

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS VOCALES, LUIS AGUIAR DE LUQUE, JUAN CARLOS CAMPO MORENO, MONTSERRAT COMAS, M<sup>a</sup> ANGELES GARCÍA, JAVIER MARTÍNEZ LÁZARO, FELIX PANTOJA Y FERNANDO SALINAS MOLINA, RESPECTO AL INFORME SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL RELATIVA AL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.**

Es una idea generalmente asumida por la doctrina iuspublicística que los entes públicos, sea cual sea el rango y naturaleza de los mismos, tienen una natural tendencia a desplegar al máximo el ámbito de sus competencias (es el principio sociológico conocido como la “canonización del interés”). Pero que dicha tendencia sea “natural” no quiere decir que ésta merezca a título de principio un juicio positivo y, menos aún, que carezca de límites.

De una parte porque un órgano constitucional, como es en este caso el CGPJ, no es más relevante porque ejerza “cuantas más competencias mejor”, alcanzando incluso ámbitos más allá de los que el ordenamiento le reconoce, sino porque ejerza correctamente las labores que tiene encomendadas.

Y, desde luego, lo que es de todo punto incorrecto en términos jurídicos es interpretar que un ente público, por el mero hecho de hallarse previsto por el ordenamiento, goza de una competencia universal para acometer todo tipo de actuaciones, se hallen o no comprendidas en el ámbito competencial que las normas reguladoras le encomiendan. Es comúnmente aceptado por la doctrina administrativa y constitucional que los órganos estatales, sean administrativos o constitucionales, están constituidos por tres tipos de elementos: personales, materiales y competenciales (por todos Santi Romano), siendo estos últimos el conjunto de potestades y competencias que el ordenamiento le atribuye para el pleno cumplimiento de su función. Y si algo caracteriza al Estado de Derecho (en la

actualidad el Estado Constitucional de Derecho) es precisamente que los entes públicos actúen estrictamente en el ámbito de sus respectivas competencias, a cuyo efecto el ordenamiento establece los cauces adecuados para la resolución de aquellas disputas que entre diferentes entes públicos puedan suscitarse.

Estas breves consideraciones, por obvias que puedan parecer, son aquí sin embargo necesarias toda vez que los Vocales que suscriben entienden que **el Informe del que ahora discrepamos constituye un manifiesto ejercicio de unas competencias de las que el CGPJ carece**, toda vez que a tenor del artículo 108 LOPJ dicho Informe sólo puede ser exclusivamente emitido a instancias del Gobierno sobre Anteproyectos de Ley en curso de elaboración y que versen sobre determinadas materias, petición que en la presente ocasión, a nuestro entender con buena lógica, el Gobierno no sólo no cursó, sino que explícitamente manifestó su intención de no cursarla con fecha 13 de octubre contestando al Acuerdo adoptado por este Consejo el anterior 6 de octubre por entender que no se ocupaba de las materias a que se refiere el art. 108.1 de la LOPJ.

Ante esta negativa explicitada por el Excmo. Sr. Ministro de Justicia, el Pleno de este Consejo puede no compartir el criterio sustentado por el Gobierno, pudiendo quizás haber optado por promover un conflicto de atribuciones ante el Tribunal Constitucional al amparo del artículo 73 de la LOTC. Pero lejos de hacerlo así, y con nuestro voto en contra, el Pleno encomendó a la Comisión de Estudios e Informes un estudio sobre las eventuales reformas legales que pudieran tramitarse en orden a posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo, todo ello en base al artículo 81.5º del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo.

Evidentemente el CGPJ, como órgano de gobierno del Poder Judicial, puede –e incluso debe- realizar a través de su Comisión de Estudios e Informes aquellos

“estudios jurídicos que se consideren procedentes o que se encarguen por el Pleno o por el Presidente sobre temas relacionados con la Administración de Justicia”, tal como prescribe el citado artículo 81.5° del ROF. Pero dicha competencia, obsérvese que prevista en una norma de carácter reglamentario, en ningún caso puede ser interpretada de un modo torticero para eludir los cauces por los que el CGPJ puede intervenir en el proceso de elaboración de Anteproyectos de Ley que se hallan explícitamente contemplados en el artículo 108 de la LOPJ en conexión con el artículo 22.3 de la Ley del Gobierno.

