

MATRIMONIO **=** **MATRIMONIO**

*La constitucionalidad de la ley de reforma del
Código civil que permite el matrimonio entre
personas del mismo sexo*

*Germán Gómez Orfanel
José María Miquel González
Gregorio Peces-Barba Martínez
Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós*



PRESENTACIÓN

La reivindicación de la igualdad de derechos de todas las personas, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, viene de antiguo. De hecho, la misma ha sido a lo largo de la historia una de las causas fundamentales, si no directamente la principal, de los grandes movimientos y revoluciones sociales. En términos muy reduccionistas, pero no por ello menos ciertos, podríamos decir que la lucha por la igualdad ha sido (y es) el motor esencial que mueve la historia de la humanidad.

Los colectivos que tradicionalmente se han visto (y ven todavía hoy) discriminados han sido muy variados. Entre otras muchas condiciones, la raza, el color de la piel, el sexo, la religión o la ideología han sido utilizadas para justificar desigualdades o, simplemente, atrocidades. Entre estas circunstancias ocupan también un lugar destacado aquellas que tienen que ver con la orientación sexual y la identidad de género.

Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales (LGTB) han padecido como pocos en sus propias carnes el estigma de la discriminación, cuando no directamente la agresión física o psicológica, incluso la practicada desde los aparatos del Estado. Todavía hoy en muchos países del mundo las relacio-

nes afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo están penalmente castigadas, en ocasiones, incluso, con la pena de muerte.

España no era una excepción a este respecto. Solo con el advenimiento de la Democracia a finales de los años setenta del pasado siglo, la aprobación de la Constitución y las subsiguientes reformas legales se fue logrando depurar el ordenamiento jurídico de disposiciones que institucionalizaban esas prácticas discriminatorias.

En ese largo camino, jalonado de hitos, adquiere un valor simbólico fundamental la reforma del Código civil que se aprueba en el año 2005 con el fin de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Una de las grandes reivindicaciones del colectivo LGTB se veía así satisfecha.

Pero como la inercia de la discriminación es difícil de frenar, la ley fue recurrida por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular ante el Tribunal Constitucional, por entender, nada más y nada menos, que la misma “desnaturaliza la institución básica del matrimonio”, ignorando, de ese modo, que el matrimonio que reconoce la Constitución en su art. 32 no es una institución atemporal o sagrada, sino un contrato civil sujeto, como todos, a los avances políticos y, sobre todo, sociales.

Hasta que el Tribunal Constitucional resuelva este recurso se habrán celebrado miles y miles de matrimonios entre personas del mismo sexo en nuestro país, muchos de los cuales habrán adoptado hijos, al tiempo que generado distintos negocios jurídicos de la más diversa índole.

Según demuestran las encuestas, hoy en día es muy amplia la mayoría de la población española que está a favor de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio entre sí. Muy significativo es, a este respecto, el sondeo de opinión presentado por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) en mayo de 2011, en el que se deja constancia de que el 77% de los jóvenes de 15 a 29 años encuestados muestran su conformidad con este tipo de matrimonio.

Preocupados por los tiempos venideros, desde el Colectivo de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales de Madrid (COGAM), decidimos que era necesario contribuir a la apertura de un debate en el que voces muy autorizadas de nuestro mundo académico, jurídico y filosófico, se pronunciaran sobre la constitucionalidad de la ley recurrida.

A todos ellos les queremos agradecer muy sinceramente desde aquí su disponibilidad y generosidad. A continuación tendremos oportunidad de apreciar que sus contribuciones son una muestra inequívoca de que desde el rigor científico y la excelencia intelectual se puede también poner en práctica el compromiso cívico.

El reconocimiento de un derecho que beneficia a un determinado colectivo y no perjudica a ningún otro solo puede ser entendido como un avance de la civilización. Desde COGAM nos sentimos muy orgullosos de haber contribuido activamente, junto con otras asociaciones LGTB de toda España, incluida la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales (FELGTB), a que ese reconocimiento fuese primero posible y después real. También estamos convencidos de que la historia nos dará la razón. Por eso, pensamos que quien se atreva a ir contra ella sencillamente se equivoca. Y los errores de ese calibre son muy graves, porque afectan a la esencia de nuestra dignidad. La dignidad que nuestra Constitución nos garantiza a todos, sea cual sea nuestra orientación sexual o identidad de género.

