

DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO

http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2004-2628

Número de expediente: 2628/2004 (JUSTICIA)

Referencia: 2628/2004

Procedencia: JUSTICIA

Asunto: Expediente de Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Fecha de Aprobación: 16/12/2004

TEXTO DEL DICTAMEN

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2004, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"Por Orden de V.E. de fecha 5 de octubre de 2004, con registro de entrada el día 7 siguiente, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Resulta de antecedentes:

Primero.- El texto del anteproyecto de Ley que se somete a consulta consta de una exposición de motivos, un artículo dividido en 15 apartados, y dos disposiciones finales.

La exposición de motivos se divide en dos partes. La primera de ellas comienza haciendo referencia a la garantía constitucional del matrimonio, recogido en el artículo 32, y cuyo desarrollo, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, corresponde al legislador. Señala que la regulación del matrimonio en el derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales, configurándolo como una institución, pero también como una relación jurídica que sólo puede establecerse entre personas de distinto sexo. Ahora bien, se dice, la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, por lo que el legislador puede, y debe, actuar en consecuencia, evitando toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad: en este sentido, la convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en el afecto ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente.

La segunda parte de la exposición de motivos señala que la Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación que el legislador ha decidido remover, mediante el establecimiento de un marco de realización personal que permita que quienes adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y derechos en condiciones de igualdad. Apela, como fundamentos constitucionales de la reforma proyectada, a "la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución)". Con ello, trata de dar satisfacción a una realidad asumida por la sociedad española, para lo cual la

ley proyectada permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, y unos mismos efectos, con independencia del sexo de los contrayentes, incluyendo la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.

El artículo único modifica diversos artículos del Código Civil. Su apartado uno añade un segundo párrafo en el artículo 44 de ese cuerpo legal, con la siguiente redacción: "Tendrá los mismos requisitos y efectos el matrimonio cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo". Los demás apartados modifican la redacción de los artículos 66, 67, 154, 160, 164, 637, 1.323, 1.344, 1.348, 1.351, 1.361, 1.365, 1.404 y 1.458, siempre del Código Civil, por razones de adaptación terminológica, sustituyendo expresiones como "marido y mujer" por "los cónyuges", o "el padre y la madre" por "los padres".

La disposición final primera afirma que la ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el artículo 149.1.8ª de la Constitución; y la disposición final segunda prevé su entrada en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Segundo.- Obra en el expediente un informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma proyectada.

Como justificación de la norma se hace referencia a la adaptación del régimen matrimonial a la realidad de las relaciones de pareja en la sociedad, a que las formas de convivencia marital de personas del mismo sexo se han visto excluidas de la protección jurídica otorgada por el artículo 32 de la Constitución, al mandato sobre libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la Constitución, y a la situación de inseguridad jurídica derivada de la regulación autonómica sobre parejas de hecho y sobre parejas registradas en una materia colindante con la institución matrimonial. Por lo que hace a esa confluencia de legislaciones estatal y autonómicas, el informe da también cuenta de las incoherencias de conjunto que pueden resultar en la ley aplicable, como resultado de combinar la regulación estatal del matrimonio, las autonómicas sobre parejas registradas y las disposiciones sobre filiación.

El objetivo de la reforma, se dice, ha sido "incorporar al ordenamiento las reformas técnicas imprescindibles que permitan dar cabida, en el ámbito de aplicación del actual régimen jurídico del matrimonio, a cualquier tipo de unión conyugal, con independencia del sexo de los individuos que lo compongan"; una consecuencia de ello, se añade, es que quedan configuradas como uniones familiares encuadradas dentro del sistema vigente; y alude a los problemas sustanciales planteados por los hijos habidos en el seno de estos matrimonios. En este punto, y aunque precisa que no es objeto de la proyectada ley regular las cuestiones que suscita la procreación de estas parejas, el informe entiende que es "deber ineludible facilitar la mejor atención por parte de estos cónyuges a los menores que pudieran quedar integrados en tales unidades familiares".

Se afirma que la reforma se ampara en el artículo 32 de la Constitución, y también en sus artículos 9.2, 10.1, 1.1, 14 y 149.1.8ª.

Termina el informe con una referencia al contenido de la reforma, centrado en la modificación del vigente artículo 44 del Código Civil para dar carácter uniforme a los

efectos del matrimonio con independencia del sexo de los que lo contraigan, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como a la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción; modificación que se acompaña de las consiguientes adaptaciones terminológicas.

Tercero.- Se ha incorporado al expediente una memoria económica, en la que se afirma que "el presente Anteproyecto no supone aumento de gasto público toda vez que no se crea ninguna prestación", por lo que "no procede estimar coste alguno a la reforma normativa que contiene el presente Anteproyecto de ley".

Cuarto.- El informe sobre impacto por razón de género señala que el anteproyecto "no promueve consecuencias negativas que favorezcan situaciones de discriminación entre mujeres y hombres".

Quinto.- La Secretaría General Técnica ha elaborado un informe, en el que no se formulan observaciones al contenido del anteproyecto, por haber participado activamente el citado órgano en su elaboración, por lo que se considera el texto resultante adecuado a Derecho. En cuanto a su tramitación, se dice que, atendiendo a la importancia de la materia regulada, resultaría conveniente recabar el dictamen del Consejo de Estado de conformidad con el artículo 24.1 de su Ley Orgánica, aun cuando la consulta no sea obligatoria.

Sexto.- En su reunión del día 1 de octubre de 2004, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, y a los efectos de lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, tomó en consideración el anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Y, en tal estado el expediente, fue remitido al Consejo de Estado para dictamen.

I. Objeto y procedimiento

La consulta versa sobre un anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (en adelante, el "Anteproyecto"). El dictamen se recaba al amparo de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, de acuerdo con el cual este órgano consultivo puede ser oído en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, ésta se estime conveniente por el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro.

En el expediente obra, junto a un texto del Anteproyecto, un informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, una memoria económica y un informe sobre impacto por razón de género. También ha sido informado el Anteproyecto por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, y ha sido elevado al Consejo de Ministros, que lo tomó en consideración en su reunión del día 1 de octubre de 2004. Con ello, se consideran cumplidos los trámites esenciales exigidos por el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

La memoria económica señala que la norma proyectada no supone aumento de gasto público, dado que no se crea ninguna prestación. Sin embargo, afirma la exposición de motivos del Anteproyecto que uno de sus objetivos consiste en permitir el acceso a

prestaciones sociales a personas que hasta ahora no podían disfrutar de ellas. En la medida en que tales prestaciones han de tener un coste -para unas u otras Administraciones- las previsiones sobre tales costes hubieran merecido alguna consideración.

Por otra parte, hubiera sido conveniente incorporar otros estudios o informes en relación con la necesidad y oportunidad del Anteproyecto, dada la importancia de la materia regulada, para una más detenida atención a los múltiples efectos que, en muy diversos ámbitos, puede tener la norma proyectada, y para la mejor consideración de los intereses en juego, dado que hay órganos y organizaciones - tanto dentro como fuera de la Administración- orientados a su protección y promoción. A título de ejemplo, es llamativo que, teniendo en cuenta el alcance del Anteproyecto, también en materia de adopción, no se haya recabado un informe de la Dirección General de las Familias y la Infancia; más aún cuando el informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma dice expresamente que "los problemas sustanciales vienen planteados por los hijos habidos en el seno de estos matrimonios" y que, aunque no es objeto de esta ley regular las cuestiones que plantee la procreación de estas parejas, "es deber ineludible facilitar la mejor atención por parte de estos cónyuges a los menores que pudieran quedar integrados en tales uniones familiares", dada la primacía del interés del menor.

El presente dictamen, consecuencia de una consulta facultativa, ha de examinar, en primer lugar, las cuestiones que suscita la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la legislación proyectada y los límites que deban ser tenidos en cuenta al respecto desde una perspectiva jurídico- constitucional y a la vista de los Tratados internacionales ratificados por España. Dada la trascendencia de la reforma del Código Civil que se propone, estima el Consejo de Estado que, además, debe ofrecer elementos complementarios de juicio, desde los objetivos perseguidos por el Anteproyecto, para esclarecer las consecuencias de la opción elegida y valorar otras posibles instrumentaciones jurídicas a fin de asegurar los fines propuestos con mayor eficiencia y menores costes sociales. Todo ello, en el marco de una función consultiva que se refiere aquí a un anteproyecto de Ley, que se desenvuelve dentro las amplias competencias y capacidad de decisión que al Gobierno corresponden en la dirección política y en las propuestas legislativas que decida elevar a las Cortes, que pueden responder a muy diversas políticas y orientaciones y para las que, en consecuencia, dispone de un margen de apreciación mucho más amplio y sustancialmente distinto al que el Gobierno ha de aplicar, por ejemplo, en el ejercicio de su potestad reglamentaria de desarrollo de un texto normativo previo.

Tratándose de una innovación legislativa que afecta a distintos bienes, intereses y valores de relevancia constitucional, corresponde, en última instancia, al legislador la ponderación de unos y otros, como consecuencia de su posición constitucional y, en definitiva, de su específica legitimidad democrática. Ahora bien, en trance de elaborar un anteproyecto y con carácter previo a su sometimiento a las Cortes Generales, deben tomarse en consideración los criterios y estándares que el Tribunal Constitucional ha utilizado para examinar la adecuación de las leyes a la Constitución.

A tal fin, se hará en primer lugar una referencia a la evolución de la sociedad en relación con las nuevas formas de convivencia en pareja y la respuesta que se le ha dado en España (en relación con los artículos 10.1 y 14 de la Constitución), en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y en el ámbito de la

Unión Europea. En segundo término, se examinará la cuestión desde la perspectiva del artículo 32 de la Constitución y las consecuencias que del mismo se extraen al regular la unión de parejas homosexuales (término que no se emplea aquí -a lo largo del dictamen- en relación con la orientación sexual de sus integrantes, sino con su identidad sexual; esto es, que ambos tienen el mismo sexo). Finalmente, y a la vista de todo ello, se examinará el concreto contenido del Anteproyecto en función de los objetivos que se propone conseguir, a fin de explorar otras opciones orientadas a una más adecuada consecución de los fines perseguidos.

