
ENSAYOS**REFLEXIONES EN TORNO AL MATRIMONIO HOMOSEXUAL
(SI ALGUNA AÚN DEBIERA CABER)****REFLECTIONS IN RELATION TO HOMOSEXUAL MARRIAGE
(IF ANYONE STILL SHOULD FIT)**

Recibido: 11/02/2013

Aceptado: 01/04/2013

JOSÉ LEÓN-CASTRO ALONSO

Universidad de Sevilla

Resumen

Tras la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 6/11/2012 donde se hace una discutible obra de ingeniería jurídica sobre la Ley 1/7/2005, quedó refrendado en España el matrimonio homosexual, ni demandado por nuestra sociedad ni amparado suficientemente por nuestro Ordenamiento. Ni siquiera la interpretación promocional que el alto Tribunal hace del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio ex art. 32 CE así como una presunta discriminación frente a la tradicional heterosexualidad matrimonial, resultan argumentos bastantes para desnaturalizar el contenido esencial y la función social de una institución milenaria como el matrimonio. Por el contrario, con unas simples uniones civiles paccionadas, o sociedades de convivencia, o comunidades paramaritales, admitiendo su base afectiva y hasta ciertos efectos jurídicos, se hubiera logrado idéntico objetivo sin tenerse que desvirtuar lo que no es más que producto de un vínculo que únicamente desde su carácter natural puede ser entendido y desarrollado.

Palabras claves: Matrimonio, contenido esencial, heterosexualidad, homosexualidad, no discriminación.

Abstract

Following the recent Constitutional Court Sentence from November 6th, 2012, where an arguable legal engineering work in the Law of July 1st, 2005 is made, the homosexual marriage has been countersigned in Spain; although, it has not been required by the society neither covered enough by our legislation. Not even the promotional interpretation that the highest Court makes regarding the

right of men and women to marry ex art. 32 CE, nor an alleged discrimination against traditional heterosexual marriage, are enough arguments to denature the essence and the social function of an ancient institution like marriage. By contrast, simple agreed civil unions, cohabitation partnerships or para-marital communities admitting their emotional basis and even some legal effect, an identical purpose would have been achieved without being necessary to denature the product of a link that only from its natural character can be understood and developed.

Key words: Marriage, essential content, heterosexuality, homosexuality, not discrimination.

Introducción

Terminado que fuere este artículo, se habría hecho pública la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 6 de Noviembre de 2012, herencia final del ojalá que por siempre olvidado Presidente José Luis Rodríguez Zapatero. Se pronuncia la misma resolviendo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Popular, hoy en el Gobierno, y dónde apenas si se entra en cuestión novedosa alguna acerca del fondo del asunto limitándose por tanto a un dictamen político más que a un razonamiento jurídico. Así pues, ante todo, ¿no debería haberse valorado la necesidad de reformar el artículo (art.) 32 de la Constitución Española (CE) en lugar de afirmar que con ella se ha hecho una interpretación evolutiva de la misma, atendiendo a la realidad social “ampliamente aceptada”, dato éste absolutamente inexacto?. Ciertamente, nadie podría dudar de la conveniencia de erradicar cualquier forma de discriminación (como sin duda era la situación hasta ahora padecida por el colectivo de homosexuales y

lesbianas) pero ello no justifica el que se haya puesto en juego no ya solo el matrimonio sino la Constitución misma en su papel de control del poder legislativo, convirtiéndose así el TC – por cierto que no por primera vez – en la tercera cámara parlamentaria. Con la referida y poco afortunada Sentencia se ha venido a redefinir el Matrimonio como institución milenaria a la que se desnaturaliza para inventar un nuevo derecho.

Ante la STC, la Conferencia Episcopal Española (CEE) no ha tardado en hacer pública una Nota sobre el matrimonio y el fallo del TC en la que, como no podía ser de otro modo, sigue fielmente las múltiples y reiteradas manifestaciones que desde el Vaticano llegan a todo el orbe católico, señalando la perversión y carácter *antinatural* que la cuestión merece. Obviamente, hacemos nuestras tanto el particular pronunciamiento de nuestros Obispos como, una vez más, el magisterio y la recomendación de la Santa Sede. He aquí su texto: “ El TC ha avanzado anteayer el sentido de una sentencia, que publicará próximamente, en la que resuelve

que la actual legislación española sobre el matrimonio es conforme a la Constitución. Ante la trascendencia de este fallo, recordamos brevemente la doctrina católica, sin perjuicio del alcance cuasi de imperatividad que tiene la doctrina de nuestro más alto Tribunal.

1. La legislación actualmente vigente en España ha redefinido la figura jurídica del matrimonio de tal modo, que éste ha dejado de ser la unión de un hombre y de una mujer y se ha transformado legalmente en la unión de dos ciudadanos cualesquiera, para los que ahora se reserva en exclusiva el nombre de "cónyuges" o de "consortes". De esta manera se establece una insólita definición legal del matrimonio con exclusión de toda referencia a la diferencia entre el varón y la mujer. Los españoles han perdido así el derecho de ser reconocidos expresamente por la ley como "esposo" o "esposa" y han de inscribirse en el Registro Civil como "cónyuge A" o "cónyuge B".