Agustín López Lozano
Presidente de COGAM

Antonio Arroyo Gil
Profesor Asociado de Derecho Constitucional (UAM)
Coordinador de la Comisión de Derechos Humanos de COGAM

Sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo

Gregorio Peces-Barba Martínez

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universidad Carlos III de Madrid.

Ponente Constitucional y

exPresidente del Congreso de los Diputados

La Constitución Española de 1978 abrió las puertas para mejorar el rígido sistema anterior donde prácticamente no existía alternativa al matrimonio católico. En efecto, el matrimonio civil era incluso más rápido y más difícil de anular. Se podría decir, sin ninguna posibilidad de error, que el matrimonio era en sus dos versiones una regulación blindada y de por vida. El artículo 32 establece que:

“1) El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

“2.- 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”.

Estamos ante una redacción muy abierta en la que caben muchas opciones y muchas formas de matrimonio, y se reconoce que el matrimonio se puede disolver, lo que abrirá también la puerta al divorcio. Es especialmente relevante que no se estableciese que

el matrimonio fuera del hombre y de la mujer “entre sí”. De un golpe convertía en real la constitucionalidad de una Ley de divorcio, que vio la luz pronto, todavía con UCD en el gobierno, y se secularizaba la institución, alejándola de raíces sagradas y religiosas. El resto de las vías de apertura era una posibilidad que no se concretaba, y que quedaba a la evolución social y de las mentalidades, entre ellas la de romper el hasta entonces tabú de que el matrimonio sería siempre entre parejas de hombre y mujer. Es verdad que nadie evocó entonces esa posibilidad, y posiblemente nadie lo pensó en concreto, pero tampoco se hizo imposible.

Se había superado la hasta entonces insuperable unidad de un matrimonio entre hombre y mujer sacralizado por su indisoluble vinculación con la Iglesia Católica y demás iglesias cristianas.

Todo podría venir en las posibilidades abiertas por la norma suprema en su artículo 32. En ese contexto surgirá a finales del siglo XX y principios del XXI un importante movimiento a favor del matrimonio entre homosexuales

y bisexuales con personas de su mismo sexo. Normalmente, en las legislaciones que lo permiten no se utilizan esos términos identificadores y, en la línea de nuestra Constitución, lo que se omite es el sexo de los contrayentes. El rechazo a esta innovación se produce entre colectivos homófobos que recuerdan el rechazo hasta hace poco de los nuevos matrimonios. El cambio se impulsa por colectivos sociales defensores de la libertad sexual y de la superación del rigorismo en la regulación del matrimonio. En el mundo clásico se practicaban bodas entre hombres. Era el rito de hacer hermanos (*Adelphopoiesis*). También se hablaba de “adopción” entre hermanos y de “hermanos de sangre”.

Cuando se empieza a equiparar en igualdad al hombre y a la mujer, surge la vertiente laica en su versión jurídica, como un contrato que expresa la relación de convivencia de pareja, basada en el amor mutuo y en un régimen de vida en común. Es una unión que se hace como estable y visible publicándose la relación ante la sociedad en la que viven los dos cónyuges, parejas de varones, o de mujeres, que tienen iguales derechos y deberes.

El matrimonio entre personas del mismo sexo existe como una realidad legal en diez países: Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), No-

ruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010) y Argentina (2010). En los Estados Unidos es legal en Massachusetts (2004), Connecticut (2008), Iowa (2009), Vermont (2009), New Hampshire (2010), Washington D.C. (2010), y Nueva York (2011). En California lo ha sido entre el 6 de julio y el 5 de Noviembre de 2008. En México es legal desde 2010. En otros Estados se han aceptado las uniones legales pero no se les ha llamado matrimonios con todos los derechos. Son New Jersey, Washington, California, Oregón y Nevada.