II. Evolución de la sociedad y respuesta a las nuevas formas de convivencia

A. España

1. La no discriminación por orientación sexual

El Anteproyecto tiene como fundamento y objetivo más relevante la remoción de toda discriminación basada en la orientación sexual, para permitir el libre desarrollo de la personalidad y preservar la libertad en cuanto a las formas de convivencia "more uxorio" entre personas del mismo sexo, instaurando un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos; su exposición de motivos apela como fundamento de la reforma proyectada a los artículos 9.2, 10.1, 1.1 y 14 de la Constitución. La prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual no figura expresamente en el artículo 14 de la Constitución, aunque el carácter abierto de este precepto no impide la integración en él de dicha circunstancia.

Un primer paso en la evolución de la sociedad en cuanto al reconocimiento de la libertad de opción de la persona ha consistido en la aceptación, como opciones legítimas, de orientaciones o conductas consideradas tradicionalmente como desviación de la normalidad, que debían reprimirse o corregirse. Ello supone, en primer término, que una orientación homosexual no puede ser relevante para el Derecho desde una consideración sancionadora y de orden público, ni pueden tipificarse las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo como conductas ilícitas por contrarias a la moral o al orden público.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que las relaciones sexuales integran el ámbito de intimidad personal y familiar consagrado en el artículo 18 de la Constitución, y que este artículo protege ese núcleo de relaciones no sólo frente a la intromisión que consiste en la divulgación no consentida de lo que en él acaece, sino también frente a la injerencia que supone la "acción" ajena (STC 231/1988), lo que veda la contundente injerencia que significa la sanción de los comportamientos desarrollados en la intimidad. Ha señalado en este punto que "el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada" (STC 117/1994) y que "el art. 18.1 CE (...) impide las injerencias en la intimidad "arbitrarias o ilegales", como dice claramente el art. 17.1 Pacto de Derechos Civiles y Políticos" (STC 110/1984). El hecho de que estas conductas íntimas tengan trascendencia externa no las sitúa sin más fuera del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar, aunque también ha señalado que la injerencia puede estar justificada por las razones que justifican, con carácter general, la restricción de los derechos fundamentales (STC 151/1997).

El respeto a la intimidad implica una tolerancia de la homosexualidad en el ámbito privado incluso si tiene trascendencia externa. Pero el cambio progresivo de actitud hacia la homosexualidad en diversos ámbitos internacionales y nacionales ha llevado, más allá de la mera tolerancia, a un reconocimiento público y social de la homosexualidad, mediante la consagración de la prohibición de discriminación por la orientación sexual, lo que implica un marco de protección hacia el colectivo afectado, que en España se plantea desde el artículo 10 en relación con el 14 de la Constitución.

La cuestión esencial es el alcance que haya de darse a esa interdicción, más allá de la prohibición de sancionar aquellas conductas como tales. No cabe duda de que la no discriminación por razón de la orientación sexual se impone en el ámbito de empleo y ocupación o del acceso a la función pública; el problema radica en su extensión a otros aspectos de la vida personal con relevancia pública o externa; y, en particular, al tratamiento jurídico de la convivencia en pareja de personas del mismo sexo.

2. No discriminación y convivencia en pareja

La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en el afecto es objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, pero desde la legislación civil del Estado no ha tenido el reconocimiento institucional que ahora pretende el Anteproyecto, mediante el acogimiento de las aspiraciones de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, manifestadas desde distintos ámbitos. A la vista de dicha evolución social, dice la exposición de motivos, el legislador debe intervenir, evitando la quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad.

A esta evolución de la sociedad ha sido sensible el Consejo de Estado, constatando que "en la realidad social actual aparecen nuevas formas de convivencia con vocación de alcanzar efectos que hoy sólo se reconocen al matrimonio. La tolerancia y aceptación de tales parejas por la sociedad va evolucionando (...). En algunos ordenamientos jurídicos se ha culminado el proceso equiparador entre las parejas heterosexuales y las formadas por personas de un mismo sexo, admitiendo la posibilidad de adopción de menores, considerándose que el grado de integración y de reconocimiento social de las parejas del mismo sexo no impiden una adecuada integración familiar del menor" (dictamen número 3.013/2003, de 11 de diciembre de 2003).

Manifestaciones de ese reconocimiento y aceptación social crecientes son las diversas legislaciones que regulan la convivencia entre personas del mismo sexo, lo que también se refleja en algunas legislaciones autonómicas, en cada caso con sus perfiles propios y sus más o menos limitados efectos en uno u otro ámbito, civil o administrativo. Así, han dictado Leyes sobre la materia Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja), Aragón (Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas), Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables), Comunidad Valenciana (Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho), Baleares (Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables), Madrid (Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho), Principado de Asturias (Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables), Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho), Canarias (Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho), Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho) y el País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho).

Desde esa perspectiva, lo que se plantea no es si las formas de convivencia "more uxorio" entre personas del mismo sexo deben tener reconocimiento jurídico, sino cuál deba ser el alcance de ese reconocimiento jurídico. En vía judicial, se han ido reconociendo ciertos efectos a la convivencia de parejas estables del mismo sexo, equiparándose en algunos aspectos a las parejas heterosexuales (así, en relación con la valoración de daños personales en la aplicación del régimen de ordenación y supervisión de seguros privados).

De los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la convivencia "more uxorio" cabe deducir algunos criterios relevantes. Así, ha afirmado reiteradamente que la familia que el artículo 39.1 de la Constitución manda proteger no se identifica con la que tiene su origen en el matrimonio, no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra, sino también por el sentido amparador o tuitivo con el que considera siempre a la familia, "protección que corresponde a imperativos ligados al carácter social del Estado y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen".

El Tribunal Constitucional también ha sostenido que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes a todos los efectos, y que cabe otorgar un trato más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales; pero no toda medida que beneficie únicamente a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, es siempre y en todo caso compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación (SSTC 184/1990 y 47/1993). Además, ha dicho, el libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado si los poderes públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia "more uxorio" o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que la convivencia no formalizada se viera gravada o sancionada de algún modo (STC 184/1990).

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha destacado que la Constitución no reconoce un derecho a formar una unión fáctica que sea acreedora del mismo tratamiento que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32 de la Constitución, contraigan matrimonio, institución social garantizada por la Norma Fundamental. La jurisprudencia constitucional ha afirmado reiteradamente, en materia de pensiones de viudedad, que ni el artículo 14 de la Constitución ni su artículo 10.1 pueden servir de fundamento a un derecho a percibir pensión de viudedad por parte de uno de los que convivían extramatrimonialmente cuando el otro fallece (STC 184/1990). Conviene notar que, para no considerar arbitraria esa diferencia de trato, el Tribunal ha tenido en cuenta la voluntariedad de la convivencia "more uxorio", esto es, que los convivientes no hayan querido transformar su relación en matrimonio cuando nada les impedía acceder a dicho estatus (SSTC 184/1990 y 38/1991).

En cambio, en materia de subrogación arrendaticia, el Tribunal afirmó que era inconstitucional diferenciar entre el miembro supérstite de la pareja matrimonial y el que lo fuera de una unión de hecho, no sólo por carecer de un fin aceptable desde la perspectiva constitucional, sino también por contravenir fines o mandatos presentes en la propia Constitución, en particular, los contenidos en sus artículos 39.1 y 47 (STC 222/1992).

En suma, para el Tribunal Constitucional, la unión de hecho heterosexual, fruto de una libre elección, no es plenamente equiparable a la unión matrimonial. Esa conclusión puede extenderse, a partir del artículo 10.1 de la Constitución, a las uniones de hecho homosexuales, pero con un importante matiz, dado que el carácter fáctico de esa unión puede resultar no de una libre opción sino de que el ordenamiento impida el reconocimiento institucional de la convivencia "more uxorio" entre personas del mismo sexo.

Esta idea conecta con el concepto de discriminación indirecta, que veda que tratamientos aparentemente neutros produzcan objetivamente consecuencias desfavorables para un determinado grupo, beneficiario de la tutela antidiscriminatoria, en la medida en que la denegación de determinados efectos jurídicos a una unión estable de personas del mismo sexo puede generar perjuicios derivados de su orientación sexual.

En consecuencia, puede concluirse que los artículos 10.1 y 14 de la Constitución respaldan el reconocimiento y efectos de la unión estable de parejas del mismo sexo; el problema es cuál deba ser el alcance de ese reconocimiento y de esos efectos. En este punto, es ilustrativa una aproximación al estado de la cuestión en el marco del Convenio de Roma y del Derecho comunitario.

B. El Convenio de Roma y su interpretación por el TEDH

En Europa, la preocupación por adaptarse a la cambiante realidad social, excluyendo la discriminación por razón de la orientación sexual y dando respuesta a las nuevas formas de convivencia es patente, lo que se constata en la jurisprudencia del TEDH.

Sobre la base del artículo 8 del Convenio de Roma y del derecho al respeto de la vida privada que en él se reconoce, el TEDH ha impulsado la eliminación de discriminaciones por razón de la orientación sexual de la persona. Ya en su Sentencia de 22 de octubre de 1981 (asunto Dudgeon) consideró que la lucha contra la homosexualidad no se justifica por la protección de la moral o de los derechos de los demás, y ha apreciado después vulneración del Convenio en casos de penalización o prohibición de relaciones homosexuales (Sentencia de 22 de abril de 1993, asunto Modinos). Posteriormente, y al hilo de la creciente aceptación social de la homosexualidad como legítima opción del individuo, se ha ido abriendo paso la interdicción de discriminación por razón de la orientación sexual, llevando el principio de igualdad hacia un ámbito antes inexplorado; así, se ha apreciado violación del Convenio en relación con diferencias en la edad requerida en el consentimiento para mantener relaciones sexuales (Sentencias de 9 de enero de 2003, asunto L. y V. contra Austria, y de 10 de febrero de 2004), o por discriminación en la subrogación de arrendamientos urbanos (Sentencia de 24 de julio de 2003, asunto Karner).