2. Por tanto, no podemos dejar de afirmar, con dolor, que las leyes vigentes en España no reconocen ni protegen al matrimonio en su especificidad. Por ello, convencidos de las consecuencias negativas que se derivan para el bien común, alzamos nuestra voz en *pro* del verdadero matrimonio y de su reconocimiento jurídico. Todos, desde el lugar que ocupamos en la sociedad, hemos de defender y promover el matrimonio y su adecuado tratamiento por las leyes”.

¿Cuál es la sustancia y contenido esencial de la institución matrimonial?. Para definir la noción de matrimonio que la Constitución garantiza, y por centrar la cuestión desde las líneas iniciales, se

ha utilizado por la citada STC la llamada “interpretación evolutiva”, para concluir afirmando que el matrimonio es “una comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente, mediante las formalidades previstas en el ordenamiento”. Dentro de esa misma lógica jurídica también resulta altamente paradójico que, diciendo prácticamente lo mismo el núm. 1º del art. 32 de la CE y el primer párrafo del art. 44 del Código Civil (C.C.), se considerara necesaria la reforma de éste y no la de aquella.

En suma, ¿a qué se está realmente asistiendo, y porqué tan grave urgencia en institucionalizar compromisos familiares atípicos?. En el sentido antes aludido, con el reconocimiento de tales situaciones se están queriendo obtener efectos indirectos de mayor calado cuales son, entre otros, la protección de una posible filiación y la permisividad social de otros modelos, de otras estructuras familiares sobre el sólo dato de la convivencia. Insisto, pues, en que cualquier otro cauce que no sea el puramente paccionado no pasa del cuestionable intento de ofrecer un suntuario mobiliario sin la más mínima estructura de edificio.

Una última cuestión y no precisamente baladí. ¿Cuáles serán las próximas medidas y consecuencias que conlleve ésta artificiosa

y desafortunada Ley?. En clara referencia a la apertura a una posible adopción en tales circunstancias, se ha pronunciado el Comité Ejecutivo de la CEE el pasado 8 de Noviembre, cuando en palabras de su Presidente el Cardenal Rouco Valera, declaraba que "La Instrucción pastoral de la que hablamos denuncia, en efecto, que la actual legislación sobre el matrimonio es gravemente injusta, porque no reconoce netamente la institución del matrimonio en su especificidad, y no protege el derecho de los contrayentes a ser reconocidos en el ordenamiento jurídico como 'esposo' y 'esposa'; ni garantiza el derecho de los niños y de los jóvenes a ser educados como 'esposos' y 'esposas' del futuro; ni el derecho de los niños a disfrutar de un padre y de una madre en el seno de una familia estable".

Desarrollo

El 2 de Julio de 2005, se publicaba en el Num. 157 del Boletín Oficial del Estado (BOE) la singular Ley 13/2005 de 1 de Julio, por la que se venía a modificar el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Sorprende sobremanera que el texto en cuestión, además de haber recibido informes desfavorables del Consejo de Estado (C.Est.), del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), de la Real Academia de la Lengua (RAL) y de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia (RALJ) que, en sesión de 21 de febrero de 2005, había señalado que "la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales sería inconstitucional"

sobre la base esencialmente de la previsión constitucional del art. 32 CE, al reconocer el "derecho a contraer matrimonio" colocando como sujetos al hombre y la mujer, así como por la aplicación de los arts. 10.2 de la CE y 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH).

Interesa mucho recordar ahora que en nuestro país, allá por Octubre de 1997 se publicaba en el Diario Oficial de las Cortes Generales (DOCG) la proposición de Ley 122/ 000098 acerca de la cuestión que nos ocupa bajo el significativo título de "Contrato de unión civil", con la que el legislador entendió preferible relegar toda solución normativa para quienes pretenden unirse de hecho o de modo distinto al propio del secular matrimonio o, dicho de otra manera, al plano de lo puro y exclusivamente paccionado, sin menoscabo alguno no obstante del respeto a la intimidad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Con ello además de normativizar situaciones que obedecen a opciones personales muy legítimas, se salvaguardaba la institución matrimonial de forma que a los colectivos afectados se les dotaba de un instrumento a través del que familiarizar su relación sin haberse de extender la misma a una plena conyugalidad tal como ahora parece que se pretende.

Tras calibrar su tramitación prelegislativa y legislativa, nadie podrá pensar que estamos ante una reforma que se salde con sustituir "marido y mujer" por la nuda referencia a "cónyuges" y, lo que no es menos grave, con la aludida Ley se ha optado sin mayor rigor por una mera ampliación de

los sujetos del matrimonio sin modificar la multitud de disposiciones que lo disciplinan. Casi aventuraríamos a presumir que los términos “marido” y “mujer” tal vez en corto espacio de tiempo se vean privados de su tradicional sentido. Y ello por:

- En primer lugar, para viabilizar la propuesta legal no queda otra solución que eliminar de la institución matrimonial su signo más identificador, la heterosexualidad, de tal forma que desde siempre se pudo afirmar que el matrimonio o es heterosexual o pura y simplemente no es.....matrimonio. No se quiere con ello decir que la regulación matrimonial tenga que estar imperativamente ligada a la creación de una familia, y por ende a la procreación pues, entre otras cosas, siempre habría otros cauces para obtener ésta, pero tampoco deberían haber muchas dudas acerca de que las consecuencias serán contraproducentes pues la naturaleza y la lógica de un matrimonio entre personas del mismo sexo consagra el dato irrefutable de que la descendencia siempre habría de basarse en la extramatrimonialidad de la filiación, tanto en el caso de uniones entre mujeres como, aun con mayor razón, entre hombres. Por otra parte, evidentemente la sexualidad es una cuestión privada y perteneciente a la esfera de la intimidad de cada persona, de dónde se deduce que el límite competencial del Ordenamiento jurídico sea la diferencia de sexos pero no la tendencia u orientación sexuales de cada cual. En afortunada expresión de Lionel Jospin, el género humano no se divide entre heterosexuales y homosexuales sino entre hombres y mujeres.

