

"GIZA
ESKUBIDEEI
BURUZKO
JARDUNALDIAK"
BILDUMA

COLECCIÓN
"JORNADAS
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS"

FAMILIA BERRIAK ETA BERDINTASUN PRINTZIPIOA: EZTABAIDA IREKIA

NUEVAS FAMILIAS Y PRINCIPIO DE IGUALDAD: UN DEBATE ABIERTO



ararteko

Herriaren Defendatzaillea
Defensoría del Pueblo

20
urte años

Zuretzat lanean
Trabajando para ti

**FAMILIA BERRIAK ETA BERDINTASUN
PRINTZIOA: EZTABAIDA IREKIA**

**NUEVAS FAMILIAS Y PRINCIPIO DE
IGUALDAD: UN DEBATE ABIERTO**

**XXIV. Uda Ikastaroak Donostian /
XXIV Cursos de Verano en San Sebastián**

**XVII. Europar Ikastaroak - UPV/EHU 2005 /
XVII Cursos Europeos - UPV/EHU 2005**

**"Giza eskubideei buruzko jardunaldiak" bilduma 9. zka. /
Colección "Jornadas sobre derechos humanos" nº 9**

© ARARTEKO

Fotokonposaketa eta inprimaketa / Fotocomposición e impresión:
Gráficas Santamaría, S.A. • www.grificassantamaria.com

Azaleko irudia / Ilustración de cubierta:
EPS comunicación • www.eps-grupo.com

Paper ekologikoa / Papel ecológico

ISBN: 978-84-89776-31-9

L.G. / D.L.: VI 519-2009

ararteko

AURKIBIDEA / ÍNDICE



AURKEZPENEA: HOMOSEXUALEN DUINTASUNA / PRESENTACIÓN: LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES	9
EL ESTADO Y EL ORDEN SEXUAL (Marie Digoix - <i>Institut National d'Études Démographiques, Francia</i>)	17
MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. REFLEXIONES AL HILO DE LA LEY 13/2005 (Clara I. Asua González - <i>Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho. Donostia-San Sebastián. UPV/EHU</i>).....	43
PERSPECTIVAS JURÍDICO-PÚBLICAS EN TORNO A LAS NUEVAS FAMILIAS: EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA PROMO- CIÓN DE LA IGUALDAD DE DERECHOS Y DE LA DIVERSIDAD DE MODELOS DE CONVIVENCIA (M ^a Luisa Aguirreche - <i>Coordinadora del CAP de personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales. Ararteko. Vitoria-Gasteiz. Facultad de Derecho. Donostia-San Sebastián. UPV/EHU</i>)	69
OTRA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS DE LAS NUEVAS FAMILIAS (Koldobike Mujika - <i>Coordinadora de Gehitu, Asociación de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales de Euskadi</i>)	75
EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL: LENGUAJE, RITO Y DISCRIMINACIÓN (M ^a Ángeles Barrère Unzueta - <i>Profesora de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho. Donostia-San Sebastián. UPV/EHU</i>).....	83
EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO DE LAS PERSONAS HO- MOSEXUALES: EL PRINCIPIO DEL FIN DE UNA DISCRIMINACIÓN Y EXCLUSIÓN BRUTALES (Iñigo Lamarca Iturbe - <i>Ararteko</i>)	109

ararteko

AURKEZPENA/PRESENTACIÓN

**HOMOSEXUALEN DUINTASUNA /
LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES**



“Kontuan izanik munduko askatasuna, justizia eta bakea giza familiako kide guztien berezko duintasunean eta eskubide berdin eta ukaezinetan oinarritzen direla (...) 1. *artikulua*. “Gizon-emakume guztiak aske jaiotzen dira, duintasun eta eskubide berberak dituztela; eta ezaguera eta kontzientzia dutenez gero, elkarren artean senide legez jokatu beharra dute” 2.1. *artikulua*. Gizaki orori dagozkio Aldarrikapen honetan adierazitako eskubide eta askatasunak, eta ez da inor bereziko arraza, larru-kolorea, sexua, hizkuntza, erlijioa, politikako edo bestelako iritzia, sorterrria edo gizarteko jatorria, ekonomi maila, jaiotza edo beste inolako gorabeheragatik. Hala dio Nazio Batuen batzar nagusiak 1948ko abenduaren 10ean onartu zen Giza Eskubideen Deklarazio Unibertsalak.

2008an Deklarazio horren 60. urteurrena ospatu genuen, eta zoritxarrez, ezin dugu esan gure planetan gizakien duintasuna unibertsalki errespetatzen denik. Deklarazioaren testu ederraren eta giza eskubideetan espezializatutako doktrina eta jurisprudentziak eraikitakoaren arabera, duintasun gisa ulertu behar badugu, pertsonak autodeterminatzeko eta bere bizitza garatzeko duen askatasuna gisa, bere izaeraren ezaugarrien eta nahien arabera, bizitzeko gutxieneko baldintza materialen babesean eta elkarrekiko errespetu inguruan; berriz ere diot, definizio horri eusten badiogu, bistakoa da giza eskubideen alde lan egiten dugunok lan eskerga daukagula aurretik. Izan ere, ezin

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...) *Artículo 1*: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. *Artículo 2.1*. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.” Así reza la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En 2008 celebramos el 60 aniversario de esta Declaración sin que, desgraciadamente, podamos constatar que la dignidad de los seres humanos sea universalmente respetada en nuestro planeta. Si por dignidad hemos de entender, a la luz del hermoso texto de la Declaración y de lo construido por la doctrina y por la jurisprudencia especializada en derechos humanos, la libertad de la persona para autodeterminarse y para realizarse en la vida conforme a sus características personales y a su voluntad, en un contexto de respeto mutuo y de salvaguarda de las condiciones materiales mínimas de vida; si nos atenemos, repito, a esa definición, resulta evidente que quienes trabajamos en pro de los derechos humanos tenemos aún

dugu arbuia, ehunka, agian milaka miloi gizakik ez dituztela pertsona gisa dituzten gutxieneko duintasun atalaseak bermatuta. *Ombudsman* edo herriaren defendatzaileak erakunde berme emaileak gara eta pertsonen eskubideen osasuna zaintzeko eginkizun generikoa egokitu zaigu. Horregatik, ez dugu alde batera utzi behar oinarrizko-oinarrizko eskubidea den duintasuna babestea helburu duten ekintzak burutzeari, izan ere hori hartzen dute oinarri gainontzeko giza eskubide oinarrizkoenak. Horiek Giza Eskubideen Deklarazio Unibertsalarekiko errespetuaren oinarri etikoaren inguruan antolatzen den gizartearen halako "DNA moral" modukoa osatu beharko lukete.

Espania albiste gai izan zen 2005ean, bi emakumek edo bi gizonek osatutako bikoteei ezkontzeko eskubidea aitortu zitzaielako. Aipatutako legearen erreformaren inguruan egondako eztabaidatik azpimarratu nahi dugu, haren aurka zeuden politikako eta gizarte sektoreek berek ere, gehienek, bereizkeria, eskarnio eta estigmatizazio mendei bukaera puntu jarri behar zitzaieela agertu zutela. Indarreen zeuden arau moral eta legezkoez izaera bereizlearen ondorioz, sufritu zituzten homosexualak, lehen aipatutakoak. Aipatutako alderdiak matrimonioaren erakundea handitzearen aurka bazeuden ere, legezko *ad hoc* irudiak ahalbidetzearen alde agertu ziren, gay eta lesbianen duintasunaren eta berdintasunaren errekonozimenduari erantzun egokia eman ziezaieten.

un arduo trabajo por delante porque no podemos obviar el admitir que cientos, quizás miles, de millones de seres humanos no tienen garantizados los umbrales mínimos de su dignidad como persona. Los *ombudsmen* o defensores del pueblo somos instituciones garantistas que tenemos asignada la función genérica de velar por la buena salud de los derechos de las personas y, por ello, no debemos sustraernos a llevar a cabo aquellas actuaciones que tengan por objeto la protección del derecho fundamental más básico, la dignidad, sobre el que pivotan en buena medida el resto de los derechos más elementales del ser humano, aquellos que debieran constituir una suerte de "ADN moral" de una sociedad que se organiza sobre la base ética del respeto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

España fue noticia, en junio de 2005, por el reconocimiento a las parejas constituidas por dos mujeres o dos hombres del derecho a contraer matrimonio. Lo que nos interesa destacar del debate habido en torno a la mentada reforma legal es que hasta los sectores políticos y sociales que se opusieron a ella admitían, en su mayoría, la necesidad de poner fin a siglos de discriminación, de escarnio y de estigmatización que sufrieron las personas de orientación homosexual por amar de forma diferente a la establecida con carácter exclusivo y excluyente por las normas morales y legales vigentes. Aunque los citados sectores se oponían a la ampliación de la institución matrimonial, se mostraban favorables a la habilitación de figuras legales *ad hoc* que dieran una respuesta de mínimos al debido reconocimiento de la dignidad y de la igualdad de las personas gays y lesbianas.

