación, por las siguientes razones:

Primera.- Porque no hay discriminación por el simple hecho de ser homosexuales. Tampoco dos hermanos (varones o mujeres), o dos amigos convivientes no homosexuales pueden adoptar conjuntamente, por las razones ya apuntadas. El problema, pues, no es de la orientación sexual, sino de la propia estructura de la relación que se quiere crear, que no consiente ser creada respecto a personas del mismo sexo.

Segunda.- Con mayor amplitud no es del todo correcto afirmar que en nuestro Derecho esté prohibida la adopción conjunta por una pareja homosexual. En realidad, lo que hace nuestro Derecho es prohibir cualquier adopción conjunta por más de una persona (esta es la regla general) con dos únicas excepciones: el matrimonio y las uniones estables heterosexuales y, en alguna Comunidad Autónoma, parejas homosexuales. Una pareja homosexual es tratada del mismo modo, por ejemplo, que dos hermanos del mismo o de distinto sexo que quieran adoptar conjuntamente un niño, o que dos amigos, del mismo o distinto sexo que quieran igualmente adoptar un niño. Y conviene señalar que esta opción no supone, de suyo, juicio peyorativo sobre la fraternidad, o la amistad, como tampoco, en si misma, respecto a la homosexualidad.

Tercera.- Como se ha dicho, la adopción está pensada en beneficio del adoptado y ni el adoptado ni la adopción como instituto pueden ser instrumento de legitimación u homologación de relaciones homosexuales. Lo que se toma en consideración de los adoptantes no son tanto sus deseos, como su idoneidad para ejercer la patria potestad. Plantear la cuestión como un problema de discriminación supone, inconscientemente, hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar. Una cuestión que tiene un componente importante de idoneidad para adoptar se transforma en un problema de discriminación por razón de la orientación sexual, como si se negara a una pareja homosexual, por el hecho de serlo, el derecho a adoptar que se reconoce genéricamente a las parejas heterosexuales, sean o no matrimoniales.

Hay que recordar, nuevamente, que no existe un verdadero derecho a adoptar, tampoco en favor de las parejas heterosexuales, luego nuevamente, no cabe hablar de discriminación. Ver las cosas desde la perspectiva contraria equivaldría a anteponer el deseo de ser padres que puede tener una pareja homosexual, al interés del adoptando. La

pregunta que hay que formularse, por tanto, no debe ser la de por qué se niega a una pareja homosexual el derecho a tener hijos comunes (lo cual se lo niega en primer lugar la naturaleza, a todas las parejas homosexuales), sino la de si es lo mejor para un niño ser adoptado por una pareja homosexual, o aún si es bueno ser adoptado por una pareja homosexual.

En conclusión, la exclusión de la adopción conjunta por homosexuales debe ser mantenida y no por una valoración negativa de las relaciones homosexuales (del mismo modo que la conveniencia de mantener la prohibición de que dos hermanos, o dos amigos, puedan adoptar no entraña valoración negativa de la fraternidad o de la amistad), sino sobre todo por ser contraria a la propia estructura y naturaleza de los vínculos que crea la adopción, y por otro lado, por ser también contraria al interés del adoptando, que es el que preside la adopción.

De esta manera hay razones para entender que la reforma propuesta, en la medida en que posibilita la adopción conjunta de menores por parejas homosexuales, es inconstitucional por ser contraria al artículo 39.2 de la Constitución, y al deber que incumbe a los poderes públicos de asegurar la protección integral del menor. En todo caso, tal y como se dijo más arriba, al estar pendiente que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre tal extremo a raíz de normas autonómicas que sí lo permiten, la prudencia aconseja que la reforma no aborde esta consecuencia por el puro automatismo de juego del nuevo artículo 44,2 en relación con el artículo 175,4, ambos del Código Civil.

En el epígrafe V.3.3 se volverá sobre la inidoneidad jurídica de las parejas homosexuales para la adopción, no respecto de la constitucionalidad de la reforma en ese extremo sino ofreciendo razones para reconsiderar y abandonar dicha consecuencia.

4. *Panorama del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*

Nada concluyente se deduce de la novísima Constitución Europea; estamos en este extremo ante un texto neutro.

Ya en los apartados 1 y 2 de este epígrafe IV se han hecho consideraciones sobre el ordenamiento de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo respecto de las uniones homosexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Ahora la Constitución de la Unión Europea, recientemente firmada en Roma, dentro del Título II —Libertades—, artículo II.69 y bajo el epígrafe «*Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia*», regula esos derechos «*según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*». Se trata de una regulación que sigue, en términos práctica-

mente literales, lo ya previsto en el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como es sabido la regulación del artículo II.69 fue explicado en el Informe del Praesidium de la Convención, bajo la idea de que *«este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo»*, con lo cual estamos ante una cuestión dejada a la libre determinación de cada Estado; se trata, de esta forma, de acomodar el nuevo texto a las peculiaridades de cada Estado miembro. Lo expuesto significa que, con independencia de lo que pueda dictaminar el Tribunal Constitucional acerca de la necesidad o no de reformar la Constitución Española para acomodar en especial su artículo 9,1 es lo cierto que, en la materia que ahora interesa, ningún cambio puede venir dado desde el citado artículo II,69 ya que todo queda a la interpretación que pueda darse al artículo 32,1 de nuestro texto constitucional, con lo cual la cuestión se reenvía al debate planteado respecto del citado precepto constitucional.

V. RAZONES QUE HACEN DESACONSEJABLE LA INICIATIVA

1. *Idea preliminar*

Aun cuando la iniciativa informada fuese constitucional y se tratase de una cuestión de pura legalidad ordinaria, hay razones que desaconsejan seguir con esa iniciativa estudiada. Lo que es constitucional no implica, per se, que sea conveniente.

Al exponer más arriba (cf. IV. 2 y 3) algunas ideas sobre la posible inconstitucionalidad del anteproyecto, se dijo que aun cuando tales objeciones decayesen merced a que se estaría ante un aspecto dejado a la libre determinación del legislador y, por tanto, ante una cuestión de legalidad ordinaria, desde la garantía constitucional del derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio habría un espacio jurídico para reconsiderar si con la iniciativa informada se está alterando el contenido central del matrimonio como institución jurídica hasta el punto de hacerle perder uno de sus signos de identidad, dejando de ser jurídicamente reconocible.

A nadie se le escapa que tal planteamiento suscita una cuestión que especialmente debe barajar —para evitarlo— el Consejo General del Poder Judicial cuando ejerce su potestad de informe, esto es, incurrir en juicios de oportunidad. O dicho de otra forma, en la hipótesis de que no hubiere inconveniente constitucional, al aducir otros inconvenientes jurídicos, no necesariamente determinantes de esa inconstitucionalidad del anteproyecto, cabe plantearse si el Consejo entra no en un debate jurídico, sino en el terreno de las libres opciones políticas del promotor legislativo o del legislador.