- Sin que ello venga a introducir en nuestro discurso sesgo alguno de carácter ideológico, no dejan de tener enjundia suficiente a los efectos que se persiguen, las reflexiones vertidas por la Conferencia Episcopal Española (CEE) que, con espíritu más aperturista del que a priori pudiérase presumir y en un tono de absoluta razonabilidad aunque desde luego sin andarse con excesivas florituras, manifestaba que “denunciamos como engañoso el intento de hacer creer a la opinión pública que determinadas restricciones legales, como la prohibición del matrimonio y de la adopción, sean "discriminaciones injustas" para las personas homosexuales.”

- En segundo lugar, y al hilo de ello, es discutible que la autonomía de la voluntad privada sea al efecto un instrumento para el libre desarrollo de la personalidad. Cuestión diferente es que sobre tal base se regulen esferas de actuación del individuo que precisen un acto de autonomía para su adecuada instrumentalización; sin embargo, como certeramente apunta López y López, ese acto de autonomía será siempre secuencial, por lo que deducir su existencia del principio del que es mero aunque no el único instrumento, resulta un abuso lógico, porque no pueden quedar a la libre disposición del legislador ordinario, cuando alternativamente existan otros con los que alcanzar análogas finalidades.

- En tercer lugar, no sería en absoluto ilegítimo bajo ningún punto de vista cuestionarse a estas alturas si es lícito pedir a la sociedad que reconozca la condición o

el comportamiento homosexual como una modalidad del ser humano comparable, por ejemplo, a las diferencias naturales de raza o del sexo mismo. Para dar una respuesta adecuada a tan inquietante problemática, hay que comenzar por distinguir entre lo que es la *condición* y lo que es el *comportamiento* homosexual. Nadie elige la condición homosexual. Pero sí hay libertad para elegir cómo vivirla, cómo comportarse con ella. Por supuesto que la particular inclinación de la persona homosexual no es de por sí en absoluto reprobable, antes bien debe ser afrontada por todos con total respeto. Por lo tanto, la sexualidad es una cuestión privada que debe ir siempre ligada a la intimidad de cada persona, y lo que pueda llegar a tener de relevancia social lo asume el ordenamiento jurídico siempre sobre la base de lo más objetivo y constatable; la diferencia de sexos, como hecho jurídico, sin duda lo es, la tendencia sexual no lo es, de ahí lo desaconsejable de que el orden jurídico matrimonial pivote en la tendencia sexual de los ciudadanos, algo sólo subjetivamente determinable.

• Y finalmente, en cuarto lugar, acerca de la preservación del principio de igualdad tal parece que sólo ésta Ley aprecie su quiebra y sólo ella pretende una salvaguarda imposible, si se abunda en que a realidades diferentes no pueden corresponder sino instituciones diversas. Sobre esa base, la presunta discriminación respecto de los homosexuales para contraer matrimonio entre si no deja de ser una insinuación artificiosa. De todos los falsos argumentos a favor del matrimonio

homosexual, el más falso de todos es que sea un problema de igualdad de derechos.

Ciertamente han sido múltiples las ocasiones en que el Parlamento Europeo (P.E.) se ha ocupado de la cuestión en estudio, con doctrina que pudiérase considerar uniforme. Así entre otras las Recomendaciones de 8/2/94, 17/12/98, 29/12/00, o 15/01/03, siendo la línea común a todas ellas sugerir a la comisión unas veces y a los países miembros otras, la no discriminación de las parejas homosexuales en materias cuales la fiscalidad, derechos sociales y otras varias de contenido económico, pero limitándose, en todo caso, a reconocerles idénticos derechos que a aquellas heterosexuales que celebran matrimonio, sin aludir en ningún momento a la equiparación entre ambas situaciones. Se reitera pues la óptica y el propósito de propugnar no directamente la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo, sino la regulación de otros modelos de pareja de muy diferente signo junto al matrimonio.

Y aún pudiera añadirse que este argumento viene avalado, además, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de acuerdo con la cual la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo. En el mismo sentido se pronuncia el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH) de 10 de diciembre de 1948. Pero, además,

porque las discriminaciones que se puedan dar en el tejido social no se evitan mediante la configuración legal de un matrimonio que dé cabida a dos realidades diferentes, solución que, incluso, podría llegar a dificultar el control de otros principios constitucionales.

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 si al homosexual se le impidiera radicalmente contraer matrimonio, con cualquier persona, por el hecho de ser homosexual, lo que ciertamente no ocurre. Y por otro lado porque tampoco por el simple hecho de que alguien quiera casarse con alguien supone necesariamente que pueda casarse con él (hermanas, hijas, o hasta supuestos típicos del fenómeno de la poligamia).

