



Dikaion

Universidad de La Sabana

revista.dikaion@unisabana.edu.co

ISSN (Versión impresa): 0120-8942

COLOMBIA

2006

Pablo Nuevo

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES A PROPÓSITO DEL LLAMADO
"MATRIMONIO HOMOSEXUAL"

Dikaion, noviembre, año/vol. 20, número 015

Universidad de La Sabana

Chía, Colombia

pp. 31-52

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Universidad Autónoma del Estado de México

<http://redalyc.uaemex.mx>



PABLO NUEVO
UNIVERSIDAD ABAT OLIVA

**REFLEXIONES
CONSTITUCIONALES A
PROPÓSITO DEL LLAMADO
“MATRIMONIO HOMOSEXUAL”**

CONSTITUTIONAL REFLECTIONS REGARDING
TO “SAME-SEX MARRIAGE”



RECIBIDO MARZO 2. EVALUADO JULIO 11. APROBADO SEPTIEMBRE 20

RESUMEN

Con la aprobación de la Ley 13 de 2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se ha regulado en España el matrimonio entre personas del mismo sexo. Dicha modificación legislativa impulsada por el gobierno de Rodríguez Zapatero contó con la oposición de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial, además del veto del Senado y el rechazo de gran parte de la ciudadanía. No obstante, esta oposición a la desnaturalización del matrimonio no hizo reflexionar al gobierno ni a la mayoría parlamentaria que lo sustenta. El objeto de estas líneas es analizar cómo afecta esta cuestión a la comprensión del Estado constitucional, pues a nuestro entender lo ocurrido muestra uno de los riesgos del positivismo jurídico que, en palabras de Juan Pablo II, lleva a una democracia sin valores que, precisamente por eso mismo, queda debilitada en su mera subsistencia.

PALABRAS CLAVE

Matrimonio, familia, derechos fundamentales, estado constitucional, igualdad, uniones de hecho.

ABSTRACT

Through the enactment of the 13/2005 Civil Code Modification Act, regarding the Right to marry, same-sex marriages have become legal in Spain. This Act, proposed by the Government of the Prime Minister Mr. Rodríguez-Zapatero, was challenged by the Royal Academy for Jurisprudence and Legislation, the Council of State and the General Council of the Judicial Power. It was also vetoed by the Senate, and protested by many citizens. Same-sex marriage is a denaturalization of the institution of marriage. The purpose of this article is to show how this question affects the concept of the Constitutional State, and poses the question whether legal positivism threatens the existence of Constitutional democracy. As John Paul II constantly taught, a democracy without values is weakened in its very essence.

KEY WORDS

Marriage, family, fundamental rights, constitutional state, parity, common-law marriage.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL: ¿QUÉ LIBERTAD? ¿QUÉ JUSTICIA? 2. EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA GARANTIZADA POR LA CONSTITUCIÓN. 2.1 LAS NOTAS QUE DEFINEN EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA. 2.2 EL MATRIMONIO EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. 3. LA TITULARIDAD DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO. 3.1 LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 3.2 LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 3.3 ¿CAMBIO CON LA CARTA DE DERECHOS DE LA UNIÓN EUROPEA? 4. IGUALDAD Y PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD: DIFICULTADES DE UNA CORRECTA REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO. 4.1 UNIONES CUYOS MIEMBROS PUEDEN CASARSE, PERO RECHAZAN UN VÍNCULO JURÍDICO EN SU UNIÓN AFECTIVA. 4.2 UNIONES CUYOS MIEMBROS NO PUEDEN CASARSE. 5. CONCLUSIONES

Con la aprobación de la Ley 13 de 2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se ha regulado en España el matrimonio entre personas del mismo sexo. Dicha modificación legislativa impulsada por el gobierno de Rodríguez Zapatero contó con la oposición de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial, además del veto del Senado y el rechazo de gran parte de la ciudadanía. No obstante, esta oposición a la desnaturalización del matrimonio no hizo reflexionar al gobierno ni a la mayoría parlamentaria que lo sustenta. El objeto de estas líneas es analizar cómo afecta esta cuestión a la comprensión del Estado constitucional, pues a nuestro entender lo ocurrido muestra uno de los riesgos del positivismo jurídico que, en palabras de Juan Pablo II, lleva a una democracia sin valores que, precisamente por eso mismo, queda debilitada en su mera subsistencia.¹

INTRODUCCIÓN

Como se ha puesto de relieve, si bien el matrimonio y la familia constituyen ejes capitales del derecho privado, tienen una gran importancia para la vida de la comunidad política, por ser “base insustituible para una organización social estable y eficaz”, lo que revierte en la propia “solidez de la estructura política”.² Esto justifica, a mi entender, una aproximación a este tema desde la perspectiva del derecho constitucional, por lo que en la presente exposición trataré de expli-

¹ Juan Pablo II, Carta encíclica *Evangelium Vitae*, núm. 70.

² N. Pérez Serrano, *Tratado de derecho político*, Madrid, Civitas, 1976, p. 483. Ahora bien, esto no implica una estatización de la familia. Como señala De los Mozos, la “familia es una institución natural que escapa a la competencia del Estado, que debe limitarse a reconocerla y protegerla, particularmente en lo que refiere a la libertad e igualdad de sus miembros”; J. L. De los Mozos, “Familia y derecho: de nuevo sobre las parejas no casadas”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 7, 2000 (corresponde al diario de fecha 16 de octubre de 2000), p. 1236.

car cuál es, a mi juicio, el concepto de matrimonio y de familia que acoge la Constitución Española de 1978.

Este propósito requiere de una aclaración previa, de carácter metodológico, pues de lo que acabo de señalar se deduce que no pretendo explicar cómo regula la Constitución al matrimonio y la familia, y mucho menos cómo los define. Mi propósito es explicar cómo los acoge, lo que hace referencia a que el matrimonio y la familia son previos a la Constitución, y es precisamente el modelo que la Constitución acoge el que delimita la capacidad de regulación que tienen los poderes públicos.

Lo señalado en el párrafo precedente responde a una concreta filosofía jurídica y política, como no puede ser de otro modo. Por mucho que los normativistas intenten reducir el derecho a la norma, esto nunca es posible, pues toda comprensión de la norma descansa en una manera de entender el derecho y la comunidad política. Lo anterior implica, pues, que previamente a la explicación del concepto de matrimonio y familia presentes en la Constitución, es necesario hacer siquiera algunas consideraciones sobre esta manera de entender el derecho y el Estado.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL: ¿QUÉ LIBERTAD? ¿QUÉ JUSTICIA?