Duintasunak, askatasunak eta berdintasunak eskubideen hirukia osatzen dute eta zaila da horiek banatzea eta zatitzea, horregatik adierazi nahiko nuke ehunka mila homosexualiek bizi duten errealtatea ankerra dela benetan. Beren pasio maitasunaren jatorria ezkutatu, ito eta autozentsuratu behar dute, horrenbestez, giza eskubideen defendatzaileen zako lehenetsunezkoa da, botere publikoen aurrean homofobia ezabatzeneko politika publikoak burutzea. Aintzat har bedi, onargarria den nazioarteko Amnistia Internazionala erakundearen arabera, badirela oraindik homosexualitatea zigortzen duten herrialdeak. Beste askotan, homofobiaren ideologia eta baloreak bizirik diraute gizartearen alderdi zabal-tan, baita estamentu ofizialetan ere. Gizarte bazterkeria eta errefusa, torturak eta legez kanpoko atxiloketak, baita erasoaldiak eta isekak eragiten dituzte homosexualen, transexualen edo transgeneroen aurka, eta muturreko kasuetan jipoi basatiak eta hilketak egon daitezke. Horrenbestez, nahitaezkoa da herriaren defendatzaileak, *ombudsmanak*, zabal-zabal agertzea neurri handi batean ezkutuan darraien errealtatearen aurrean (homosexualitatearen egoera ezkutagarria baita), baina sufrimendu eta egoera dramatiko askorekin engainatuta dago, eta nolahi ere, gure herrikide askoren duintasuna den oinarritzko eskubidearen zapalketa dakar.

Gizadiaren aurrera pausoz hitz egiten dugunean, giza eskubideen ikuspuntutik, hau da Nazio Batuen estatu kide guztiak lotzen dituen Giza Eskubideen Deklarazio Unibertuala abiapuntu hartuta, eskubideak zabaldu eta sakontzeari baino

Si bien la dignidad, la libertad y la igualdad constituyen un trío de derechos difícilmente escindibles y parcelables, quisiera significar que es tan atroz la realidad que viven cientos de miles de seres humanos homosexuales, obligados a ocultar, a reprimir y a autocensurar la naturaleza de su amor pasional, que resulta prioritario para los defensores de los derechos humanos impulsar ante los poderes públicos la realización de políticas activas tendentes a la eliminación de la homofobia. Téngase en cuenta que, según los informes anuales de la respetada organización Amnistía Internacional, todavía hay países donde la homosexualidad está penalizada, y, en otros muchos, la ideología y los valores homofóbicos, aún vivos en amplios sectores sociales y en estamentos oficiales, producen exclusión y rechazo social, torturas y detenciones ilegales, así como agresiones y vejaciones, contra personas de orientación homosexual o de identidad transexual o transgénero que, en casos extremos, pueden llegar a brutales palizas y asesinatos. Por consiguiente, resulta obligado que las defensorías del pueblo, los *ombudsman*, se abran de par en par ante una realidad que permanece en buena medida oculta (porque la circunstancia homosexual se puede ocultar) pero que está trufada de mucho sufrimiento, de situaciones dramáticas y, en cualquier caso, supone una conculcación permanente del derecho fundamental a la dignidad de muchos de nuestros conciudadanos.

Cuando hablamos de avance de la humanidad, desde una perspectiva de derechos humanos, es decir partiendo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que vincula a todos los países miembros de las Naciones Unidas, no podemos refe-

ezin diogu erreferentzia egin, pertsona guztien duintasunarekiko errespetu handiago izango duten eta inklusiboagoak izango diren demokrazietara bideratuko gaituztenak. Izan dezagun gogoan, Deklarazioa onartu zenean afroamerikarren eta emakumeen egoera negargarria zela. Zorionez, talde horien bien egoerak nabarmenki egin dute hobera, neurri handi batean, giza eskubideen aldeko erakundeen lan nekaezinari eskerrak. Azken horiek, egun, nahitaez sartu beharko lukete beren agendetan homosexualak edo transexualak diren pertsonen duintasunaren defentsa.

Defentsa horren zati gisa, Arartekoaren erakundeak, UPV/EHUko Udako Ikastaroen barruan, -1997az geroztik egonkortasunez parte hartzen du bertan-, *Familia berriak eta berdintasun printzipioa. Eztabaida irekia* jardunaldiak antolatu zituen Donostian, 2005eko uztailaren 1ean. Argitalpen honetan honakoen txostenak jaso dira: Marie Digoix, Institut National d'Études Démographiques (Frantzia); Clara I. Asua, UPV/EHUko Zuzenbide Zibileko irakaslea; María Luisa Aguirreche, Ararteko erakundearen lesbiana, gay, transexual eta bisexualei Lehentasunezko Arreta emateko Taldearen koordinatzailea; Kolobike Mujika, Gehituko koordinatzailea, Euskadiko Herriko Gay, Lesbiana, Transexual eta Bisexualen Elkarte; María Ángeles Barrere, UPV/EHUko Zuzenbidearen Filosofiaren irakaslea, baita Arartekoaren hitzaldia ere. Horiek guztiak, ikuspuntu juridiko, soziojuridiko eta sozialetik, berdintasun juridikoa testuetan eta ekintzetan errespetatzearen erronka dute hizpide. Sexu orientazio eta identitateen

rinos más que a una continua ampliación y profundización de derechos que conduzca a democracias cada vez más inclusivas y más respetuosas con la dignidad de todas las personas. Recordemos que cuando se aprobó la Declaración, la situación de la dignidad de los afroamericanos y de las mujeres era deplorable y, afortunadamente, se han producido avances notables en lo relativo a los dos colectivos referidos, merced, en gran parte, a la incansable labor de las instituciones pro derechos humanos que, en el momento presente, deberían incorporar inexcusablemente a sus agendas la defensa de la dignidad de las personas de orientación homosexual o de identidad transexual.

Como parte de esta defensa, la Institución del Ararteko promovió, dentro de los Cursos de Verano de la UPV/EHU, en los que colabora establemente desde 1997, la Jornada titulada *Nuevas familias y principio de igualdad: Un debate abierto*, celebrada en Donostia-San Sebastián, el 1 de julio de 2005. En esta publicación se recogen las ponencias de Marie Digoix, investigadora del Institut National d'Études Démographiques (Francia); Clara I. Asua, profesora de Derecho Civil de la UPV/EHU; M^a Luisa Aguirreche, coordinadora del Colectivo de Atención Preferente de personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales de la Institución del Ararteko; Koldobike Mujika, coordinadora de Gehitu, asociación de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales de Euskadi; M^a Ángeles Barrère, profesora de Filosofía del Derecho de la UPV/EHU; así como la propia intervención del Ararteko. Todas ellas abordan, desde perspectivas jurídicas, sociojurídicas y sociales, el reto de respetar la igualdad jurídica, en los tex-

aniztasunetik eta giza eskubideak bete-
tzearen koordinatuen barruan. Ikuspegi
diakronikotik, Europako testuinguruan be-
hintzat, balantzea itzaropentsua da, baina
bukatu gabe dago.

Vitoria-Gasteiz,
2005eko uztaila

tos y en la acción, desde la diversidad
de orientaciones e identidades sexuales,
dentro de las coordenadas de la realiza-
ción de los derechos humanos. En una
perspectiva diacrónica, al menos en el
contexto europeo, el balance resulta es-
peranzador, si bien inacabado.

Vitoria-Gasteiz,
julio de 2005

Iñigo Lamarca Iturbe
Arartekoa

ararteko

EL ESTADO Y EL ORDEN SEXUAL

MARIE DIGOIX

*Investigadora del Institut National
d'Études Démographiques
(INED), Francia*

“No fuimos los primeros y, estoy seguro, no seremos los últimos. Después de nosotros vendrán muchos otros países dirigidos por dos fuerzas imparables: libertad e igualdad.”

José Luis Zapatero,
presidente del gobierno,
30 de junio de 2005*

“Somos una nación de minorías. Y en una nación de minorías, es importante que los derechos no se seleccionen. Un derecho es un derecho y de eso es de lo que se trata en la votación de esta noche.”

Paul Martin,
primer ministro canadiense,
28 de junio de 2005*

En el momento de redacción de esta ponencia, once países europeos (Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Islandia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, España y Suecia) han adoptado leyes que reconocen las parejas homosexuales a nivel nacional. Esta tendencia normativa comenzó en los países nórdicos y fue extendiéndose hacia el sur.

La investigación sobre el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, mediante la introducción legal de la posibilidad de registrar su unión, permite profundizar en cómo las sociedades perciben los cambios, tanto desde el punto de vista de la decisión pública como de la aceptación social. La principal cuestión reside en introducir la ley y en los efectos de dicha ley. ¿Por qué creamos nuevas leyes y cómo?

* Declaraciones del presidente del gobierno español y del primer ministro canadiense en sus parlamentos en relación con la votación de la ley sobre el matrimonio de las parejas del mismo sexo.

Resulta especialmente interesante analizar las leyes sobre las parejas de hecho y las parejas homosexuales. En su mayoría se han aprobado en un plazo de diez años y, aunque estuviesen arraigadas en un fondo histórico y social, todas ellas tienen básicamente los mismos objetivos, aunque perfiles distintos.

¿Cómo puede ser que una ley cuyo objetivo es reconocer las parejas homosexuales tome distintas formas en distintos países y por qué sucede? ¿Qué podemos saber de una sociedad a través de su perfil legal?

Con el estudio de los casos de Dinamarca, Francia y los Países Bajos buscamos interpretaciones, mediante el análisis de convergencias y diferencias, de cómo las personas y sus relaciones con la ley están adquiriendo su lugar en la sociedad, cómo funciona el vínculo entre normas y leyes, y qué papel tienen para la política, especialmente cuando el tema es delicado.

I. MODOS DE PENSAMIENTO POLÍTICO Y MODOS DE ACTUACIÓN

En Europa se han adoptado básicamente tres modelos de reconocimiento de parejas del mismo sexo. Viendo sus contextos legales, políticos y sociales, la opción de los Estados refleja también su aproximación a los temas homosexuales. Esto es observable tanto en los antecedentes como en la elaboración y redacción de las leyes.