Es especialmente relevante que en la Constitución no se estableciese que el matrimonio fuera del hombre y de la mujer “entre sí”

En España la Ley entró en vigor el 3 de julio de 2005 y fue una de las primeras iniciativas del primer gobierno Zapatero. El voto final y definitivo en el Congreso fue de 187 a favor y 147 en contra. El

Partido Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad que todavía hoy, en noviembre de 2011, no ha sido resuelto. En una encuesta realizada en este mismo año 2011 el 56% de los ciudadanos estuvieron a favor de la Ley y de que esa unión se denomine matrimonio y de que puedan adoptar hijos.

La Ley española tiene un solo artículo, dos disposiciones adicionales y dos disposiciones finales. El artículo único supone la modificación de diversos artículos del Código civil para adaptarlo a la legalidad de esta forma de matrimonio. Así, se modifica el artículo 44, al que se añade un segundo párrafo: “el

matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”.

Como consecuencia de esa reforma central se modifican los artículos 66, 67, 154, 160, 164 párrafo segundo, 175 apartado 4, 178, apartado 2, 637, párrafo segundo, 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1365, párrafo 2, 1404 y 1458. La Ley se dicta como Ley del Estado porque se trata de una competencia exclusiva reconocida en el artículo 149.1.8ª de la Constitución. Sobre el tema existe una Tesis doctoral de María Martín Sánchez “Matrimonio Homosexual y Constitución (Tirant lo Blanch. Valencia 2008).

También existen leyes de “parejas de hecho”, en Alemania, Andorra, Australia, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Liechtenstein, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Reino Unido, República Checa y Suiza. En España hay leyes de parejas de hecho en Andalucía, Navarra, País Vasco, Aragón, Cataluña, Cantabria, Extremadura y Comunidad Valenciana.

Los argumentos que se utilizan en el intenso debate sobre el tema en la actualidad, en contra de esta apertura llevada a cabo con la reforma del Código civil, son: el romántico (sólo cabe matrimonio entre hombre y mujer); el procreativo (prevalece el argumento iusnaturalista de la continuidad de la especie); y el tradicional (se constata la

persistencia de la fórmula religiosa).

Los defensores del matrimonio homosexual rechazan todos esos argumentos y se apoyan en la igualdad de sexos.

Evidente que todas las tradiciones culturales apoyan al matrimonio entre personas del mismo sexo, excepto las tradiciones religiosas. También coinciden mayoritariamente en que los menores criados en el ambiente de esos nuevos matrimonios crecen en las mismas condiciones que aquellos criados por parejas heterosexuales.

La Ley supone un acierto y un progreso para sectores de la sociedad que estaban marginados y es además, a mi juicio, de justicia y de razón

Creo que esa Ley supone un acierto y un progreso para sectores de la sociedad que estaban marginados y es además, a mi juicio, de justicia y de razón. Solamente desde posiciones antiguas que defienden un papel público para normas religiosas, que sólo pueden valer para los creyentes y nunca en el ámbito público, se pueden sostener y fundamentar las posturas negadoras de este derecho fundamental que es una conquista de la sociedad secularizada y de la laicidad.

Matrimonio como contrato civil

versus

Matrimonio como sacramento religioso

Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós

Catedrática de Filosofía Moral y Política de la UNED

Miembro del Consejo de Estado

.....

Amelia Valcárcel es una de nuestras más destacadas intelectuales en el terreno de la defensa de los derechos y libertades de las mujeres y su dignidad. Sus reflexiones sobre la igualdad y la libertad, la solidaridad y la tolerancia, la convierten en una autora de referencia no solo en nuestro país, sino también a nivel internacional. Pero más allá de sus reconocidos méritos académicos, Amelia Valcárcel destaca asimismo por ser una intelectual socialmente comprometida. Por eso cuando desde COGAM le propusimos colaborar en la realización de este proyecto, de inmediato accedió a ello, sabedora de que el mismo no es sino una manifestación más de aquello por lo que ha venido peleando desde siempre: la defensa de la igualdad (en este caso, del colectivo LGTB).

A continuación transcribimos las principales reflexiones que nos regaló en una entrevista que le hicimos el 15 de noviembre de 2011 para conocer su opinión sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.

.....

El matrimonio viene siendo reconocido como un contrato y, de hecho, no hay definición en derecho que se aleje de esta idea. El matrimonio es, en efecto, un contrato peculiar que causa, al igual que otros contratos, determinados efectos en función de lo que se contrata.