Es una cuestión pacífica en la doctrina constitucionalista que, en nuestros días, el Estado reviste la forma de constitucional, considerada la síntesis histórica del Estado liberal de derecho, tras su paso por el Estado social de derecho y el Estado social y democrático de derecho. Estado constitucional que viene definido por la especial vinculación del mismo al principio de dignidad humana y a los derechos fundamentales, que no se limitan tan sólo a proteger unas esferas de libertad individual frente a la intervención del poder público, sino que constituyen también un elemento de integración de los individuos en la comunidad política. Es decir, mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales se refuerza el sentimiento de pertenencia de los ciudadanos al Estado (integración), pues el Estado ya no es visto como el potencial vulnerador de la libertad individual, sino precisamente el garante de la misma, gracias a su labor de protección de esos derechos fundamentales. Esta idea se apoya, además, en que los derechos fundamentales reconocidos por el Estado constitucional contemporáneo no son sólo los clásicos *derechos de libertad* (que implican un deber de abstención del Estado frente a un *agere licere* del individuo), sino también los derechos sociales o *derechos de igualdad* –mejor justicia– (que conllevan un deber de acción positiva por parte del Estado, ya sea prestando un servicio a los individuos, ya sea garantizando su acceso al mismo, con independencia de quien lo preste).

Pero al mismo tiempo, este Estado constitucional está marcado por varias contradicciones internas. En aras de la brevedad me limitaré a señalar la que para mí es más relevante para el tema que nos ocupa: cómo afecta a la Constitución y

a la concepción de los derechos fundamentales la fragmentación moral de las sociedades occidentales contemporáneas.

Puede afirmarse sin necesidad de mayor justificación que las sociedades occidentales se encuentran fragmentadas desde el punto de vista moral: en los temas que afectan a la identidad del ser humano (y, por tanto, condicionan la consideración ética de su acción), en nuestra sociedad conviven múltiples opiniones, junto con la idea –muy extendida– de que cualquier punto de vista que pretenda ser algo más que una opinión se encuentra cuando menos en una deriva hacia el fundamentalismo y el totalitarismo.

Esto, que no es más que una descripción sociológica, condiciona enormemente la manera de entender lo que son la Constitución y los derechos fundamentales.

En los últimos años, los dos autores que a mi entender mejor lo han puesto de manifiesto son el italiano Zagrebelsky (presidente de la Corte Constitucional) y el alemán Böckenförde.

En *El derecho dúctil*, Zagrebelsky subraya la diferencia de fondo que hay en la manera de considerar a los derechos fundamentales por parte de las distintas tradiciones políticas existentes en Europa, principalmente el liberalismo y el pensamiento social cristiano. Si para el liberalismo la esencia de los derechos está en que protegen un ámbito en el que la voluntad del individuo es completamente autónoma (libertad negativa), con la consiguiente deriva individualista consustancial a los derechos, para el pensamiento social cristiano la esencia de los derechos se encuentra más bien en asegurar que a cada individuo se le proporcione lo debido dentro del orden social.³ A partir de esta distinción entre *derechos de libertad y derechos de justicia*, Zagrebelsky señala cómo en materia de derechos el acuerdo en las sociedades occidentales es más nominal que sustancial.⁴

Este acuerdo sobre el nombre (sobre el catálogo de derechos fundamentales), tiene lugar en el contexto de las sociedades occidentales, fragmentadas desde el punto de vista ético-valorativo, de forma que las distintas tradiciones políticas atribuyen significados distintos a cada derecho. En este sentido es significativa la polémica en torno al derecho a la vida, donde tanto los partidarios de la penalización del aborto voluntario como los defensores de su despenalización razonan a partir del derecho a la vida, ya sea el de la mujer embarazada o el del niño

³ G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, especialmente pp. 75 y ss.

⁴ A juicio de Maritain, “hombres mutuamente opuestos en sus concepciones teóricas pueden llegar a un acuerdo puramente práctico sobre una enumeración de los derechos humanos”, de manera que es posible llegar a “reglas de conducta que, en conjunto, aparecen como casi las mismas para un período y una cultura dados”. cfr. J. Maritain, *El hombre y el Estado*, 2 edición, Madrid, Encuentro, 2002, pp. 83 y 86 respectivamente. Ahora bien, si acomienzos de los años cincuenta podía congratularse Maritain de que se hubiera alcanzado un acuerdo sobre los derechos humanos, a condición de no discutir por el fundamento de los mismos, el debate contemporáneo sobre los derechos humanos y las situaciones límite (protección del no nacido, estatuto del embrión, consideración jurídica de la familia, etc.) muestra una cierta ingenuidad en esta postura. Como pone de relieve el autor italiano que acabamos de citar, el acuerdo es sobre las palabras, si bien a las mismas se les atribuyen significados bien distintos.

no nacido, presentados ambos como derechos en conflicto que son incompatibles entre sí.

En el fondo, lo que está en cuestión son las consecuencias de una consideración completamente individualista de los derechos, cuyo contenido parece no depender de finalidad alguna sino exclusivamente de la estimación subjetiva del titular. Individualismo que convierte la política en un campo de batalla por definir el contenido de dichos derechos, y de esta manera decidir acerca del significado de la Constitución.⁵

Esta ideología de los derechos y del constitucionalismo pluralista está marcada por la ausencia de un aparato conceptual apto para tratar las instituciones a cuyo servicio están los derechos,⁶ así como la relación entre una sociedad respetuosa de los derechos de la persona y las condiciones sociales que permiten el mantenimiento de ese orden de derechos.⁷

Por otro lado, el alemán Böckenförde ha señalado la relación que existe entre la democracia y el Estado constitucional y sus presupuestos de naturaleza preconstitucional. Entre estos presupuestos está el acuerdo en torno a algo sobre lo que no cabe votar, el contenido de los derechos fundamentales, lo cual implica no vaciar los significantes de significado, poniendo algún límite al pluralismo.