Así, en primer lugar, Dinamarca eligió crear una nueva ley al respecto, mientras que los Países Bajos recurrieron al matrimonio y Francia adoptó la forma de un contrato privado. Esas opciones no se basan únicamente en características sociales, sino que revelan diferencias más profundas en la concepción del Estado y la ciudadanía y también en los niveles de reflexión sobre los temas sociales.

Agenda política

A principios de los ochenta, los temas sobre la antidiscriminación en torno a los homosexuales se hicieron un hueco en las agendas políticas a nivel europeo, posibilitando que en los entornos políticos y sociales se debatieran en un momento en el que la discriminación contra las mujeres ya se había abordado¹.

¹ Borrillo, Daniel.- "L'orientation sexuelle en Europe"- *Les Temps modernes*, vol. 55, n° 609, junio-julio, 2000, p. 263-282.

Se comenzó en 1981 con una recomendación del Consejo de Europa² y, en 1984, el Parlamento Europeo³ adoptó una resolución que condenaba la discriminación hacia los homosexuales. Era la primera vez que los organismos europeos adoptaban una normativa específica, aunque sin carácter vinculante.

Por su parte, el Consejo Nórdico, un órgano supranacional compuesto por Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, había avanzado en la misma línea, si bien de una manera más analítica. Dicho Consejo emitió una recomendación pidiendo que se recabara información acerca de la situación de los homosexuales en cada país miembro (Nr. 17/1984) y, de forma más directa, solicitó la cooperación mundial contra la discriminación (Nr. 18/1984)⁴.

En toda la esfera nórdica se ha atendido especialmente la igualdad de derechos, el desarrollo del individuo y la inclusión de las minorías dentro del Estado. Desde su creación en los años cincuenta, el Consejo Nórdico analiza la armonización de las leyes, principalmente para que los ciudadanos circulen y trabajen libremente en todos los países miembros.

Debido al funcionamiento propio de estos órganos, las consideraciones supranacionales europeas y nórdicas sólo tuvieron el carácter de recomendaciones. No obstante, reflejaron la preocupación de todos o de la mayoría de los países socialmente desarrollados, así como todas las áreas de acción posibles. Consecuentemente, los países que más posibilidades tenían para reaccionar eran aquéllos cuyas condiciones sociales fuesen más propicias.

Siguiendo la recomendación del Consejo Nórdico, los Estados miembros comenzaron a desarrollar sus investigaciones sobre la situación de los homosexuales. Dinamarca empezó a trabajar en ello en 1984 y la comisión establecida al efecto remitió su informe en 1988⁵.

Es difícil determinar el motivo por el que Dinamarca ha sido el primer país en adoptar una ley para legalizar la unión entre miembros del mismo sexo. Aunque

² Reunión en el Parlamento del Consejo de Europa.- *Recomendación 924/1981 Octubre de 1981 "sobre la discriminación contra los homosexuales."*

³ Parlamento Europeo.- *Resolución sobre la discriminación sexual en el puesto de trabajo*, 1-1356/83, PE 87.477.

⁴ Vide Hrefna Friðriksdóttir.- *The Nordic gay and lesbian «marriage»: No children allowed.*- Harvard Law School LLM paper, 1996, mimeo.- p. 8-11.

⁵ Homoseksuelles Vilkår - afgivetaf kommissionen til belysning af homoseksuelles situation i samfunde.- Betænkning nr. 1127, 1988.- 212 p.

hay algunos indicadores presentes en aquel momento, otros países tenían las mismas características de fondo. En todo caso, la decisión danesa arrastró a todos los países en condiciones similares. La clave de la cuestión es si los daneses eran los más proclives al reconocimiento de esos derechos a los homosexuales o si fue parte de un proceso más general que ya había empezado.

A finales de los años setenta, Dinamarca sufrió grandes cambios sociales siendo el primer país europeo, junto con Suecia, en mostrar índices muy bajos de matrimonio. En los años siguientes, reconociendo la inadecuación del marco legal respecto de los comportamientos sociales, Dinamarca comenzó un proceso para reformar la ley del matrimonio (mientras Suecia adoptó dos leyes de cohabitación para heterosexuales y homosexuales). En el marco de dicha reforma se comenzó a cuestionar a quién le concernía y en qué forma deberían darse los cambios. En 1968, un comité formado para la reforma del matrimonio ya había suscitado la posibilidad de la apertura hacia uniones no tradicionales como los de los grupos o los homosexuales y, en 1984, la oposición liberal presentó en el Parlamento un proyecto privado de ley de las parejas del mismo sexo, principalmente con espíritu de protesta y para mostrar su progresismo social respecto a los conservadores gobernantes.

Si bien esta propuesta fracasó finalmente, sí influyó considerablemente en el curso de los eventos posteriores, ya que se había conseguido enraizar el debate en esos términos, cuando volvió a aparecer en 1988. Sin embargo, el término "pareja" se adoptó en esta ocasión, para disociarlo del matrimonio reservado para los heterosexuales, y desde entonces no se ha vuelto a discutir.

La asociación Danesa de Gays y Lesbianas (LBL) incluyó el tema en sus actividades y, a lo largo de los años, se establecieron comisiones con diferentes puntos de vista. En algunos momentos se solicitó la posibilidad del matrimonio y, en otros, se descartó, lo que probaba la dificultad de consenso entre los representantes de los gays y las lesbianas. En la década de los setenta, las cuestiones ideológicas y prácticas quedaban reflejadas en las distintas demandas: igualdad respecto a los heterosexuales (abriendo el matrimonio o suprimiendo el matrimonio), y una protección para las uniones de hecho, heterosexuales u homosexuales⁶. Las discusiones dentro de los círculos homosexuales y del Comité para la reforma del matrimonio (favorable a una ley de cohabitación) llevaron a la asociación a acordar una propuesta de ley de

⁶ Hansen, Bent & Jørgensen, Henning.- "The Danish Partnership Law: Political decision making in Denmark and the National Danish association for Gays and Lesbian"- ILGA.- *The Third ILGA Pink Book*.- New York: Prometheus books, 1993, p. 90.

parejas que satisficiera, con compromisos, a ambos bandos. Para entonces estaba claro que la organización no reclamaría el acceso al matrimonio.

Por lo tanto, confluían al menos tres condiciones para que algo pasara: la reforma del matrimonio, la necesidad declarada de los homosexuales de una protección legal y la reflexión organizada por los representantes de la comunidad de gays y lesbianas. Faltaba que alguien avanzara: los partidos políticos. Aquí intervino el poder de presión que representaba el LBL para presionar a los políticos para que actuaran.

Las diversas direcciones en las que continuaron los otros Estados nórdicos, a pesar de ser conscientes de la ley danesa y de los lazos comunes en las políticas sociales, están especialmente relacionadas con las orientaciones políticas de cada sociedad. Si nos preguntamos cuál es el significado de crear una ley sólo accesible para una minoría, debemos indagar en cuál es la consideración estatal de dichas minorías.

II. SEPARADOS PERO IGUALES...

La opción danesa de crear una ley que únicamente sería accesible para parejas del mismo sexo creó dicha categoría, al definir el matrimonio para los heterosexuales y las parejas de hecho para los homosexuales. La ley parte de una referencia directa a la existente ley del matrimonio (*Lov nr. 372 af 7. juni 1989 om registreret partnerskab, artículo 2*). ¿Significó la elección de una ley concreta la especificación de particularidades respecto de los homosexuales? La Comisión establecida en 1984 era el ejemplo viviente de una consideración específica de la discriminación que sufrían algunos ciudadanos daneses.

La decisión política danesa de promulgar la ley de parejas del mismo sexo suscita algunas cuestiones preliminares fundamentales. A primera vista, el gobierno danés estaba reconociendo una minoría y, hasta cierto punto, sus especificidades. Ello puede relacionarse con las múltiples discusiones, de los años anteriores, entre los cuerpos gubernamentales y la asociación de gays y lesbianas⁷. Puede que también tenga relación con el informe de la Comisión, de pronta aparición, que no recomendaba la promulgación de una ley

⁷ Las condiciones en las que se elaboró la ley se han descrito en Digoix, Marie & Festy Patrick.- *L'Etat, la loi et le couple homosexuel: l'esprit nordique*.- Ponencia presentada en el XVIIIe Congrès de l'association internationale des sociologues de langue française, Tours, 5-9 de julio, 2004, CR 03, sociologie du droit.- p. 3-4.

(cuestión que sorprende ya que la mitad del informe se dedicaba a examinar el estatuto legal de las parejas, los hijos, la situación social, las propuestas anteriores de protección de la cohabitación, etc., si bien la motivación de los miembros de la Comisión era diversa⁸).

En un nivel político, tras un continuo progreso hacia la antidiscriminación, había que dar un paso más, aunque no demasiado grande, ya que la propuesta falló en la consideración de la filiación como parte del compromiso. De alguna manera, era mucho más fácil crear una ley específica, sin abordar los temas de filiación, que reconocer el matrimonio pero no los derechos de filiación (lo que, unos treinta años después, resultó ser factible para Bélgica). De hecho, la visión del matrimonio todavía se correspondía con una fuerte representación social (como arquetipo de control estatal, masculino, religioso, etc.) y se descartó rápidamente tras intentos no muy convincentes. Por otra parte, las discusiones se llevaban a cabo con la asociación LBL en torno a la propuesta de parejas del mismo sexo, hecha en 1984. El marco existente de una ley diseñada por el partido afectado supuso rápidamente el guión a seguir. Considerando el grado de implicación de las personas involucradas en las discusiones y las acciones de presión que se adoptaron, no fue sorprendente que esto llevara a la creación de una ley totalmente nueva.