El problema es que en ninguna parte está escrito que la definición de "sacramento" sea la misma definición que "contrato". De manera

que si la Iglesia Romana, pues hay Iglesias cristianas que no siguen esta doctrina, opina que este tipo de contrato solo se puede realizar entre un varón y una mujer, no queda sino reconocer que eso es asunto suyo y de sus creyentes, los cuales, si celebran un contrato de otra naturaleza, actuarán pecaminosamente. Pero el Estado no es la Iglesia, de tal modo que la noción de pecado al Estado le ha de ser indiferente. Para el Estado lo que existe es el delito. Y

en ninguna parte está especificado que dos personas del mismo sexo no puedan tener la relación amorosa que deseen. El Estado, por tanto, tiene derecho a legislar el matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo esto, precisamente, lo que ha hecho el legislador español, que, por cierto, no es el único.

¿Por qué levanta esto tantas resistencias? En primer lugar, porque algo así es llevar la contraria a lo que parece una práctica inmemorial. Y, en segundo término, porque existe, sin duda, una gran hipocresía sobre este particular.

Esto nos lleva a otra cuestión que no es irrelevante y que tiene diferentes manifestaciones: Nuestro partido conservador, en realidad, no es un partido liberal, porque no tiene apenas ideas sobre cómo proteger las libertades individuales. Evidentemente, el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es una libertad individual, y la mejor prueba de que nuestro partido conservador no es liberal es que el mismo no protege esa libertad.

En último término, el partido conservador se refugia en una cuestión nominal para defender su ideología, alegando que a ese

tipo de contrato matrimonial entre personas del mismo sexo no se le puede llamar matrimonio. Quiere llamarlo de otra manera y eso, probablemente, se traducirá en que aquél no surta los mismos efectos, dificultando o imposibilitando, por ejemplo, la adopción, que, como es evidente, sí le está permitida a un matrimonio o a una persona singular. Es prácticamente seguro que a los firmantes de un contrato que no se llame "matrimonio" se les va a restringir alguno de los derechos de los que sí disfrutaban los firmantes de un contrato matrimonial.

Si el matrimonio es un contrato, y para el Estado lo es, todo el mundo tiene derecho a celebrar ese contrato, con los mismos efectos y con idéntico nombre, con independencia de que los contratantes sean un varón y una mujer, dos mujeres, o dos varones.

Pero es que aunque algo así no sucediera, sencillamente, impidiendo a los miembros de esa unión el acceso al nombre del matrimonio, se les estaría restando derechos; en definitiva, se les estaría diciendo a esos contratantes que lo suyo

es otra cosa, que tiene otro valor. Y eso es algo que en un Estado democrático de Derecho no se puede tolerar.

Desde los sectores eclesiásticos se podrá defender lo que se quiera en base a su credo particular, pero, como es lógico, no son esas ideas particulares las que tienen que moderar las prácticas de la sociedad civil. Y mucho me temo que esa con-

fusión está instalada en una parte de nuestros responsables políticos.

A fecha de hoy hubiera sido deseable que el Tribunal Constitucional se hubiera pronunciado ya sobre el recurso interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular contra la ley de reforma del Código civil que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, dado que nos encontramos en una situación en la que, entre otras cosas, están en juego derechos adquiridos por decenas de miles de personas que se han casado ya y que se encuentran en una situación de cierta inseguridad jurídica.

Por otro lado, un dato a tener siempre muy presente en el análisis de esta cuestión es que, como demuestran los sondeos de opinión, hay una amplia mayoría de la población española que está a favor de que las personas del mismo sexo se puedan casar entre sí. Prácticamente todos los ciudadanos tienen algún familiar o, al menos, conocen a alguien que ha celebrado o desea celebrar este tipo de matrimonio. Realmente yo no veo que este tipo de contrato genere ningún rechazo social significativo. Al contrario. Por eso resulta tan difícil de comprender que un partido político se haga

Es prácticamente seguro que a los firmantes de un contrato que no se llame "matrimonio" se les va a restringir alguno de los derechos de los que sí disfrutaban los firmantes de un contrato matrimonial.

eco de unas opiniones o ideología únicamente con el fin de contentar a cierto espectro social minoritario, cuyas ideas no pueden servir para regirnos al resto. Además, no olvidemos algo obvio: Que el derecho a contraer matrimonio no es una obligación, sino una libertad individual que cada uno puede ejercer cómo quiera y con quién quiera.