Esta limitación del pluralismo conlleva la limitación de la democracia al ejercicio del poder del Estado; a la designación de los titulares de los órganos estatales. “No tiene que ver con la democracia como una forma de vida, ni tampoco con una democratización de la sociedad”,⁸ precisamente porque esta democratización social alteraría los presupuestos sobre los que descansa la propia democracia. El Estado depende de un *ethos* común, que no puede crear, y que los derechos entendidos de forma pluralista e individualista, en nuestra opinión, socavan.⁹

Ahora bien, lo anteriormente expuesto, a mi juicio, nos plantea un reto importante, de especial relevancia para los juristas católicos. Si bien no tendría por qué ser así, la situación descrita (no sólo en el ámbito de los derechos fundamentales, sino también en el de la moral o la filosofía en general) hace que en nuestros días la Iglesia sea la única institución que confía verdaderamente en la razón, en la capacidad del hombre para conocer la esencia de las cosas, y no sólo aquello que sea empíricamente verificable, o que se puede medir en un laboratorio.

⁵ Ésta parece ser una consecuencia del derecho constitucional del pluralismo. Cfr. M. Gastón Abellán, “La concepción del derecho en *El Derecho dúctil*”, *Anuario de Filosofía del Derecho* XIII, 1996, pp. 22 y 23.

⁶ Para una relación entre fines y bienes del hombre, y los derechos fundamentales, véase J. Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 255 y ss.

⁷ M. A. Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press, 1991, p. 75.

⁸ E. W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 52.

⁹ “Sobre el derecho y el Estado”, entrevista realizada al profesor E. W. Böckenförde por J. J. González Encinar, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7, 1995, p. 20.

Ésta es la misión que Francesco D'Agostino propone para los juristas católicos en el marco de la secularización de la sociedad contemporánea. El derecho no ha nacido con el cristianismo, sino que pertenece a la estructura existencial del ser del hombre,¹⁰ y nuestra concreta tradición jurídica sigue bebiendo de los grandes logros del derecho romano. Ahora bien, como subraya D'Agostino, el cristianismo si ha aportado algo al mundo del derecho. En primer lugar, históricamente, la fe en la posible realización de la justicia, frente a lo que él llama "el cinismo romano", pues todo esfuerzo por mejorar la sociedad no reposa sobre una ilusión (¡no es una utopía!), sino una posibilidad existente, aunque fatigosa.¹¹ En la actualidad, el cristianismo ofrece al derecho la posibilidad de ser salvado, custodiando la razón última de lo jurídico, la comunicabilidad de todos los hombres más allá de este "politeísmo ético", pues es el único pensamiento contemporáneo que no se ha rendido al nihilismo. Como señaló el cardenal Ratzinger al recibir el Doctorado Honoris Causa en Filosofía del Derecho por la LUMSA, cuando el hombre desconfía de la posibilidad de la razón de conocer el sentido profundo de las cosas "tiene lugar una transformación del derecho, cuyos ulteriores pasos son todavía imprevisibles: el mismo concepto de derecho pierde sus precisos contornos"¹², acaba reducido a la fuerza.

Así pues, a mi juicio, se puede responder a las preguntas que enunciaba al principio, en relación con los derechos fundamentales: ¿qué justicia?, es decir, ¿qué le es debido al hombre por el mero hecho de ser hombre? Además del reconocimiento de su humanidad, el acceso a aquellos bienes humanos básicos que requiere para vivir conforme a su dignidad, y cuyo descubrimiento es accesible a la razón: seguridad en su vida, trabajo, condiciones mínimas de salud, posibilidad de acceder a la educación y la cultura, etc. Con otras palabras, las posiciones iusfundamentales que cada derecho fundamental garantiza (el poder hacer lícitamente algo, o reclamar algo al Estado, o poder exigir algo a un tercero) depende del concreto bien humano alrededor del cual existe ese derecho. De esta manera, el derecho no está al servicio del capricho arbitrario del individuo, sino que responde a la razón de aquello que conviene al hombre en su vida comunitaria.¹³ Obviamente, estos bienes humanos varían en su concreción en función del tiempo y lugar, por lo que su determinación corresponde a la razón práctica, guiada por su virtud específica, la prudencia, que no es cobardía sino el descubrimiento del bien en lo concreto.

¹⁰ S. Cotta, *¿Qué es el derecho?*, Madrid, Rialp, 1995, pp. 83 y ss.

¹¹ F. D'Agostino, "La missione del giurista cattolico di fronte alla secolarizzazione della società contemporanea", *Iustitia*, 3, 2001. Significativamente, señala que "era necesaria la palabra y la promesa de Cristo para que los hombres se convencieran *teológicamente* de la paternidad de Dios, *metafísicamente* de la realidad del bien y *jurídicamente* de la posibilidad histórica de hacer de la justicia un motor de la historia humana", p. 320.

¹² J. Ratzinger, *La crisis del derecho*, Zenit, 12 de noviembre de 1999. Añade Ratzinger que "la elaboración y estructura del derecho positivo no es directamente un problema teológico, sino de *recta ratio*, de recta razón", y que es precisamente tarea de la Iglesia custodiar la "salud" de la razón, debiendo ésta, por medio de la educación, preservar en el hombre la capacidad de percibir la realidad.

¹³ En este sentido, Pedro Serna señala que "el Derecho y, por tanto, también los derechos fundamentales en la medida en que son verdaderos derechos, están referidos a, o protegen, bienes particulares de la persona (...). Si se quiere, protegen a la persona a través de bienes particulares que la constituyen o le pertenecen". Cfr. P. Serna Bermúdez, "La dignidad de la persona como principio del derecho público", *Derechos y libertades*, núm. 4, 1995, p. 305.

En cuanto a la segunda pregunta, ¿qué libertad? No la libertad del vacío, aquella indeterminación en la que teóricamente cabe cualquier decisión (por tanto, ninguna importa realmente), sino la libertad que permite afirmar, sin coacción y responsablemente, la propia humanidad en el empeño por conseguir, garantizar y hacer accesible al resto de conciudadanos esos bienes humanos básicos que permiten vivir dignamente.

De esta manera, la defensa de la razón y de la libertad son indispensables para la supervivencia del Estado constitucional, pues aseguran las raíces del derecho. Es ilusorio pensar que el Estado constitucional necesita la reducción del derecho al consenso o a la voluntad de la mayoría. Por esta vía, el derecho queda reducido a voluntad, y la experiencia histórica demuestra que cuando la vida comunitaria se reduce a voluntad, al final prevalece la del más fuerte, que coincide con el poder.