Ahora bien, dada la materia de que aquí se trata, interesa destacar dos supuestos que ha considerado el Tribunal, en el ámbito de las relaciones paterno-filiales: por una parte, la vulneración del Convenio en un caso en que se denegó la atribución de la patria potestad al padre sobre la base de su homosexualidad (Sentencia de 21 de diciembre de 1999, asunto Salgueiro da Silva Mouta); por otra, la no vulneración del Convenio por el hecho de que se rechazara una solicitud de adopción por parte de un homosexual por el hecho de serlo (Sentencia de 26 de febrero de 2002, asunto Fretté).

En esta última sentencia -cuyo interés sobre la materia a que se refiere el Anteproyecto es evidente- se afirma que, en este tipo de cuestiones delicadas, se reconoce un amplio margen de apreciación a las autoridades de cada Estado, en contacto directo y permanente con las fuerzas vitales de su país y, por tanto, mejor situadas que un tribunal internacional para evaluar la sensibilidad y el contexto locales. Constata el Tribunal que la comunidad científica -pediatras, psiquiatras y psicólogos- está dividida en cuanto a las posibles consecuencias de la acogida de un niño por padres homosexuales, y concluye que las autoridades internas (de Francia) pudieron legítimamente considerar que el derecho de adoptar invocado por el demandante tenía como límite el interés del niño, por lo que no apreció discriminación en el sentido del artículo 14 del Convenio.

Dado que el Convenio recoge el matrimonio como institución prevista para personas de distinto sexo, se explica que los pronunciamientos del TEDH relativos a discriminación por razón de orientación sexual no se hayan prodigado en materia matrimonial, aunque sí se han referido a supuestos de transexualidad. En ellos, la interpretación del TEDH ha permanecido atenta a la evolución científica, médica y social, y a las concepciones existentes en cada momento histórico.

Así, en su Sentencia de 17 de octubre de 1986 (asunto Rees), afirmó que el derecho a contraer matrimonio garantizado por el artículo 12 del Convenio de Roma se refiere al matrimonio tradicional entre personas de sexo biológico opuesto, aunque llamó la atención sobre la importancia de una constante adecuación del Derecho a la evolución científica y social. En esta línea, la Sentencia de 27 de septiembre de 1990 (asunto Cossey), señaló que la evolución habida hasta la fecha no evidenciaba el abandono general del concepto tradicional del matrimonio, por lo que llegó a la misma conclusión. En otra Sentencia, dictada el 30 de julio de 1998 (asunto Sheffield y Horsham), el Tribunal señaló que el Estado demandado no había adoptado ninguna medida, pese a la mayor aceptación social de la transexualidad; sin constatar violación, insistió en que la cuestión debía dar lugar a un examen permanente.

El giro -o reorientación- se aprecia con claridad en Sentencias de 11 de julio de 2002 (asuntos I. c. Reino Unido y Christine Goodwin c. Reino Unido). El Tribunal de Estrasburgo insiste en el enfoque dinámico de la interpretación del Convenio, atendiendo a la evolución social, médica y científica, para concluir que no es evidente que el elemento cromosómico deba ser inevitablemente el criterio determinante de la identidad sexual que el Derecho atribuya a los transexuales. En relación con el derecho a contraer matrimonio, el Tribunal recuerda los casos precedentes en que no se apreció vulneración del artículo 12, pero volviendo a examinar la situación en el año 2002, señala que la referencia al hombre y la mujer del artículo 12 no evidencia que actualmente el sexo deba ser determinado según criterios puramente biológicos. Concluye, por ello, que el margen de apreciación de los Estados no justifica que los transexuales se vean privados, de raíz, del derecho a casarse.

Esta jurisprudencia recuerda que el Convenio es un instrumento vivo, que se ha de interpretar a la luz de las condiciones vigentes en cada momento y lugar, y sostiene que los Estados gozan de cierto margen de apreciación, si bien la presencia o la ausencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados contratantes puede constituir un factor pertinente para determinar la mayor o menor amplitud de ese margen de apreciación.

En todo caso, esos pronunciamientos del TEDH no se dirigen a la concepción del matrimonio en cuanto integrado por personas de distinto sexo (esto es, al llamado principio de heterosexualidad del matrimonio, que se da por supuesto), sino a los criterios para determinar si concurre tal heterosexualidad. Lo que tales pronunciamientos abordan (y a lo que se refiere la evolución aludida) son los factores relevantes para determinar el sexo de cada uno de los miembros de la pareja, teniéndose en cuenta, fundamental - aunque no exclusivamente-, el elemento cromosómico (que, en principio, se considera suficiente), el fisiológico (en torno al cual se produce la evolución jurisprudencial, con atención al desarrollo científico y social), o el psicológico (que, aisladamente considerado, no llega a entrar en juego).

También ha de destacarse el ámbito de decisión que el Tribunal de Estrasburgo remite al legislador nacional en aspectos como la configuración de los requisitos para contraer matrimonio, lo que deba entenderse contenido esencial del derecho en cada Estado en función de la tradición propia y de las tradiciones comunes, o el nivel de derechos que se atribuya a las parejas no casadas. Habida cuenta de la importancia que ha de reconocerse no sólo a las concepciones sociales internas, sino también a ese "denominador común" de los sistemas jurídicos de los Estados de nuestro entorno, es pertinente ahora una aproximación a la cuestión en Derecho comunitario, a la vista del contenido de la norma proyectada.

C. Derecho comunitario

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 17 de febrero de 1998 (caso Grant), entendió que no se podía considerar como discriminación por razón de sexo la diferencia de trato hacia parejas homosexuales, y que una protección en este sentido sería un claro caso de excesivo activismo judicial. Sin embargo, el Tribunal no se ha mostrado ajeno a la línea jurisprudencial del TEDH, como pone de manifiesto su Sentencia de 7 de enero de 2004, que concluye, a partir de aquélla, que el artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (sobre igualdad de retribución de trabajadores y trabajadoras) se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio de Roma que impide que una pareja transexual pueda cumplir el requisito del matrimonio.

Ahora bien, el ámbito comunitario en el que, con mayor insistencia, se constata la preocupación creciente por adaptarse a la cambiante realidad social y dar respuesta a formas de convivencia "more uxorio" de personas del mismo sexo, con exclusión de toda discriminación por razón de la orientación sexual, es el Parlamento Europeo.

Así, su Resolución de 17 de diciembre de 1998 celebra que varios Estados miembros, "al margen de las leyes sobre el matrimonio civil o religioso", hayan regulado las relaciones de pareja y pide la eliminación de cualquier tipo de discriminación de homosexuales y lesbianas, "en particular en lo que se refiere a la mayoría de edad sexual, los derechos civiles, el derecho al trabajo, los derechos sociales y económicos, etc.". También es ilustrativa la Resolución del Parlamento Europeo de 29 de diciembre de 2000, en la que se solicita a los Estados miembros que garanticen a las parejas del mismo sexo la igualdad de derechos con respecto a las parejas y a las familias tradicionales, "especialmente por lo que se refiere al Derecho fiscal, a los regímenes patrimoniales y a los derechos sociales, entre otros"; les insta a que reconozcan "la

convivencia registrada de personas del mismo sexo", confiriéndole los mismos derechos y obligaciones que a las parejas registradas heterosexuales; y considera necesaria una reflexión para lograr el reconocimiento mutuo de las distintas formas de convivencia -matrimoniales y no matrimoniales-, independientemente del sexo de los convivientes. En fin, la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2003 (DOCE de 12 de febrero de 2004) insiste en la lucha contra la discriminación de los homosexuales, recomienda a los Estados miembros "que reconozcan las relaciones no matrimoniales, tanto entre personas de distintos sexos como entre personas del mismo sexo, y que concedan a las personas que mantienen estas relaciones los mismos derechos que a las que celebran matrimonio", e insta a la Unión Europea "a que incluya en la agenda política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y a que desarrolle propuestas concretas al respecto".

En definitiva, por una parte, se apremia a los Estados miembros para que pongan fin a toda discriminación que puedan mantener por razón de la orientación sexual; en segundo término, se les insta a que reconozcan y regulen las formas de convivencia no matrimonial entre personas de igual o distinto sexo, con atribución de los derechos correspondientes, en especial en algunas materias; en fin, no se impone una apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, sino que, en este punto, al constatarse la diversidad de sistemas, se reclama una reflexión sobre el reconocimiento mutuo, tanto de las relaciones no matrimoniales como de los matrimonios entre personas del mismo sexo, pidiendo a la Unión Europea que desarrolle propuestas concretas al respecto. Se llama la atención, con ello, sobre la importancia que en el seno de la Unión tiene un cierto nivel de armonización en esta materia.

Como culminación de esta orientación, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ofrece importantes novedades en relación con otras declaraciones de derechos existentes en el ámbito internacional. Por una parte, en el artículo II-81 se prohíbe toda discriminación, incluyéndose una mención expresa de la ejercida por razón de la orientación sexual. Por otro lado, se incluye un artículo II-69 que garantiza el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia sin mención expresa de la diversidad sexual de los contrayentes, lo que, con toda evidencia, no es casual.

III. El artículo 32 de la Constitución

Como consecuencia de los cambios en las concepciones sociales que han quedado aludidos, en aras de una eliminación de toda discriminación por razón de la orientación sexual, y a fin de reconocer y proteger los nuevos modelos de convivencia en relación con las parejas del mismo sexo, el Anteproyecto sometido a consulta se orienta a modificar el Código Civil, abriendo el matrimonio a las parejas del mismo sexo. De este modo, la norma proyectada incide directamente en un derecho consagrado en la Constitución como derecho fundamental, lo que, como se anunció al comienzo de estas consideraciones, exige un examen de las implicaciones constitucionales de la nueva regulación desde la perspectiva del artículo 32 de la Norma Fundamental.