Resultan, por otra parte, sorprendentes esas prácticas, poco democráticas, consistentes en llevar ante el Tribunal Constitucional aquello que no se ha podido ganar en sede parlamentaria, alegando la posible vulneración de algún artículo de la Constitución. Sinceramente, no me parecen buenas prácticas políticas.

Me gustaría concluir recordando lo ya dicho: Si el matrimonio es un contrato, y para el Estado lo es, todo el mundo tiene derecho a celebrar ese contrato, con los mismos efectos y con idéntico nombre, con independencia de que los contratantes sean un varón y una mujer, dos mujeres, o dos varones. El matrimonio como sacramento que lo regule, si quiere, la Iglesia. Pero el matrimonio como contrato civil es cosa, única y exclusivamente, del Estado.

La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo

Germán Gómez Orfanel

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

Como es bien sabido la Ley 13/2005, de 1 de julio, modificó el Código Civil respecto al derecho a contraer matrimonio.

Aparte de otras reformas, al artículo 44 del Código Civil, que afirmaba que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”, se añadió un segundo párrafo con la siguiente redacción: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

En realidad, dicho artículo debe interpretarse como un desarrollo del artículo 32 de la Constitución, que establece que, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

En relación con la orientación homosexual el ordenamiento jurídico español, a semejanza de otros, ha pasado por las fases de persecución, tolerancia, reconocimiento e incluso equiparación.

Recordemos como ejemplo notablemente significativo que en Estados

Unidos hubo que esperar nada menos que hasta el año 2003 para que con la sentencia *Lawrence contra Texas* el Tribunal Supremo dejase sin efecto la ley de sodomía de Texas que sancionaba incluso las relaciones homosexuales consentidas entre adultos, y, en consecuencia, las de otros Estados con leyes en tal sentido que, en algunos casos, penalizaban además la sodomía heterosexual.

En España la mencionada Ley 13/2005 ha permitido la celebración de numerosos matrimonios entre personas del mismo sexo desde su entrada en vigor hasta la actualidad. Dicha ley se aprobó por las Cortes a pesar de las objeciones planteadas en diversos informes del Consejo General del Poder Judicial y de otras instituciones y, sobre todo, en un Dictamen facultativo del Consejo de Estado de 16 de diciembre de 2004. Con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, parlamentarios del Partido Popular presentaron a fines de septiembre de 2005 un recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la citada Ley, que se halla pendiente de la decisión del Tribunal Constitucional.

Aunque el dictamen del Consejo de Estado y el recurso del Partido Popular tengan, lógicamente, un contenido distinto, si bien este último recoge algunos relevantes argumentos del órgano consultivo, vienen a coincidir en lo siguiente, que me parece lo más relevante y sustancial:

-Rechazo a la apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo, aparte de otras razones por considerarlo anticonstitucional, aunque se aceptan otras figuras jurídicas como pueden ser las uniones civiles con efectos equiparables a los del matrimonio. El Consejo de Estado alude expresamente a *la posibilidad de dar cauce a los objetivos perseguidos por el legislador a través de otros medios más acordes con la Constitución... ha de reconsiderarse la vía escogida...*

- Posición favorable a impedir u obstaculizar que las parejas homosexuales puedan adoptar, basándose en argumentos como el interés del menor.

Comentaré a continuación algunos de los argumentos empleados, sobre todo, en el aludido dictamen.

El matrimonio siempre se ha considerado en nuestro entorno como una institución entre un hombre y una mujer. El legislador no puede legítimamente desnaturalizar tal institución que se halla

constitucionalmente garantizada fuera de su alcance. De producirse cambios deben efectuarse por el Poder Constituyente, mediante una reforma constitucional. Además prueba de todo ello es que el enunciado del artículo 32 de la CE es el único que hace referencia expresa al hombre y a la mujer como titulares del derecho a contraer matrimonio.