El argumento se enriquece y consolida definitivamente a través de una expresión acuñada en la doctrina alemana y de la que de nuevo López y López nos aboca de lleno a plantearnos el alcance de las garantías institucionales. Se nos dice que la fijación de la garantía institucional puede efectuarse recurriendo al "rostro histórico" siempre que resulte compatible con los postulados del Estado Social que dibuja la Constitución en materia de organización económica y social. Lo cual implica que la garantía no supone la inmutabilidad, ni la imposibilidad de intervención estatal, siempre que se ajuste a

un principio de ponderación y racionalidad, en función de fines político-estatales de superior rango, intervención que en cualquier caso, debe dejar al menos una zona residual para su desarrollo.

Esa misma garantía institucional se alza en obstáculo insuperable para alterar una institución más allá de lo que su propia naturaleza tolera. No implica ello la prohibición de que el legislador trate de adecuar las instituciones garantizadas al espíritu de los tiempos, pero sí desde luego le impide hacerlo en términos que las hagan irreconocibles por la conciencia social de cada tiempo y lugar. He aquí otro dato de capital entidad: la reconocibilidad. Pues bien, con el texto que analizamos, y aunque a pesar de que el art. 32,1 CE no blindo a la institución matrimonial con el reconocimiento que luego concede en arts. tales el 33, 34, 37 y 38 entre otros, pudiéramos admitir que aquella sea algo cuya «*configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario*», el problema radicaría en que si al no fijarse *más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza*, aquella continuaría resultando socialmente reconocible. Es decir, como certeramente ha indicado el CGPJ con el texto dispuesto 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.

Pero sea cual sea la opción por la que alguien se pudiera decantar, la unanimidad

se cierra en torno a la imposibilidad de su concepción como *status*, noción ésta que ya *ab initio* se nos antoja transcendental por varias y diversas razones:

- En primer lugar, *status* es idea genuinamente acuñada por el Derecho y para su legítima relevancia social, de donde que uniones fácticas o paramaritales no pueden pretender jamás gozar de otra sustancia jurídica que el reconocimiento formal que se le pueda otorgar en base a un *nomem* y una fama, de los que muy a menudo huirán los propios convivientes a los que, a lo sumo, se les podría presumir un *tractatus* como mero componente material de una *affectio maritales de sentido y alcance* más bien contractual y en todo caso de muy inferior trascendencia respecto de la que deriva para el modelo fundado en el vínculo matrimonial. La reflexión a que la polarización del concepto invita se justificaría mejor sobre el argumento sociológico de que es muy diferente ser que tener una familia, esto es ajustarse a una comunidad estable de vida, en la que priman los intereses generales sobre los particulares, el vínculo sobre los afectos y todo un esquema legalmente diseñado aunque libremente asumido. Desde esa óptica, no hay inconveniente en reconocer que existiendo seguramente hoy familias más que familia, se da asimismo una multiplicidad de formas de convivir en las que no siempre podrán apreciarse base, sustancia y contenido típicamente maritales. Cualquiera otra visión al respecto que no abarque ese conjunto de ideas, acreditará que el legislador no ha logrado abstraerse de su

particular paraíso de intenciones, asumiendo funciones promocionales.

- Así lo ha declarado de forma contundente y taxativa el C.Est. para quien, no existe un derecho constitucionalmente reconocido a contraer matrimonio (o unión civil de análoga significación) para las personas del mismo sexo, "todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional". Es por ello que el derecho de personas del mismo sexo a contraer matrimonio sería, en definitiva, un derecho otorgado o reconocido por el legislador, pero que aún seguiría siendo disponible por el legislador, y que no estaría dotado de la protección que el art. 32 reconoce al derecho a contraer matrimonio por el hombre y la mujer. En otras palabras, el derecho de personas del mismo sexo a contraer matrimonio será un derecho otorgado por el legislador, y por ello disponible para él, pero no estaría dotado de la protección que el precepto citado reconoce al derecho a contraerlo entre un hombre y una mujer.

- Asimismo, desde la perspectiva de la garantía institucional, debe notarse el contrasentido que subyace al argumento de que para fortalecer la protección de los homosexuales deban ser incorporados a la garantía constitucional del art. 32. Si el contenido de esa garantía queda en manos del legislador, la Constitución no ofrece garantía alguna; si, por el contrario, hay protección constitucional, el legislador tiene límites y no puede, por tanto, disponer libremente de la institución garantizada por la Norma Fundamental. Y aún a mayor abundamiento,

si algún vestigio de discriminación existiera no reconociendo el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales, el mayor sin duda sería precisamente éste, o sea si las parejas heterosexuales pueden libremente optar por cualesquiera otras formas de convivencia - prefiriéndolas frente al matrimonio-, podría incurrirse en el absurdo de que la forma matrimonial se imponga a las parejas del mismo sexo que deseen formalizar en términos jurídicos su relación de pareja.

Como corolario a todo lo anterior debe afirmarse que no existía deber jurídico alguno, necesidad diríamos nosotros, a lo sumo una aspiración impulsada desde un escaso colectivo social, para avanzar en cuotas de igualdad que permitiera buscar soluciones jurídicamente análogas pero no a convertir en matrimonio una relación que no se identifica con el mismo, para propiciar una reforma como la analizada. 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 radical, como lo sería llamar matrimonio a la unión de más de dos personas, o la unión sometida a un plazo de un año, tras el cual se produjera la disolución automática, etc.