El artículo 32 de la Constitución -en la Sección II del Capítulo II del Título I- dispone, en su apartado 1: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica"; y a continuación, ya en el apartado 2, remite a la ley la regulación de

"las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

A partir de ello, interesa destacar dos aspectos. En primer lugar, se plantea cuál deba ser el alcance de la referencia expresa al "hombre y la mujer" que el artículo 32 incorpora. En segundo término, han de tenerse en cuenta las consecuencias que de este artículo puedan derivar para el legislador al abordar una regulación como la que el Anteproyecto se propone; en este punto, se considerará el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y el matrimonio como institución garantizada constitucionalmente.

A. La referencia expresa al "hombre y la mujer"

1. Interpretación literal y sistemática

La primera cuestión que suscita el artículo 32, en lo que ahora interesa, es el alcance que haya de darse a la referencia expresa que su inciso inicial hace al hombre y la mujer; en concreto, si ello supone una reserva constitucional del matrimonio a parejas de distinto sexo. Referencia que, conviene notar, se aparta del criterio seguido por el Título I de la Constitución al recoger los demás derechos y libertades que garantiza (con empleo de otros términos: "todos", "toda persona", "todas las personas", "los ciudadanos", etc.).

De acuerdo con los términos del artículo 32.1 de la Constitución, el hombre y la mujer tienen constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio, lo que no se predica de las parejas del mismo sexo. La referencia expresa al "hombre y la mujer" tiene, al menos, un doble alcance: por una parte, al referir la plena igualdad jurídica al hombre y la mujer, evita de forma terminante que el legislador incluya desigualdades entre uno y otra que pudieran superar el juicio de razonabilidad derivado de la aplicación del artículo 14, a la vista de las concepciones sociales dominantes o en alguna medida vigentes hasta la época en que se aprobó la Constitución. Por otra parte, introduce una mención expresa de la diversidad sexual al enunciar un concreto derecho fundamental, lo que supone que la aplicación del artículo 14 de la Constitución en relación con ese concreto derecho habrá de partir, en todo caso, de dicha mención expresa.

De este modo, el artículo 32.1 de la Constitución garantiza el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer, y no a las parejas del mismo sexo. Ahora bien, la referencia expresa al "hombre y la mujer" no supone, por sí misma, que se reserve a las parejas heterosexuales el acceso al conjunto de derechos y deberes que integran el estatuto matrimonial, sino que, entre las legítimas opciones de política legislativa, cabe la posibilidad de que el legislador lo extienda a las parejas integradas por personas del mismo sexo.

Dicho en otros términos, existe un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer; no existe un derecho constitucional, en el artículo 32, a la unión entre personas de distinto sexo, aunque su apartado 2 remite la regulación de determinadas cuestiones a la ley; con ello no se impide, por sí, que el legislador extienda a las parejas homosexuales los derechos y deberes propios del matrimonio.

2. El Tribunal Constitucional

Esta interpretación viene apoyada no sólo por la literalidad del precepto y su proceso de formación, sino también por el Tribunal Constitucional. Es especialmente ilustrativo, en relación con ello, su Auto 222/1994, de 11 de julio, en cuyo fundamento jurídico 2 se dice que, "al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera ope legis una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)". Y se añade a ello que este argumento viene avalado, además, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 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.

Concluye el citado Auto 222/1994 que "se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo".

3. La perspectiva del artículo 10 de la Constitución

La interpretación del artículo 32 conforme con el artículo 10 de la Constitución, en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, también lleva a concluir que el derecho a contraer matrimonio se predica de la pareja heterosexual (si bien no se excluye de raíz el acceso de los homosexuales al estatuto matrimonial, lo que depende, en aquellos instrumentos, de la legislación nacional aplicable).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Resolución de la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, dispone en su artículo 16.1: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

Por su parte, dice el artículo 12 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979): "A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho".

Tanto en uno como en otro caso puede apreciarse una referencia expresa al elemento heterosexual como determinante del derecho a casarse (frente a otras referencias a "toda persona", "todo ser humano", "todos", o "nadie").

Las líneas fundamentales de la jurisprudencia del TEDH en relación con este artículo 12 ya han quedado esbozadas. En concreto, la aceptación expresa de la concepción heterosexual del matrimonio y el reconocimiento a los legisladores internos de un ámbito de decisión en cuanto a extremos tales como la configuración de los requisitos para contraer matrimonio, lo que deba entenderse contenido esencial del derecho en cada Estado en función de la tradición propia y de las tradiciones comunes o el nivel de derechos que se atribuya a las parejas no casadas.

Un cambio de importancia puede percibirse en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Su Parte II ("Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión") incluye un artículo II-69, con el siguiente tenor: "Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio". Como se notó más arriba, es significativo que el derecho a contraer matrimonio ya no se refiere al hombre y la mujer, lo que podría llevar a pensar que, por esta vía, se trata de extender este derecho a las parejas homosexuales, en particular, si se tiene en cuenta el juego combinado del citado artículo 69 con el 81, que prohíbe toda discriminación por razón de la orientación sexual.

Ahora bien, hay otros elementos en la Carta que impiden ese efecto: por una parte, el inciso final del mismo artículo 69, de acuerdo con el cual el derecho se reconoce "según las leyes nacionales que regulen su ejercicio"; por otra, el artículo 112 (en el Título VII de la Parte II, "Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta") que, después de disponer que cualquier limitación deberá respetar el contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos, establece que, en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, "su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio" (aunque sin perjuicio de que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa); además, añade el mismo artículo 112 que, en la medida en que se reconozcan derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos "se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones".

Todo ello es coherente con lo que solemnemente declara el Preámbulo de la Carta, de acuerdo con el cual ésta reafirma, "dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos".

4. Conclusión

A la vista de todo lo anterior, cabe señalar que el artículo 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 Tribunal Constitucional, "un sistema de equiparación

por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio".

Ello aboca a hacer unas consideraciones acerca de cuál sea el papel y las opciones abiertas al legislador en su actuación respecto de las parejas integradas por personas del mismo sexo.

B. El papel del legislador

En relación con el ámbito de libre disposición por el legislador, cabe recordar, en primer término, que el artículo 32.2 de la Constitución remite a la Ley la regulación de "las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos", lista concreta de aspectos que no privan al legislador de sus potestades constitucionales para llevar a cabo una regulación general del derecho al matrimonio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución, y tal y como ha hecho en relación con otros derechos fundamentales.

En consecuencia, ha de reconocerse, por principio, un amplio margen de actuación al legislador en su función ordenadora de la sociedad y en la constante adecuación del Derecho a la realidad social, más aun cuando tal actuación se orienta a la mayor efectividad de bienes, valores o intereses recogidos en la Constitución. En todo caso, cuando su acción afecta a derechos fundamentales consagrados en la Norma Fundamental, tiene que atenerse a los límites, infranqueables incluso por el legislador, que el Tribunal Constitucional ha venido afirmando desde sus primeras sentencias.

La apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo no supone una simple ampliación de la base subjetiva del matrimonio, reconociendo a las parejas del mismo sexo un derecho que no tienen constitucionalmente garantizado; 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. En este punto, ha de subrayarse que el derecho en cuestión está directamente vinculado o asociado a la institución del matrimonio ("derecho a contraer matrimonio"), por lo que en la medida en que ésta quede afectada quedará también afectado el derecho de referencia.

El Anteproyecto no se orienta a limitar directamente unas u otras facultades o posibilidades de actuación inherentes al derecho a contraer matrimonio hasta ahora reconocido a las parejas heterosexuales. Sin embargo, el hecho de abrir la institución matrimonial a parejas del mismo sexo supone un cambio especialmente profundo de dicha institución, que delimita y afecta a esas posibilidades de actuación, hasta el punto de plantear si, con ello, no se está alterando la naturaleza jurídica del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 32 de la Norma Fundamental.

En este punto, y sin necesidad de llegar a una concepción institucional de los derechos fundamentales, conviene recordar que la jurisprudencia constitucional ha afirmado el doble carácter de los derechos fundamentales, ya desde su Sentencia 25/1981, apreciando, junto a la subjetiva, una dimensión objetiva de todos y cada uno de ellos, que impone a todos los poderes del Estado su debida observancia, también en la creación de normas jurídicas, con la inexcusable necesidad de tutelarlos, en cuanto

derechos inherentes a la persona y como fundamento del orden político y de la paz social. Desde esta perspectiva, el derecho a contraer matrimonio reconocido en la Constitución supone no sólo una protección de la libertad del individuo, sino también un deber del legislador de proteger los valores subyacentes en las relaciones "horizontales".

Una vez constatado que los objetivos perseguidos están amparados en la Constitución, sería necesario examinar la adecuación de la iniciativa a tales objetivos; en segundo término, si dicha iniciativa -o la que finalmente se adopte- es necesaria para la consecución de los objetivos perseguidos; en fin, la acción del legislador debe ser proporcionada en sentido estricto, lo que exige una ponderación teniendo en cuenta los bienes, derechos o valores en juego. Desde una perspectiva institucional, la cuestión radica en determinar si el matrimonio al que se refiere la Constitución incorpora, como uno de sus elementos esenciales, la diversidad sexual de los contrayentes, configurando así una determinada imagen del matrimonio, al que resultaría aplicable la doctrina de la garantía de instituto, de forma que aquellas normas legales que desnaturalizasen los perfiles sustantivos del instituto matrimonial no podrían considerarse conformes a la Constitución.