Si las consideraciones anteriores las llevamos al tema de estas líneas, el matrimonio y la familia, la importancia es doble. Como señala Díez-Picazo, la configuración constitucional del matrimonio y la familia (así como la educación), contribuyen a crear un tipo de sociedad.¹⁴ Y, en mi opinión, una sociedad con sólidos vínculos familiares (no sólo sentimentales, sino también jurídicos) protege frente a la masificación y despersonalización, y esto es una garantía de libertad.

2. EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA GARANTIZADA POR LA CONSTITUCIÓN

El artículo 32 CE señala en su apartado 1 lo siguiente: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

En mi opinión, una correcta interpretación de este artículo lleva a considerar que en el mismo encontramos tanto un derecho-titularidad (el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio) como la garantía de una institución (el matrimonio), que la ley debe respetar al configurarla. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que “el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución” (STC 184/1990, del 19 de noviembre, FJ 3º). Ésta es también la opinión de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que en su Informe acerca del proyecto de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio señaló expresamente que es la existencia de la institución la que hace posible el derecho a contraer matrimonio. Así, la Real Academia puso de manifiesto que:

¹⁴ L. M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003, p. 411.

no se puede hablar de *ius connubii* como un derecho fundamental o como un derecho constitucional si no existe previamente la institución a la cual se presta, libremente, la adhesión. Piénsese que, entendiéndolo como derecho de libertad, el precepto no estaría definiendo otra cosa que la capacidad de obrar referida al fenómeno concreto y que, en ese sentido, el precepto resultaría notoriamente insuficiente.¹⁵

De este modo, una primera consecuencia de que el artículo 32 CE incluya la garantía de la institución matrimonial es que primero debemos delimitar los contornos de dicha institución, para a continuación resolver la cuestión de la titularidad del derecho fundamental a integrarla. Esta perspectiva, por otra parte, permite evitar reducir a un problema de titularidad de derechos y discriminación la cuestión de si dos personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio entre sí. Es decir, no se trata de afirmar o negar el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio, pues no es ésta la cuestión por debatir. Planteada así la cuestión, sólo podría ser resuelta por un acto de voluntad: queremos o no, que puedan contraer matrimonio personas del mismo sexo. Por el contrario, atender a cuál es la institución jurídica garantizada por el artículo 32 CE centra el problema, pues la titularidad del derecho fundamental a contraer matrimonio vendrá determinada por la capacidad para integrar la institución matrimonial, lo cual depende de un juicio de la razón práctica sobre la posibilidad, o no, de determinadas uniones, de garantizar las notas definidoras de la misma. Es decir, se salva el “componente racional que es propio de toda ordenación jurídica”.¹⁶

Esto no impide el debate ni la libertad de opción del legislador democrático, que tiene encomendada la misión de delimitar los contornos últimos de la institución, en virtud de un juicio político de oportunidad y conveniencia.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la garantía constitucional del matrimonio entraña, además de su existencia necesaria en el ordenamiento, la justificación de la existencia de su específico régimen civil, esto es, del conjunto de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas que nacen a raíz de haberse contraído un matrimonio” (STC 222/1992, del 11 de diciembre, FJ 6º).

¿En qué consiste entonces la garantía institucional del matrimonio? En primer lugar, como señala el Tribunal Constitucional, en la “existencia necesaria en el ordenamiento”, lo que implica que las leyes civiles deben incluir el reconocimiento jurídico del matrimonio, asegurando, además, “la existencia de su específico régimen civil”. Como señala Solozábal Echevarría, “la garantía institucional se encuentra sólo *in nuce* recogida en la Constitución, remitiéndose a un régimen jurídico extraconstitucional, configurado históricamente, en un determinado sentido, sobre todo por el legislador”.¹⁷

¹⁵ Informe disponible en <http://rajyl.insde.es/>

¹⁶ De los Mozos, ob. cit., p. 1236.

¹⁷ J. J. Solozábal Echevarría, Voz “Garantías Institucionales”, en *Temas básicos de derecho constitucional*, Manuel Aragón (coord.), tomo III, Madrid, Civitas, 2001, p. 110.

Cuestión distinta es que corresponda al legislador establecer las causas de disolución del matrimonio y los efectos de las mismas (art. 32), así como establecer la edad, los impedimentos, etc., o concretar, en las leyes civiles, cuál es el “conjunto de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas que nacen a raíz de haberse contraído un matrimonio” (a modo de ejemplo, cuáles son los deberes que tienen los cónyuges (arts. 66 a 68 CC), los distintos regímenes económicos matrimoniales, así como el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de establecerlos, etc.). A esto se refiere el apartado 2 del artículo 32 CE, cuando dispone que “la ley regulará 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”.

Ahora bien, a la hora de concretar este conjunto de derechos y obligaciones, este régimen civil, el legislador debe respetar los contornos de la institución en términos de que sea socialmente reconocible, lo cual hace referencia, a mi entender, a que deben respetar las notas que en nuestra tradición jurídica definen el matrimonio. Si el Tribunal señala que hay un *específico* régimen civil del matrimonio, es porque hay algunas notas que *especifican* (es decir, diferencian) a esta institución de otros acuerdos jurídicos entre personas o de otras formas de convivencia que puedan darse en la sociedad.

A idéntica conclusión llega el Consejo General del Poder Judicial, que en su estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo resalta cómo

La ley puede y debe fijar la forma del matrimonio, los derechos de los cónyuges, las causas de separación y hasta la edad, pero no puede alterar el concepto mismo de matrimonio. Y llamar matrimonio a la unión de personas del mismo sexo es un cambio radical, como lo sería llamar matrimonio a la unión de más de dos personas, o la unión sometida a un plazo de un año, tras el cual se produjera la disolución automática, etc. Definir el matrimonio es afectar al apartado 1 del artículo 32 y la ley sólo está habilitada para actuar en los ámbitos enunciados (además de forma expresa) en el apartado 2.¹⁸

2.1 Las notas que definen el matrimonio como institución jurídica

La institución matrimonial se define, de modo universal, por tres coordenadas: unión de hombre con mujer; encaminada al bien de ambos y a la procreación; con vocación de estabilidad. Estas notas definidoras del matrimonio son las propias de nuestro derecho desde la época romana, son comunes a la cultura jurídica occidental, y son las que recogen los principales textos internacionales sobre derechos humanos.