A destacar muy especialmente por su claridad y contundencia el argumento del C.Est. que, tras conceder con infinita generosidad que los arts. 10.1 y 14 C.E. respaldan el reconocimiento y efectos de la unión estable de parejas del mismo sexo, radicando

el problema en cuál deba ser el alcance de ese reconocimiento y de esos efectos, estima que el art. 32 reconoce un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer y no lo reconoce, en cambio, a las parejas del mismo sexo (si bien su apartado 2 remite a la ley la regulación de determinadas cuestiones); pero la mención expresa del “hombre y la mujer” en dicho artículo no impide, por sí y a priori, que el legislador pueda extender a parejas homosexuales, en términos del T.C., “un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio”. Pero en el mismo sentido continúa afirmando el más alto órgano de consulta que la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo no supone una simple ampliación de la base subjetiva del matrimonio, reconociéndoles un derecho que no tienen constitucionalmente garantizado, sino que determina una alteración de la institución matrimonial, que obliga a plantearse si con esa regulación - por vía legislativa- se está afectando el derecho reconocido en el artículo 32 más allá de lo constitucionalmente admisible.

El argumento parece incuestionable: si el derecho en cuestión está vinculado o asociado directamente a la institución matrimonial (“derecho a contraer matrimonio”), en la medida en que ésta quede afectada lo quedará también el derecho de referencia. Como afirma Merino Jiménez, llamativo resulta que ni nuestro texto constitucional ni el Código Civil, como tampoco la mayor parte de las declaraciones

internacionales de derechos, expresen que el hombre y la mujer tengan derecho al matrimonio sino tan solo a contraerlo. El matrimonio sería, por esos mismos términos empleados una realidad externa a los contrayentes cuyas disponibilidades se limitarían a decidir o no su adhesión a una institución previa y, desde luego, a modularla a una esfera íntima e incoercible que por fuerza de las cosas ha permanecido siempre ajena al Derecho (por ejemplo cuando una pareja decide excluir la prole). Pero además, el texto constitucional, consciente de la realidad a la que se enfrenta, tampoco concede al legislador la potestad de regular la sustancia del matrimonio, sino que le delega la ordenación de sus formas de celebración, porque si el contenido de esa garantía queda a merced del legislador, se opera la perversión de que la Constitución no ofrece garantía alguna. Si por el contrario existe una verdadera protección constitucional, el legislador tiene límites y no puede, en ningún caso, disponer libremente de una institución garantizada por la Ley Fundamental.

Definir, o mejor aún redefinir, el matrimonio como institución y su contenido esencial conllevaría de modo ineludible afectar al apartado 1º del art. 32 CE, en tanto que el legislador únicamente se halla habilitado para actuar en los ámbitos y aspectos contenidos de forma perfectamente expresa en el siguiente apartado segundo; una vez más la razón de su posible irrecognoscibilidad es la que impone dicha limitación. Así lo ha declarado el CGPJ quien, haciéndose eco de la doctrina establecida ya por la STC 32/1981

en su Fundamento jurídico (FJ) 3º, afirma 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. Tales son los límites para su determinación por las normas que las regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace.

Obligado parece finalizar estas reflexiones con un análisis de las normas afectadas por la reforma. Comenzaré por evaluar únicamente dos cuestiones generales de suficiente calado tanto sociopolítico como estrictamente jurídico: por una parte no se puede dejar de cuestionar las desmesuradas competencias que el legislador de esta norma se ha arrogado, lo que se agrava más si cabe tanto por la penuria y desacierto de su tan reduccionista propuesta como por su superficial tentativa de igualación terminológica, para acabar conduciendo la cuestión finalmente al empobrecedor balance fruto del concreto tratamiento otorgado

a ciertos aspectos y el nada convincente resultado que de ahí deriva, tanto como a sus posibles y eventuales futuras consecuencias.

Por otra parte, si se admitiera que el legislador puede hacer cambios de tal magnitud en derechos de semejante naturaleza y entidad, significaría punto menos que otorgarle facultades y competencias propias del poder constituyente, lo que es ir mucho más allá de la adaptación de la Constitución a la realidad social y sin perjuicio de que deba o no reformarse en su momento la Constitución misma o pronunciarse definitivamente el T.C. Es decir, ya estuviéramos o no frente a un verdadero derecho subjetivo, puesto que el carácter de fundamental parece incuestionable cuando de heterosexualidad se trata, de nuevo la cuestión radicaría en determinar con precisión el significado del término “garantía institucional”. Y es de nuevo López y López, el que aclara con certeza el fenómeno cuando afirma que el problema se plantea en términos distintos en principio, porque señalando la propia Constitución que tales derechos están sujetos a la reserva de ley y que ésta deberá respetar el contenido esencial del derecho en cuestión, parece que tanto una como otra técnica (reserva de ley, contenido esencial) son ajenas a la garantía institucional. Empero, ello no significa que la protección en las garantías institucionales tenga menor intensidad que en los derechos constitucionalmente tutelados: sencillamente se opera con otras técnicas, en función de su diverso sentido. La razón es simple: una cosa es consagrar un ámbito irreductible para el legislador, otra cosa marcar los límites de

su intervención en el ejercicio de concretas titularidades que, por otra parte, traen causa de la existencia de aquel ámbito. Como con claridad puede apreciarse, la huella del rostro histórico resulta hasta para el legislador absolutamente imborrable.