La cuestión se plantea, especialmente, a la vista de la referencia expresa al "hombre y la mujer" que el artículo 32 incorpora -indicio de que, para el constituyente, el matrimonio es una unión heterosexual-, pero no sólo de ella: en otros ordenamientos, sin existir una referencia expresa al hombre y la mujer, se ha considerado la diversidad sexual de los contrayentes como elemento inherente a la institución matrimonial.

La garantía institucional es desconocida, según el Tribunal Constitucional, cuando la institución es reducida a un simple nombre, rompiendo con la 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 por la aplicación que de las mismas se hace. Ahora bien, la configuración institucional concreta se defiere al legislador, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza; o, dicho en términos tantas veces repetidos por el TC desde su Sentencia 32/1981, "la garantía institucional no asegura un contenido concreto 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" (f.j.3).

En consecuencia, debe discernirse si la extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo supone una ruptura de la concepción social vigente en España en nuestros días, o si, por el contrario, el matrimonio que la Constitución garantiza no se constriñe al formado por personas de distinto sexo, por relevante que sea esa modalidad en nuestra civilización -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales-, sino que se pueden percibir como matrimonio otras realidades existentes en la sociedad.

Para elucidar lo que sea el núcleo esencial de la institución, cabe constatar, por una parte, que la doctrina jurídica considera mayoritariamente como uno de los elementos inherentes al matrimonio lo que se ha llamado el principio de heterosexualidad; posición doctrinal condicionada en mayor o menor medida por la legislación vigente hasta ahora, que sólo reconoce el matrimonio heterosexual; pero que, ante todo, viene determinada por las coordenadas espacio-temporales en que la realidad española actual

está inserta, esto es, por una tradición jurídica de muchos siglos y por las concepciones existentes en los países de nuestro entorno (en sentido cultural y de civilización).

Desde el punto de vista de las concepciones sociales, la anterior conclusión aparece matizada a partir de la aparición y asunción por el Derecho -en la legislación autonómica y en otros ordenamientos de nuestro entorno-, de modelos de convivencia en pareja distintos del matrimonio, pero próximos a él, que incluyen las uniones o parejas de personas del mismo sexo; unos modelos de convivencia que, abiertos también a parejas de personas de distinto sexo -en unos casos de forma diferenciada, en otros conjuntamente-, han surgido o se han desarrollado, en medida variable, por contraposición al matrimonio.

No obstante, hoy es perceptible con nitidez la frontera entre el matrimonio como institución forjada por la tradición antes aludida y con unos principios articuladores que le son propios, y esas otras realidades que se aproximan pero no se confunden con él; por estas otras formas de convivencia pueden optar las parejas heterosexuales -prefiriéndolas frente al matrimonio-, pero se imponen a las parejas del mismo sexo que deseen formalizar en términos jurídicos su relación de pareja.

Estas reflexiones de índole constitucional deben ya ser contrastadas y completadas con un examen del Anteproyecto, analizando los fines a los que se orienta y las concretas opciones que hace para conseguirlos. IV. El Anteproyecto

A. Objetivos de la reforma

El anteproyecto de Ley sometido a consulta se orienta a la consecución de una serie de objetivos que se recogen en su exposición de motivos y en el informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma. Tales objetivos pueden sintetizarse como sigue:

- a) Reconocimiento legal de los diversos modelos de convivencia existentes en la sociedad, incluyendo la convivencia como pareja entre personas del mismo sexo, basada en el afecto, como medio a través del cual se desarrolla la personalidad.
- b) Remoción de toda discriminación fundada en la orientación sexual, permitiendo el libre desarrollo de la personalidad, preservando la libertad en cuanto a las formas de convivencia y sin ningún tipo de constricción en función de la orientación sexual del sujeto.
- c) Acceso de las parejas homosexuales a un estatus equiparable al matrimonial, configurándolas como uniones familiares, con los mismos efectos, en particular en cuanto a derechos y prestaciones sociales y a la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.
- d) Otorgar a las formas de convivencia marital de dos personas del mismo sexo la protección jurídica que deriva del artículo 32 de la Constitución.
- e) Poner fin a la situación de inseguridad jurídica, en particular de la que resulta de la existencia de regulaciones autonómicas en materia de Derecho civil colindante con la institución matrimonial, lo cual, se dice, puede dar lugar a incoherencias de conjunto, teniendo en cuenta la regulación estatal del matrimonio, las leyes autonómicas sobre

parejas registradas (incluidas las del mismo sexo), y las disposiciones sobre filiación. Estos objetivos, que gozan en gran medida de una sólida base constitucional y encuentran firme apoyo en resoluciones del Parlamento Europeo, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pueden ser alcanzados por distintas vías, tanto en lo que se refiere a la regulación sustantiva del nuevo modelo de pareja, como desde el punto de vista de la técnica normativa.

Frente a la posibilidad de "configurar un alambicado régimen jurídico" (informe sobre la necesidad y oportunidad de la proyectada norma) diferenciado de la regulación del matrimonio hoy vigente, se ha preferido reducir la reforma a ampliar los sujetos del matrimonio, sin modificar la multitud de disposiciones que lo disciplinan.

Ello supone, como punto de partida, una doble opción. Por un lado, desde el punto de vista de la técnica normativa, se descarta una regulación especial y diferenciada del matrimonio homosexual, siquiera sea con remisiones más o menos amplias al régimen general del matrimonio (que tendría una mayor complejidad pero permitiría atender de manera específica a los problemas concretos que se plantean en relación con el nuevo modelo de pareja), inclinándose, por el contrario, por una integración global y general del nuevo modelo en el régimen matrimonial hoy vigente (por tanto, con una mayor sencillez en el plano de la creación normativa, pero con un cierto peligro de desatender problemas específicos del nuevo modelo, de producir efectos no deseados, o de diferir los problemas al momento de la aplicación de la norma).

Por otra parte, desde un punto de vista sustantivo, se opta por una alteración de la institución matrimonial (del llamado principio de heterosexualidad que hasta ahora la articula), frente a otras opciones orientadas a una regulación del nuevo modelo de pareja junto al matrimonio y no dentro de él.

Habida cuenta de la importancia que ha de atribuirse no sólo a las concepciones sociales internas, sino también a los derechos de otros países próximos al nuestro, tanto en relación con la eventual extensión del matrimonio a las parejas homosexuales como respecto de la atribución de derechos y obligaciones a los miembros de parejas homosexuales, es pertinente hacer una referencia a la regulación de la convivencia entre personas del mismo sexo en los ordenamientos de nuestro entorno.

B. Soluciones adoptadas en derecho comparado

La regulación de las formas de convivencia de parejas homosexuales -más allá de la simple convivencia de hecho- varía de un Estado a otro, puesto que la cuestión es abordada en cada lugar en función de factores tales como las concepciones sociales imperantes, las propias tradiciones sobre el matrimonio y la familia, o el marco constitucional establecido. A partir de ello, unos Estados no se han visto en la necesidad de una iniciativa legislativa análoga a la que ahora se plantea en España; pero, entre los que sí lo han hecho, se pueden percibir distintas orientaciones que varían desde el mantenimiento de estas parejas al margen y distanciadas del estatuto matrimonial, hasta la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales, pasando por un amplio abanico de posibilidades intermedias, mediante la regulación de parejas registradas (con uno u otro nombre) a las que se dota de un estatuto más o menos próximo al del matrimonio, con normas específicas, en particular en materia de adopción y filiación. Sin pretender

aquí un estudio profundo de las distintas soluciones adoptadas, es oportuna una aproximación al panorama existente.

Como exponente de esos sistemas intermedios está el que se ha llamado "modelo nórdico", impulsado por las primeras iniciativas legislativas relevantes en Europa en materia de parejas registradas, desde que en 1989 se promulgara en Dinamarca una Ley que permitía a las parejas homosexuales registrar su unión, según un acto civil idéntico al del matrimonio y cuyos efectos se remitían, básicamente, a la legislación aplicable al matrimonio (con algunas excepciones: así, en materia de adopción, acceso a técnicas de reproducción asistida, o atribución de la patria potestad). Este modelo fue adoptado en 1993 en Noruega, en 1994 en Suecia, en 1996 en Islandia y en 2001 en Finlandia (con variaciones: así, en Suecia, determinadas restricciones establecidas inicialmente en los ámbitos apuntados fueron suprimidas en 2002, mientras que la ley finlandesa no permite, en cambio, la adopción conjunta y se distancia más del matrimonio).

En otros países, la distancia con el derecho de familia es mayor; así, en Francia, la evolución orientada al reconocimiento de las parejas homosexuales desembocó, en 1999, en la regulación del llamado "pacto civil de solidaridad", situado en el ámbito del derecho de obligaciones, pero con perfiles que lo aproximan a la institución matrimonial (aunque abierto a parejas del mismo sexo, no se permite a éstas adoptar conjuntamente).

En Holanda (al margen de otros antecedentes en aspectos concretos sobre la convivencia de parejas del mismo sexo, que se remontan a 1979), se introdujo el contrato de vida en común en 1993 (con efectos inter partes); en 1998, se reguló la pareja registrada, abierta a parejas de igual o distinto sexo, y cuyos efectos se determinaban por remisión al régimen matrimonial, aunque con algunas diferencias en materia de adopción. En 2001, se da un tercer paso abriendo la institución matrimonial a parejas del mismo sexo y permitiendo a éstas la adopción conjunta en Holanda; aunque se mantenían diferencias con el matrimonio heterosexual (adopción internacional y presunción de paternidad), en 2002 se estableció la responsabilidad parental conjunta y la obligación de alimentos respecto al niño nacido en el seno de un matrimonio o pareja registrada de dos mujeres. Podría decirse, así, que el caso holandés ha pasado por una fase contractual -en línea con el modelo francés actual-, después por el modelo nórdico, para llegar finalmente al matrimonio homosexual, si bien con una regulación específica de las cuestiones en las que se mantienen diferencias. En Bélgica, se institucionalizó la cohabitación extramatrimonial en 1998, entre la simple convivencia de hecho y el matrimonio, aunque bastante distanciada de éste; ya en 2003 se ha abierto el matrimonio a parejas del mismo sexo, pero con limitaciones en materia de filiación y adopción.