En relación con esto último, si nos atenemos a una interpretación literal y estricta, tendríamos que aceptar también los enunciados de los artículos 14 y 19 CE que limitarían a los españoles el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a no ser discriminado y la libertad de elegir la residencia y de circular por el territorio nacional.

La realidad y las relaciones sociales evolucionan, e incorporan constantemente innovaciones y ampliaciones de derechos que antiguamente no estaban asumidos o aceptados. Pensemos en el concepto constitucional de familia, en el de propiedad o incluso en la configuración anterior de las relaciones matrimoniales entre hombre y mujer. No cabe duda de que una eventual modificación constitucional del artículo 32 CE aclararía más las cosas, pero mientras tanto no creo que deba impedirse al legislador ampliar el reconocimiento de unos derechos y de su fuerza ex-

La realidad y las relaciones sociales evolucionan, e incorporan constantemente innovaciones y ampliaciones de derechos que antiguamente no estaban asumidos o aceptados.

pansiva al servicio del libre desarrollo de la personalidad y de una más efectiva y real libertad e igualdad (art. 9.2 CE).

Es cierto que los derechos de la Constitución española han de interpretarse conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2 de dicho texto y que no se han producido todavía decisiones jurisprudenciales relevantes a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo. Tal reconocimiento se ha efectuado en los ordenamientos de algunos países como Holanda, Bélgica y España, y no creo que ello pueda considerarse como una vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y parece oportuno tener en cuenta el contenido de algunas Resoluciones del Parlamento Europeo, como la del 8 de febrero de 1994, en el sentido de recomendar el fin de la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio (Exposición de Motivos de la Ley 13/2005).

Prohibir de modo general la adopción a las parejas o matrimonios del mismo sexo basándose en el interés

del menor, puede entenderse como algo fundado en la idea de que la homosexualidad es un mal, o, al menos, un peligro o perjuicio contagioso para el menor. Puede considerarse que para la formación de la personalidad de un menor es enriquecedora la existencia de referentes maternos y paternos,

pero si fuésemos radicalmente consecuentes, ¿privaríamos de la patria potestad a las madres solteras o a las familias monoparentales?

Una reflexión final. Hay quienes opinan que bastaría con ofrecer a las parejas del mismo sexo que desearan institucionalizar su afecto y convivencia un marco jurídico equiparable al matrimonio, con sus mismos derechos y obligaciones (aunque subsista la reserva frente a la adopción), pero que no sería el matrimonio.

Frente a ello cabe argumentar que tales figuras jurídicas serían *infraconstitucionales* o *extraconstitucionales* ya que desconocerían el derecho constitucional a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo, y ello supondría un tratamiento desigual, no justificado ni racional, es decir, una discriminación no asumible.

Las figuras jurídicas equiparables al matrimonio pero que no se denominasen así serían

infraconstitucionales o extraconstitucionales ya que desconocerían el derecho constitucional a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo, y ello supondría un tratamiento desigual no justificado, ni racional, es decir, una discriminación no asumible

“*Quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur*”

José María Miquel González

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

El título de este artículo es una antigua máxima que expresa un principio fundamental del Derecho: **no se ha de prohibir lo que a ti no te perjudica y a otro beneficia.**

El Derecho Privado Romano se caracterizó por haber sido construido como un sistema autónomo y diferenciado respecto de otros sistemas sociales, como la política, la economía, o la religión. Esta característica le ha dotado de una gran superioridad respecto de otros Derechos. Claro que los demás sistemas sociales le proporcionaban nutrientes y valores, pero al digerirlos los reescribía en términos jurídicos autónomos con funciones propias y específicas. Hoy hay que sostener que es un imperativo constitucional la autonomía del derecho respecto de la religión.

El matrimonio ha experimentado a lo largo de la Historia primero un importante proceso de sacralización y posteriormente uno inverso de desacralización. Antes del Concilio de Trento el matrimonio era asunto que podía celebrarse de manera absolutamente privada y sin más testigos que la propia conciencia de los contrayentes. A partir de Trento el matrimonio religioso se hace público, formal y jurídicamente se sacraliza por oposición al matrimonio civil que, por la disparidad religiosa, se hizo imprescindible allí donde se respetaba la

libertad de conciencia de quienes habitaban en territorios de religión oficial distinta de la suya. El matrimonio informal subsiste todavía en algunos Estados de los Estados Unidos de América. Es el llamado *common law marriage* que se caracteriza por su carácter absolutamente privado y la cohabitación. Este tipo de matrimonio hizo innecesario dar respuesta a las necesidades de regulación de las parejas no casadas, que, en cambio, surgió en los Estados que no reconocían dicho matrimonio. Lo que ahora importa destacar es que este matrimonio se funda en el consentimiento y en la cohabitación como el anterior a Trento.