Ahora bien, intrínsecamente, la novedad no fue tal ya que la ley de parejas de hecho supuso una copia de la ley del matrimonio excluyendo las consecuencias de la filiación. ¿Qué llevó a los políticos y a los grupos homosexuales a acordar una ley que les estigmatizaría y, si bien, disminuiría la discriminación por un lado, simultáneamente, la aumentaría por otro? Dado que la redacción de la ley partió de la ley del matrimonio, la comparación con el modelo heterosexual es evidente. Y debido a que la redacción principalmente especifica estas diferencias, es decir, lo que no se les aplica a los homosexuales, subraya la discriminación.

El Estado danés con la intención de equiparar los derechos entre parejas de distinto y del mismo sexo ha adaptado el modelo heterosexual a la imagen que el homosexual tiene en su mente: un tipo de relación heterosexual sin derechos de filiación y procreación, dado que estas parejas no podrían reproducirse biológicamente. Esto se hizo sabiendo que los homosexuales tenían hijos, de anteriores matrimonios heterosexuales, de procreación asistida médica y de otras maneras que, al no ser legales, han sido rechazadas.

⁸ Capítulos 7 a 12, de un total de 14.

Pero en aquella época, en 1989, parecía la cosa más realista que se podía hacer. Las reflexiones llevadas a cabo en los cuatro años que se necesitaron para publicar el informe llevaron a unas pocas reformas concernientes a la situación legal de los homosexuales, referentes a los impuestos de las herencias, la legislación de antidiscriminación, etc., y prepararon la ley que, más o menos, únicamente les concedía un estatus.

En la encrucijada del juego político

Las incursiones concernientes a los homosexuales en la legislación danesa fueron dinámicas, en comparación con otros países, porque el país es más bien pequeño y a menudo sus demandas son apoyadas por individuos de altas esferas políticas. Erik Albaek, un analista político danés, ve una ética liberal entre la clase política que llevó a considerar el sistema como "basado en la tolerancia, en la libertad individual o en la igualdad de derechos"⁹. Cuando observamos las posturas de miembros del parlamento de distintos partidos está claro que el deseo de derogar la discriminación estaba ampliamente extendido.

Sin embargo, la propuesta de ley no se hubiera planteado sin una estrategia política. La propuesta tuvo lugar en un contexto especial donde el gobierno estaba formado por una coalición que ya había fracasado en un consenso de ley en 1984. En 1988, el gobierno conservador todavía se oponía a la ley pero algunos nuevos elementos hicieron que la aprobación de la ley fuera posible. Aún así, fue una táctica política delicada la que ayudó a aprobarla.

Debido a la sociedad, que demandaba tolerancia y la primacía de la vida privada, y debido al ideal de progresión que todavía estaba presente en la mente de la esfera política danesa, era imposible presentar el lema conservador. El gobierno se opuso al proyecto de ley presentado, alegando principios técnicos

⁹ Albæk, Erik.- "Political Ethics and Public Policy: Homosexuals between Moral Dilemmas and Political Considerations in Danish Parliamentary Debates!"- *Scandinavian Political Studies*, vol. 26, n° 3, 1998, p. 247. Esto lo mantiene fuertemente con las mismas conclusiones que Rune Halvorsen está discutiendo en Noruega, cf. Halvorsen, Rune.- "The Ambiguity of Lesbian and Gay Marriages. Change and Continuity in the Symbolic Order!"- *Journal of Homosexuality*, n° 35, 3/4, 1998, p. 207-231.

para mantener la unificación¹⁰. A pesar de ello, los miembros del Parlamento estaban divididos entre el deseo de aprobar la ley (Partido Socialista, Liberales radicales, Partido progresista) y el deseo de apoyar la coalición en el poder. Sin embargo, Erik Albaek señala como un elemento importante el hecho de que la encuesta de voto entre los votantes de los partidos gobernantes mostró una mayoría favorable el proyecto de ley. Puede que esas contradicciones hayan llevado a los miembros del Parlamento a votar de acuerdo con distintas posiciones, dependiendo de si querían apoyar al gobierno, satisfacer a los votantes, o de acuerdo con sus creencias.

En conjunto, el proyecto de ley, aunque hubiera una gran oposición al más alto nivel, estaba tan anclado en un proceso en desarrollo que se hubiera podido aprobar incluso en un ambiente hostil.

III. LA MÁXIMA IGUALDAD EN LAS RELACIONES, DESPUÉS EL MATRIMONIO

Debemos partir del hecho de que los Países Bajos no habían comenzado el proceso hacia la igualdad de los gays y las lesbianas, a pesar de la existencia de la ley de parejas danesa. Los Países Bajos tenían un perfil social del mismo tipo que Dinamarca, con progreso social, altos valores ideológicos y un poderoso Estado de Bienestar. La sociedad, debido a su típica construcción como una organización multipartidista (con católicos, protestantes...), es conocida por su tolerancia, una clase política diversificada y una representativa asociación de Gays y Lesbianas (COC).

Desde un punto de vista político, la diversidad social facilita la visibilidad de las minorías que ocupan un lugar en el proceso social y en el respeto de las

¹⁰ El gobierno se opuso al proyecto de ley porque el partido conservador de la coalición estaba en contra, llevándole a votar en contra de su propia propuesta. Pero debido a que otros estaban a favor, se abogó por argumentos técnicos frente a los morales que, de hecho, motivaban el rechazo conservador. Como se ha dicho, estos argumentos no se podían mantener debido a la concepción de justicia y de derechos individuales que la mayoría de los daneses tenían.

De hecho, en los debates parecía que los argumentos comunitarios no los apoyaban desde ambos lados. El gobierno opuso argumentos negativos como la proximidad con el matrimonio y que Dinamarca no podía ser el primer país en permitir que parejas del mismo sexo legalizaran su unión ya que supondría una quiebra en el derecho internacional de la familia. Vide Albæk, Erik.- "Political Ethics ..."; p. 253, para listas detalladas de los argumentos.

identidades, porque ninguna identidad prima sobre las demás. A diferencia del caso danés, sí podemos ver la importancia del juego político en la aprobación de la ley holandesa. Se constata la primacía del sistema político, ya que la sociedad y el sistema legal están tan íntimamente relacionados que existen las posibilidades de que las demandas sociales sean escuchadas.

Ahora bien, con una fuerte organización en los sesenta, habiendo obtenido grandes logros en medidas antidiscriminación, el COC se convirtió en la víctima de su éxito, perdiendo toda influencia en una sociedad cada vez más tolerante en la aceptación hacia los gays y las lesbianas. No lograron avanzar hacia nuevos temas y rechazaron especialmente el de la pareja, debido a divergencias internas¹¹.

Así, la asociación de gays y lesbianas no ha tenido un gran papel en el caso de los Países Bajos. El deseo de una ley de parejas se ha impulsado por individuos concretos, fundamentalmente intelectuales gays (con la figura principal de Henk Krol, director de la popular revista gay *Gaykrant*), y por discusiones políticas apoyadas por los abogados que han construido una presión muy imaginativa, dinámica y constante. Su objetivo consistía en abrir el matrimonio a los homosexuales, enfrentándose a las estructuras judiciales del Estado al solicitar acuerdos matrimoniales, considerando la ley de las parejas registradas, aprobada en 1997, como un primer paso¹².

De hecho, los debates que condujeron a las propuestas de proyectos de ley, o a la ley de Parejas Registradas, o la del Matrimonio más adelante, comenzaron con una demanda de igualdad en un proceso legal de “pequeños pasos” que probablemente tenga relación con el éxito final. Así, todas las áreas de la ley en la que había discriminaciones se fueron cubriendo para posibilitar un matrimonio que finalmente supondría un símbolo, de una manera más completa que Dinamarca, dado que la filiación ha sido obtenida conjuntamente.

La ley de parejas registradas de 1997 no tuvo la misma significación que la danesa, aunque lleva el mismo nombre. Al mismo tiempo que se creó el primer estatuto legal para las parejas del mismo sexo, era aplicable también a

¹¹ Chambon, Laurent.- *Le sel de la démocratie : l'accès des minorités au pouvoir politique en France et aux Pays-Bas.*- Amsterdam : ASSR-Université d'Amsterdam, 2002.- p. 151.

¹² Digoix, Marie, Festy Patrick & Waaldijk Kees.- *Same-sex couples and heteronormativity.*- Ponencia presentada en la reunión anual de 2004 de la Population Association of America, Boston, April 1-3, 2004, p. 8-9.

las parejas de distinto sexo, para prevenir toda posible discriminación. A partir de ahí, las políticas se dirigirían a equiparar el mayor número de áreas legales posible. Cuando la ley se aprobó se sabía que sólo era una cuestión de tiempo el que la apertura del matrimonio se produjera. De este modo, las parejas de distinto sexo y las del mismo sexo podrían compartir el mismo estatus.

Estas dos leyes en sí son sólo una parte del proceso legal para eliminar todas las discriminaciones, hacia todo tipo de parejas, aunque cohabiten, estén registradas o casadas¹³, dado que, de hecho, todas las políticas legales de los Países Bajos han intentado equiparar todos los derechos entre las parejas del mismo sexo y de distinto sexo, en el campo de la cohabitación, de las relaciones registradas y del matrimonio, así como entre estas tres modalidades.

