

El desafío jurídico del matrimonio homosexual

Las recientes reformas legales en países europeos consideran que el matrimonio de personas del mismo sexo se fundamenta en la dignidad humana, la igualdad de los ciudadanos y la eliminación de toda discriminación.



JAVIER NANCLARES

[DER 95 PhD 00]

Profesor de Derecho Civil
de la Universidad de Navarra

LA PERPLEJIDAD ASOMÓ EN EL ROSTRO DE **RAFAEL NADAL** CUANDO EN SU OCTAVA FINAL DE **ROLAND Garros** tuvo que detener su ritual previo a un saque. Un hombre semidesnudo había saltado a la mítica pista **Philippe Chatrier** con una bengala encendida y corría descontrolado por la tierra batida. La sorpresa se mezclaba con cierta irritación, pues era ya la segunda vez que interrumpían la final. Posiblemente Nadal ignorase entonces qué pretendían aquellos desconsiderados, pero millones de espectadores lo supimos de inmediato: protestar contra el matrimonio entre personas del mismo sexo, legalizado en Francia hacía pocas semanas y que Tribunal Constitucional francés (*Conseil Constitutionnel*) había declarado plenamente constitucional.

Al margen de lo censurable que resulta servirse de un evento deportivo para reivindicar derechos políticos o sociales, por legítimos que sean, la anécdota demuestra la tensión vivida en Francia por la reforma del matrimonio, como bien reflejaron multitudinarias manifestaciones como la convocada en París por

el movimiento *Manif pour tous* el 26 de mayo de 2013 y que reunió a un millón de personas.

La modificación legal respondía a una de las sesenta promesas electorales para cambiar Francia formuladas por el candidato socialista a la Presidencia, **François Hollande**. Una vez alcanzado el poder, la ministra de la Familia,

Dominique Bertinotti, confirmó en una entrevista de prensa su determinación para legalizar el “matrimonio homosexual”. Como suele suceder cuando las promesas electorales no tienen un coste económico directo, el Gobierno francés promovió una reforma legal, aprobada por el Parlamento el 23 de abril de 2013 no sin cierta división del voto: 331 a favor y 225 en contra.

A la admisión en Francia del llamado “matrimonio homosexual” se ha unido la legalización en Inglaterra y Gales el 16 de julio de este 2013. Son, por tanto, las últimas manifestaciones de un fenómeno que surge en Europa con el advenimiento del siglo XXI. En 2000 Holanda fue el primer país que modificó su Código civil para suprimir la nota de heterosexuali-



dad en el matrimonio, si bien la protección legal de la convivencia entre personas del mismo sexo contaba ya con ciertos precedentes. Mediante la figura de la “unión registrada”, adoptada por Dinamarca en 1989, se ofrecía a estas parejas un régimen jurídico similar al matrimonio en diversas materias (capacidad, formalidades constitutivas y disolutorias, aspectos patrimoniales de la unión y, en menor medida, aspectos personales).

La regulación de un régimen protector de la convivencia homosexual paralelo al matrimonial, sustancialmente coincidente en materia de derechos (excepto en la adopción conjunta por los integrantes de la unión registrada, materia para la que se ofrecieron soluciones divergentes según qué país) y respetuoso con la denominación jurídica de la institución familiar, fue la solución seguida por naciones como Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia (1996) y Finlandia (2001) —de ahí su difusión como el “modelo escandinavo”— y Alemania, también en 2001.

Sin embargo, la solución propuesta no satisfacía por completo las demandas del Parlamento Europeo que, desde su célebre Resolución de 8 de febrero de 1994, demandaba la protección del modelo de convivencia homosexual al margen de la institución

matrimonial o incluso a través del matrimonio mismo. Reclamación basada en la eliminación de toda discriminación por razones de orientación sexual.

Sin embargo, el régimen de protección diseñado por los países citados —y en el que se inspirarían diversos parlamentos autonómicos de España como Cataluña, Aragón o Navarra—, ha contribuido a la creación de una “cultura jurídica” novedosa. Cultura que reflejaría la invocada “aceptación social” del fenómeno y que formaría un caldo de cultivo idóneo para las posteriores y más “avanzadas” reformas legales en otros países del entorno jurídico europeo.

