

Niceto Alcalá Zamora solía calificar el Consejo de Estado de “escuela de buena Administración y observatorio de la mala “. Efectivamente, el Consejo de Estado reúne a juristas de alta calidad profesional , siendo su cuerpo de letrados uno de los más respetados en los ambientes jurídicos. Por otra parte, sus informes y dictámenes han contribuido - y siguen contribuyendo- a enderezar algunos planteamientos de la Administración pública, inicialmente desenfocados , que hubieran acarreado perju...

Niceto Alcalá Zamora solía calificar el Consejo de Estado de “escuela de buena Administración y observatorio de la mala “. Efectivamente, el Consejo de Estado reúne a juristas de alta calidad profesional , siendo su cuerpo de letrados uno de los más respetados en los ambientes jurídicos. Por otra parte, sus informes y dictámenes han contribuido - y siguen contribuyendo- a enderezar algunos planteamientos de la Administración pública, inicialmente desenfocados , que hubieran acarreado perjuicios de entidad, tanto a la propia Administración como a los administrados.

De ahí la prudencia del Gobierno al remitir a este organismo el expediente relativo al anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiéndolo entre personas del mismo sexo. No hay que olvidar que la consulta se ha recabado 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. Y ha sido al amparo de esa norma por la que el Consejo ha emitido su dictamen de 16 de diciembre. Su análisis, hasta ahora, se ha hecho con la disculpable precipitación que supone realizarlo sobre resúmenes filtrados de un texto amplio de 51 páginas. Por otra parte, la vertiente política del tema, inevitablemente ha llevado a declaraciones, de uno u otro signo, que sin ser totalmente erróneas, alteraban parte de la verdad. Permítaseme, con el texto en la mano, hacer algunas reflexiones jurídicas.

Ante todo, conviene corregir dos afirmaciones que , desde uno u otro sector, se han escuchado. Es la primera la de que el Consejo de Estado entiende que la Constitución “ampara el matrimonio entre homosexuales” . Es la segunda, la que viene a decir que el Consejo de Estado “descalifica la concesión de efectos a las uniones homosexuales”. En realidad, ni la una ni la otra conclusión sería

acertada a la luz del análisis global del dictamen. A lo largo de todo él no se dice expresamente que “sea constitucional” integrar la unión homosexual en el matrimonio. Más bien lo que se dice es que la Constitución permite la extensión” a las parejas homosexuales de los derechos y deberes propios del matrimonio”, y que la “regulación de un nuevo modelo de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo , encuentra un sólido apoyo en diferentes instancias de Europa“ (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Parlamento Europeo). Sin embargo, se reitera que esas instancias europeas lo que propugnan no “es directamente la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo, sino la regulación de otros modelos de pareja junto al matrimonio” .

Cuando se aborda directamente la Constitución española, la conclusión del Consejo es aún más nítida, al advertir las implicaciones de orden constitucional que tiene el Anteproyecto. Para el Consejo de Estado , “la Constitución española - y en concreto sus artículos 32, 14 y 10.1- no genera un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque amparan el reconocimiento entre ellas de efectos jurídicos a la unión estable “more uxorio”. El art. 32 sólo garantiza el derecho fundamental a contraer matrimonio a 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 al matrimonio”. Incidentalmente añadiré que causa sorpresa que el Gobierno, teniendo en cuenta estas implicaciones, no haya enviado el Proyecto de Ley al Consejo General del Poder judicial para su informe, trámite que es preceptivo cuando se regulan aspectos referidos a los derechos fundamentales de las personas.

Lo que el Consejo de Estado afirma -en lo esencial, siguiendo al Tribunal Constitucional- es : 1) Existe un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer; 2) No existe un derecho constitucional a la unión de personas del mismo sexo; 3) Cabe una extensión de efectos matrimoniales a las uniones homosexuales; 4) No es discriminatorio dejar de regular un matrimonio entre personas del mismo sexo, ni desde la perspectiva de la Constitución ni desde la de las Declaraciones Internacionales de Derechos. Da la impresión, de que el problema de la posible constitucionalidad o no del Proyecto de ley lo deja en suspenso el Consejo hasta el previsible recurso ante el Tribunal Constitucional, que es quien deberá estudiar la cuestión en su momento. Desde luego, lo que no hace es otorgar un plus de constitucionalidad al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ciertamente, el Consejo de Estado no es la “voz jurídica de Dios en la Tierra”, pero no sería prudente, por su carácter simplemente consultivo, desconocer sus razonamientos de legalidad y, sobre todo, los aspectos de oportunidad y conveniencia que también contiene el dictamen . En este sentido, el Consejo aborda la cuestión de si la concreta opción adoptada en el Anteproyecto ( la regulación de un matrimonio entre personas del mismo sexo) es indispensable para el logro de los objetivos que éste se propone. Su contestación es negativa. Teniendo en cuenta que la acción de todo legislador debe ser proporcionada a los objetivos perseguidos- lo que exige ponderar los bienes, derechos o valores en juego - el Consejo de Estado llega a la conclusión de que el Anteproyecto produce el efecto de crear un “ riesgo de afectación de la garantía institucional del matrimonio” . ¿Qué significa esto. Desde mi punto de vista implica el temor fundado de que, tal garantía institucional del matrimonio, llegue a peligrar si se entiende que la discrecionalidad legislativa puede extenderse hasta el extremo de alterar la nota de heterosexualidad del matrimonio, sin respetar ese contenido mínimo esencial que lo haga jurídicamente reconocible.