El último paso hacia la igualdad era el matrimonio. La base oficial de su presentación fue la propuesta, en 1997, del comité Kortmann que fue designado específicamente para estudiar la apertura del matrimonio mientras la ley de las parejas registradas se estaba aprobando.

Políticamente se protegió con un acuerdo gubernamental cuando el grupo de presión GayKrant logró que la propuesta del proyecto de ley se inscribiera en el “*programa de gobierno*” de la coalición gobernante antes de las elecciones. Una vez inscrito, ello significó básicamente que no había posibilidad de que no se realizara¹⁴. Debido a la fuerte tradición de una sociedad con gran diversidad social, las decisiones políticas siempre se adoptan de esta manera. Así, se evitaron los debates públicos lo que supuso su ausencia en los círculos homosexuales, sociales y políticos.

IV. LA POSTURA POLÍTICA FRANCESA DEL REPUBLICANISMO

Dinamarca y los Países Bajos tienen una larga historia en la reflexión en torno a los derechos de los homosexuales. Francia no la tenía cuando la idea de un marco legal comenzó a aparecer a principios de los años noventa. La prohibición contra la edad de las relaciones homosexuales no se suprimió hasta

¹³ Waaldijk, Kees.- “Small Change: How the Road to Same-sex Marriage Got Paved in The Netherlands”.- Wintemute, Robert Andenæs Mads (eds).- *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*.- Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 437-464.

¹⁴ Chambon, Laurent.- *Le sel de la démocratie...*, p. 152.

1982 (gracias a la mayoría socialista que se acababa de elegir) y Francia estaba bastante rezagada respecto de otros países occidentales.

Aún así, la ley danesa tuvo algún eco entre los círculos homosexuales y para esa época la necesidad de una protección legal para las parejas comenzó a emerger debido a las trágicas consecuencias de la epidemia de SIDA que azotó especialmente a Francia. De hecho, desde 1990 a 1998, se presentaron tres propuestas de proyecto de ley para poner fin al vacío legal en el que se encontraban las parejas homosexuales, especialmente en caso de enfermedad o, aún peor, de muerte, de alguno de sus miembros. Por ejemplo, la cohabitación de dos personas del mismo sexo no se reconocía en ningún campo jurídico y se dejaba en manos de los miembros de la familia todos los asuntos de la persona dependiente. La preocupación era máxima en los círculos homosexuales y comenzaron a llegar a la clase política, pero la sociedad no estaba, ni mucho menos, preparada para aceptar un alto nivel de reconocimiento como pareja o matrimonio. Ello era así porque simplemente no se hablaba de la homosexualidad.

Las propuestas se movieron entre los políticos que tenían una especial intención de promover una ley y los expertos a los que se acudía para encontrar una solución legal de los problemas materiales planteados por los círculos homosexuales. El juego político era inestable durante los años en los que se elaboraron distintos proyectos y dado que el asunto se consideraba difícil, las condiciones no eran favorables al debate. Los partidos políticos, incluso en el ala izquierda, no estaban motivados. Estos hechos se produjeron durante los años del ajetreado segundo mandato de presidente socialista François Mitterrand, quien tuvo que hacer frente a la derrota en las elecciones parlamentarias con una mayoría conservadora en el poder, y durante el primer mandato del presidente conservador Jacques Chirac, quien tuvo que afrontar exactamente lo mismo, en el lado políticamente opuesto. De esta manera, cuando la izquierda volvió al poder en 1997, los conservadores habían dirigido los asuntos internos del Estado desde 1993 y había una oposición tan fuerte, desde la derecha, que ninguna propuesta se hubiera podido aprobar. Ello es obvio a la luz de las dificultades y de las controversias que surgieron en el momento en que la ley finalmente se debatió y se aprobó (el texto principal se reconsideró desde mayo de 1998 hasta octubre de 1999 -con un episodio miserable, en octubre de 1998, cuando la propuesta de proyecto de ley no se aceptó para el debate después de que la izquierda desertara de la Asamblea debido a que era fin de semana-). Aún así, la ley la han apoyado los partidos de izquierdas y nadie más. Los altos

grados de humanismo que estaban presentes en las fuerzas conservadoras de otros países faltaban en los representantes políticos franceses, con escasas excepciones, principalmente entre las parlamentarias.

Aunque los debates en torno a la ley empezaron en Francia bastante después que los de Dinamarca y los Países Bajos, la diferencia sustancial entre los tres procesos nacionales es que la homosexualidad se dejó a un lado en los debates franceses en una situación paradójica en la que se estaba todavía al principio del proyecto y la mayoría de las propuestas las redactaron y las apoyaron los homosexuales.

En relación con ello, se evocaron dos razones principales, con mayor o menor justificación y veracidad. Desde el punto de vista estratégico de los que promovieron la ley para que tuviera éxito, se decidió que la ley debería abrirse a los heterosexuales (la primera propuesta y algunas otras posteriores también se referían a hermanos y relaciones “no sexuales”). Por consiguiente, los debates se plantearon sobre lo que les podría encajar a los heterosexuales que rechazaban el matrimonio. Se presentó como una ley que ofrecería, a todos los partidos que querían compartir algunos intereses, un marco legal que no competiría con la ley de la familia, es decir, que se alejaría suficientemente del matrimonio existente para parejas de distinto sexo.

Desde un punto de vista político, se puso énfasis en una ley que incluiría parejas de distinto sexo para mantener el idealismo republicano de la sociedad francesa. Desde el principio, incluso en 1991, el proyecto CUS se abrió a heterosexuales como mencionó Jean-Pierre Michel, quien más tarde elaboraría un pacto civil de solidaridad: *“El grupo de trabajo y nosotros deseábamos que este proyecto no se dirigiera únicamente a homosexuales, como es el caso de los países del norte de Europa, porque nos oponemos a la idea de que la República Francesa pueda elaborar un texto para una comunidad concreta”*¹⁵.

En la misma lógica, en el otro extremo representado por las fuerzas conservadoras, aunque también por algunas progresistas, había un gran miedo a la apertura del matrimonio a los homosexuales. En la época en que en Francia

¹⁵ *“Le groupe de travail et nous-mêmes avons désiré que ce projet ne soit pas destiné aux homosexuels simplement, comme c’est le cas dans les pays d’Europe du Nord, parce que nous étions opposés à l’idée que la République française pût faire un texte pour une certaine communauté”* in Théry, Irène & Michel, Jean-Pierre.- «Concubinage ou union sui generis : le statut et les droits».- *Le Banquet*, n°12-13, septembre-octobre, 1998, p. 24.

se debatían distintas formas de ley, abrir el matrimonio a parejas del mismo sexo era impensable¹⁶.

Tratando de evitar el tema homosexual, se puso el énfasis en los cambios de la sociedad que llevaban al declive del matrimonio y al aumento de la cohabitación. Reconocer un único estatus a ambos (parejas de distinto sexo que no querían casarse y parejas del mismo sexo que no se podían casar) suponía una ley que no se completaría con el matrimonio, con el objetivo de atraer a aquellos que lo rechazaban.

Abordando el tema desde el rechazo a la discriminación, los Países Bajos lo afrontaron de distinta manera. No querían discriminar las parejas de distinto sexo creando un estatus que únicamente sería accesible para parejas del mismo sexo (parejas registradas), pero, tres años después, se reconoció un estatus que únicamente era accesible para las parejas de distinto sexo (matrimonio).

Una de las particularidades del caso francés reside en que las propuestas de proyecto de ley habían generado un debate público que no llegó a los medios de comunicación populares, sino que entró también en la vanguardia, en el campo de los expertos académicos. Estas discusiones, en algunos casos apasionantes, habían rescatado una amplia gama de argumentos sacados de diferentes áreas de investigación (Psicología, Antropología, Sociología, etc.), que repercutieron en los ambientes político e intelectual franceses, alimentando el pensamiento científico y dibujando el clima intelectual.

V. DEMOCRACIA EN PROGRESO

¿Cómo interpretar la diversidad de opciones entre los tres países? Dinamarca y los Países Bajos adoptaron la opción de inscribir las relaciones entre miembros del mismo sexo en su sistema de derecho familiar, lo que no es el caso de Francia. Las legislaciones de los países del norte tras aprobar estas leyes originales continuaron el camino hacia los derechos de los padres y la filiación. Crearon derechos que ahora se pueden solicitar en otros lugares debido a que ya existen.

Dinamarca ha sido el país que realmente ha estudiado la homosexualidad mientras elegía su opción y ha colaborado con los representantes de gays y

¹⁶ Vide el único punto de vista opuesto de Eric Fassin (Fassin, Eric.- "Ouvrir le mariage aux homosexuels"- *Le Monde diplomatique*, n° juin, 1998, p. 22.)

lesbianas. Tal vez sea por eso por lo que pudieron hacer frente a la creación de una ley para homosexuales únicamente como oposición a los países que, como Francia, no sólo apenas se atrevió a discutir la homosexualidad, sino que más bien abogó por un principio anti-comunitario.

La decisión danesa fue motivada por preocupaciones antidiscriminatorias pero se alzaron voces para resaltar que el crear esa ley específica, únicamente reducía una discriminación creando otra. Por otro lado, se ha contemplado como un instrumento sólido para ofrecer una visión de la homosexualidad como algo normal dentro de la diversidad, si bien existen limitaciones. Así fue indicado en Canadá por el primer ministro Paul Martin (“separados pero iguales no es completamente igual”) y también en Suecia por Hans Ytteberg, el defensor del pueblo contra la discriminación por razones de orientación sexual, subrayando que el reconocimiento de la igualdad en dignidad no ha conllevado igualdad de derechos¹⁷. Si bien el efecto pionero danés pudo suponer cierto descontento, en 1989, tuvieron que reflexionar en torno a una situación completamente nueva, lo que, en sí mismo, supuso un gran paso en los derechos para los homosexuales.