A la vista de las implicaciones de índole constitucional que tiene el Anteproyecto, conviene también hacer una referencia al marco constitucional en que aquellas se encuadran, al margen de otras diferencias sobre tradiciones o concepciones sociales. En ese sentido, es relevante, en primer lugar, la concreta situación de los Estados que han reconocido el matrimonio homosexual, si bien con las notas diferenciadoras ya aludidas. Así, hay que notar que la Constitución holandesa no incluye el derecho a contraer matrimonio entre los derechos fundamentales recogidos en su Título I (artículos 1 a 23), y que la Constitución belga se limita, en su Título II (artículos 8 a 32), a garantizar que el matrimonio civil deberá preceder a la bendición nupcial, salvo las excepciones que la ley establezca en su caso (artículo 21, en el que se excluyen las injerencias del Estado en los nombramientos y relaciones de los ministros de culto con sus superiores).

Desde esta perspectiva constitucional, son especialmente interesantes las regulaciones establecidas en aquellos países cuya Constitución sí otorga una especial protección al matrimonio o al derecho a contraerlo.

Es el caso del artículo 6 de la Ley Fundamental de Bonn, que dispone que el matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal; al considerarse que la Constitución alemana impide que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio (la garantía institucional del matrimonio incluiría la heterosexualidad, aun cuando el citado artículo 6 no se refiere expresamente al hombre y la mujer), se introdujo en 2001 la institución de la pareja registrada ("Lebenspartnerschaft"), limitada a las parejas del mismo sexo, tratando de mantener un equilibrio entre la inspiración en el Derecho matrimonial y el distanciamiento del mismo, para evitar el reproche de que esta Ley lo ponía en peligro. Aunque no suponía un cambio en la institución matrimonial, se cuestionó su constitucionalidad; sobre ella se pronunció el Tribunal Constitucional alemán en Sentencia de 17 de julio de 2002, en la que afirmó la adecuación de la Ley a la Norma Fundamental (una vez examinada la cuestión desde la triple perspectiva de la libertad para contraer matrimonio, de la garantía institucional y del valor constitucional protegidos por el artículo 6 de la Ley Fundamental de Bonn), afirmando que la protección que ésta brinda al matrimonio no impide al legislador atribuir a las parejas derechos y deberes parecidos o análogos a los que derivan del matrimonio, puesto que la institución del matrimonio no está amenazada por una institución que se dirige a personas que no pueden contraerlo. De la regulación cabe destacar que las parejas registradas no pueden adoptar conjuntamente ni se les reconocen derechos conjuntos respecto a los hijos "comunes" concebidos mediante técnicas de reproducción asistida (aunque se atribuyen algunos poderes de codecisión en caso de que la pareja conviva con los hijos habidos por uno de sus miembros).

También fuera de Europa se ha planteado el problema del reconocimiento de efectos similares a los del matrimonio para parejas homosexuales. En Estados Unidos, la apertura del matrimonio o uniones civiles (con distintos nombres y diferentes efectos) a parejas del mismo sexo encontró cauce por vía jurisprudencial, al plantearse la posible inconstitucionalidad de que se vedara a los homosexuales el acceso a tales regímenes (así, en Hawái, Alaska, Vermont o Massachussets), si bien la cuestión ha derivado hacia diferentes soluciones en los diversos Estados (bien a través de la enmienda de la Constitución estatal respectiva para evitar el reproche, o bien mediante la apertura de aquellos regímenes a parejas homosexuales); más allá de los casos pendientes en distintos Estados, el legislador federal ha tratado de limitar, con mayor o menor intensidad, esa posibilidad (Defence of Marriage Act, 1996), con iniciativas muy recientes orientadas a una prohibición expresa del matrimonio homosexual desde el ámbito federal.

En Canadá también se ha planteado la cuestión, llegándose, en algunos territorios, a la admisión del matrimonio entre parejas del mismo sexo (por vía jurisprudencial, como en Ontario y en la Columbia Británica, desde 2003). Ahora bien, la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (de 17 de abril de 1982) no incluye el derecho a contraer matrimonio y, al abordarse su regulación, el planteamiento constitucional gira en torno a la prohibición de discriminación (artículo 15), de un lado, y la libertad de conciencia, de religión y creencias (artículo 2), de otro; por otra parte, al abordarse la cuestión desde el

plano federal, la orientación por el matrimonio homosexual (frente a otro tipo de uniones) deriva de las dudas acerca de que la competencia federal sobre "matrimonio y divorcio" autorice a regular otro tipo de uniones civiles o parejas registradas. A partir de todo ello, puede apreciarse -también desde esta perspectiva- la general concepción del matrimonio como una unión entre personas de distinto sexo, siendo muy pocos los casos en que la institución matrimonial ha quedado abierta a parejas homosexuales; además, allí donde se ha adoptado esta última solución por vía legal, se ha llegado a ella mediando fases previas, con una regulación más limitada de las parejas registradas o de la cohabitación extramatrimonial. Por el contrario, se percibe una relativa extensión del reconocimiento de uniones civiles de parejas del mismo sexo, cuya regulación -también en cuanto a sus efectos- encuentra un mayor o menor nivel de aproximación al matrimonio, aunque manteniéndose diferencias, sobre todo, en materia de filiación y adopción.

C. La opción del Anteproyecto

Para la consecución de los objetivos que quedaron aludidos, cabrían distintas opciones de técnica normativa y de regulación sustantiva. Desde ambos puntos de vista, la solución adoptada por el Anteproyecto plantea serias dudas, teniendo en cuenta los objetivos que persigue. Por ello, quiere llamarse la atención sobre el hecho de que, en los términos en que está formulada, la eventual entrada en vigor de la norma proyectada no alcanzaría, en gran medida, aquellos objetivos y podría producir efectos no deseados (incluso con discriminación de parejas del mismo sexo, siendo así que una de las finalidades de la norma es, precisamente, evitar ese tipo de discriminación).

En consecuencia, partiendo del respaldo constitucional de los fines perseguidos por el Anteproyecto, se harán unas consideraciones orientadas a la búsqueda del mejor cauce para la adecuada consecución de los objetivos que se pretenden (con referencia tanto a la regulación sustantiva del nuevo modelo de pareja, como a la técnica normativa preferible).

a) Reconocimiento de un nuevo modelo de pareja

La norma proyectada sirve al primer objetivo apuntado -reconocimiento por la legislación estatal de un nuevo modelo de pareja-; pero es claro que este limitado objetivo se podría lograr por otras vías, sin necesidad de alterar los perfiles propios o los principios sobre los que se articula la institución matrimonial.

b) Libre desarrollo de la personalidad y no discriminación

El segundo objetivo también se alcanzaría con la reforma proyectada, en lo que se refiere a permitir el libre desarrollo de la personalidad, preservando la libertad en cuanto a las formas de convivencia, sin constreñirla en función de la orientación sexual del sujeto.

Ahora bien, la remoción de toda discriminación por razón de la orientación sexual no requiere la inserción del nuevo modelo de pareja en la institución matrimonial; por una parte, porque la limitación del matrimonio a las parejas heterosexuales no supone un trato discriminatorio ni desde la perspectiva de la Constitución ni desde la de las Declaraciones internacionales de Derechos, como se ha visto; pero, por otra, 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 dificultar el control de tales discriminaciones).

Por otro lado, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad en cuanto a las formas de convivencia se preservarían mejor -cuando menos, en igual medida- si se permitiese a cada persona elegir uno u otro modelo de convivencia con perfiles propios según cual sea su personal opción, sin constreñir a quienes tienen una opción sexual y de afecto por personas de su mismo sexo a insertarse en una institución jurídica cuyo régimen ha sido conformado para dar cauce a una realidad distinta. Puesto que se trata de un nuevo modelo de pareja, lo coherente es crear una regulación adecuada a ese nuevo modelo, que dé respuesta a sus propias necesidades, y no insertarlo en una regulación que, como apunta la exposición de motivos, responde a un modelo diferente.

Así, la pluralidad de realidades demanda una diversidad de instituciones, favoreciendo la especialización institucional, con reflejo en el plano terminológico (una denominación diferente). La diversidad de modelos de pareja llevaría, en consecuencia, a una especialización y a un enriquecimiento jurídico y lingüístico, antes que a forzar las instituciones y conceptos existentes. Debe notarse que, aunque ello no suponga formalmente el reconocimiento de un "derecho al matrimonio" de las parejas homosexuales, en España, el hecho de que este nuevo modelo no se incluya bajo el nombre de "matrimonio" no determina la restricción de los derechos y beneficios que se le puedan reconocer, a diferencia de lo que ocurre en otros países. Así, en diversos Estados de los Estados Unidos, la integración o no del nuevo modelo bajo la denominación de "matrimonio" determina la atribución o denegación de la mayor parte de los beneficios y derechos reconocidos al matrimonio -puesto que el reconocimiento se realiza, en esa mayor medida, por el Derecho federal-, lo que explica la beligerancia, allí, por una misma denominación; tampoco el argumento de la "portabilidad" entre Estados sería aplicable dentro de España; y hacia el exterior, visto el panorama comparado, también sería preferible una denominación diferente.