Para solventar esta cuestión entendemos que la admisibilidad de las observaciones que se hagan depende, ante todo, de que sean objeciones jurídicas y no diferencias de opinión; segundo, que estén sólidamente basadas en razones lo más objetivas posibles y, por último, que su presentación se haga como llamada de atención o de toma en consideración mediante la que se invita al promotor de la iniciativa legal a que la reconsidere a la vista del impacto que puede tener en el orden jurídico, todo en la línea expuesta en el epígrafe II, párrafo último, de este Informe respecto de la colaboración entre órganos constitucionales.

De esta manera, la cuestión se plantea en estos términos: si es punto pacífico —cf. doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional— que no existe *ex constitutio-
ne* un derecho de las personas homosexuales a contraer matrimonio, si la base del texto informado se quiere deducir del mandato que encierra el artículo 9.2 para que los poderes públicos luchen contra la desigualdad en relación con el artículo 10 (en consonancia con el artículo 21.1 *in fine* de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 13. 1 *in fine* del Tratado de la Comunidad Europea y ahora con el artículo II,81 *in fine* de la Constitución Europea), si esto es así, decimos, **cabe sostener que las necesidades jurídicas de esas personas que optan por llevar una vida en común sobre la base de una circunstancia subjetiva —su tendencia sexual— no pasa necesariamente por abrirles un instituto —el matrimonio— que tiene unos caracteres propios y genuinos —la heterosexualidad—, sino por indagar la posibilidad de crear una figura jurídica propia que satisfaga esas aspiraciones, pero sin alterar el contenido esencial del matrimonio, figura jurídica que se toma como término no ya de comparación como de solución o inclusión.**

La heterosexualidad es una seña que identifica el matrimonio y esto se basa no en la “tendencia” heterosexual de sus miembros —lo que implicaría un elemento subjetivo—, sino en la realidad biológica, física o anatómica en que se plasma la diversidad y complementariedad de sexos.

2. Matrimonio como institución y su garantía

2.1. Necesidad de respetar su imagen maestra

Hay instituciones y principios jurídicamente garantizados respecto de los que hay una obligación por parte del legislador de respetar sus trazos fundamentales.

Como punto de partida el Consejo no puede sino compartir las palabras empleadas en la Exposición de Motivos del reciente proyecto de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio

cuando al referirse al matrimonio señala que «*el reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y a la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad*». De este razonamiento, si bien expuesto en otro texto, hay que deducir una idea común: que toda regulación que se refiere al matrimonio afecta a uno de los pilares en los que se basa la convivencia.

Cuando se indaga en el matrimonio como institución jurídica —de lo que se deduciría su garantía—, aparece dotado de una serie de señas de identidad, a partir de lo cual se está en condiciones de calibrar hasta dónde puede disponer el legislador en su regulación. Tal indagación no está exenta de consideraciones que alcanzan a las concepciones básicas que se tengan no ya sobre tal poder de disposición, sino sobre el papel del Derecho y sus fundamentos.

En efecto, puede mantenerse un criterio positivista o normativista según el cual —para este caso— matrimonio será lo que diga el legislador dentro de los límites constitucionales y si el artículo 32,1 no lo impide, el legislador ordinario tiene abierta la posibilidad de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Otra opción es la que entendería, pese a la hipotética inexistencia de límites constitucionales, que los institutos jurídicos siempre tienen un contenido del que se parte para toda regulación sin que el legislador, pese a poder, deba alterarlo haciéndoles perder su reconocibilidad jurídica.

El Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de abordar esta cuestión, es decir, si hay una garantía constitucional del matrimonio en lo que hace a su definición y contenido. De haberla podríamos determinar si el matrimonio entre personas del mismo sexo se ajusta «*en términos reconocibles para la imagen que de la misma (institución constitucionalmente garantizada) tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*» (STC 26/97). Aun así tales ideas pueden emplearse a este extremo no desde su valor de medidor de los estándares constitucionales sino como criterio de que todo instituto jurídico debe ser reconocible, de lo que se deduciría que también puede hablarse de institutos jurídicamente garantizados, y un ejemplo sería el matrimonio. Se trataría de aplicar el esquema que desde Carl Schmitt viene sosteniendo la diferencia entre *garantías institucionales*, que protegen en general instituciones reguladas por el Derecho público (el caso constitucionalmente más paradigmático es la autonomía local) y *garantías de las instituciones*, que aseguran la permanencia de sectores institucionales de la vida regulados por el Derecho privado, como la propiedad, la libertad contractual, la sucesión hereditaria, las asociaciones y fundaciones, etc. y, en concreto, el matrimonio.

Se trata de figuras jurídicas de contorno y contenido fijo, consolidados y, por tanto, de desaconsejable variación. Son ámbitos en los que el legislador debe respetar, en palabras de Karl Larenz, “la naturaleza de la cosa”, idea que aplica tanto a la jurisprudencia creativa

como al legislador al decir —siguiendo a Stoll— que «*si el legislador pasa por alto o desprecia la naturaleza de las cosas, y cree poder configurar el mundo según sus deseos, pronto tendrá que experimentar la verdad de la máxima horaciana: naturam expellas furca tamen usque recurret**», de ahí lo desaconsejable de forzar la norma contra la imagen maestra de las instituciones: su naturaleza no desaparece por mucho que sea el empeño en hacerla cambiar.

Desde este planteamiento al prever el artículo 32.1 el derecho fundamental a contraer matrimonio —si bien no intensamente tutelado como los de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I—, el constituyente —como el legislador de 1889 o 1981— recoge un “trozo de realidad”, algo preexistente y que ya tenía un inveterado reflejo normativo: es algo “encontrado”, no una figura creada por la norma, sea del rango que sea. La Constitución recoge el derecho fundamental a contraer matrimonio y las consecuencias de su ejercicio se remiten al legislador ordinario el cual, en todo caso, deberá respetar lo que se ha dado en llamar la “imagen maestra” del matrimonio.

Siguiendo las ideas que brinda la doctrina constitucional, la STC 32/81 dice que «*las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*». **Pues bien, con el texto informado y moviéndonos en la probabilidad de que el matrimonio sea una figura cuya «configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario», la cuestión radica en determinar si al no fijarse «más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza», dicho núcleo o imagen maestra, en este caso, del matrimonio, resulta reconocible con la reforma analizada.**

La cuestión que se suscita —posibilidad de reformar el matrimonio en un aspecto medular— se capta en toda su dimensión si se compara con otros institutos jurídicos que no están constitucionalmente garantizados y a los que se les puede aplicar la idea de “garantía de las instituciones” antes reseñada. Por ejemplo, podrá el legislador reformar el régimen de las sociedades anónimas, del contrato de com-

(*) “Aunque con una horca echés fuera a la naturaleza, volverá a aparecer”; es decir, por mucho que haya empeño en evadir la naturaleza, ésta terminará apareciendo para advertir de su vigencia.

praventa, de los arrendamientos, etc. casos en los que se está ante figuras con unos contornos y un contenido acuñados ya en Derecho. Ciertamente si no hay un contenido constitucionalmente fijado de tales institutos, luego si desde esa óptica constitucional no hay un «*reducto indisponible o núcleo esencial*» (cf. STC 32/81), cabría concluir que en puridad podrían alterarse de manera que, por ejemplo, hubiese “compraventas gratuitas”, una sociedad anónima podría abandonar sus características identificativas para adoptar las de una comunidad hereditaria o mezclarla extravagantemente con los elementos típicos de otra figura societaria.