Nada de esto, sin embargo, se produce aquí. El Informe de cuya emisión discrepamos en su día, y seguimos discrepando ahora, se elabora sobre la base de un proyecto de ley aprobado por el Gobierno y remitido para su tramitación como tal por el Congreso de los Diputados. El contenido del Estudio ahora elaborado se dedica a analizar la constitucionalidad/inconstitucionalidad del proyecto, la conveniencia/inconveniencia de la reforma legislativa, pero ni una sola palabra del mismo se ocupa de la incidencia del Proyecto de Ley en la Administración de Justicia, o al menos no más allá de las repercusiones lógicas que cualquier ley tiene en la labor jurisdiccional del Poder Judicial, pues toda ley, por el mero hecho de serlo, se halla potencialmente vocacionada a ser aplicada en sede jurisdiccional. O dicho en otros términos, el sedicente Estudio ahora elaborado se ampara en el genérico enunciado de una norma reglamentaria para eludir las exigencias que el artículo 108 de la LOPJ para que el CGPJ pueda intervenir vía Informe en los procedimientos legislativos que puedan desarrollarse en sede parlamentaria, entendimiento de la competencia de elaborar “estudios jurídicos” por la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ que prevé el art. 81.5 del ROF, del que discrepamos.

Pero es que además ese peculiar entendimiento de las materias sobre las que el CGPJ tiene competencia para intervenir en los procesos de elaboración de normas

y el modo de autoatribuirse ésta (pese a que **el CGPJ carece obviamente de competencia sobre las competencias**) es particularmente grave porque está comenzando a desnaturalizar la naturaleza misma del propio Consejo.

En efecto, como es sobradamente conocido, la Constitución crea entre nosotros el CGPJ como órgano de gobierno del Poder Judicial con la finalidad de garantizar la independencia de éste y sustraer del Poder Ejecutivo tradicionales mecanismos de gestión y gobierno de la carrera judicial que podían cuestionar la independencia de Jueces y Tribunales (la Constitución “*ha querido crear un órgano autónomo que desempeñe determinadas funciones, cuya asunción por el Gobierno podría enturbiar la imagen de la independencia judicial*”. STC. 108/86). En atención a esta misión constitucional el legislador orgánico de 1985 atribuyó al Consejo, sobre la base de las previsiones del art. 122.1 de la Constitución, un elenco de competencias entre las que se encuentran la prevista en el art. 108 (“*El CGPJ deberá informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales ...*”). Pero tal facultad de Informe se halla delimitada por la misión constitucional del Consejo en la que se enmarca y, consiguientemente dicha competencia se acota por el legislador a un conjunto de materias con evidente repercusión en la organización y funcionamiento del Poder Judicial; una mera lectura de las distintas rúbricas del mencionado art. 108 de la LOPJ así viene a confirmarlo: “*Modificación de las demarcaciones judiciales ..., fijación y modificación de la plantilla orgánica de Jueces y Magistrados..., estatuto orgánico de Jueces y magistrados, ...*”. Entre tales apartados, el art. 108.1 de la LOPJ incluye un párrafo e) que literalmente dice:

*“Normas procesales o que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de los derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno los Juzgados y Tribunales”.*

Ciertamente como bien señala el Informe, el CGPJ en el ejercicio de su labor informante viene habitualmente interpretando dicho apartado tanto en un sentido

estricto, como en un sentido amplio, de modo que, aceptada la competencia del Consejo para informar un determinado anteproyecto de texto legislativo por ocuparse de las materias recogidas en el art. 108.1.e de la LOPJ, no limita su labor a los aspectos procesales del anteproyecto, sino que extiende igualmente su dictamen a los aspectos materiales y sustantivos. Pero lo que en ningún caso ha hecho el Consejo (entre otras razones porque la competencia para recabar la intervención de este órgano incumbe exclusivamente al Gobierno) es entender que su facultad de Informe e intervención en el procedimiento legislativo alcanza a toda norma reguladora de derechos fundamentales, entendiendo a su vez esta última expresión (derechos fundamentales) en un sentido amplio; sentido amplio de tal locución que es ciertamente legítimo desde perspectivas constitucionales, pero que combinado con el verbo “afectar” que igualmente aparece al comienzo del art. 108.1.e), termina por conferir una facultad cuasi-universal de intervención al Consejo en el procedimiento legislativo que se compadece mal con la función para la que fue concebido este órgano, confiriéndole una significación política que en absoluto se corresponde con el diseño que de él se hizo por el constituyente.