La identificación de dichas reformas con valores como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad o la eliminación de toda forma de discriminación, permite entender que se produjera, en palabras del catedrático **Rafael Navarro Valls**, un cierto “efecto dominó” ulterior a la modificación del matrimonio en Holanda en 2000. Ese cambio condujo a la posterior aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo en Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2008), Suecia (2009), Portugal (2010) y en Islandia (2010).

Sin embargo, el factor legitimador de esas reformas civiles no fue acabar con una discriminación

El primer país en reconocer las uniones homosexuales fue Dinamarca (1989). El primero en legalizar el matrimonio homosexual, en 2000, Holanda.

secular. Esencialmente porque la consideración del matrimonio como unión de hombre y mujer generadora de una familia no podía considerarse discriminatoria y estaba presente de modo pacífico en los principales textos internacionales de derechos humanos y en la regulación matrimonial de todos los códigos civiles, posición adoptada por la *Cour d'Arbitrage* belga en una sentencia de 2004 y ya antes, en 2002, por el Tribunal Constitucional alemán. Esta institución entendió que la ley de convivencia de parejas homosexuales era la solución a toda posible discriminación y resultaba, por tanto, perfectamente constitucional. También el Tribunal Constitucional portugués, en este caso en 2010, rechazó la existencia de una discriminación en la regulación anterior del matrimonio. Argumento compartido por la *Corte Costituzionale* italiana en una sentencia de 2010 y por el Conseil Constitutionnel francés en 2011 (asunto *Mme. Corinne C. et autres*).

También en España, aunque con mayor tibieza de la deseable, esta idea estuvo presente en la ya famosa sentencia de 6 de noviembre de 2012 de nuestro Tribunal Constitucional. En concreto, cuando este invoca su propia doctrina de 1994 (dictada en un caso de reclamación de una pensión de viudedad por parte del superviviente de una pareja homosexual) en la que señalaba que, tal y como preveía el texto entonces vigente del Código civil, “se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial”. Doctrina que implicaba asumir el principio heterosexual del matrimonio como una opción válida del legislador contenida en el marco de la Constitución. En consecuencia, se puede afirmar que la reforma del Código civil no era obligatoria ni una necesidad



constitucional derivada del principio de igualdad. Ni en España ni en otros países europeos, podemos añadir, que legalizaron el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ahora bien, que la regulación “clásica” del matrimonio fuera constitucional no significa que fuera la única admisible y acorde al derecho a contraer

matrimonio tal y como lo concibe la Convención Europea de Derechos Humanos. Por tanto, cuando el Congreso español aprobó en 2005 el matrimonio homosexual lo que hizo fue desarrollar aquel planteamiento. Posteriormente, el supremo intérprete de la Constitución confirmó la constitucionalidad de dicha ley en su sentencia de 6 de noviembre de 2012, basándose en la modificación de las condiciones para contraer matrimonio y considerando la reforma como una opción más acorde, si cabe, con el texto constitucional.

En efecto, el Constitucional entiende que el nuevo diseño del matrimonio garantiza la dignidad de la persona y respeta tanto la orientación sexual como el libre desarrollo de su personalidad. Argumento que se culmina apostillando: “sin perjuicio de que se puede reconocer que el mecanismo elegido por el legislador para dar ese paso no era el único técnicamente posible”. Es decir, “se pudo optar por diversas modalidades de regulación de la unión entre personas del mismo sexo”, si bien la adoptada por la mayoría parlamentaria es, a juicio del Tribunal, coherente con el mandato constitucional de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

En conclusión, ni la regulación del matrimonio basada en la heterosexualidad era inconstitucional,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no impone la apertura del matrimonio a personas del mismo sexo, pero tampoco proclama su necesaria heterosexualidad.

ni la vigente que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo lo es. Esto supone, en último término, dejar la pelota en el tejado del legislador, a quien le corresponde determinar quiénes pueden contraer matrimonio, qué derechos se derivan de ese vínculo y de qué manera se regulan las uniones de personas del mismo sexo.

El *Conseil Constitutionnel* francés recogió esa misma idea en su sentencia de 17 de mayo de 2013 al afirmar que, al permitir el acceso a la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo, el legislador ha estimado que las diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales no justifican que estas no puedan acceder al estatus y a la protección jurídica vinculados al matrimonio. De esta manera, el mismo Tribunal que había avalado en 2011 la constitucionalidad de la limitación del matrimonio al celebrado entre personas de distinto sexo, admite ahora la constitucionalidad de la reforma que permite el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres.