¹⁸ Informe disponible en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>

Sólo cuando se dan estas tres notas nos encontramos en presencia de la institución matrimonial, pues son las que determinan la existencia de un interés social en dar forma jurídica a la unión afectiva de dos personas.

La mera unión de dos personas, por mucho que tienda al bien de ambos, no afecta directamente a la sociedad, por lo que más allá de las obligaciones de mera justicia conmutativa –estrictamente privadas– no guardan relación con el orden jurídico.

Lo mismo cabe decir de la unión sexual de hombre y mujer aun cuando tienda a la procreación. Esa unión generará obligaciones para los progenitores (por ejemplo de alimentos), o de éstos entre sí (de nuevo, de índole privada, por ser obligaciones de justicia conmutativa).

Es la vocación de estabilidad (expresada al prestar un consentimiento público en asumir un conjunto de derechos y obligaciones) lo que transforma uniones con las características señaladas en una institución jurídica, que desde tiempos inmemoriales tiene en nuestra cultura jurídica el nombre de matrimonio.¹⁹

Esta institución jurídica es el marco idóneo de constitución de la familia, célula básica de la sociedad y comunidad humana donde tienen lugar la generación y educación de los nuevos miembros de la sociedad. De tal manera que la estabilidad, el progreso y la mera subsistencia de la sociedad política depende de la vitalidad de la institución matrimonial y familiar.

2.2 El matrimonio en los textos internacionales de derechos humanos²⁰

El artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: “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 disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

El artículo 12 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos fundamentales a su vez señala que: “A partir de la *edad núbil*, el *hombre* y la *mujer* tienen derecho a *casarse* y fundar una *familia* según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

El artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York en 1966, dice al respecto que: “Se reconoce el derecho del *hombre* y la *mujer* a contraer *matrimonio* y fundar una *familia* si tiene edad para ello”.

¹⁹ Nombre que no es una mera convención. Un estudio etimológico de la palabra matrimonio nos remite a la esencia de esta institución.

²⁰ Téngase en cuenta que, como señala el Tribunal Constitucional, “la Constitución se inserta en un contexto internacional de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el precepto (art. 10.2 CE)”, STC 78/1982, del 20 de diciembre, FJ. 4.

Es decir, que los textos internacionales sobre derechos humanos reflejan las notas anteriormente apuntadas como definidoras de la institución matrimonial, al establecer la secuencia hombre-mujer, edad núbil (esto es, capacidad para tener hijos), matrimonio y familia, e igualdad en los efectos jurídicos (lo que implica estabilidad, nota esencial del derecho).

3. LA TITULARIDAD DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

Una vez delimitada la institución matrimonial, podemos pasar a la cuestión de la titularidad del derecho fundamental a contraer matrimonio, que lógicamente dependerá de la aptitud para cumplir con las notas que definen dicha institución.

El artículo 44 del Código Civil señala al respecto que: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”.

Antes de entrar en esta cuestión, es preciso dejar constancia de que el juicio de esta aptitud debe hacerse sobre las personas que desean contraer un matrimonio en concreto, sin que se juzgue esta aptitud en abstracto. A esto responde el expediente matrimonial, que debe tramitarse en el Registro Civil. Esto es importante, pues si se juzgara la aptitud subjetiva de cada individuo por separado y en abstracto, podrían vulnerarse derechos fundamentales. Así, no se prohíbe contraer matrimonio a los hermanos o primos, sino sólo entre sí. De la misma manera que no se veda a los homosexuales el acceso al matrimonio, pues se les aplican las mismas disposiciones del Código Civil en lo que se refiere a capacidad que a los heterosexuales. Lo que el Código Civil prohíbe es que contraigan matrimonio entre sí dos personas del mismo sexo. Este matiz es importante, pues evita que la regulación sea discriminatoria, y por tanto inconstitucional desde la perspectiva del artículo 14 CE. Aclarada esta cuestión, corresponde entrar a analizar la jurisprudencia sobre esta materia.

3.1 La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En una de las primeras sentencias en que tuvo que interpretar el artículo 12 del Convenio de 1950, que garantiza el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que de dicho artículo 12 no se deriva el que los efectos legales que el matrimonio lleva consigo deban “aplicarse igualmente a aquellas situaciones comparables al matrimonio” (sentencia del 13 de junio de 1979, en el caso *Marckx c. Bélgica*, núm. 67).

Posteriormente, a propósito de la titularidad del derecho a contraer matrimonio, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de 1950, artículo que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; y, que todo depende de la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante las leyes

el ejercicio del derecho de casarse (sentencias caso Rees, 17 de octubre de 1986, y caso Cossey, 27 de septiembre de 1990).

Ahora bien, admitida la heterosexualidad del matrimonio protegido por el artículo 12 del Convenio, se le ha presentado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la cuestión de si es lícito que las leyes nacionales que regulan el matrimonio excluyan del mismo el matrimonio entre dos personas del mismo sexo biológico cuando uno de los miembros de la pareja se ha sometido a un tratamiento médico de “cambio de sexo”. Es decir, se trata de la posibilidad de contraer matrimonio entre dos hombres, cuando uno de ellos, desde el punto de vista psicológico y de la apariencia física, “es” una mujer. A este respecto, en su sentencia del 30 de julio de 1998 (caso Sheffield y Hosham c. Reino Unido), el Tribunal consideró que la ausencia de un criterio claro y común en los países signatarios del Convenio acerca de la transexualidad, lleva a que los Estados tengan en este punto un gran margen de apreciación.

Sobre el tema que venimos comentando, el número 66 de la sentencia dice:

El Tribunal recuerda que al garantizar el derecho a casarse, el artículo 12 atañe al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico distinto. Su redacción lo confirma: se desprende que el fin perseguido consiste esencialmente en *proteger el matrimonio como fundamento de la familia*. Además, el artículo 12 lo precisa, este derecho obedece a las leyes nacionales de los Estados contratantes en lo concerniente a su ejercicio. Las limitaciones que resulten no deben restringirlo o reducirlo de una manera o a un grado que lo alcanzaran en la sustancia misma, pero no se podría atribuir tal efecto al impedimento en el Reino Unido del matrimonio entre personas que no pertenecen a sexos biológicos distintos.