Lo que se quiere decir con esos casos, formulados ahora extremadamente, es que sería manifiestamente desaconsejable —en términos de orden público jurídico— propiciar semejantes innovaciones legislativas. Se llevaría inseguridad e incertidumbre al tráfico jurídico, a la convivencia basada en una serie de institutos jurídicos formados a lo largo del tiempo y que forman parte del patrimonio identificativo de una sociedad, de una cultura, de una manera de organizar la convivencia en sociedad. Como decimos, ciñéndonos ahora al caso informado, aquí el límite no estaría en su relevancia constitucional al amparo del artículo 32.1, ni siquiera ex artículo 9.3 (seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos), sino en lo desaconsejable de una alteración de tal calibre por su impacto en la identificabilidad jurídica de tales institutos.

Desde esta perspectiva y enlazando con lo ya dicho sobre la trascendencia y consecuencias del anteproyecto, **el matrimonio —como la familia— es una institución anterior a la Constitución, anterior al Estado y a las formas jurídicas que crea y regula, por lo que el Estado desde su capacidad normativa no puede adulterarlo.** Estamos ante un instituto central en la vida social y en la relación humana; instituto basado en realidades antropológicas obvias y variadas pero que en lo que ahora interesa se basa en la diferencia de sexos, su complementariedad, en la avocación del ser humano a la vida en común, al desarrollo de la descendencia, en aglutinar ese núcleo de convivencia básico que es la familia, etc. Lo dicho no responde a una opción ideológica, sino a la simple constatación de una realidad antropológica; abundar sobre tal extremo se reputa innecesario, repetimos, por su obviedad.

Frente a tal idea podría argumentarse que la idea de familia también ha cambiado de cariz y que de identificarse con el matrimonio se ha pasado a que en la sociedad primero y en el ordenamiento jurídico después, se admitan diferentes conceptos de la misma, si bien no es baladí que normativamente se siga regulando conjuntamente matrimonio y familia, por ejemplo en el ya citado artículo II,69 de la Constitución Europea. Pero las diferencias son manifiestas. De un lado en cuanto que sí hay pronunciamientos constitucionales sobre la idea de familia y, en todo caso, en cuanto que fuera de ese esquema básico (matrimonio, base de la familia), la realidad muestra familias mono-

parentales o parentales de hecho o familias cuyos cabezas son tutores pero no son los progenitores. Pero en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo se trataría de pasar de la actual nada jurídica en la regulación de la convivencia de personas homosexuales, a irrumpir de lleno en una institución con unos caracteres cerrados.

Estamos, por tanto, ante un hecho —el matrimonio— convertido desde temprano en hecho jurídico, en instituto y negocio jurídico. No se trata ahora de entrar en debates ajenos y superados —por ejemplo, sacramentalidad o contractualidad del matrimonio—, sino de dejar constancia de cómo, desde los más remotos textos normativos de la humanidad, se parte de la heterosexualidad. En efecto, desde el código de Hammurabi (año 1790 ó 1750 a. C.) hasta en las definiciones clásicas que de matrimonio ofrece el Derecho Romano, lo obvio de la heterosexualidad está presente. Dice así, por ejemplo, Modestino en el Digesto (D.23,2,I) que *«nuptiæ sunt coniunctio maris et feminæ et consortium omnis vitæ...»* y las Instituciones de Justiniano (Inst. I,9 pr) señalan que *«matrimonium est viri et mulieris coniunctio...»*. A partir de estas definiciones —que forman parte de nuestro patrimonio identificativo como civilización— podría citarse en nuestro Derecho histórico y entre otros muchos, el Código de las Partidas (*«sociedad legítima del hombre y la mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida, y participar de una misma suerte»*, Ley 1^a, tít. II Part. 4^a). Podrá argüirse que esa realidad jurídica histórica no es negada, ni tampoco desde el Derecho comparado. Precisamente si hay países comunitarios (Holanda, Bélgica) y extracomunitarios (Canadá) que han dado el paso de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo es porque sus respectivas leyes nacionales no lo contemplaban: en esto consiste el avance normativo, en que lo que no era posible en Derecho ahora empieza a serlo.

Ahora bien, tal realidad jurídica puede entenderse de otra forma. Si el dato de la heterosexualidad se ha dado como evidente, obvio, consustancial es algo que, guste o no, debe tener una razón, un alcance y significado. Esta idea de consustancialidad es importante pues puede inducirse a error si al respecto se habla de la heterosexualidad como elemento “tradicionalmente” predicado del matrimonio. Esa llamada a lo tradicional implica invocar un elemento de connotaciones históricas o temporales, luego accidental, es decir, susceptible de cambio por no ser sustancial. Por el contrario, hay que insistir en que a lo largo del tiempo habrán cambiado las formas de matrimonio, los requisitos para contraerlo; habrá diferencias en cuanto a su naturaleza, se habrán diseñado figuras jurídicas basadas en la aproximación analógica al matrimonio (uniones de hecho), etc. pero lo que siempre permanece es su carácter heterosexual, de ahí que una reforma que afecte a este núcleo identificador conllevaría el riesgo de modificar una institución jurídica hasta el extremo de hacerla perder su reconocibilidad en Derecho.

A la misma conclusión se llega si acudimos a textos no estrictamente jurídicos, pero jurídicamente relevantes como es la alusión que hace el artículo 3.1 del Código civil al sentido propio de las palabras como canon de interpretación de las normas. El más importante es el Diccionario de la Real Academia Española, que define el matrimonio como «*unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales*». Este es el significado propio del término matrimonio, con el que se designa la unión heterosexual; la unión que no es heterosexual, no es matrimonio. Del mismo modo, por ejemplo, que la compraventa es cambio de cosa por precio, si no hay precio, no hay compraventa sino que habrá donación (si a cambio de la cosa no se entrega nada), o permuta (si a cambio de una cosa se entrega otra); por lo tanto, llamar compraventa a la donación o a la permuta no les añade nada, pero hace inservible el concepto de compraventa aparte de introducir serias dosis de incertidumbre e inseguridad jurídica. No es que el legislador se deba sentir constreñido en su soberanía por los académicos —en este caso de la lengua—, sino que se trata de dejar constancia de que en el ámbito lingüístico —que tiene relevancia hermenéutica ex artículo 3.1 del Código Civil—, el matrimonio tiene reconocido un significado que responde a un concepto y éste a la naturaleza de lo definido.