En España, la desacralización del matrimonio no se logró jurídicamente hasta la ley de matrimonio civil de 1870, que los católicos se negaron a obedecer y por ello fue derogada en 1874. Otra vez, en 1932, la desacralización del matrimonio, que introdujo la ley de matrimonio civil de ese año, fue pasajera, pues la derogó el General Franco (1938), antes incluso que la ley de divorcio. La confusión entre derecho y religión obtuvo con ello un éxito casi total en esta materia, pues el matrimonio canónico lo debían contraer todos los bautizados en la Iglesia católica, de modo que solo se autorizaba el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profesara la religión católica.

Dice Carbonnier que en la constitución de la familia, el elemento carnal o biológico ha perdido importancia en beneficio del elemento psicológico y afectivo. La familia ya no es una invisible red tejida *iure sanguinis*, sino que es un medio educativo, que no existe más que a condición de ser cotidianamente vivido. También dice Carbonnier, con mucha razón, que el derecho y las costumbres no se ordenan ya en este punto de conformidad con unos datos morales o religiosos, sentidos como algo trascendente, sino hacia la búsqueda puramente humana de la felicidad. En este punto quiero recordar el art. 13 de la Constitución de 1812: "El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen".

El derecho al libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE) es un arma que apunta a ese objetivo: la felicidad de los individuos. Ese derecho debe otorgar a las personas una pretensión jurídicamente protegida para remover los impedimentos que se opongan a ella. ¿Ha de ser inconstitucional que los individuos persigan la felicidad? ¿No será más bien contrario al espíritu de la Constitución oponerse a tan natural aspiración?

¿Qué interés constitucional protegería una supuesta prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo? ¿El interés en mantener una definición nominal o el interés de la comunidad en impedir las uniones homosexuales?

La finalidad del derecho es resolver conflictos y asignar derechos y deberes. Una

norma eficiente es la que los resuelva y asigne de una manera segura y si es sencilla mejor todavía. Esto se consigue, a mi juicio, por remisión a un conjunto ya definido normativamente. Se podría efectuar de una manera equivalente, pero insegura, por medio de la analogía. Pero sería poco razonable confiar a una determinación por analogía caso por caso por medio de decisiones *ex post* a realizar por los operadores y aplicadores del derecho. Es preferible una decisión *ex ante* por medio de una remisión de conjunto a todas las normas del matrimonio. Es una manera de legislar simple y sencilla, además de segura, eficiente y económica. Legislando así, se ahorran costes de decisión.

Las definiciones legales remiten a un régimen delimitado por la misma ley que las utiliza, no tienen otro carácter que el de acotar los efectos jurídicos de lo definido.

El problema es si constitucionalmente es inadmisibles esa analogía, si la Constitución reprueba que las uniones extramatrimoniales hetero y homosexuales ostenten o produzcan los mismos derechos que las matrimoniales, pues si se dijera que eso no lo impide la Constitución, como creen los mismos recurrentes, solo restaría como único fin de protección de la supuesta norma constitucional, que la Constitución quiera defender un nombre y esto -a mi juicio- solamente se explicaría desde una inadmisibles ideología que mezclase derecho y religión. Es decir, un resto de la ya superada sacralización del matrimonio. Una negación de la autonomía del derecho respecto de la religión.

¿Ha de ser inconstitucional que los individuos persigan la felicidad? ¿No será más bien contrario al espíritu de la Constitución oponerse a tan natural aspiración?



***Colectivo de Lesbianas, Gays, Transexuales
y Bisexuales de Madrid***

C/ Puebla, 9 - 28004 Madrid (Spain)

☎ (+34) 91 522 45 17

correo@cogam.es

www.cogam.es