Sobre este aspecto había ya hablado la doctrina jurídica española. En concreto, Luis Díez-Picazo, una de las cabezas jurídicas más poderosas del panorama jurídico español y antiguo magistrado del Tribunal Constitucional, sostiene que tanto en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como el art. 32 de la Constitución española se presta una garantía institucional a una institución muy concreta que es el matrimonio heterosexual, tendencialmente orientada a la procreación. Otras uniones sin carácter procreativo tendrán carácter asociativo, pero estrictamente no pertenecen a la órbita del Derecho de familia. Por su parte, Rodrigo Bercovitz, catedrático de Derecho Civil en la Autónoma de Madrid, recuerda que el actual marco constitucional , en su interpretación lógica y finalista, excluye del matrimonio a las uniones homosexuales, lo que supone que, para cambiar este hecho, “sería necesario una previa reforma constitucional y no solo la del art.44 del Código Civil” . Por otra parte, la mejor doctrina civilista (Albaladejo, Gullón etc) entienden que el constituyente de 1978 , al abordar en su art. 32 el derecho del hombre y la mujer para contraer matrimonio, no tuvo que introducir en ese precepto concreciones del tipo “entre sí”, «porque lo da por supuesto».

Tal vez por eso, el Consejo de Estado concluye que “la garantía institucional impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera” . Lo que viene a decir es que, si las instituciones (entre ellas el matrimonio ) pueden ser adaptadas al espíritu de los tiempos , esta adecuación no puede hacerse en términos que las hagan irreconocibles por la conciencia social de cada tiempo y lugar . Así ocurriría si se optara por reconocer “ un derecho al matrimonio “ de las parejas homosexuales. Con ello- añade el Consejo- se “forzarían los principios articuladores del matrimonio, de acuerdo con la concepción de éste que actualmente impera tanto en España como en Europa” . Piénsese, en esta línea, que el último censo realizado en España ( con datos sujetos al secreto estadístico) revela (Instituto Nacional de Estadística, datos hechos públicos en agosto de 2004) que las parejas homosexuales que conviven y se han censado suman 10.474 del total de 9.563.723 parejas, es decir, el 0.11% del total de las censadas en España. No parece que la demanda de un hipotético y futuro “matrimonio homosexual” sea de tal entidad que merezca la desproporcionada reacción legal de alterar el rasgo más significativo del matrimonio en toda su historia. De ahí que el Consejo de Estado concluya que, desde la perspectiva de esta garantía institucional, es un “contrasentido “ afirmar que “para fortalecer la protección de los homosexuales deban ser incorporados a la garantía del art. 32 (de la Constitución) . 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“.

Ocurre , me parece, con la heterosexualidad del matrimonio algo parecido a lo que sucede con su nota de monogamia. Cuando el Tribunal Supremo de EE.UU. puso como condición para la integración en la Unión a los mormones de Utah la aceptación de la monogamia matrimonial, no aceptó el argumento de que “el Estado no debe inmiscuirse en las preferencias sexuales de sus ciudadanos”. Al contrario, el Tribunal Supremo entendió que la monogamia pertenece a los rasgos identificativos de la unión matrimonial en el Derecho europeo-americano. De ahí que la Iglesia mormona aceptara renunciar al matrimonio poligámico, plegándose al razonamiento del Tribunal en el caso Reynolds. Como se lee en la sentencia : “el Congreso carece de poder legislativo sobre las simples opiniones, pero es libre para regular actos jurídicos que supongan ..principios en los que se fundamenta el gobierno de los pueblos”. La heterosexualidad del matrimonio es uno de estos principios. Lo cual no significa que no puedan concederse ciertos efectos a las uniones homosexuales (siempre, sin encuadrarlas en el matrimonio), al modo en que la Hacienda

británica estudia conceder ciertas ventajas fiscales para polígamos, pero sin autorizar la legalidad de los matrimonios múltiples. Se produce una extensión de efectos, pero no una confusión de instituciones.

El dictamen del Consejo de Estado al que se refiere este artículo lo he calificado de "polémico". No ciertamente por el debate habido en el seno del Consejo, que concluyó con la unanimidad de los consejeros. Más bien me refiero a sus repercusiones en el contexto político. En esta esfera conviene insistir en lo que observaba Savigny: hay que andarse con un cuidado extremo cuando aplicamos el bisturí a nuestras instituciones jurídicas, porque muy fácilmente podríamos atacar en carne viva, y contraer de esta suerte la más grave responsabilidad para el porvenir.

Rafael Navarro Valls, Catedrático y Académico- Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.