Igualmente, llamar matrimonio a una unión homosexual no la convierte en unión heterosexual (eso es el matrimonio), pero puede hacer inútil el propio concepto de matrimonio. Esto, en sí mismo, no supone un juicio de valor respecto de las uniones homosexuales, del mismo modo que para un contrato de permuta, o una donación, no supone nada malo no ser compraventa. Si el término matrimonio designa (como designa) la unión heterosexual, que dos homosexuales quieran contraer matrimonio entre sí, querría decir tanto como que quieren que su unión sea heterosexual, lo que es una contradicción en sus propios términos.

En definitiva, con el texto informado el matrimonio no es que sea término de homologación —que lo es— sino más bien instrumento de legitimación de determinadas relaciones, por lo que se trata de una instrumentalización jurídicamente inaceptable.

2.2. Matrimonio y uniones homosexuales, realidades diferentes

A tenor de lo expuesto, designar a una unión homosexual con el nombre de matrimonio es empobrecedor y ocasiona confusión, porque se designan con el mismo término realidades que son diferentes.

Varias son las razones que abonan tal aserto:

Primera.- Por razón de su estructura: una está compuesta por personas de distinto sexo, y otra por personas del mismo sexo.

Segunda.- Por su funcionalidad social: las uniones heterosexuales son estructuralmente fecundas, mientras que las uniones homosexuales son estructuralmente estériles. Esto quiere decir a su vez que las uniones heterosexuales son socialmente relevantes, en la medida en que de ellas depende la continuidad de la sociedad a través del nacimiento de los nuevos ciudadanos.

Tercera.- Por su número pues el de las uniones homosexuales es muy poco significativo. De acuerdo con los datos del último censo realizado por el Instituto Nacional de Estadística, constituyen aproximadamente el 0'11% del número total de parejas existente en España, si bien estos datos, como más abajo se expondrá, no siempre son unánimes y cabe barajar, incluso al alza, otros pero siempre porcentualmente insignificantes.

Cuarta.- Por su estabilidad pues de acuerdo con una encuesta patrocinada por la Federación Estatal de Gays y Lesbianas, solo el 27% de los varones homosexuales que viven en pareja llevan juntos más de cinco años; otros estudios realizados en Holanda afirman que la relación media de una relación estable homosexual es de un año y medio. Por último, estudios realizados en Suecia y Noruega muestran que el riesgo de ruptura es significativamente mayor en parejas homosexuales registradas (cuyos efectos son los mismos que el matrimonio) que en matrimonios: la probabilidad de ruptura en parejas de gays es un 35% más alta que la de los matrimonios, y en las de lesbianas es el triple.

Todo esto explica que tanto el matrimonio como las uniones homosexuales registradas con efectos idénticos al matrimonio, tengan escaso éxito entre la población homosexual de los respectivos países. Así en Suecia entre 1993 y 2001 hubo 190.000 matrimonios por 1.293 parejas homosexuales registradas; y en Noruega 280.000 matrimonios por 1.526 parejas homosexuales registrados.

2.3. Quiebra de la imagen maestra de matrimonio

Si bien no siempre es fácil precisar los perfiles de la “imagen maestra” de una determinada institución, no es difícil demostrar que el matrimonio entre personas del mismo sexo supone una ruptura neta y clara con esa imagen comúnmente aceptada de la institución.

Que la imagen no sólo común sino unánimemente aceptada de matrimonio es la heterosexualidad lo demuestra —como se ha expuesto en este Informe—, la historia, la legislación y los propios tratamientos doctrinales, donde nadie cuestiona que el matrimonio es, a día de hoy, la unión de un hombre y una mujer. Se puede no compartir esa visión y querer cambiarla, como de hecho se pretende con el texto informado, pero entonces se está afectando a la imagen maestra del matrimonio y con ello, se infringe la garantía que el ordenamiento jurídico brinda a todo instituto que recoge y regula.

Se podrá afirmar en contra de lo aquí sostenido que el Tribunal Constitucional ha señalado (en relación con la autonomía local) y como ya se ha citado, que la garantía institucional «no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar», de suerte que solamente podrá reputarse desconocida dicha garantía “cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre” (STC 32/1981, fundamento jurídico 3.º)» (STC 19/98). De acuerdo con este planteamiento, el contenido de la institución podría cambiar si cambiara la percepción social de su imagen maestra. Sin embargo esto no anula el razonamiento antes expuesto: en el caso presente no se trata de que la sociedad vea el matrimonio como una unión también de personas del mismo sexo; en todo caso, y de ser ciertas algunas encuestas, lo máximo que puede afirmarse es que a un porcentaje elevado de ciudadanos no les parece mal que se admita el matrimonio entre ellos, lo que no es lo mismo.

3. Otras razones para reconsiderar la iniciativa

3.1. Promoción de la igualdad (artículo 9. 2) y matrimonio

Ya se ha dicho que no es argumento a favor de la constitucionalidad de la reforma la postura que entiende que la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo es una exigencia constitucional. Pero cabe también plantearse si una iniciativa legislativa como la informada, al margen de esa hipotética exigibilidad, desde su trascendencia y tomando en consideración todas sus consecuencias, se presenta como una necesidad jurídica. Al respecto hay que deslindar dos vertientes. La primera viene dada por la necesidad de propiciar un estatuto jurídico a las uniones de personas homosexuales y, la segunda, ya entraría en la solución adoptada.

En cuanto a lo primero, tal y como señala la STC 216/91 la igualdad proclamada en el artículo 1.1 de la Constitución se configura como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, lo que implica no sólo la consecuencia contemplada en el artículo 14 —que, en principio, implica únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias—, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva. Ahora bien, esta consecuencia debe ser modulada en el caso del acceso al matrimonio pues, como ya se ha dicho, **no hay una exigencia constitucional ex artículo 9.2 in fine en relación a la doctrina constitucional (cf. Auto 222/94), del mismo modo**

que el TEDH tiene declarado que no es discriminatorio denegar a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar.

En consecuencia, no hay un deber jurídico sino un deseo político de avanzar en cuotas de igualdad, pero si la desigualdad se mantiene no por ello se conculca derecho fundamental alguno. Si esto es así y se da ese paso, aun cuando sea estimable el deseo de avanzar en la igualdad jurídica de las personas para eliminar discriminaciones por razón de la orientación sexual, tal avance debe parar cuando comporta adulterar una figura como el matrimonio, instituto caracterizado por basarse en la diversidad sexual y conviene insistir en la idea ya expuesta de que cuando se niega a dos homosexuales la posibilidad de casarse entre sí no hay, propiamente, discriminación.