Tras recordar esta doctrina acerca del derecho a contraer matrimonio, el Tribunal explica en el número 67 que del propio concepto de matrimonio se desprende “un motivo suficiente para continuar aplicando criterios biológicos para determinar el sexo de una persona con fines matrimoniales”. Es decir, si tenemos en cuenta la finalidad de la institución matrimonial y el porqué de su protección por parte del Estado (y, en consecuencia, por el propio ordenamiento), solo aquella unión entre dos personas que por su propia naturaleza esté abierta a la vida (heterosexualidad) y a la estabilidad (compromiso público, expresado de forma solemne) entra dentro del contenido del artículo 12 del Convenio.

3.2 La doctrina del Tribunal Constitucional español

Siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional español ha asumido la heterosexualidad de la institución matrimonial, afirmando expresamente en el auto 222/1994, del 11 de julio, 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”.

3.3 ¿Cambio con la Carta de Derechos de la Unión Europea?

Como es sabido, la Carta de Derechos de la Unión Europea, aprobada en Niza en diciembre de 2000, no fue aprobada como tratado internacional, por lo que no tiene efectos jurídicos. Esta Carta ha sido incorporada al Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, como parte II de la misma, de manera que en caso de que dicha Constitución sea ratificada por los Estados miembros de la UE y entre en vigor, este artículo 9 (mejor, II-69, según la numeración de la Constitución) será norma comunitaria.

Este artículo señala que: “El derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las Leyes nacionales que rigen su ejercicio”.

Como puede observarse, por contraste con los textos internacionales anteriormente citados, este artículo garantiza dos derechos, que considera de manera separada: derecho a contraer matrimonio, por un lado, y derecho a fundar una familia, por otro.

Este cambio no ha pasado inadvertido, y de hecho ha sido subrayado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en una sentencia del 11 de julio de 2002, dicho Tribunal considera –apartándose de lo decidido en los casos Rees, Cossey, Sheffield y Horsham, mencionados antes– que es contrario al Convenio no permitir casarse a dos personas del mismo sexo biológico cuando uno de los dos se ha sometido a una operación de cambio de sexo (de manera que su aspecto exterior se corresponde con su “sexo psicológico”). Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal razona de la siguiente forma: por un lado va el derecho al matrimonio (que debe amparar a dos personas del mismo sexo biológico si hay diferenciación en la apariencia externa y diferenciación psicológica); y por otro va la creación de una familia, que al tener como elemento determinante la generación, requiere de la complementación sexual. En apoyo de este razonamiento, como decía, subraya el Tribunal de Estrasburgo cómo el artículo 9 de la Carta de Niza se aparta del texto del artículo 12 del Convenio de Roma, hecho que el propio Tribunal considera no casual.

Ahora bien, a mi entender, aun cuando este cambio fuera deliberado, no permite esta interpretación, pues el propio artículo 9 de la Carta de Niza (actual II-69 del Tratado constitucional) señala que estos derechos tienen las garantías que les confieran los ordenamientos nacionales (en nuestro caso, el artículo 32 CE), sin que se atribuya a la Unión competencia alguna en esta materia. Conclusión que debe verse reforzada, a mi juicio, con los artículos I-9 del Tratado constitucional, que vincula la Unión al Convenio de Roma, y II-112, que establece los criterios de interpretación de la Carta de Derechos de la Unión.

Así, de acuerdo con el artículo I-9.2 del Tratado constitucional, la Unión se adhiera al Convenio de Roma, estableciendo el apartado 3 de este mismo artículo I-9 que los derechos garantizados por dicho Convenio y los que sean fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

En cuanto a la interpretación de los derechos de la Carta, el artículo II-112 del Tratado constitucional dispone lo siguiente:

En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, *su sentido y alcance serán iguales a los que confiere dicho Convenio*. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

Llegados a este punto, tras haber afirmado la heterosexualidad intrínseca del matrimonio, corresponde iluminar, siquiera sea brevemente, la cuestión de si debe darse una regulación para aquellas uniones que no se basen en el matrimonio.

4. IGUALDAD Y PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD: DIFICULTADES DE UNA CORRECTA REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO²¹

En mi opinión, una regulación de este tipo de uniones les otorgaría un trato desigual no justificado (esto es, discriminatorio), y podría vulnerar el derecho a la intimidad de los ciudadanos. Para sostener esta afirmación, previamente haré unas consideraciones acerca de la relación de afectividad “análoga a la conyugal” como fundamento del reconocimiento jurídico de estas uniones, en la medida en que es el argumento central de cara a la equiparación entre las uniones de hecho y el matrimonio.

En primer lugar, hay que resaltar los problemas que plantea el considerar la afectividad como la base del matrimonio. La base o el fundamento del matrimonio no es la afectividad, sino el consentimiento (art. 45, CC). Así, los artículos 67 y 68 CC establecen como deberes de los cónyuges el respeto, la ayuda mutua, la acción en interés de la familia, la convivencia, la fidelidad y el socorro mutuo, sin que en ningún caso se mencione el afecto o amor romántico. Es cierto que estos deberes, desprovistos del amor humano, pueden tornarse de difícil cumplimiento, pero esto no es algo que afecte a la consideración jurídica del problema.

²¹ En el presente apartado sigo el razonamiento del documento elaborado por un Grupo de Trabajo del Instituto Phoenix para la Comisión de Estudio de Parejas de Hecho de Nuevas Generaciones del Partido Popular, marzo de 1999. Ese Grupo de Trabajo, dirigido por el profesor Javier Hernando, a quien se debe la principal aportación, estaba integrado por el abogado Pablo Stöger y el autor de estas líneas.

Cuestión distinta es que, en cierto modo, dicha afectividad se presuma en quienes prestan un consentimiento de la naturaleza y características del consentimiento matrimonial, pero es el consentimiento el requisito para el nacimiento del matrimonio, no la afectividad, de tal manera que el matrimonio será nulo (esto es, se entenderá que nunca ha habido matrimonio) cuando falte el mismo, sin que suceda lo mismo en caso de no existir la *afectio maritalis*. Es más, la inexistencia de *afectio maritalis* puede conllevar indirectamente la nulidad del matrimonio únicamente si es causa de un consentimiento viciado, o si ha habido engaño a uno de los cónyuges.