Respecto del segundo gran aspecto que líneas atrás anunciáramos, se ha procedido a una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes. Para ello, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes. En virtud de la nueva redacción del art. 44 C.C., la acepción jurídica de cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo. 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 mismo. Una reforma tan simple como la aparentemente pretendida generará conflictividad, confusión y en definitiva inseguridad jurídica. De esa absoluta carencia de rigor, lógica y sistemática ante lo que debe ser una reforma, y aún mucho más si del Código Civil se trata, no podían resultar sino evidentes incoherencias de las que son algunos buenos ejemplos los siguientes.

Cómo sin duda se habrá alcanzado a comprender, el gran caballo de batalla sobre el que gira la más delicada problemática del tema que tratamos no es otro que respecto de la posibilidad de adopción por parte de una pareja homosexual ex arts. 44, 175 y 178 C.C. Tras la reforma, la prudencia tanto como una razonable aunque cada vez más remota esperanza en el buen criterio del T.C. aconsejarían postergar todo juicio en el momento presente, pero no precipitemos conclusiones, sobre todo a la vista de ciertos antecedentes del supremo órgano jurisdiccional citado⁹. De momento, nos

⁹ En un sentido muy similar, porque allí la cuestión de fondo no era la de una eventual discriminación por razón de orientación sino de identidad sexual, y aunque entonces tampoco se trataba de una cuestión de adopción sino de la determinación del régimen de visitas de un progenitor transexual, ya se dijo en la STC 176/2008, de 22 de diciembre (FJ 7), posteriormente confirmada por el TEDH en la Sentencia P.V. vs. España de 30 de noviembre de 2010, "que lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el art. 14 CE". Pero, apostillamos nosotros, aparte de la consciente ambigüedad empleada en el razonamiento cada vez que se hace alusión a la homosexualidad de uno u otro de los progenitores, pero no de ambos, lo absolutamente criticable de la Sentencia es la afirmación de que en la práctica se esté dando cabida de esa forma a la regularización de familias homoparentales, ya existentes o futuras, a través de la adopción de los hijos comunes por parte del cónyuge que no hubiera podido adoptar previamente a esos hijos, lo que más bien parece patentar un novedoso criterio de interés inferior del menor. Y así, la conclusión no podía ser sino uno vez más sectaria y tendenciosa en el sentido de que con la nueva concepción de la institución matrimonial se permite la adopción conjunta y simultánea por parte de todas las parejas casadas independientemente del sexo de los cónyuges.

resulta poco reconfortante el escaso interés que parece haber despertado a los propios magistrados constitucionales, no así a los disidentes, que despachan el tema de la adopción en apenas cuatro o cinco páginas.

Radica su importancia en que el vínculo parental que se crea no afecta solo a los adoptantes y, en su caso, a la institución del matrimonio sino sobre todo a los niños, verdaderos terceros en el asunto y parte más débil cuya protección por tanto ha de ser extrema, pues la adopción solo crea obligaciones para los adoptantes y derechos para los adoptados, en cuyo principal beneficio fue constituida la institución para proveer al que carece de ellos de unos padres y de una familia de acogida. Como de forma muy gráfica expone el Magistrado Rodríguez Arribas, si en la actualidad nada puede oponerse a que una persona homosexual, sea hombre o mujer, pueda adoptar individualmente a un menor, la cuestión está en que desde el punto de vista del niño, que es lo único importante, no resulta indiferente que en lugar de tener un padre y una madre o solo un padre o solo una madre, para sustituir la pérdida o abandono de los naturales, se encuentre con que tiene dos padres y ninguna madre o dos madres y ningún padre o haya que convertir a una mujer en padre o a un hombre en madre. Y este problema no se le puede deferir al juez, porque es ponerle en una tesitura socialmente muy comprometida y a veces de difícil salida.

Sin embargo, no se puede por menos que afirmar desde ahora, por un lado, la inexistencia para padre alguno de un derecho a

adoptar y, de otro lado, la inequívoca realidad que subyace en el art. 39 CE que convierte a los poderes públicos en garantes de la protección social, económica y jurídica de la familia así como de la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. A partir de aquí, casi holgaría cualquier comentario, pero tanto como con los magistrados disidentes del resultado finalmente mayoritario de la Sentencia como con los propios en su día recurrentes del fondo del asunto, entendemos como no podía ser de otro modo que el conjunto de la particular previsión al respecto, resulta contraria al mandato de protección integral de los hijos que formula el art. 39.2 CE puesto que antepone la legitimación u homologación de las relaciones homosexuales al interés del menor, que sin duda es el interés superior y rector de la adopción.

No obstante, conviene abundar en la gran duda que suscita el hecho de que siendo el interés del menor el principio rector de la adopción (como sin la menor duda se desprende de los arts. 176.1 C.C., 21 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y, en general, del Convenio de la Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional), deba siquiera ser contemplada la opción de permitirse adoptar a quiénes la Naturaleza, no el Derecho, les niega el papel de madre y madre frente a la filiación.