Al menos en teoría, el reciente planteamiento legal de los distintos tribunales constitucionales europeos sobre el matrimonio permitiría una hipotética reversibilidad de la legislación —es decir, volver a considerar “matrimonio” solo al contraído entre personas de distinto sexo—, si bien tal solución requiere en la actualidad, al menos en España, un arduo esfuerzo político y de opinión pública.

¿ES OBLIGATORIO EN OTROS PAÍSES EUROPEOS?

Aunque la corriente legal y social en pro del matrimonio homosexual crece inexorablemente, algunos Estados europeos mantienen la caracterización del matrimonio como estructuralmente heterosexual.



Esto ha llevado en ocasiones a sus nacionales a acudir a instancias internacionales invocando la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Así ocurre en Austria, cuyo Código civil circunscribe el contrato matrimonial al celebrado entre personas de sexo opuesto. Esto provocó que una pareja de varones austriacos (caso *Schalk and Kopf* contra Austria, dictada el 24 de junio de 2010) demandara en 2004 a su Estado ante el Tribunal de Estrasburgo por entender que el citado precepto vulneraba la Constitución austriaca y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La aprobación posterior de la ley de parejas registradas, en vigor en Austria desde 2010 y que ofrecía a los miembros de las uniones homosexuales idéntica situación legal que a los esposos (excepto paternidad adoptiva o por reproducción asistida), no apaciguó a los demandantes, que entendieron que la falta de una figura legal para su unión en el momento en que se planteó la demanda les había provocado un perjuicio que se debía resarcir.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó expresamente la demanda al considerar que no había existido violación ni del principio de igualdad ni del derecho al matrimonio por parte del Estado austriaco. La sentencia *Schalk and Kopf* fue acogida entonces como una victoria por los defensores del matrimonio tradicional, que la interpretaron como un respaldo a la heterosexualidad de la institución. Sin embargo, la argumentación de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo no permite calificar el fallo como conservador porque en él se reconoce por primera vez que la convivencia entre dos personas del mismo sexo constituye “vida familiar”. Además, y esto es más relevante, abre el matrimonio a las parejas

La reforma del Código civil para eludir la heterosexualidad del matrimonio no era una necesidad derivada del principio constitucional de igualdad.

matrimonio al celebrado entre dos personas de sexo opuesto.

Sin embargo, el Tribunal es más cauteloso a la hora de imponer dicho modelo abierto de matrimonio (es decir, tanto homosexual como heterosexual). Admite la existencia de una tendencia internacional favorable a reconocer algún tipo de protección a las parejas del mismo sexo. Esta misma propensión se percibe también en el Derecho de la Unión Europea, que goza de la cobertura ofrecida por el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de 2007, al garantizar el derecho a contraer matrimonio según las leyes nacionales que regulen su ejercicio. Este precepto ni prohíbe ni impone que se conceda el estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo.

Ahora bien, pese a esta tendencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite la inexistencia de un consenso europeo suficiente sobre esta materia, lo que hace aconsejable respetar el margen de apreciación de cada Estado que, por su proximidad, se encuentra en mejores condiciones para responder a las necesidades de sus nacionales. En síntesis, hay una tendencia en Europa a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero no tan generalizada hoy día que permita imponer una solución común en todas las legislaciones.

La sentencia *Schalk and Kopfes* buen ejemplo de la falsa neutralidad del tratamiento del matrimonio en la actualidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no impone la apertura del matrimonio a personas del mismo sexo, pero tampoco proclama su necesaria heterosexualidad. Su opción sería verdaderamente neutra si partiésemos de cero en la definición de qué es matrimonio, pero si tenemos en cuenta la letra del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la



interpretación que del mismo se venía realizando en materia de matrimonio, cabe afirmar que la citada sentencia sentó las bases para una futura exigencia de tutela legal del matrimonio entre personas del mismo sexo por parte de los Estados.

¿QUÉ ES HOY EL MATRIMONIO CIVIL?