Llegados este punto puede avanzarse en la búsqueda de tratos análogos, pero cosa bien diferente es que el matrimonio no se emplee como término de comparación válido a la hora de regular en derecho las uniones estables de tales personas, sino que deje de ser término de comparación para serlo de inclusión. En este sentido no cabe hablar de una *affectio maritalis* en tales personas, ni de una *eadem ratio*. La unión matrimonial se basa en algo que está en la realidad, en el mundo externo, en el terreno de lo objetivo, de los hechos: en la diversidad y la complementariedad sexual y esto no depende del deseo psicológico de los contrayentes.

De esta forma se estaría yendo más allá incluso de una ficción pues el matrimonio entre personas del mismo sexo, sería algo más que una ficción de matrimonio: para el legislador no sería ni “como un matrimonio” ni una ficción del mismo, por fuerza de la ley se querría convertir en verdadero matrimonio una unión que ni es ni puede serlo. Por lo tanto, si el legislador realmente desea solucionar lo que entiende es un problema jurídico —el estatuto de personas homosexuales que comparten su convivencia—, puede indagar y diseñar otras figuras jurídicas que den seguridad jurídica a esas uniones pero, repetimos, sin desarmar ni adulterar otro instituto como es el matrimonio.

Mutatis mutandi, lo expuesto viene a coincidir con los criterios inveterados que se emplean en el Derecho Civil o Mercantil para identificar, encauzar y determinar el alcance de figuras jurídicas novedosas, de nuevas relaciones jurídicas fruto del principio de la autonomía de la voluntad. Cuando se habla de contratos típicos o atípicos, múltiples, mixtos o de la aparición en la contratación mercantil de nuevas figuras, lo propio es determinar el alcance de esas nuevas relaciones en su propio contenido —de acuerdo con las reglas de interpretación— o acudir a la analogía; habrá límites a esa autonomía, pero lo que no se hace es, por ejemplo, *meter* un contrato atípico en otro típico, no se renuncia a acuñar una nueva figura —así surge el *leasing*, *factoring*, *merchandaising*— por el prurito de insertarla en otra ya preexistente. Como se dice algo parecido ocurre —si bien con más intensidad pues se trata del acceso a un estado civil— con las uniones

homosexuales y el matrimonio: por razones de justicia material podrá avanzarse en el trato jurídico análogo, pero no convertir en matrimonio una relación que no se identifica con él.

3.2. *El fundamento del Derecho de Familia*

Con una iniciativa como la informada no se contribuye a la clarificación de nuestro actual Derecho de familia.

En efecto, la realidad de los últimos años muestra cómo algunas Asambleas legislativas autonómicas han iniciado el camino de regular las llamadas uniones de hecho, cómo algunas han ido a más y han abierto esta vía a las uniones homosexuales o cómo dentro del camino hacia la equiparación jurídica de esas uniones con el matrimonio, alguna normativa autonómica incluso permite la adopción por parte de parejas homosexuales. Esto se dice ahora en cuanto que el legislador estatal nada ha regulado y, como se ha dicho, tampoco lo han hecho todas las Comunidades Autónomas; pues bien, muy poco contribuye al desarrollo de un Derecho de Familia homogéneo y asentado en bases sólidas que ahora el legislador estatal —antes de clarificar ese otro frente— añada la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, figura ésta no precisamente pacífica y que dentro del debate sobre las uniones de hecho, se presenta como la opción más radical. **No es precisamente la mejor opción construir el orden jurídico familiar a golpe de opciones radicales, discutidas y discutibles, salvo que se quiera sentar las bases, artificialmente, de un nuevo orden jurídico familiar y desde ahí incentivar un nuevo concepto de matrimonio.**

En este sentido debe recordarse algo elemental y es que el Derecho de familia no es una parte de nuestro Derecho Privado que se fundamente en la exclusiva autonomía de la voluntad. Esta forma parte de la entraña del Derecho privado, pero si el Estado ejerce su poder legisferente promulgando normas civiles reguladoras de aspectos que trascienden al interés particular —es el caso del estado civil, relaciones paterno filiales, paternidad, maternidad y filiación, etc.— es porque hay intereses supraindividuales, es porque debe construir un orden jurídico sobre normas de derecho no dispositivo; un orden jurídico lo más objetivo y estable posible, cohonestando la libre determinación del individuo con un orden público jurídico.

Por lo tanto, la sexualidad es una cuestión privada ligada a la intimidad de cada persona, y lo que tiene de relevancia social lo asume el ordenamiento jurídico sobre la base de lo objetivo, de lo constatable. La diferencia de sexos, como hecho jurídico, lo es; la tendencia sexual no lo es, de ahí lo desaconsejable de que orden jurídico matrimonial pivote en la tendencia sexual de los ciudadanos, algo sólo subjetivamente determinable.

O dicho de otra forma: el ordenamiento jurídico debe procurar que para sus ciudadanos no haya discriminaciones injustificadas en función de las tendencias sexuales, pero una cosa es que no sea de peor condición en Derecho quienes presentan una tendencia sexual porcentualmente ínfima respecto del resto de la población y otra cosa es que el ordenamiento jurídico familiar, tras el que late un interés público, se amolde atendiendo a la tendencia sexual de las personas.

3.3. Funcionalidad del matrimonio heterosexual y disfuncionalidad del homosexual, en especial para la adopción.

La relevancia, el interés jurídico-público y social que acompaña a la regulación del matrimonio, se evidencia en contraposición a la falta de esa relevancia y de esos intereses en el caso de uniones homosexuales, de ahí que el reconocimiento de un estatus específico —como en las uniones de hecho heterosexuales— no es un derecho al pender de la libre decisión del legislador. Ya Cicerón advertía tal circunstancia al señalar que el matrimonio es *«principium urbis et quasi seminarium reipublicae»* (de off. I,17,54).

Partiendo de algo indubitado como es que en la conciencia social, generalizada e histórica, el matrimonio es heterosexual —de lo que es un reflejo más la legislación civil a lo largo de los siglos—, cabe deducir que no es jurídicamente funcional alterar un instituto basado en la complementariedad de sexos, que tiene una base biológica evidente y que aparece ligada a otros valores como es la procreación o la institución familiar. Frente a esa funcionalidad jurídicamente tutelada —el matrimonio heterosexual— aparece la disfuncionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que se evidenciaría en los siguientes aspectos y consecuencias:

Primera.- No cumpliría una función de interés social en orden a garantizar la subsistencia de la sociedad pues se trata de uniones estériles, incapaces de reproducirse.

Como señala Díez Picazo, el artículo 32,1 establece una garantía de una institución muy concreta, el matrimonio contraído entre un hombre y una mujer y que tiene por finalidad institucional la creación de una familia. La procreación y el matrimonio *«nos colocan en el buen camino de encontrar el sustrato de la idea de familia. Fuera de ello, cualquier otro tipo de uniones que las personas puedan establecer de carácter eminentemente asociativo y sin procreación, no pertenecen al derecho de familia»*.