Debe subrayarse, en este punto, que la regulación diferenciada del nuevo modelo no supone por sí un distinto nivel de derechos y deberes, ni una limitación en cuanto a prestaciones sociales o a la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción (cuestión distinta, que a continuación se abordará): es compatible, por tanto, con el objetivo equiparador que el Anteproyecto se propone. Se trata, más sencillamente, de que un modelo distinto de convivencia en pareja demanda un distinto tratamiento jurídico, sin forzar la aplicación de normas previstas para un modelo diferente, con los problemas que ello puede acarrear. A título de ejemplo, cabe mencionar las normas relativas a la determinación de la paternidad y a las presunciones en materia de filiación, establecidas para una realidad distinta de la que el Anteproyecto regula: su simple lectura pone de manifiesto los problemas jurídicos que puede plantear su aplicación a matrimonios homosexuales y la conveniencia de una regulación específica y diferenciada en relación con el nuevo modelo de pareja. En relación con ello, conviene notar que, 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. En todo caso, llama la atención que, aunque el Informe sobre la necesidad y oportunidad alude a los problemas que pueden plantearse en materia de filiación, el Anteproyecto no los aborda.

c) Estatus equiparable al matrimonial

El tercer objetivo a que más arriba se hacía referencia se orienta a permitir el acceso de las parejas homosexuales a un estatus equiparable al matrimonial configurándolas como uniones familiares, con los mismos efectos, en particular en cuanto a derechos y prestaciones sociales y a la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.

La atribución de un estatus equiparable al matrimonial en cuanto a sus efectos no es cuestión que dependa de la inserción de estas parejas en la institución matrimonial, como tampoco de que la regulación civil de sus formas de convivencia se establezca en una Ley especial o, por el contrario, en el seno del Código Civil; en la medida en que se considerase oportuno, cabría una remisión más o menos amplia a los efectos del matrimonio desde una Ley que las regulara extramuros del Código Civil.

Desde el punto de vista sustantivo (apertura del matrimonio a parejas homosexuales) debe destacarse que nuestra Constitución -a diferencia de otras Constituciones europeas y de declaraciones internacionales de derechos- no vincula directamente familia y matrimonio, lo que ha subrayado el Tribunal Constitucional. En consecuencia, el acceso a derechos y prestaciones sociales en cuanto uniones familiares no quedaría perjudicado por el hecho de que se les diera un cauce institucional distinto del matrimonio.

Ello favorecería, además, un tratamiento diferenciado de realidades distintas, y una regulación específica de lo que requiera un tratamiento separado. La remisión en bloque -o la integración en bloque que hace el Anteproyecto- a un régimen establecido -sedimentado- para una realidad diferente plantea problemas por el distinto tratamiento que pueden requerir una y otra institución, y por el hecho de que las normas que hasta ahora ha dictado el legislador estaban orientadas a esa realidad distinta, por lo que su aplicación a la nueva forma de convivencia puede aconsejar modulaciones o previsiones específicas, sin que ello prejuzgue la mayor o menor extensión de los derechos que se reconozcan.

En todo caso, los distintos efectos requieren un examen particularizado, sea para concluir su directa aplicabilidad a las uniones homosexuales, sea para excluirla, o sea para modularla. Dicho en otros términos, la prudencia aconseja que la aplicación a las uniones homosexuales de los efectos del matrimonio derive de una voluntad expresa, consciente y particularizada del legislador, y que no aparezca como un efecto colateral de la integración en bloque del nuevo modelo de convivencia en el régimen matrimonial. Por otra parte, esa voluntad particularizada del legislador contribuiría a evitar efectos no deseados, a reducir la inseguridad jurídica que produciría una remisión en bloque a un régimen pensado para realidades diferentes y a no tener que esperar a que la jurisprudencia fuese aclarando las dudas que se suscitasen en cada punto. Los problemas que se plantean son evidentes en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, pero también pueden surgir en otros ámbitos (aspectos sucesorios, derechos reconocidos por normas internacionales o supranacionales, régimen económico-matrimonial, etc.).

A título de ejemplo, y sin entrar en cada uno de los efectos que el matrimonio produce, cabe mencionar los problemas que se plantean en materia de adopción (único efecto que específicamente menciona la exposición de motivos -junto a los derechos y prestaciones sociales en general- al referirse a la equiparación de los efectos).

Es muy debatida, en el ámbito interno y en el internacional, la cuestión de si debe abrirse la adopción a las parejas homosexuales. Su importancia requiere que tal apertura, de producirse, se apoye en informes o estudios, con un análisis y tratamiento específico -que si existe, ningún reflejo tiene en el expediente- y no aparezca como un efecto colateral de la nueva regulación del matrimonio prevista. Así, cuando el problema ha sido abordado, ya en vía judicial o ya por el legislador -en otros países-, la tesis seguida ha buscado apoyo en estudios o informes, sea para rechazar la adopción por parejas homosexuales o sea para aceptarla. En el primer sentido, la Sentencia del TEDH de 26 de febrero de 2002 (asunto Fretté), antes citada, se refería a 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. Por el contrario, a favor de la adopción por parejas homosexuales, cabe citar los resultados de la Comisión Kortmann, creada en Holanda para abordar la regulación de los matrimonios homosexuales, que admitió la posibilidad de adopción, salvo respecto de niños extranjeros (en atención a sus relaciones internacionales).

Ahora bien, si el legislador estatal adopta finalmente la solución afirmativa, entiende el Consejo de Estado que debería hacerlo mediante una regulación ad hoc, modulando, en su caso, las normas que el Código Civil y otras leyes tienen establecidas partiendo de una realidad diferente. Ello no supone una restricción de los efectos del matrimonio en relación con los homosexuales (puesto que se les permitiría adoptar como pareja), sino, sencillamente, una regulación propia en función de la distinta realidad a que responde, con sus supuestos específicos, evitando efectos no deseados derivados de la integración y aplicación en bloque a que el Anteproyecto se orienta. A título de ejemplo de incoherencias que, prima facie, se producirían en esta materia -en perjuicio de parejas homosexuales-, y que podrían evitarse con una regulación diferenciada y orientada específicamente a la nueva realidad que se trata de regular, cabe citar el artículo 178.2.2 del Código Civil, cuya redacción no altera el Anteproyecto, o la disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987.

Según el citado artículo 178.2.2, aunque la adopción, en principio, extingue los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, subsisten los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso, cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado "y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor", siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir. Por tanto, mientras que una modificación limitada a extender la excepción prevista en el citado artículo 178.2 del Código Civil permitiría la adopción por la pareja del mismo sexo sin ruptura del vínculo con la familia del progenitor legalmente determinado, la modificación global del régimen del matrimonio sin alteración de aquella previsión excepcional impone el previo matrimonio para que se mantenga el vínculo con el progenitor determinado si su pareja del mismo sexo quiere adoptar al hijo de aquél.

En el mismo sentido, la disposición final 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, disponía: "Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal".

No parece necesario insistir en los problemas que el mantenimiento de la vigencia de estas normas en sus actuales términos, junto con el acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo, podrían plantear desde perspectivas como la seguridad jurídica o la igualdad (y, en particular, desde la interdicción de toda discriminación por razón de orientación sexual, prevista en el artículo II-81 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa).

Pero sobre todo, limitada ahora la cuestión a la equiparación de los efectos en materia de adopción, ha de sugerirse una reflexión acerca de la mayor efectividad que tendría una modificación limitada a los dos preceptos indicados frente a una alteración en bloque de la institución matrimonial. Ello sería más respetuoso con el derecho a contraer matrimonio y con la institución constitucionalmente garantizada, y también más beneficioso desde el punto de vista de la equiparación de efectos -en punto a la adopción- entre un nuevo modelo de convivencia en pareja (el de parejas del mismo sexo) y el modelo tradicional, puesto que se les abriría la posibilidad de adoptar como pareja homosexual, sin necesidad de imponerles la previa aceptación en bloque del régimen matrimonial, con todo lo que ello implica (lo que, nótese, no se exige para parejas del mismo sexo).

El cambio de perspectiva aludido podría suponer una mejor preservación de la institución constitucionalmente garantizada, y del derecho a contraer matrimonio, también en cuanto libertad negativa (derecho a no casarse), una potenciación de la igualdad y de la equiparación de efectos en relación con las parejas homosexuales (respecto de las heterosexuales), y una mejor salvaguardia del libre desarrollo de la personalidad.

En definitiva, con independencia de la solución que finalmente se adopte en relación con la posibilidad de adopción por parte de las parejas homosexuales, para llegar a tal posibilidad no es necesaria la modificación de la institución matrimonial que se proyecta, y sí lo es, en cambio, una regulación específica y fundamentada de la cuestión, de forma que no aparezca como un efecto colateral de un cambio legislativo que no la aborda directamente.

Estos problemas (que podrían extenderse con otros supuestos, no sólo en el ámbito de la adopción, sino en relación con los muy variados efectos que al matrimonio atribuye la legislación vigente), pueden excluirse o limitarse significativamente si la actuación del legislador se orienta, no a la extensión global y mecánica del régimen matrimonial a parejas del mismo sexo, sino a la regulación detenida y sosegada de las cuestiones que plantea la nueva forma de convivencia en pareja y los efectos que se le quieran atribuir.

d) Protección del artículo 32 de la Constitución

Otro de los objetivos de la iniciativa legislativa es, según el informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, otorgar a las formas de convivencia marital de dos personas del mismo sexo la protección jurídica que deriva del artículo 32 de la Constitución; objetivo que no se logra con la reforma proyectada.

Como se vio, el artículo 32.1 de la Constitución sólo garantiza el derecho a contraer matrimonio a la pareja heterosexual, y no a parejas del mismo sexo. Ello no impide que

el legislador pueda establecer "un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio", pero la intervención del legislador no determina que, a partir de entonces, las parejas del mismo sexo tengan un derecho constitucionalmente garantizado a contraer matrimonio. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, no existe un derecho constitucional 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" (Auto 222/1994, de 11 de julio). En consecuencia, el derecho de personas del mismo sexo a contraer matrimonio sería, en definitiva, un derecho otorgado o reconocido por el legislador, pero que seguiría siendo disponible por el legislador, y que no estaría dotado de la protección que el artículo 32 reconoce al derecho a contraer matrimonio por el hombre y la mujer.