El argumento que eleva a capital éste principio del interés del menor se ve corroborado por el art. II. 84, 2 de la

Constitución Europea, cuyo párrafo tercero expresa taxativamente 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. Es en base a ello que sin el menor atisbo de titubeo declara el CGPJ que hay razones suficientes 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 art. 39.2 C.E., y al deber que incumbe a los poderes públicos de asegurar la protección integral del menor.

Todo lo cual porque ya a estas alturas, y mucho más aún en lo que a la cuestión que ahora se trata respecta, resultaría irrisoria la tesis de la discriminación a las parejas homosexuales. Baste para ello pensar que el problema, ya no es tanto el de la orientación sexual cuanto el de la propia estructura de la relación que se quiere crear, que no permite constituirse respecto a personas del mismo sexo, ni tampoco claro está prevaleciendo su particular interés sobre el del menor. En lo que, si acaso, sí convendría hacer hincapié, como lo han hecho todos los órganos consultados, es que no son los deseos de los adoptantes, muy legítimos si se quiere, lo que está en juego sino su inidoneidad para tal función y de las muchas que de ella pudieran derivarse. Exactamente así parece haberlo entendido y hasta reconocido respecto de la adopción,

el TEDH que en Sentencia 26 de febrero 2002 (*asunto Fretté*), proclamaba 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. Por otra parte se señala la necesidad de evaluar la sensibilidad y el contexto locales, así como la opinión de la comunidad científica, para concluir lo razonable de que se rechazara esa posibilidad.

Porque aun cuando el argumento pudiera resultar aparentemente superfluo, en absoluto lo es ya que a la referida inidoneidad de las uniones homosexuales para proporcionar al niño adoptado los ambientes de humanización y socialización adecuados, vendrían a añadirse datos que aunque a menudo contemplemos con cierta indiferencia a pesar de su incontestable realidad, resultan de enorme significado para calibrar el interés del menor, y así entre ellos la inestabilidad que sociológicamente caracteriza a las parejas homosexuales dado que, precisamente también desde ese punto de vista, la experiencia sugiere que 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.

Asimismo, grave e incoherente al máximo resulta la subsistencia de la dualidad marido-mujer en los arts. 116 a 118 C.C., relativos a la determinación de la paternidad

y a las presunciones en materia de filiación, dado que los supuestos de hecho a que se refieren tales artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales. Y como con todo acierto señala el C.Est., incluso los países que han llegado al más alto grado de equiparación han establecido previsiones especiales en sede de filiación, lo que no deja de ser trasunto de la diversidad de realidades subyacentes. Pero en cualquier caso, resulta más que significativo que aunque en el contexto de la reforma se hayan intuido los múltiples problemas que en materia de filiación pueden suscitarse el texto acabe finalmente por no abordarlos.

En resumen, y haciendo una vez más nuestras las ponderadas conclusiones del Dictamen del CGPJ, cuyas pautas hemos venido siguiendo a lo largo y ancho de este trabajo, podríamos llegar a establecer las siguientes

Conclusiones

Primera.- Consideramos que la materia legislada, aún cuando pudiera ser acreedora a su expresa contemplación en nuestro Ordenamiento jurídico, sin duda hubiera merecido una más profunda reflexión y, desde luego, sin en ningún caso adulterar, por el riesgo de su difícil reconocibilidad futura, una institución tan arraigada en nuestra cultura y sociedad como es el matrimonio. Asimismo favorable a preservar dicha reconocibilidad, es la prudente afirmación de Rodríguez Arana de que los principios de conservación de

las instituciones, el de seguridad jurídica, el de respeto a la garantía institucional del derecho a contraer matrimonio tal y como lo expresa nuestra Constitución y la necesidad de que las innovaciones en materia de instituciones jurídicas básicas cuenten con un amplio consenso político y social, aconsejan que en esta materia antes de proceder a una regulación traumática y radical de una institución multiseccular, se exploren alguna de las vías procedentes del derecho comparado pues como queda expuesto la apertura al matrimonio de las parejas homosexuales puede dar lugar a una doble anomalía jurídica: atribuir un derecho constitucional a quien constitucionalmente no le ha sido nunca reconocido y, casi más grave aún, alterar un derecho mucho más allá de lo constitucionalmente admisible.

Segunda.- En cualquier caso, y sin prejuzgar acerca de su todavía posible inconstitucionalidad, si bien en lo relativo a la adopción ello parece más que probable por la postergación que supondrá del superior interés de los hijos, la reforma se antoja innecesaria e inconveniente en los términos aquí propuestos y ello por la elemental razón de que con tan radical propuesta, nos hallaríamos no ante una vulgar reforma, sino ante una ruptura de la garantía institucional del matrimonio.

Tercera.- Creo que sería muy saludable tanto para la sociedad como para el Ordenamiento jurídico en su conjunto atender la invitación que se nos hace desde el CGPJ en el sentido de “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 ex art. 1255 C.C., puedan estipularse”.

Cuarta.- De idéntica forma lo han declarado varias y diferentes resoluciones del P.E., así como la jurisprudencia del TEDH, a través de la simple y prudente recomendación de considerar el problema no tanto mediante la apertura directa de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo, sino cuanto a la regulación de esos otros modelos de pareja junto al matrimonio, instando a los Estados miembros de la UE para que desarrollen propuestas en relación con el reconocimiento mutuo de unas y otras formas de convivencia.