En cualquier caso, lo que está claro es que lo central en el origen del matrimonio –desde un punto de vista jurídico– es el consentimiento. Y es que lo que al derecho le compete son las acciones humanas, y no los sentimientos. Es más, construir las instituciones jurídicas sobre la base de los sentimientos –de suyo mudables y cambiantes– conllevaría la más absoluta inseguridad jurídica.

Siendo esto así, aun cuando hubiera analogía entre la relación de afectividad del matrimonio y la propia de las uniones de hecho, al depender el nacimiento de la institución matrimonial precisamente de aquello que rechazan las uniones de hecho (el consentimiento), careceríamos de razones para equiparar jurídicamente ambas instituciones.

Y es que falta uno de los términos más importantes para poder establecer la analogía: el querer obligarse los miembros de la unión entre sí y ante la sociedad. Es esta voluntad de estabilidad, de crear una relación jurídica (más los efectos beneficiosos que se derivan para toda la sociedad) la que motiva el reconocimiento jurídico-público de esta forma de convivencia. La mera convivencia, si falta esta voluntad de otorgar a la misma efectos jurídicos, es un asunto indiferente para la legislación y para el Estado, por ser una cuestión propia de la intimidad de las personas.

Ahora bien, si por no existir consentimiento en las uniones de hecho no puede éste servirnos como término de la analogía, es preciso encontrar algo que tengan en común la institución matrimonial y las uniones de hecho para, así, poder señalar por qué en éstas se da una relación de afectividad “análoga a la conyugal”.

Debemos descartar la mera convivencia como elemento determinante de la analogía entre distintas relaciones de afectividad, en la medida en que todas las leyes de parejas de hecho lo hacen. Así, en todos los casos queda fuera del ámbito de aplicación de la ley la misma convivencia; esto es, la ley no se considera aplicable a las relaciones entre amigos que comparten piso para ahorrar, la convivencia entre hermanos solteros que siguen viviendo juntos una vez han muerto sus padres, o varias personas de una congregación religiosa que hacen vida de comunidad, por poner sólo algunos ejemplos.

Analizando las distintas leyes aprobadas hasta la fecha, se percibe que es el hecho de que los convivientes mantengan relaciones sexuales el motivo de consi-

derar dicha relación “análoga a la conyugal”, y, en consecuencia, es la sexualidad la razón de que se extienda a las uniones de hecho el conjunto de derechos que el ordenamiento establece para los matrimonios.

Esta conclusión nos plantea, de nuevo, serias objeciones, que como todas las anteriores tienen carácter jurídico, y que son válidas al margen del juicio de valor que se pueda hacer sobre la “moralidad” de este tipo de convivencia.

Considerar la sexualidad como fuente de derechos para esta realidad convivencial, de tal manera que no se otorgan a realidades convivenciales como las señaladas en los ejemplos, implica una vulneración del artículo 14, que establece la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sin que quepa discriminación de ningún tipo. La desigualdad que prohíbe el artículo 14 CE es aquella que no está justificada, sin que deba darse una solución idéntica en todos los supuestos (igualdad absoluta), sino sólo en aquellos en que por haber identidad de supuestos, deben tener las mismas consecuencias. Así, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que para que haya discriminación la diferencia de trato tiene que ser irrazonable e infundada.

Esto es lo que sucede en el caso que venimos comentando. Habiendo una realidad idéntica, la convivencia, en unos casos (aquellos en los que hay, o se presume, ejercicio de la sexualidad) se conceden los derechos del matrimonio, mientras que en otros no se dan dichos derechos.

Esta irrazonabilidad en la diferencia de trato no se da al tratar de manera diferente al matrimonio y a las uniones de hecho. Así, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, es posible que “el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida y establezca diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica” (SSTC 184/1990, del 15 de noviembre, 38/1991, del 14 de febrero, 77/1991, del 11 de abril, entre otras), y esto es así por cuanto, más allá de algo tan íntimo y personal como es la sexualidad, lo que el legislador tiene en cuenta a la hora de legislar sobre el matrimonio es, precisamente, lo que falta en las uniones de hecho: la voluntad de formar una nueva sociedad, un grupo estable, que otorga estabilidad a la misma comunidad política.

El segundo inconveniente que nos plantea considerar la sexualidad determinante del reconocimiento jurídico de estas uniones es que, a nuestro juicio, vulnera el derecho a la intimidad, por cuanto obliga a las personas que quieran acogerse a esta legislación a declarar sobre su vida privada. No es lo mismo en el caso del matrimonio, por cuanto en éste lo que hace el ordenamiento es otorgar consecuencias jurídica a un acto humano externo y público (el consentimiento), sin obligar a los contrayentes a declarar sobre su vida íntima.

De acuerdo con el apartado 1 del artículo 18 CE “se garantiza el derecho (...) a la intimidad personal y familiar (...)”, disponiendo así mismo el apartado 2 del artículo 16 CE que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.

A nuestro juicio, una interpretación sistemática de la Constitución en materia de derechos y libertades determina que los poderes públicos no puedan establecer como requisito para acceder a derechos recogidos en una ley el declarar sobre el comportamiento sexual, sobre la vida íntima de las personas. En la medida en que esto es lo que exigen las distintas leyes sobre parejas de hecho, podría entenderse que éstas incurren en un vicio de inconstitucionalidad.

Hasta aquí hemos procedido en nuestro análisis sin distinguir los diferentes supuestos de convivencia que se engloban en el fenómeno de las uniones de hecho, en la medida en que la regulación de este fenómeno nos plantea serios problemas jurídicos. Ahora vamos a analizar los distintos “tipos” de parejas de hecho, con objeto de clarificar más lo expuesto. Para ello, dado que lo que persiguen las leyes analizadas es equiparar las uniones de hecho al matrimonio, utilizaremos como criterio para clasificar las uniones el de la posibilidad o no de contraer matrimonio.

4.1 Uniones cuyos miembros pueden casarse, pero rechazan un vínculo jurídico en su unión afectiva

Este supuesto nos plantea pocos problemas, en la medida en que establecer un vínculo es contrario a la naturaleza de esa unión. Con lo cual, regularlas y establecer por ley un conjunto de derechos y obligaciones para estas uniones es un completo sinsentido, pues lo que sus miembros rechazan es cualquier compromiso jurídico. Es más, esta regulación podría vulnerar la libertad y el derecho a contraer matrimonio, que incluye el derecho a no contraerlo.