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 artículo 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.

e) Seguridad jurídica

Por último, requiere una referencia el diseño del legislador de poner fin a la situación de inseguridad jurídica derivada, en particular, de la existencia de regulaciones autonómicas en materia de Derecho civil colindante con la institución matrimonial, teniendo en cuenta las diversas leyes autonómicas de parejas de hecho que admiten la identidad de sexo de ambos sujetos. Pues bien, la consecución de este objetivo con la norma proyectada es también más aparente que real.

Señala el Informe sobre necesidad y oportunidad que esta normativa autonómica "podría dar lugar a incoherencias de conjunto en la ley aplicable como resultado de la combinación de la regulación estatal del matrimonio, la autonómica sobre parejas registradas (incluidas las del mismo sexo) y las disposiciones sobre filiación", y añade que esta situación "requiere una solución a través de la opción que el legislador estatal considera más adecuada (de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.8ª de la CE); tal solución es la de permitir a las personas acceder al estatus matrimonial sin distinción por razón de la orientación sexual de los contrayentes".

Sin embargo, la extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo no solucionaría los problemas aludidos, puesto que la posibilidad de unión matrimonial de estas parejas no sustituiría, sino que se superpondría o añadiría a las demás posibilidades de reconocimiento que tendrían al amparo de la legislación autonómica aplicable. En consecuencia, los aludidos problemas de seguridad jurídica se mantendrían en relación con las parejas del mismo sexo que no optasen por la asunción, en bloque, del régimen matrimonial, por lo que el problema podría reducirse cuantitativamente, pero no cualitativamente. En todo caso, la norma proyectada no pone fin a los problemas de seguridad jurídica derivados de la coexistencia de una diversidad de regímenes autonómicos sobre parejas registradas, al no alcanzarse el objetivo unificador aludido. En particular, debe notarse que el Anteproyecto no soluciona -en realidad, no los aborda- los problemas que se pueden producir en materia de filiación, a cuyas

disposiciones expresamente alude el Informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma.

Ahora bien, el problema afrontado por el Anteproyecto es real y necesita inexorablemente ser abordado desde la legislación estatal. El matrimonio es una institución nuclear del ordenamiento jurídico y no limita sus efectos a la esfera del Derecho civil sino que los despliega en los más diversos ámbitos (mercantil, laboral, administrativo, tributario, etc.). Tanto si se decidiera modificar el instituto matrimonial, admitiendo el matrimonio entre parejas del mismo sexo, como si se optase finalmente por crear una institución civil distinta pero destinada a producir análogos efectos (al amparo de lo dispuesto en los artículos 9, 10.1 y 14 de la Constitución), la competencia del Estado para establecer una regulación tal podría encontrar apoyo no sólo en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, sino también en la previsión de su artículo 149.1.1ª.

Junto a ello, y en cuanto exceda de la institución regulada con carácter general para todo el territorio nacional a fin de dar cauce al nuevo modelo de pareja, la vía adecuada para abordar los problemas que pudieran derivar de la coexistencia en el territorio nacional de diversos regímenes jurídicos civiles es una regulación directa de tales conflictos, como lo hacen los artículos 13 a 16 del Código Civil, y para lo que el artículo 149.1.8ª de la Constitución sirve de fundamento, aparte de los instrumentos que la propia Constitución establece (como podría ser, en su caso, el principio de prevalencia).

Pero el problema de la seguridad jurídica ofrece, además, otra vertiente que requiere la atención del legislador. La materia regulada por el Anteproyecto exige una especial estabilidad y certeza y, por ello, los pasos que en ella se den necesitan una especial firmeza, evitando avances y retrocesos por parte del legislador o cambios significativos derivados de legítimas opciones de política legislativa; por la misma razón, la constitucionalidad de las innovaciones legislativas que en esta materia se produzcan debe estar, en cada momento, fuera de toda duda.

Es ilustrativo, en este punto, el Auto del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2003, en relación con la suspensión del artículo 8 de la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 mayo, reguladora de las parejas de hecho, que permite, entre otras cosas, que los miembros de parejas homosexuales adopten de forma conjunta. Se lee en dicho Auto: "Dado que la adopción produce por regla general la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y su anterior familia y que es irrevocable, salvo extinción de la misma acordada por el juez --arts. 178.1 y 180 CC--, es obvio que quienes fueren adoptados de acuerdo con el precepto recurrido experimentarían perjuicios de muy difícil, y acaso imposible, reparación si el precepto recurrido fuera en su día considerado inconstitucional y nulo, perjuicios extensibles también a la familia por naturaleza y a los adoptantes, con vulneración de las exigencias del principio de seguridad jurídica".

Es recomendable, por ello, que la regulación de la materia de que se trata esté respaldada por un amplio consenso político y social, y por una elevada dosis de seguridad jurídica, aunque ello requiera que, para llegar a un determinado punto, hayan de superarse previamente etapas intermedias.

Por todo ello, frente a la opción que refleja el Anteproyecto, no deben desconocerse otras vías que permiten alcanzar los objetivos que se persiguen y, en particular, la

regulación diferenciada de la nueva forma de convivencia en pareja al margen del matrimonio; estas otras opciones han sido muy mayoritariamente preferidas en ordenamientos jurídicos próximos al nuestro y, a juicio del Consejo de Estado, tienen mejor encaje también en nuestro Derecho e, incluso, son más adecuadas para la consecución de los objetivos perseguidos por el Anteproyecto.

V. Consideración final

La regulación de un nuevo modelo de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo, que se ampara en distintos preceptos constitucionales, encuentra un sólido apoyo en diferentes resoluciones del Parlamento Europeo, así como en la jurisprudencia del TEDH, si bien lo que desde tales instancias se propugna no es directamente la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo, sino la regulación de esos otros modelos de pareja junto al matrimonio, y se insta a la Unión Europea para que desarrolle propuestas en relación con el reconocimiento mutuo de unas y otras formas de convivencia. Para abordar en nuestro Derecho el tratamiento jurídico de ese nuevo modelo de convivencia en pareja, es esencial tener en cuenta las llamadas a la armonización que se han producido desde el ámbito europeo. En la Unión Europea se aprecia con claridad un progresivo reconocimiento y regulación de nuevos modelos de convivencia, también entre parejas del mismo sexo, con atribución de derechos análogos o próximos a los que derivan del matrimonio, aunque con perfiles propios en cada país en función de su propia tradición y en el marco de sus respectivas Constituciones. En cambio, la apertura del matrimonio a parejas del mismo sexo es absolutamente minoritaria tanto en la Unión Europea como en el ámbito internacional.

La Constitución española -y, en concreto, sus artículos 32, 14 y 10.1- no generan un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque amparan el reconocimiento de efectos jurídicos a la unión estable "more uxorio" entre ellas. El artículo 32 sólo garantiza el derecho fundamental a contraer matrimonio a parejas de personas de distinto sexo, si bien ello no impide que el legislador pueda regular otros modelos de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo, y les atribuya análogos derechos a los previstos en distintos ámbitos en relación con el matrimonio. No obstante, ese reconocimiento tiene un límite que impide privilegiar esas otras uniones frente al matrimonio heterosexual, dado que la garantía constitucional del matrimonio se ha restringido a las parejas heterosexuales; así, desde la perspectiva del artículo 39.1 de la Constitución, la protección social, económica y jurídica de la familia no podría ser menor para la que está constitucionalmente garantizada que para la que, sin estarlo, se reconozca por vía legislativa.

Los objetivos perseguidos por el Anteproyecto al amparo de los artículos 9, 10.1 y 14 de la Constitución permiten que el legislador adopte una regulación que afecte al derecho a contraer matrimonio reconocido en el artículo 32, pero la regulación debe ser adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto y no suponer una quiebra del instituto del matrimonio constitucionalmente garantizado.

La concreta opción adoptada en el Anteproyecto no es indispensable para el logro de los objetivos que éste se propone, a la vista de las distintas opciones que evidencia el derecho comparado en la materia. En todo caso, suscita dudas que sea proporcionada en sentido estricto, a partir de una ponderación de los bienes, valores e intereses en juego y se aprecia un riesgo de afectación de la garantía institucional del matrimonio.

La garantía institucional impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera; no excluye que el legislador pueda adecuar las instituciones garantizadas al espíritu de los tiempos, pero le impide hacerlo en términos que las hagan irreconocibles por la conciencia social de cada tiempo y lugar.

Las exigencias de reconocibilidad por la conciencia social de cada tiempo y lugar, unida a la necesaria estabilidad de la materia abordada y a exigencias de seguridad jurídica, imponen que las innovaciones que el legislador introduzca en esta materia estén respaldadas por un amplio consenso político y social, y dotadas de especial certeza. Es preferible una acción gradual firmemente sustentada a un cambio traumático desprovisto de la necesaria seguridad y firmeza, aunque ello no suponga acoger en esta iniciativa el reconocimiento de un "derecho al matrimonio" de las parejas homosexuales. Es especialmente significativo al respecto que, en los pocos ordenamientos europeos en que se ha llegado a soluciones análogas a las que ahora propugna el Anteproyecto, éstas han sido el resultado de una previa evolución por fases, que el legislador ha ido plasmando en etapas sucesivas.

Por todo ello, teniendo en cuenta la posibilidad de dar cauce a los objetivos perseguidos por el legislador a través de otros medios más acordes con la Constitución, así como la especial seguridad y firmeza que requiere la regulación que finalmente se adopte, ha de reconsiderarse la vía escogida para la consecución de unos fines que no sólo están amparados por la Constitución, sino propugnados de forma decidida desde el Parlamento Europeo y a los que se ha dado adecuada respuesta en diversos ordenamientos de nuestro entorno sin necesidad de forzar los principios articuladores del matrimonio, de acuerdo con la concepción de éste que actualmente impera tanto en España como en Europa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez tenidas en cuenta las observaciones formuladas en relación con las distintas opciones posibles para la más adecuada consecución de los objetivos perseguidos, puede V.E. elevar al Consejo de Ministros el correspondiente anteproyecto de Ley."

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 16 de diciembre de 2004

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE JUSTICIA.