Pocos años después, pero más tarde que Noruega, Suecia e Islandia, los Países Bajos han optado por no discriminar de ninguna manera adoptando una ley que incluiría también parejas de distintos sexos, haciendo implícita la diferencia con el matrimonio y dejando la cuestión abierta. Por otra parte, la comunidad homosexual nunca ha demandado crear un marco especial para los homosexuales, contando con una débil representación de sus organizaciones. Ningún proyecto se ha llevado a cabo como tal principalmente porque la demanda de acceso al matrimonio vino de iniciativas individuales por parte de personas que estaban bien integradas en la sociedad en su más alto nivel (político, cultural y académico) y estaban solicitando una igualdad real que intuían que conseguirían.

La originalidad de la ley francesa es el resultado de una estrategia complicada. Si bien en última instancia puede reflejarse la homofobia en un nivel más o menos alto en todas las esferas políticas, así como en la social, fue imposible entonces –y tal vez aún lo es hoy- lograr un compromiso entre los intereses diversos respecto del derecho de familia. El debate principal giraba en torno

¹⁷ Ytterberg, Hans.- “All Human Beings are Equal, but Some are More Equal than Others”:- Boele-Woelki, Katharina & Fuchs, Angelika.- (eds) *Legal recognition of same-sex couples in Europe*.- Antwerp/Oxford/New York, 2003.- p. 1-9

a parejas que querían que la ley reconociese un menor compromiso que el matrimonio, si bien supuso un punto de comienzo en el reconocimiento de los homosexuales. Naturalmente, la diversidad de visiones respecto de la ley es enorme y la ley tiene distinto significado para los homosexuales que no tienen otra opción para obtener protección para su pareja.

Por tanto, en Francia, la existencia de una ley restringida a los derechos tradicionalmente vinculados a la pareja permitió el debate sobre la apertura del matrimonio, en un primer nivel. Pero a la luz de lo que sucedió en los Países Bajos y ahora en Bélgica, la ley de las parejas registradas puede resultar tan perjudicial como el pacto civil de solidaridad, según señala el defensor del pueblo sueco contra la discriminación por razones de orientación sexual, que ha comenzado un proceso legislativo, en noviembre de 2003, para abrir el matrimonio.

En un nivel más ideológico no podemos cuestionar la voluntad política de encuadre, incluso de limitación, de los homosexuales en un modelo básico de pareja que no es, y así ha sido demostrado por encuestas sociológicas, el acuerdo de vida más popular entre los homosexuales. Los políticos rara vez inventan e innovan, pero no podemos ignorar el hecho de que hay tensión entre el modelo de varios compañeros, el marco de no cohabitar, la red de amistad, u otras relaciones exclusivas o no exclusivas, desarrolladas como relaciones homosexuales en diversas condiciones históricas, por un lado, y el modelo de pareja, por otro, que existe en los debates de los círculos homosexuales y que no habría correspondido al Estado decidir. Ningún Estado estaba o está en disposición de reflexionar sobre la igualdad con leyes distintas a las existentes, siendo el principal objetivo, con mayor o menor objetividad, la reducción de la distancia entre los estatus. El objetivo último de la lógica antidiscriminatoria debería haber sido la apertura del matrimonio, aunque sea un asunto complicado.

Aún así es una decisión política ajustarse al modelo heterosexual mientras no se reconozcan todos los “derechos heterosexuales” a los homosexuales, creando así una jerarquía de la sexualidad, a pesar de que en los discursos antidiscriminatorias se defiende lo contrario. Si miramos ahora hacia otros países europeos, en un breve repaso de los hechos más destacados de las leyes sobre uniones de parejas del mismo sexo, debemos subrayar que aunque los Estados nórdicos han reconocido los derechos de los homosexuales como iguales a los de los heterosexuales (Suecia ha creado el primer defensor del pueblo contra la discriminación por orientación sexual), mantuvieron

la diferencia teniendo al principio leyes muy incompletas en lo que se refiere a la igualdad.

Probablemente Suecia haya sido alcanzada por una falta de tiempo debido a la precipitación danesa ya que, en 1987, ellos decidieron adoptar una ley de cohabitación y luego abrieron la adopción completa en 2004 y ahora se vuelve hacia el matrimonio, en procesos legislativos lentos pero constantes. No es sorprendente que Bélgica, que abrió el matrimonio más tarde, haya ido más lejos adoptando una ley abierta a las relaciones familiares denominada "loi de Cohabitation Légale", mientras que Francia todavía está pensando mejorar su pacto civil de solidaridad para prevenir la apertura del matrimonio. En otro nivel, Suecia, y en menor medida Noruega, están ofreciendo leyes de cohabitación que están mucho más cerca de su nivel de protección del pacto civil de solidaridad que las parejas registradas. Destacando la originalidad de la ley noruega, frente a la más tradicional sueca, la principal diferencia es la obligación de registrarse en Francia, mientras las leyes escandinavas se aplican por defecto.

VI. MATRIMONIO, FILIACIÓN Y EL ORDEN SIMBÓLICO: CUESTIONES IDEOLÓGICAS SOBRE LA DISCRIMINACIÓN, LA HOMOSEXUALIDAD Y LA FAMILIA

*"No existe ninguna conexión universal entre el sexo, el amor y el matrimonio; esas conexiones se construyen socialmente"*¹⁸

1. ¿Por qué matrimonio?

Hace más de quince años que se aprobó la ley de las parejas de hecho en Dinamarca. En los once países que han legislado en la materia, tres han optado por el matrimonio. Muchos más están solicitando el acceso a esta ley única. Suecia inició un proceso legislativo en 2003 y Francia comenzó con una demanda privada de dos individuos en 2004. El salto más espectacular lo ha dado España ya que aprobó el matrimonio y la adopción, simultáneamente en 2005, después de tener distintas leyes autonómicas que cubrían derechos específicos. No comentaré ni el caso canadiense ni el caso Massachussets,

¹⁸ Plummer, Ken.- "Men in love: Observations on male homosexual couples"- Corbin, Marie.- *The Couple*.- Hardmonsworth: Penguin, 1978, p. 187.

debido a la diferencia de los sistemas jurídicos, aunque las aspiraciones simbólicas y sociales, y también la voluntad política, son afines.

Anteriormente me he centrado en Dinamarca porque, al haber optado por introducir las parejas de hecho en 1989, supuso un modelo para otros países. Independientemente de la opción elegida, la cuestión resulta interesante porque Dinamarca demostró que era posible. No obstante, cada país abordó cuestiones distintas para elegir en qué forma se adaptaba mejor a su sociedad y a su sistema legal. Cuando los Países Bajos permitieron el matrimonio, se produjo un cambio porque era un paso importante hacia la igualdad y porque abría el debate del tema simbólico. Llevó a los países a reflexionar, o por lo menos a comenzar una reflexión, no únicamente en torno a la igualdad de los ciudadanos en la sociedad, sino también sobre cuál era el significado social y jurídico del matrimonio y de la familia.

El matrimonio, en un principio difícilmente reconocible, ahora resulta accesible porque su significado ha cambiado con los años. El matrimonio se ha organizado fundamentalmente para controlar las propiedades patrimoniales mediante la unión y la filiación legal. Hasta finales de los sesenta, la procreación fue un elemento no negociable de la vida matrimonial y un elemento a evitar por el soltero. Con la revolución anticonceptiva, la sexualidad se desconectó del matrimonio y de la maternidad.

Mientras tanto, la independencia económica adquirida por las mujeres en otros terrenos flexibilizó los lazos familiares, y los cambios sociales llevaron al matrimonio a ser un acuerdo de vida entre diferentes. Por ejemplo, los países nórdicos consiguieron bastante pronto un sistema de derechos individuales sociales, dando total independencia individual para lograr la igualdad siendo pareja o no.

Las tasas de convivencia subieron tanto como los nacimientos fuera del matrimonio. Las formas de familia se extendieron a los padres de familia solteros, a las familias recompuestas, etc. Las leyes que regulaban la filiación comenzaron a extenderse a las parejas que no estaban casadas, por lo que el matrimonio era la manera más fácil de organizarse, pero no la única.

Por qué importa el matrimonio

Al matrimonio se accede mediante una ley que reconoce el derecho a tener una relación como pareja, de forma simbólica pero también práctica. Todos

los individuos tienen el derecho de casarse o no, sea cuál sea su nivel de significación actual.

¿Qué aporta el Estado a los lazos familiares y cuáles son las expectativas sociales? En general, el matrimonio y las leyes de familia suponen un control pero también una protección estatal cuando una relación se convierte en un asunto público. Estar casado significa derechos y obligaciones y que, en cierto modo, el Estado interfiera en su intimidad en ciertos supuestos. Además del poder simbólico, de carácter esencial, la protección pública se dirige básicamente en el supuesto de que haya conflictos. Precisamente por ello, las personas no suelen fijarse inicialmente en estas cuestiones. La mayoría de las demandas sociales en relación con la protección pública del matrimonio se dirigen a ser capaces de designar o de elegir quién va a cuidar de ellos, quién va a apoyarlos en caso de problemas, quién tendrá el derecho de heredar, etc. Además, quieren que la relación con sus hijos se rija por reglas.