4.2 Uniones cuyos miembros no pueden casarse

En este caso, a su vez, debemos distinguir en función de la situación de los convivientes. Así, debemos considerar:

i) Aquellos que no pueden casarse por tener un vínculo anterior

Establecer un reconocimiento jurídico equiparable al matrimonio para las personas que convivan sin poder casarse por tener un vínculo anterior permitiría, de hecho, la bigamia (que va contra el orden público constitucional). De facto, no está permitida la inscripción de una pareja de hecho en estos supuestos, salvo en el caso de la ley de la Comunidad de Madrid, que permite la inscripción de las personas separadas judicialmente aun cuando todavía no haya sentencia de divorcio.

ii) Aquellos que no pueden casarse por prohibición expresa del Código Civil

En este apartado nos referimos a las prohibiciones establecidas en los artículos 46 y 47 del Código Civil. Entre ellas, se destacan las prohibiciones que no

pueden ser dispensadas: parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y parientes por consanguinidad hasta el segundo grado. Razones de orden público justifican estas prohibiciones, por lo que no tendría sentido que una ley regulara una convivencia semejante a la matrimonial para este tipo de uniones.

iii) Aquellos que no pueden casarse por tener constitucionalmente vedado el acceso al matrimonio

Este es el caso de los homosexuales, a los cuales, como vimos, tanto la Constitución como las normas internacionales de derechos humanos vedan el acceso al matrimonio. Esto no implica, como poníamos de manifiesto, discriminación alguna, por cuanto la diferencia de trato se encuentra justificada por una razón: la esterilidad intrínseca a estas uniones, además de la ausencia del componente de célula social generadora de estabilidad para el conjunto social.

Al equiparar estas uniones al matrimonio (al menos en sus consecuencias jurídicas, sobre todo en los derechos frente a los poderes públicos) la ley estaría creando una especie de matrimonio de segundo grado para aquellos a quienes la CE no permite casarse. Aparte de que se estaría incurriendo en una suerte de “fraude de Constitución”, la extensión a estas uniones del régimen jurídico y de los derechos que corresponden al matrimonio sería una forma de acabar con la especial protección que éste merece.

4.3 Una posibilidad: el contrato de unión civil

El derecho actual tiene instrumentos que permiten dar respuesta jurídica a los problemas que puedan derivarse de estas formas de convivencia. Así, tanto el Código Civil como las leyes específicas vienen siendo integrados por la jurisprudencia, con arreglo a principios técnicos como el del enriquecimiento injusto, y utilizando con prudencia los instrumentos de la equidad y la analogía. Se evitan así las consecuencias materialmente injustas de algunas rupturas de parejas no matrimoniales, sin alterar el esquema básico de la regulación de las instituciones.

Ahora bien, si a pesar de esto se viera oportuno proceder a una regulación de la convivencia que tiene una base no matrimonial, determinando los derechos y deberes de los convivientes, a mi entender lo más respetuoso con el ordenamiento constitucional es una ley que regule un nuevo tipo de contrato, el contrato de unión civil. En este sentido iba la Proposición de ley impulsada por el Grupo Parlamentario Popular en la Legislatura 1996-2000, siendo ponente de la misma Jorge Trias Sagnier. No es el momento de entrar aquí en un análisis de dicha Proposición, pero dado que permitía la celebración de ese contrato a todos aquellos que convivieran (también una mujer soltera y su padre mayor, al que ésta cuida, o dos amigos que comparten piso, por ejemplo), compatibilizaba la protección de estas personas y el respeto a su derecho a no declarar sobre su vida sexual.

5. CONCLUSIONES

De lo anterior pueden señalarse las siguientes conclusiones:

- i) Toda discusión jurídica descansa sobre una comprensión del derecho y el Estado.
- ii) Los derechos deben contemplarse unidos a los bienes humanos a los que sirven. Lo contrario impide la racionalidad jurídica y reduce el derecho a la fuerza.
- iii) En el derecho al matrimonio, el bien humano que merece protección es la institución matrimonial, que asegura a la sociedad estabilidad familiar. Éste es el modelo acogido en la Constitución de 1978.
- iv) La institución matrimonial se define por la complementariedad sexual, la mutua ayuda y apertura a la procreación y educación de los hijos, y la expresión del consentimiento en asumir una serie de derechos y deberes.
- v) Estas notas definidoras del matrimonio nos permiten razonar acerca de la titularidad del derecho a contraerlo.
- vi) Tanto en la Constitución Española como en las normas internacionales de derechos humanos, la titularidad corresponde al hombre y la mujer. Se subraya así la heterosexualidad del matrimonio, algo corroborado por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- vii) La regulación de las parejas no casadas presenta notables problemas de respeto a la igualdad y al derecho a la intimidad. Quizá la solución más prudente sea la de regular un contrato de unión civil, en el que no sea elemento esencial la relación afectivo-sexual entre los contratantes.

BIBLIOGRAFÍA

- Bockenforde, E. W., *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- Cianciardo, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- Cotta, S., *¿Qué es el derecho?*, Madrid, Rialp, 1995.
- D'Agostino, F., *La missione del giurista católico di fronte alla secolarizzazione Della società contemporanea*, Iustitia, 3, 2001.
- Díez-Picazo, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003.
- Gastón Abellán, *La concepción del derecho en el derecho dúctil*, Anuario de Filosofía del Derecho XIII, 1996.
- Glendon, M. A., *Rights Talk. The Improverishment of Political Discourse*, New York, Free Press, 1991.

Instituto Phoenix. Documento elaborado por un Grupo de Trabajo para la Comisión de Estudio de Parejas de Hecho de Nuevas Generaciones del Partido Popular, marzo de 1999.

Juan Pablo II. *Carta encíclica Evangelium Vitae*, núm. 70.

Pérez Serrano, *Tratado de derecho político*, Madrid, Civitas, 1976.

Ratzinger, J., *La crisis del derecho*, Zenit, 12 de noviembre de 1999.

Serna Bermúdez, P., "La dignidad de la persona como principio del derecho público", *Derechos y libertades*, núm. 4, 1995.

Solozábal Echevarría, J. J., Voz "Garantías Institucionales", en *Temas básicos de derecho constitucional*, Manuel Aragón (coord.), tomo III, Madrid, Civitas, 2001.

Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.