**El Consejo, con tal modo de actuar desconoce y desdeña las indicaciones que a tal efecto le realizará recientemente el Congreso de los Diputados** que, con ocasión de la presentación de la Memoria anual del CGPJ por el Excmo Sr. Presidente, aprobó un conjunto de resoluciones una de las cuales (concretamente la 25) dice literalmente: “El Congreso de los Diputados insta al Consejo General del Poder Judicial a que en la ejecución de las competencias que le atribuye la LOPJ en materia de informe se circunscriba a la emisión de informes basados en criterios técnico-jurídicos, omitiendo opiniones sobre la oportunidad de la norma y las materias sometidas a informe, evitando las interferencias en competencias que corresponden al Parlamento”.

De otra parte, entrando en el contenido del Informe, al margen de algunas expresiones que como poco cabe de calificar de desafortunadas (una de ellas

particularmente tosca y ofensiva, hoy retirada), tampoco en cuanto al fondo compartimos las tesis que en él se sustentan.

Básicamente el Informe gira en torno a dos ideas básicas: de una parte una eventual ley que contemple la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio suscita serias dudas de constitucionalidad; de otra parte, una legislación de ese tenor afecta a la médula de la institución matrimonial por lo que, en atención a una serie de razones que se exponen en el Informe, dicha iniciativa se entiende desaconsejable.

Pues bien, ni en uno ni en otro sentido podemos compartir las tesis que se sostienen en el Informe que, llámese como se llame y pese a carecer de competencias el Consejo para ello, es un Informe sobre el Proyecto de Ley que sobre esta cuestión aprobó el Gobierno en los últimos días del pasado mes de diciembre. Los Vocales que suscriben, como intentaremos razonar a continuación, entienden que el contenido de dicho Proyecto de Ley ni es contrario a la Constitución, ni hay inconvenientes jurídicos serios que puedan oponerse a su tramitación por el órgano parlamentario.

Desde el punto de vista constitucional la Constitución española de 1978 se ocupa del matrimonio en el art. 32. 1 configurándolo en primer lugar como un derecho: “*El hombre y la mujer tienen derecho a ....*” son las palabras con las que se inicia dicho precepto. Pues bien, en este marco el Proyecto de Ley elaborado por el Gobierno, y del que la mayoría de este Consejo discrepa, se limita a ampliar los potenciales titulares de tal derecho posibilitando que las personas de tendencia homosexual puedan contraer matrimonio con otras de igual tendencia con independencia del sexo biológico que tengan.

Dicho en términos más sencillos, el Proyecto de ley gubernamental, haciéndose eco de la evolución de la conciencia social en este tema, viene a extender el derecho constitucional al matrimonio a un sector de la ciudadanía española que tradicionalmente ha estado social y jurídicamente marginado, de modo muy particular en lo referente a sus prácticas sexuales. Una evolución de la conciencia social por lo demás, conviene recordarlo, que no es exclusiva de nuestro país, sino que ha encontrado igualmente reflejo en textos normativos y jurisprudenciales de diversas organizaciones supranacionales y de varios países de nuestro entorno.

Así, entre los textos supranacionales baste recordar la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2003 que 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 celebren matrimonio”. En similar línea de actuación, la Constitución Europea, ahora tan de actualidad, además de prohibir explícitamente la discriminación en razón de la orientación sexual, garantiza el derecho a contraer matrimonio sin mencionar la diversidad sexual de los contrayentes, “lo que, con toda evidencia, no es casual” al decir del Consejo de Estado.

En los ordenamientos nacionales es preciso recordar que varios países o bien han dado ya el paso de regular explícitamente la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, o bien han consentido este matrimonio sin formular serios reparos a las celebraciones de este tipo que hayan podido tener lugar (las conocidas bodas entre gays que de las que periódicamente viene dando cuenta la prensa); así entre otros, Bélgica, Holanda, Canadá o varios Estados de los Estados Unidos.