Podría contrargumentarse que hay parejas heterosexuales sin descendencia o que tras la reforma de 7 de julio de 1981 la impotencia no es en nuestro Código Civil impedimento para contraer matrimonio; además, cabe alegar, esa función siempre puede satisfacerse mediante la adopción o las técnicas de reproducción asistida.

a) *Parejas estériles*

Frente a esto hay que señalar que una cosa es que por razones patológicas o de edad una concreta pareja no obtenga o no pueda obtener descendencia y otra bien distinta que el legislador abra el matrimonio a uniones que por principio, de forma generalizada y estructural es imposible que tengan descendencia por obvias razones físicas o biológicas, porque está en la naturaleza de las cosas que una mujer no puede fecundar a otra mujer ni un hombre a otro hombre.

b) *Técnicas de reproducción asistida*

En cuanto a la posibilidad de satisfacer ese interés general acudiendo a técnicas de reproducción asistida, la legislación española permite la fecundación heterónoma, es decir, la que se basa en la intervención de otro hombre (donante anónimo de espermatozoides) o mujer (donante de óvulo, o que ofrece un "útero de alquiler") diferentes al cónyuge, lo que por principio siempre ocurriría con parejas homosexuales que aspiran a tener descendencia. Ahora bien, tal circunstancia se daría sólo en el caso de uniones homosexuales entre mujeres y en el caso de que se trate de una pareja de hombres, de un "matrimonio" de hombres, la filiación siempre vendría dada por el parto (artículo 10. 2 Ley 35/88), luego no podrían ambos ser padres salvo que quiera instaurarse un régimen basado en tamaño confusión humana y jurídica, todo ello a costa del interés del menor. En este sentido es significativo que Italia, que carece de ley sobre parejas homosexuales, al regular el régimen de la fecundación asistida reserve esta técnica sólo a parejas —casadas o convivientes— heterosexuales.

Las consecuencias son a todas luces contraproducentes pues en la lógica de un matrimonio entre personas del mismo sexo la descendencia siempre se basaría en la extramatrimonialidad de la filiación, tanto en el caso de uniones entre mujeres como, con mayor razón, entre hombres. La cuestión que suscita tal panorama salta por sí misma, el interés de una minoría ¿puede llevarse hasta el extremo de subvertir las relaciones de paternidad y filiación?, el interés del menor ¿debe condicionarse a ese interés puramente subjetivo? No parece aconsejable que el régimen jurídico de la paternidad y la filiación pueda basarse en tales fundamentos.

c) *Adopción*

En cuanto a la filiación por adopción estamos ante una de las cuestiones no directamente reguladas en el anteproyecto, sino que se dejaría a las consecuencias implícitas de la reforma. Ya más arriba (cf.

IV.3.4), al abordar la cuestión de la posible inconstitucionalidad de la reforma, se analizó este extremo; ahora, sin perjuicio de reafirmar lo ya dicho, se vuelve sobre este punto pero al margen de razonamientos de índole constitucional.

Ciertamente alguna Comunidad Autónoma ya ha regulado esta posibilidad y otras tienen proyectos de ley en trámite, todo en el contexto del régimen jurídico de las uniones de hecho, pero lo relevante en este aspecto es, primero, que tal posibilidad —la adopción por homosexuales— es objetivamente una de las cuestiones más polémicas que concita la regulación tanto de las uniones como, ahora, de los matrimonios entre personas del mismo sexo. No es baladí que algunas de esas Comunidades no lo hayan recogido y que entre los países que regulan estas uniones los hay que lo prohíben (cf. Alemania, Ley de Comunidad Registrada de Vida, de 2000; Francia, Pacto Civil de Solidaridad, de 1999; Noruega o Bélgica, pese a que desde 2003 reconoce el matrimonio de homosexuales). A su vez, si bien la ya citada Resolución del Parlamento Europeo «sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea» de 1994 interesaba la eliminación de obstáculos para dichas adopciones, no es menos cierto que el mismo Parlamento aprobó el 14 de diciembre de 1994 la *Resolución sobre la protección de las familias y unidades familiares al final del Año Internacional de la Familia* en la que se descartó el párrafo que pretendía incluir como familia a las parejas homosexuales (cf. DOCE C/18, de 23 de enero de 1995).

Con lo expuesto quiere decirse que estamos ante un efecto sumamente polémico prueba de lo cual son los numerosos análisis (vg. los ofrecidos por relevantes especialistas como Segovia Arana, Grisolia, Mora, Polaino, Delgado, Castells y Portera o de la Asociación Española de Pediatría) que desaconsejan la adopción en el contexto de una unión homosexual desde el punto de vista de la conformación psicológica del menor (por ejemplo, confusión de la identidad sexual). Parece razonable que esta consecuencia —provocada por vía indirecta en el texto informado— sea merecedora de un amplio debate y reflexión, siendo desaconsejable que el legislador por esa vía indirecta lo dé por zanjado máxime cuando penden procesos ante el Tribunal Constitucional.

Podría alegarse que ya es posible desde el momento en que una persona puede adoptar, pese a que de hecho conviva con otra del mismo sexo o que siendo ya adoptante en el futuro pueda convivir “maritalmente” con otra persona del mismo sexo. Ahora bien, una cosa es que se dé tal posibilidad —y no se enmiende legislativamente— y otra cosa que el legislador, sin valorar si eso es o no positivo o indiferente desde el punto de vista del interés del menor, lo eleve al Código Civil.

De todas formas y como se dijo más arriba, el TEDH en Sentencia de 26 de febrero de 2002 (*Fretté vs Francia*), tiene dicho que no hay discriminación por negar a una persona homosexual la adopción de un

menor, de forma que ante la falta de acuerdo acerca de las consecuencias que para los menores pueda comportar estas adopciones, deben primar los derechos del menor y su interés superior.

En cuanto a la adopción internacional por españoles, le es aplicable el Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, sobre Protección de la Infancia y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, ratificado por España el 1 de agosto de 1995, y vigente en nuestro país desde el 1 de noviembre de 1995, así como los convenios bilaterales y protocolos de coordinación suscritos por España con algunos países. Conforme al artículo 23 del Convenio, para que la adopción sea reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes ha de ser certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde haya tenido lugar.

El sistema de garantías establecido en el Convenio de la Haya viene presidido por la necesidad de observar en todo proceso de adopción el interés superior del niño y los derechos fundamentales que al menor le reconoce el Derecho Internacional. Entre otras garantías se requiere que las autoridades centrales del Estado de los solicitantes se aseguren de que éstos son adecuados y aptos para la adopción, valorando y certificando su idoneidad, preparando a tal fin un informe que será remitido al país del menor. Y, en caso de que ambos países sean firmantes del Convenio de la Haya, las adopciones realizadas conforme a la ley del país de origen han de ser aprobadas por el país de recepción, aunque sus legislaciones sean diferentes.