Las modalidades fiscales y de otra índole varían de país a país y, en general, los derechos en relación con ellas no se demandan como derechos fundamentales sino como secundarios. Aún así, los homosexuales son como los heterosexuales, tienen parejas y quieren compartir los mismos derechos. El matrimonio ofrece todo eso en un único acto.

2. Los mejores intereses del niño y el orden simbólico

Cuando la filiación importa

Si el matrimonio se convierte en la organización de una relación privada, también significa resolver los asuntos relacionados con los hijos. Dado que lo que motivó las leyes de parejas del mismo sexo no fue la lógica del derecho de familia, sino de la no discriminación, en un principio, no se abordó el tema de los hijos. No obstante, abordar tratamientos injustos relacionados con la situación de las parejas estaba llevando inevitablemente a la cuestión de la paternidad, porque los individuos no están desconectados de las características sociales. Islandia, el último de los cuatro países escandinavos en adoptar una ley, seis años después de Dinamarca, no pudo evitar el debate y concedió derechos a los hijos de un miembro de la pareja. Progresivamente, los otros países nórdicos enmendaron sus leyes y todas ellas incluyeron derechos de custodia y derechos de adopción hacia los hijos de un miembro de la pareja. En estos casos, los derechos de los hijos los regulan leyes específicas, diferentes de la del matrimonio. Esto explica

la posibilidad de abordar fácilmente las cuestiones relacionadas con el matrimonio, sin dirigir las reflexiones hacia la filiación y la paternidad.

Por tanto, en un primer momento, los Estados evitaron vincular los derechos de los padres con las leyes de las parejas del mismo sexo. Existía una consideración de una supuesta ley natural, reflejada en todos los países durante los debates de las leyes de parejas o de matrimonio, de que dos personas del mismo sexo no podían ser padres. Nunca se había cuestionado que ya podían serlo, porque entonces se aplicarían las leyes existentes. Tampoco que quisieran ser padres, lo que las leyes existentes no permitían.

Este esquema de pensamiento se da en todos los Estados desde que los países europeos y no europeos permitieron la adopción para parejas del mismo sexo, desde que la procreación por asistencia médica está permitida en algunos países europeos, etc. En todo caso, la cuestión tiene que hacer frente a consideraciones internacionales que se dejaron a un lado en los primeros debates.

Tampoco se ha tenido en cuenta la evolución social en la que la posición de los homosexuales en la sociedad se ha mejorado especialmente a través de la creación de leyes de parejas de hecho. En otras palabras, en un principio no se contó con el éxito de la integración homosexual en la sociedad, defendida a través de dichas leyes, ni tampoco con el hecho y el deseo de los homosexuales de ser o querer ser padres.

Pero, indudablemente, detrás de la promulgación de las leyes de parejas de hecho, el espectro de la filiación estaba presente. Evitado en todas las leyes originales, excepto en los Países Bajos, en todos los debates principales y secundarios, el objetivo (oculto) último era conceder derechos a las parejas del mismo sexo sin darles los derechos de paternidad. ¿Por qué? Fundamentalmente, la privacidad que se aplicaba a las relaciones sexuales no se abrió en la mente del legislador para la filiación y la paternidad, considerados un asunto social. En todos los países se manejó un concepto relativo a los intereses preferentes de los hijos y al orden simbólico para evitar el enlace entre las leyes de las parejas de hecho y la paternidad.

Bajo la suposición, no comprobada¹⁹, de que un niño se criaba mejor por un hombre y una mujer (mientras no se cuestionaba la posibilidad de adopciones simples), el concepto del *mejor interés para el niño* llevó a los países nórdicos a dejar a un lado la introducción de los derechos de paternidad. No obstante, pronto se cambió de opinión, por lo menos respecto de los niños que ya habían nacido. Primero Islandia, después Dinamarca, y luego los demás países, dieron derechos de custodia y después de adopción hacia el hijo de un miembro de la pareja. Aquí el fundamento no residió en pruebas científicas, sino en la necesidad de hacer frente a situaciones reales concretas. Hubo una reconsideración, totalmente distinta, del mejor interés del niño (para que tuviera padres cariñosos al margen de su sexo). Llevando su lógica hasta el final, en 2003, Suecia, tras realizar una encuesta sobre la condición del niño en familias homosexuales, abrió la adopción, incluyendo la adopción internacional, para las parejas del mismo sexo y, en 2005, legalizó la procreación por asistencia médica para lesbianas, yendo más lejos que los Países Bajos, que únicamente habían autorizado la adopción interna.

Vuelve a aparecer el orden simbólico

Es el debate francés sobre el pacto civil de solidaridad donde realmente podemos comprender algunos objetivos y razones que llevaron a la situación descrita. El orden simbólico apareció en los debates franceses, tal vez debido a una fuerte tradición intelectual (argumentos que apelaban al trabajo antropológico de Levi-Strauss), y también debido al debate simultáneo de la ley de igualdad (igualdad en el acceso de las mujeres al Parlamento). Todo ello llevó a discutir la importancia de una sociedad basada en la diferencia de sexos, simbolizada a lo largo de los años por la unión del matrimonio. El lazo con la filiación era que “el matrimonio es la institución donde se ha articulado la diferencia de sexos a través de las generaciones”²⁰. El principal argumento contra el acceso de las parejas del mismo sexo era que crear una ley de las parejas de hecho amenazaba ese orden simbólico necesario socialmente para la reproducción. Ahí reside la propuesta

¹⁹ Antes de los suecos, los políticos europeos no pensaron en acudir a los investigadores americanos que habían dirigido muchos estudios que evidenciaban que no se mostraba ninguna diferencia entre niños criados en familias con miembros de distinto sexo o en familias del mismo sexo.

²⁰ Fassin, Eric & Feher, Michel.- “Parité et Pacs : anatomie politique d’un rapport”.- Borillo, Daniel & Fassin, Eric (eds) .- *Au-delà du Pacs*.- Paris : PUF , 1999, p. 31., citando Irène Théry, Théry, Irène.- «Le contrat d’union sociale en question».- *Esprit*, n°236, Octubre, 1997, p. 159-187.

de ceñirse a una protección de la cohabitación, ya que se aplica a una situación existente, que no cuestionaría la tradicional visión de la pareja heterosexual como el pilar de la sociedad. Pero tampoco cuestionaría la naturaleza de la paternidad como un hecho más social que natural.

La ambigüedad de esta consideración se aprecia quizá más en el caso francés, donde se niega el estatus pero se reconoce la homosexualidad. Sin embargo, estamos lejos de un reconocimiento jurídico de la homosexualidad que influiría en el significado de la ciudadanía. Los homosexuales no son considerados como iguales sino que únicamente se les concede la ratificación de una práctica de hecho.

La función de la pareja, si no la pareja en sí, no se aborda desde su nivel ideológico. Una vez más, los Estados esperarán a que cambien las costumbres para que la ley reconozca más derechos, a pesar de sus declaraciones anti-discriminatorias²¹. Basándose en este gran debate, los investigadores de las ciencias sociales han demostrado que esta visión esencialista de la sociedad es más política que antropológica. Habiéndose descartado todos los argumentos falsos, las posiciones se mantienen. Mientras otros países permiten el matrimonio, suscitando estas cuestiones, los políticos franceses todavía prefieren apelar a la consolidación del pacto civil de solidaridad para mejorar los derechos hacia el estatus simbólico que se evita otorgar.

En este particular debate sobre la igualdad y el pacto civil de solidaridad, las contradicciones observadas en los argumentos utilizados, en un caso u otro, muestran, cómo Eric Fassin y Michel Feher señalaron, que: *“hay una necesidad de hacer un análisis de las normas que organizan la sociedad como efecto de una regulación concreta, definida histórica y socialmente, y no como expresión de un hecho natural o invariable culturalmente”*²². Todas las leyes se aprobaron gracias a una gran voluntad política de las fuerzas progresistas y con la oposición de los conservadores. Pasados más de quince años desde que se promulgó la primera ley en Dinamarca, la sociedad no se ha derrumbado.

²¹ El camino canadiense en este punto es bastante sorprendente, dado que el primer ministro Paul Martin apela no sólo a la reflexión en torno a las minorías sino también al orgullo como país: *“Nosotros al proteger los derechos de las minorías, protegemos nuestra naturaleza multicultural. Estamos reforzando el valor de Canadá. Estamos diciendo, orgullosos y estoicos, que defender los derechos -no sólo los que nos corresponden, no sólo los que todos aprueban, sino todos los derechos fundamentales- es el alma de lo que significa ser canadiense,”* palabras del primer ministro Paul Martin en el proyecto de ley C-38 (Ley del Matrimonio Civil), del 16 de febrero de 2005.

²² Fassin, Eric & Feher, Michel, *idem*, p. 43.

BIBLIOGRAFÍA

Adam, Philippe ; Hauet, Eric & Caron, Caroline.- *Recrudescence des prises de risque et des MST parmi les gays: résultats de l'enquête Presse gay 2000*.- Paris : Ministère de l'emploi et de la solidarité, ANRS, INVS, 2001.- 56 p.

Albæk, Erik.- «Political Ethics and Public Policy: Homosexuals between Moral Dilemmas and Political Considerations in Danish Parliamentary Debates».- *Scandinavian Political Studies*, vol. 26, n° 3, 1998, p. 245-267.

Borrillo, Daniel.- «L'orientation sexuelle en Europe».- *Les Temps modernes*, vol. 55, n° 609, juin-juillet, 2000, p. 263-282.

Chambon, Laurent.- *Le sel de la démocratie: l'accès des minorités au pouvoir politique en France et aux Pays-Bas*.- Amsterdam: ASSR-Université d'Amsterdam, 2002.- 254 p.