Después de las reformas descritas, se nos ofrece una visión del matrimonio muy alejada de la tradicional y radicalmente enfrentada al matrimonio canónico, origen de las regulaciones civiles.

Buen ejemplo de ello es el Derecho español, donde las reformas introducidas en 2005 (por las que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, se suprime la existencia de causas de separación y divorcio y se prevé la disolución del matrimonio por la mera voluntad de uno de los cónyuges) ofrecen una configuración del matrimonio como una institución al servicio del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de los contrayentes, pero muy limitadamente vinculada a la satisfacción de fines de interés general.

Con la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo se consuma la desvinculación entre matrimonio y apertura a la procreación, al tiempo que la actual regulación del divorcio priva al vínculo matrimonial de toda estabilidad. Por tanto, la estabilidad matrimonial es hoy más tendencial que nunca, con los problemas de índole personal, patrimonial y familiar (en especial para los hijos) que caracterizan a unas rupturas de pareja que constituyen un grave problema social.

La nueva regulación española del matrimonio no afecta a la “garantía institucional” que se contiene en

Para el Tribunal Constitucional, la legalidad del “matrimonio homosexual” no convierte la institución matrimonial en irreconocible para la sociedad española.

el artículo 32 de nuestra Constitución. Dicha garantía —entendida por el Tribunal Constitucional español como aquella que busca preservar “los elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional”, enunciados por la Constitución, pero no desarrollados por ella— no equivale a “inmodificabilidad” sino que basta que los cambios en el régimen jurídico del matrimonio permitan mantener la institución en términos reconocibles para la sociedad en cada momento.

Esta argumentación implina una interpretación evolutiva de la Constitución que, planteada en términos tan generales, resulta ilimitada y censurable por convertir al Tribunal Constitucional en un poder constituyente permanente. En todo caso, el argumento empleado por el Constitucional pone de relieve el carácter histórico del matrimonio, de su régimen jurídico y, en particular, del derecho a contraerlo. Lo que afirma sin dudar nuestro Tribunal Constitucional es que la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo no convierte a la institución matrimonial en irreconocible para la sociedad española actual. Dicho de otro modo, el “matrimonio homosexual” no supone una distorsión de la *imago maestra* del matrimonio que tiene actualmente la sociedad española.

Alterados entonces los rasgos definitorios clásicos (heterosexualidad, apertura estructural a la procreación e indisolubilidad o, al menos, una voluntad de estabilidad institucional), lo que ahora identifica al matrimonio como tal es la igualdad entre los cónyuges, la libertad de elección y la exteriorización formal de esa voluntad de contraer. Estas son sus notas esenciales tanto en España como en una parte creciente de Europa. Esta imagen es el resultado de



una cierta cultura jurídica construida merced a la intervención del legislador, a la interpretación de los tribunales y al contexto internacional en materia de matrimonio. Ahora bien, en España es también una imagen forjada con el paso de los años, en un proceso al que ha contribuido de manera definitiva la inacción de nuestro Tribunal Constitucional.

A diferencia de lo sucedido en Portugal (cuyo Tribunal Constitucional se pronunció con carácter previo a la promulgación de la ley que permitía el matrimonio homosexual); Bélgica (donde la *Cour d'Arbitrage* dictó sentencia un año y medio después de la reforma del Código civil); y Francia (donde el *Conseil Constitutionnel* se pronunció menos de un mes después de la aprobación parlamentaria del matrimonio homosexual), el Tribunal Constitucional español tardó siete años resolver sobre la constitucionalidad de la ley que reguló el matrimonio homosexual. Un periodo extenso en el que hubo tiempo para crear o consolidar esa cultura jurídica y una imagen del matrimonio que muy posiblemente estén presentes en la actualidad, pero que es más discutible que existieran en 2005, año de la aprobación de la reforma legal. Queda abierta la cuestión de si ese retraso fue inocente o deliberado.

En todo caso, parece claro es que el matrimonio en la España y la Europa del siglo XXI avanza hacia una vacuidad e inconsistencia conceptual, hacia una pérdida de sentido transpersonal y de vigor institucional que no concuerdan con la abundancia de consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales, del matrimonio. Y que pueden conducir a un debilitamiento de la estructura familiar, pilar básico sobre el que se sostiene toda sociedad, más aún en tiempos de crisis. ^{Nº}