Los países que han suscrito el Convenio de la Haya son España, México, Rumanía, Sri Lanka, Chipre, Polonia, Ecuador, Perú, Costa Rica, Burkina Faso, Filipinas, Canadá, Venezuela, Finlandia, Suecia, Dinamarca, Noruega, Andorra, Holanda, Francia, Colombia, Australia, Moldavia, Lituania, Paraguay y Nueva Zelanda. Actualmente España tiene suscritos convenios bilaterales, para el reconocimiento de efectos legales de las adopciones realizadas en el otro Estado, con Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Rumanía, así como un Protocolo de coordinación con Filipinas. En dichos convenios se establecen aspectos relativos a los procedimientos a seguir, documentación a aportar y condiciones de los solicitantes.

Pues bien, en cuanto a la posibilidad de adoptar de los matrimonios de personas del mismo sexo y partiendo de que la adopción internacional es la mayoritaria en España, ésta se rige por las normas de cada país de origen, siendo de destacar que, hasta ahora, ninguno de los que tienen convenio con España permite la adopción a parejas del mismo sexo. Por otra parte, con independencia de la existencia o no de convenio bilateral, los diez principales países en número de adopciones —Rusia, China, Ucrania, Colombia, Bulgaria, Bolivia, Etiopía, India, México y Perú— que con 3.582 suponen más del 90% de las totales producidas en España el año pasado, prohíben que los matrimonios de personas del mismo sexo puedan adoptar niños en su territorio.

Los menos permisivos a este respecto son Perú y Bolivia, que sólo admiten la adopción por parte de matrimonios heterosexuales, tanto en su vertiente civil como religiosa. Colombia, el primer país de Iberoamérica en número de adopciones, es el único del continente que además contempla el caso de que las parejas de hecho puedan adoptar un niño, prohibiendo específicamente las constituidas por personas del mismo sexo. En Bulgaria no sólo las parejas homosexuales tienen prohibido adoptar niños, sino también los solteros.

En cuanto a los países más permisivos, Holanda reconoció en el año 2000 el derecho al matrimonio y la adopción entre personas del mismo sexo pero sólo dentro del país. Más recientemente, Suecia reconoció tal derecho haciéndolo extensivo a las adopciones internacionales; Alemania contempla la adopción respecto de los hijos de matrimonios anteriores del otro miembro de la pareja y de los que nazcan durante la unión, fruto de inseminación artificial. Asimismo, en Dinamarca se restringe la posibilidad de adopción al hijo de la pareja del mismo sexo. En Inglaterra, los homosexuales pueden adoptar a título individual, con independencia de que vivan o no en pareja. Y en Estados Unidos, el Estado de Vermont, mediante la "ley de Vermont" de abril del año 2000 crea la unión civil para las parejas homosexuales y otorga expresamente el derecho a la adopción en el capítulo correspondiente a los beneficios, protecciones y responsabilidades de las partes de una unión civil.

En fin, la existencia de fuertes argumentos que indican que el correcto desarrollo del hijo requiere la presencia de un padre y una madre, unido al hecho de que en España hay un número mayor de parejas con deseo de adoptar que hijos adoptables, implica que no hay una necesidad social de buscar nuevas formas de adopción, desaconsejan la reforma e invitan, por el contrario, a mantener y elevar el rigor en defensa del menor.

Otra cuestión especialmente relevante es la referida a la inidoneidad de las uniones homosexuales para proporcionar al niño adoptado un ambiente de humanización y socialización adecuado, lo que se justifica por la inestabilidad que caracteriza sociológicamente a las parejas homosexuales, como ya se ha indicado anteriormente (V.2.2); precisamente los niños dados en adopción necesitan un entorno especialmente estable, que compense las carencias que habitualmente han experimentado durante los primeros meses o años de su existencia.

Segunda.- Como se dijo, la voluntad de los contrayentes homosexuales no puede identificarse con la voluntad conyugal basada en la *affectio maritalis*.

La *affectio maritalis* implica un grado superior, por supuesto, a la pura relación sexual esporádica y, por encima de ésta, a una relación estable de hecho: consiste desde su más antigua formulación jurídica en la intención de ser marido y mujer. Hablar de voluntad conyugal es hablar de una decisión de convivencia basada en una atracción que se

basa a su vez una diferenciación sexual. Si el legislador quiere alterar las reglas de lo que está en la naturaleza de las cosas, en el fundamento antropológico de esa unión, podrá hacerlo a costa de un normativismo que lleve a regulaciones despegadas del ser de las cosas.

Tercera.- El número de personas homosexuales y el número de las que estarían dispuestas a contraer matrimonio, por insignificante, no justifica la alteración de un instituto jurídico como el matrimonio.

Sobre estas razones habría que añadir recientes datos del Instituto Nacional de Estadística según los cuales el colectivo homosexual tiene una representación ínfima en relación al conjunto de la población española en edad de casarse. Más arriba se dio la cifra del 0,11% si bien otras estadísticas hablan de que un 1% de la población se declara homosexual. Sea una cifra u otra, lo cierto es que de ese colectivo el número de los que quieren contraer matrimonio es un porcentaje ínfimo.

En efecto y aun aceptando ese 1%, de los datos del Instituto Nacional de Estadística se deduciría que si hacemos un cálculo sobre el total de los 40,8 millones de habitantes de España y descontamos a menores —uno 7,1 millones— y a los ancianos —unos 6,8 millones— queda un total de 26,9 millones de personas en edad de casarse. El 1% sobre esta cifra son aproximadamente 269.000 personas homosexuales; se ignora cuántas de estas personas están dispuestas a casarse, pero de los datos de los que se dispone alrededor de 10.474 homosexuales ya estarían constituidos en parejas (3.619 de mujeres, 6.855 de hombres); es más, si esas cifras se calculan al alza y se baraja que la reforma legal potenciaría esas uniones, en el mejor de los casos podría situarse entre un 10 y 20%, luego tendríamos alrededor de unas 40.000 personas potencialmente dispuestas a acceder al matrimonio entre personas del mismo sexo, y que conforman a su vez un colectivo en el que la media de estabilidad se sitúa por encima del 30%. Una cifra intrascendente si la comparamos con el número de núcleos familiares y parejas heterosexuales que hay en la actualidad en España y que alcanza a 11.152.322 personas.

En definitiva, estamos ante lo que se denomina “parejas atípicas” y que integran una cifra que no justificaría que se efectúe una reforma que afectase al núcleo de una institución como es el matrimonio, una reforma que haga desaparecer un elemento identificador, consustancial como es la heterosexualidad y que le hace gozar de la naturaleza que tiene. A esto debe añadirse las consecuencias que conllevará, en especial en materia de filiación tal y como se ha expuesto, cuestión que de por sí merece un debate profundísimo y que no puede dejarse a las simples consecuencias implícitas de la reforma de los artículos el Código Civil referidos al matrimonio. El Derecho de Familia debe construirse sobre lo general y no sobre lo excepcional, sin perjuicio de dar a lo excepcional el trato jurídico que le corresponda, pero no es aconsejable generalizar lo excepcional hasta el punto de que lo general pierda su identidad.