En parecidos términos cabe apuntar lo afirmado por el Consejo de Estado cuando en su reciente Dictamen del pasado 16 de diciembre escribe: *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”.*

Las dudas de constitucionalidad manifestadas en el Informe aprobado por la mayoría, no pueden, en suma, compartirse desde esta primera aproximación al art. 32.1 de la Constitución. Como tampoco lo compartió el Consejo de Estado que de modo categórico en su citado Dictamen del pasado 16 de diciembre declaró que sus observaciones partían “del respaldo constitucional de los fines perseguidos por el Anteproyecto”. La ampliación del elenco de posibles titulares de un derecho a ciudadanos que tradicionalmente carecían de éste, en ningún caso puede suscitar dudas o admoniciones de inconstitucionalidad (máxime si estos nuevos titulares son colectivos tradicionalmente marginados e incluso, en ocasiones, perseguidos penal o administrativamente). Y ello por una razón enormemente simple: **la extensión de un determinado derecho a nuevos colectivos de ciudadanos no reduce, desvirtúa o desnaturaliza el derecho a contraer matrimonio de aquellos ciudadanos (ciertamente los más) que tradicionalmente venían ostentando tal derecho.**

Se indica a tal efecto en el Informe aprobado por la mayoría, con palabras escasamente afortunadas, que “según recientes datos del INE el colectivo homosexual tiene una representación ínfima en relación al conjunto de la población



española”, intentando justificar así el olvido una vez más (e indirectamente el desprecio) de un determinado sector de los ciudadanos españoles en razón a sus tendencias sexuales. Pero se olvida en dicho Informe que “*el libre desarrollo de la personalidad*” es, por prescripción del artículo 10.1 de la Constitución, uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, el libre desarrollo de la personalidad que indudablemente debe comprender la libre e institucionalizada manifestación de las tendencias sexuales.

Y a mayor abundamiento hay que recordar que el artículo 9.2 del propio texto constitucional habilita a los poderes públicos para “remover los obstáculos que impidan o dificulten la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra”, legitimando desde perspectivas constitucionales aquellas actuaciones encaminadas a tal remoción de obstáculos como la que aquí se analiza.

Cabe, sin embargo, una segunda aproximación al matrimonio desde perspectivas constitucionales. Es aquella que entiende que la utilización del término “matrimonio” por el constituyente en el precitado artículo 32 encierra igualmente la constitucionalización de una determinada institución, sólidamente arraigada en nuestra sociedad, y caracterizada por un conjunto de rasgos y elementos que a raíz de su reconocimiento constitucional quedan sustraídos a su eventual disposición por el legislador.

Llegamos así a lo que constituye **el núcleo central de nuestras discrepancias con el Informe aprobado por la mayoría, discrepancias que atañen a la concepción del matrimonio que late en dicho texto, asentada en criterios tradicionales, sin duda fuertemente enraizados en los sectores ideológicos conservadores, pero que entendemos que no se corresponden con la evolución que en este punto se ha producido en la conciencia social.** La concepción de la institución matrimonial que late en el texto aprobado por la

mayoría, aunque no explícitamente afirmada, es una concepción que bajo la veste de la heterosexualidad de los cónyuges, pone indirectamente el énfasis en los fines reproductivos del matrimonio convirtiendo a la heterosexualidad y a los fines reproductivos en los elementos esenciales de la institución matrimonial: “el matrimonio o es heterosexual o no es” proclama apodóticamente el Informe.