Quinta.- Para concluir con ésta cuestión, y tras este somero análisis sobre la nueva realidad que parece haber surgido en nuestro Ordenamiento jurídico merced a un exceso tanto de sus competencias como del tributarismo del T.C. a otros fines o instancias más políticas que jurídicas, séanos permitida al menos la duda, como de forma muy acertada sugiere Ollero Tassara, de si con la extensión de dicha posibilidad a la pareja homosexual lo que en realidad se ha pretendido no ha sido sino contribuir a que la imagen social de la hipótesis gane en normalidad.

Sexta.- Finalmente, y por otra parte, tanto para las Instancias nacionales cómo para las internacionales se trata por encima de cualquier otra cosa, propósito, o interés, de reconocer que la adopción pretende dar una familia a un niño, y no a la inversa, dar un niño a una familia. Existiendo como existen en el Ordenamiento tipos, instrumentos y cauces más propios y específicos para acoger el supuesto que nos ocupa, contratos de unión,

pactos de convivencia, etc., no se puede por menos que aplaudir y compartir la sugerencia que el CGPJ hace al legislador, invitándole 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.

Apéndice de abreviaturas

Art. Artículo

BOE Boletín Oficial del Estado

C.C. Código Civil

C.Est. Consejo de Estado

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

CE Constitución Española

CEE Conferencia Episcopal Española

DOCG Diario Oficial de las Cortes Generales

DUDDHH Declaración Universal de Derechos Humanos

FJ Fundamento Jurídico

INE Instituto Nacional de Estadística

LOTJ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Pag./Pags. Página/páginas

P.E. Parlamento Europeo

RAL Real Academia de la Lengua

RALJ Real Academia de Legislación y Jurisprudencia

STC Sentencia Tribunal Constitucional

T.C. Tribunal Constitucional

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

UE Unión Europea

Referencias

- Alzate Monroy, P. (1997). *Matrimonio, familia y cultura*. Bogotá: Editorial Universidad Santiago de Cali.
- Aragón Reyes, M. (2012). Voto particular respecto de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de Noviembre, Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005, *BOE 28 de Noviembre, Num. 286*, pp. 205-208.
- Conferencia Episcopal Española. (2012). Nota sobre el matrimonio y el fallo del Tribunal Constitucional. Instrucción Pastoral “La verdad del amor humano. Orientaciones sobre la verdad del amor conyugal, la ideología de género y la Legislación familiar”. XCIX Asamblea Plenaria, Jueves 26 de Abril (publicada el 4 de Julio). Recuperado de <http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/documentos-ejecutivo/3275-nota-sobre-el-matrimonio-y-el-fallo-del-tribunal-constitucional.html>
- Fernández De Rota, A. (2006). Significado del matrimonio gay y de sus rechazos. Una aproximación antropológica. *Revista de antropología experimental*, nº 6, pp. 257-270.
- Flaquer, L. (1998). Familia i noves formes de convivència en Salvador Giner Comp.), *La societat catalana. Barcelona: Institut d'Estadística*, pp. 401-416.
- Gimeno, B. y Barrientos, V. (2009). La institución matrimonial después del matrimonio homosexual. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, 35, pp. 19-30.
- González Rivas, J. (2012). Voto particular respecto de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de Noviembre, Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005, *BOE 28 de Noviembre, Num. 286*, pp. 215-219.
- Lionel, J. (2005). El matrimonio homosexual, tramitado sin debate social, rompe una institución básica, cit. por Jordi Casas, *Forum Libertas.com Diario Digital 29/06*. Recuperado de http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=3511.
- López y López, A. (1994). La garantía institucional de la herencia. Madrid, Derecho Privado y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Año 2, N° 3.
- López Tena, A. (2005). Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Separación y divorcio. *Actualidad jurídica Aranzadi*, N° 655, pp. 8-9
- Merino Jiménez, J. (2004). Legislar sobre una realidad biológica. *Diario El Mundo*, 12 Diciembre. Recuperado de <http://www.forofamilia.org/prensa/PRENSA%20-%20Legislar%20sobre%20una%20ley%20biologica.Merino.pdf>
- Navarro Valls, R. (2004). Matrimonio del mismo sexo. Un polémico dictamen. Recuperado de <http://www.agea.org.es/20050105319/familia-matrimonio-vida-conyugal/matrimonios-del-mismo-sexo-un-polemico-dictamen.html>

- Ollero Tassara, A. (2012). Voto particular respecto de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de Noviembre, Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005, *BOE 28 de Noviembre, Num. 286*, pp. 208-215.
- Rodríguez Arana, J. (2004). Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Anuario de derecho administrativo, N.º 12*, pp. 63-81.
- Rodríguez Arribas, R. (2012). Voto particular respecto de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de Noviembre, Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005, *BOE 28 de Noviembre, Num. 286*, pp. 202-205.
- Stordeur, E. (2011). Concepciones de la igualdad y matrimonio homosexual: breves consideraciones. *Revista de instituciones, ideas y mercados, 54*, pp. 277-291.

* José León-Castro Alonso. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla. Tel. 00 34 95 4274291. Email: leoncas@us.es