4. Efectos indirectos de la reforma en el Código Civil

El texto informado ciñe la reforma a los artículos 44, 66 y 67 más los artículos 164.2, 1.323, 1.344, 1.348, 1.351, 1.361, 1.365, 1.404 y 1.458 del Código Civil, dejando el resto de las consecuencias jurídicas a la propia dinámica de interpretación y aplicación del Código. La más relevante sería la posibilidad de adopción, pero se puede entender también, entre otros, y a consecuencia de la posibilidad de adoptar que implícitamente reconoce la reforma a los artículos 108, 109, 110, 154, 156, 160, 163, 170, 637, 810, 823, 936, 938, 940 y 949, del Código Civil.

La opción asumida por la reforma desconoce las características técnicas de un texto como el Código civil, en el que los preceptos están sistemáticamente relacionados, de manera que la modificación de uno de ellos (más, si es tan radical como la que la reforma pretende) afecta a muchos otros, situados en diferentes lugares del Código. Una reforma tan simple como la aparentemente pretendida generará conflictividad y confusión; en definitiva, inseguridad jurídica. Por esta razón lo aconsejable es plantearse la reforma pretendida en toda su extensión, para entender cuál es su verdadero alcance, y resolver los problemas de coordinación con el resto de preceptos del Código civil, pero también del resto del Ordenamiento español, que en numerosísimas leyes presupone que el matrimonio es heterosexual.

En definitiva, no estamos ante una reforma que se salde con sustituir “marido y mujer” por “cónyuges”. Son muchas las consecuencias e implicaciones que en nuestro ordenamiento jurídico va a suponer la reforma, de ahí que se invite a un mayor estudio y reflexión

VI. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS FINALES

1. Conclusiones

De lo expuesto en este Informe cabe llegar a las siguientes conclusiones:

Primera.- Ante la realidad jurídica, social e histórica del matrimonio una reforma como la analizada debe ser motivo de una más profunda reflexión y debate, recabando cuantos informes y pareceres fuere preciso.

Segunda.- La realidad social de uniones de hecho entre personas homosexuales puede hacer aconsejable que se les procure un tratamiento que les de seguridad jurídica, lo que puede implicar la necesidad de que esas uniones sean contempladas por el ordenamiento jurídico.

Tercera.- En la satisfacción de tal objetivo, el legislador no debe adulterar una institución como el matrimonio. Si esas personas

requieren por razones de seguridad jurídica, propia, de terceros o, sin más, de justicia una determinada regulación en Derecho, la opción no puede consistir en desnaturalizar —pérdida de reconocibilidad jurídica— una determinada institución jurídica que presenta unas características bien claras, perfiladas no sólo por el dato de su desarrollo en el tiempo sino por su consustancialidad.

Cuarto.- Abrir el matrimonio a las personas homosexuales ofrece serios y muy fundadas dudas sobre la constitucionalidad. Además, la posibilidad de que parejas homosexuales adopten implica postergar el interés superior del menor, declarado como tal prioritario por los tratados suscritos por España en materia de Derechos fundamentales y supeditar ese interés a la necesidad de una minoría de que sus tendencias homosexuales sean homologadas.

Quinta.- Aun cuando se regulase el matrimonio entre personas del mismo sexo, en este momento y en esa norma debería excluirse expresamente la regulación de la adopción por esas parejas hasta que haya un pronunciamiento del Tribunal Constitucional y, en todo caso, hasta que la sociedad protagonice un debate profundo sobre la materia.

Sexta.- En todo caso y para el caso de que no hubiere motivos de inconstitucionalidad, hay razones que hacen jurídicamente desaconsejable tal iniciativa. La satisfacción jurídica de una parte mínima de la población no puede hacerse a costa de adulterar el contenido esencial de una institución ni a trastocar los fundamentos del Derecho de Familia.

Séptima.- La realidad actual de dispersión normativa en materia de uniones de hecho en nuestro Derecho interregional exige que el Estado aborde la necesidad de una normativa básica que fije unos criterios unitarios, de ahí que cuando esa norma aún no existe sea desaconsejable abordar una media no urgente como es el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Octava.- Fundar la reforma en bases movedizas como la conciencia o la demanda social o un mal entendido sentido de la dignidad de la persona o de búsqueda de la igualdad, dejan a nuestro ordenamiento sin resortes ni bases jurídicas para rechazar modelos matrimoniales ajenos a nuestra cultura jurídica que con entera facilidad acabarían por imponerse (vgr. matrimonio poligámico).

2. Sugerencias

Por lo tanto, el Consejo General del Poder Judicial sugiere:

Primero.- Más reflexión, pues no es prudente que la satisfacción de un grupo poblacional cierto pero minoritario, implique que un instituto garantizado como es el matrimonio, perfectamente delimitado en sus características jurídicas y que afecta a la inmensa mayoría de los ciudadanos, se altere en un elemento identificador, obvio y consustancial —la heterosexualidad—, con las consecuencias que conllevará. Especialmente acuciante es esta llamada a la reflexión respecto de la adopción.

Como decía hace meses el expresidente de Gobierno francés, el socialista Lionel Jospin (*Le Journal du Dimanche*, 16 de mayo de 2004), se han creado «*las instituciones para fundar y apoyar a las sociedades*», «*el matrimonio es, en su principio y como institución "la unión de un hombre y de una mujer"*». Continuaba señalando que tal definición no es aleatoria, y con referencia a la adopción por homosexuales, Jospin se remite no a la inclinación sexual sino «*a la dualidad de sexos que caracteriza nuestra existencia, que es la condición de la procreación y, en consecuencia, de la continuidad de la humanidad. Esta es la razón por la que la filiación de un niño siempre se ha establecido con relación a los dos sexos. El género humano no se divide entre heterosexuales y homosexuales —se trata de una preferencia— sino entre hombres y mujeres*».

Sirva esta cita —quizás inusual en un Informe—, al menos para advertir de lo controvertido de la materia, de forma que la iniciativa informada por su calado y consecuencias merecería un mayor debate y reflexión y, por tanto, su paralización.

Segunda.- Esta mayor reflexión debe abarcar el análisis de todas las consecuencias jurídicas que, en cada una de las ramas de nuestro ordenamiento, va a suponer el abandono de la heterosexualidad como signo identificativo del matrimonio.

Tercera.- Se invita a indagar en el diseño de figuras jurídicas que se ajusten a la especialidad de una hipotética regulación de una convivencia libre, basada en la unión por tiempo indefinido, sujeto a libre ruptura por causas legalmente previstas y con determinados efectos jurídicos.

En este sentido la figura del contrato o pacto de convivencia es una vía que puede acometerse para buscar una solución no sólo al régimen jurídico de las uniones con un componente sexual, sino a todo aquel núcleo de convivencia que requiere que un específico régimen jurídico que, más allá de pactos o acuerdos que ex artículo 1.255 del Código Civil, puedan estipularse.