Sin embargo, los Vocales que suscriben entienden que en la sociedad occidental se han producido en los últimos años unos cambios en la conciencia social sin precedentes en etapas anteriores, cambios en la conciencia social que explican el hecho de que en numerosos países –como ya ha quedado dicho- se haya reconocido, directa o indirectamente, el matrimonio entre personas del mismo sexo, cambios en la conciencia social a los que no ha sido ajeno nuestro país. Es oportuno a estos efectos recordar que hasta épocas recientes entre nosotros el matrimonio era indisoluble, la homosexualidad era denostada como aberrante y las relaciones de pareja al margen del matrimonio socialmente reprobadas. En los últimos años, por el contrario, el ordenamiento jurídico de nuestro país se ha ido pertrechando de normas y mecanismos destinados a superar viejos y ancestrales prejuicios, sin que en ninguno de tales casos se hayan levantado dudas sobre la constitucionalidad de tales medidas: en la actualidad los españoles pueden adoptar sin ser interrogados acerca de su tendencia sexual (lo que indirectamente abre la puerta a que personas de tendencia homosexual puedan adoptar), numerosas Comunidades Autónomas han dictado leyes para regularizar las denominadas “uniones de hecho” que en el pasado carecían de la más mínima regulación y que en la actualidad disfrutaban de un cauce de institucionalización tanto a parejas heterosexuales como homosexuales. Y sobre todo, a los efectos del tema que hoy nos ocupa, **en los momentos actuales en España es jurídicamente posible que un hombre pueda contraer matrimonio con persona nacida varón pero que, dada su orientación sexual, se ha sometido a unas operaciones quirúrgicas que le permiten presentar rasgos femeninos ¿cómo puede decirse a la luz de lo expuesto que el artículo 32 de nuestra**

## **Constitución permanece indiferente a dicha evolución y sigue vedando el matrimonio entre personas del mismo sexo?**

Lo que en verdad sucede es que hoy no puede afirmarse de modo indubitado que entre los elementos de la definición constitucional de matrimonio que recoge el artículo 32.1 de la Constitución, y por ende indisponibles para el legislador ordinario, el primero de éstos es el sexo biológico de los contrayentes, habiendo pasado al primer plano de la institución matrimonial otro conjunto de rasgos y elementos entre los que destacaríamos: la idea de acuerdo de vida en común, los sentimientos de afecto recíproco como fundamento del mismo, la satisfacción de las tendencias sexuales de la pareja con independencia de cual sea su orientación sexual, la ayuda recíproca entre los cónyuges, y todo ello basado en la lealtad y fidelidad recíprocas. Y asumiendo tales ideas, que entendemos hoy ampliamente extendidas en nuestra sociedad, difícilmente puede afirmarse que el matrimonio de personas del mismo sexo constituya una vulneración de la Constitución, sino todo lo contrario, un paso más en pos de la igualdad entre todos los ciudadanos españoles, en línea con el principio de igualdad que los artículos 1.1, 9.1 y 14 de la Constitución consagran.

Es precisamente esta superación de ancestrales recelos hacia las personas homosexuales (recelos de a los que **el Informe se sigue haciendo eco con auténticas “perlas” de conservadurismo como cuando descalifica a estas personas por la “inestabilidad –emocional- que caracteriza sociológicamente a las parejas homosexuales”**) y el intento de asentar de modo más firme el principio de igualdad, lo que lleva al Consejo de Estado a respaldar la constitucionalidad de los fines perseguidos por el Anteproyecto, aunque discrepe de la técnica normativa empleada por el prelegislador para abordar el problema.

En efecto, como es sobradamente conocido, el Consejo de Estado considera desproporcionada la opción adoptada por el Gobierno para resolver el problema planteado, otorgando el derecho pleno a los homosexuales a contraer matrimonio, Frente a esta posibilidad el Consejo de Estado entiende preferible crear una institución a la que se denominase con una expresión equivalente a la de “matrimonio”, confiriendo a ésta los mismos derechos y beneficios que los que tiene la institución matrimonial. Sin embargo, frente a dicha tesis del Consejo de Estado cabe preguntarse ¿sería constitucionalmente legítimo que, para preservar la pulcritud del término “matrimonio”, se privase a un colectivo de ciudadanos por razón de su orientación sexual la posibilidad de acceder a la institución matrimonial? Si tan similar fuese el régimen jurídico de una y otra institución ¿no se estaría discriminando a un conjunto de ciudadanos sin una justificación objetiva y razonable?.

Madrid, 26 de enero de 2005

LOS VOCALES

LUIS AGUIAR DE LUQUE

JUAN CARLOS CAMPO MORENO

MONTSERRAT COMAS D' ARGEMIR

M<sup>a</sup> ANGELES GARCÍA GARCÍA

JAVIER MARTÍNEZ LÁZARO

FELIX PATOJA GARCÍA

FERNANDO SALINAS MOLINA