Digoix, Marie & Festy Patrick.- *L'Etat, la loi et le couple homosexuel: l'esprit nordique*.- Paper presented at the XVIIe Congrès de l'association internationale des sociologues de langue française, Tours, July 5-9, 2004, CR 03, sociologie du droit.- 17 p.

Digoix, Marie, Festy Patrick & Waaldijk Kees.- *Same-sex couples and heteronormativity*.- Paper presented at the Population Association of America 2004 annual meeting, Boston, April 1-3, 2004.- 23 p.

Fassin, Eric.- "Ouvrir le mariage aux homosexuels".- *Le Monde diplomatique*, juin, 1998, p. 22.

Fassin, Eric & Feher, Michel.- «Parité et Pacs: anatomie politique d'un rapport».- Borrillo, Daniel & Fassin, Eric (eds) .- *Au-delà du Pacs*.- Paris : PUF , 1999, p. 13-43.

Halvorsen, Rune.- «The Ambiguity of Lesbian and Gay Marriages. Change and Continuity in the Symbolic Order».- *Journal of Homosexuality*, n° 35, 3/4, 1998, p. 207-231.

Hansen, Bent & Jørgensen, Henning.- "The Danish Partnership Law: Political decision making in Denmark and the National Danish association for Gays and Lesbian"-. ILGA.- *The Third ILGA Pink Book*.- New York: Prometheus books, 1993, p. 86-99.

Hrefna Friðriksdóttir.- *The Nordic gay and lesbian «marriage»: No children allowed*.- Harvard Law School LLM paper, 1996, mimeo.- 144 p.

Homoseksuelles Vilkår - afgivet af kommissionen til belysning af homoseksuelles situation i samfunde.- Betænkning nr. 1127, 1988.- 212 p.

Plummer, Ken.- "Men in love: Observations on male homosexual couples".- Corbin, Marie.- *The Couple.*- Harmondsworth: Penguin, 1978, p. 173-200.

Søland, Birgitte.- "A queer nation? The passage of the Gay and Lesbian Partnership Legislation in Denmark, 1989".- *Social Politics*, n° Spring, 1998, p. 48-69.

Théry, Irène & Michel, Jean-Pierre.- «Concubinage ou union *sui generis* : le statut et les droits». - *Le Banquet*, n° 12-13, septembre-octobre, 1998, p. 23-40.

Waldijk, Kees.- "Small Change: How the Road to Same-sex Marriage Got Paved in The Netherlands".- Wintemute, Robert Andenæs Mads (eds).- *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law.*- Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 437-464.

Ytterberg, Hans.- "All Human Beings are Equal, but Some are More Equal than Others".- Boele-Woelki, Katharina & Fuchs, Angelika.- (eds) *Legal recognition of same-sex couples in Europe.*- Antwerp/Oxford/New York, 2003.- p.1-9.

ararteko

**MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.
REFLEXIONES AL HILO DE LA LEY 13/2005**

CLARA I. ASUA GONZÁLEZ
*Catedrática de Derecho Civil,
Universidad del País Vasco*



1.- INTRODUCCIÓN

I.- En virtud de la Ley 13/2005, de 1 de julio, pueden contraer matrimonio entre sí las personas del mismo sexo. Puede decirse, por tanto, que entre nosotros, como en Holanda, Bélgica, Canadá, Sudáfrica, Noruega y Suecia la diversidad sexual ha dejado de ser una nota característica o definitoria de la institución matrimonial²³.

Formalmente, la reforma se ha realizado incluyendo un segundo párrafo en el artículo 44 del Código Civil; de manera que si en este precepto antes sólo se señalaba que: *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código, ahora se añade: El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo.*

* En los últimos tiempos, he participado en diferentes foros abordando el tema del matrimonio de las personas del mismo sexo, pero fue al hilo de mi intervención, en julio de 2005, en el Curso de Verano sobre *Nuevas familias* organizado por la UPV/EHU en colaboración con la institución del Ararteko, cuando se perfilaron de manera más acabada mis ideas al respecto. Este artículo responde a aquella participación y sólo se ha realizado alguna muy puntual actualización de datos. Sin embargo, como poco después acepté la solicitud de la revista *Orientaciones* para escribir sobre la cuestión y también tiene *secuela escrita* mi participación en las Jornadas organizadas por la Facultad de Farmacia de la UPV/EHU a lo largo de la primavera de 2006, conviene advertir de la existencia de diversos textos publicados que en lo sustancial coinciden. Asimismo buena parte de la reflexiones que aquí se realizan se encuentran en "El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos *ad intra* y *ad extra*", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2, 2007, pp. 6 ss.

²³ También pueden contraer matrimonio las personas del mismo sexo en los estados norteamericanos de Massachussets, Iowa, Connecticut y Vermont. El pionero fue Massachussets al hilo de la sentencia de la *Supreme Judicial Court de, Hillary Goodridge and others v. Department of Public Health*, de 18 de noviembre de 2003, que estableció que era contrario a la Constitución del mencionado Estado el negar a las parejas homosexuales los efectos derivados del matrimonio. Sin embargo, actuaciones legislativas posteriores, en primer lugar de índole federal y posteriormente de los Estados federados, han determinado que en la mayoría de los Estados de la Unión no se reconozcan los matrimonios entre personas del mismo sexo (*vid.* JACKSON, 2006, que en esas fechas se refería a los matrimonios celebrados en Massachussets).

Esta sistemática ha sido criticada viendo en ella una diferenciación innecesaria y considerando que carece de sentido mantener ya la referencia al hombre y a la mujer²⁴. Es cierto que da la impresión de que la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo se refleja legislativamente como una especie de añadido al modelo tradicional, el matrimonio entre hombre y mujer. Pero puede que la opción formal del legislador tenga una justificación o, cuando menos, una motivación: mantener una continuidad con los términos que, a propósito del matrimonio, se utilizan en la Constitución y rechazar una determinada inteligencia de los mismos. En el artículo 32.1 CE se establece que *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica* y, como luego veremos, la mención a ambos sexos se ha erigido en argumento de que la diversidad sexual es una exigencia constitucional. Pues bien, no es descartable que, manteniendo en el Código casi los mismos términos que la Constitución, pretenda hacerse patente que los mismos se tienen bien presentes, pero que no impiden el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo.

II.- Además del cambio del artículo 44 CC, se han producido modificaciones en otros preceptos. En algunos casos los cambios sólo afectan al matrimonio, por cuanto se refieren estrictamente a la pareja, y consisten en la sustitución de *marido y mujer* por *cónyuges* (arts. 66, 67, 637, 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1365, 1404, 1458 CC). En otros, sin embargo, la modificación tiene que ver con la filiación y es de desigual calado: en sede de patria potestad se sustituye la palabra *padres* por *progenitores* (arts. 154, 160 CC) o *padre, madre o ambos* por *uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad* (art. 164 CC); en materia de adopción se especifica que tras el matrimonio se puede adoptar a los hijos adoptados con anterioridad por el consorte (art. 175.4 CC), se sustituye *familia paterna o materna* por *familia del progenitor* (art. 175.2 CC) y se suprime el requisito de la diferencia de sexo entre el progenitor legalmente determinado y el adoptante a efectos de que tras la adopción puedan subsistir los vínculos con la familia de aquél; y en tema de Registro Civil se sustituye en varios preceptos *padres* por *progenitores* (arts. 46 II y 53 LRC) y *filiación paterna* por *filiación paterna y materna* (art. 48 CC).

La modificación legal por lo tanto no se ha limitado al matrimonio sino que ha afectado a la filiación. Es cierto que la incidencia sobre la adopción se

²⁴ GARCÍA RUBIO, "La modificación", p. 1.123.

producía en buena medida de manera automática porque al posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo se configuraba ya el supuesto de hecho de la adopción por más de una persona del artículo 175.4 CC: que se tratara de cónyuges. En parte lo que se ha hecho es una adaptación terminológica a esa situación. Pero además, y como ya hemos visto, se han introducido modificaciones en el régimen de la adopción y así ahora, cosa que antes no se hacía, se especifica que se puede adoptar al hijo adoptado antes del matrimonio por el cónyuge.

A la vista de cómo se desarrolló el *iter* legislativo, parece claro que se pretendió que la atención quedara centrada en la cuestión del matrimonio -para lo que se contaba con un importante respaldo popular- y un tanto apartada del tema de la filiación adoptiva -cuestión ésta que se consideraba más polémica-. Pero lo cierto es que, como ocurre a menudo cuando se hacen *retoques* apresurados en las instituciones sin una visión general de las mismas, el resultado puede ser muy mejorable. No me detendré aquí en los varios problemas interpretativos que la reforma plantea en relación con la adopción y el matrimonio, ni tampoco en si la adopción es el camino idóneo para establecer una relación de filiación respecto de la pareja femenina -sea cónyuge o no- de una mujer embarazada²⁵, y ello porque el propósito de estas líneas es hablar del matrimonio.

III.-El convertir en objeto exclusivo de atención el matrimonio no es sino concreción de la idea de que hoy matrimonio y filiación son dos realidades jurídicamente independientes. En la Ley 13/2005 han recibido tratamiento legislativo conjunto, pero lo cierto es que, y más tarde se insistirá en ello, podrían haber tenido una consideración distinta: podría, por ejemplo, haberse *abierto* el matrimonio a las parejas homosexuales y no haberse posibilitado en tal caso el establecimiento de una relación de filiación respecto de los dos cónyuges. Y es que, al margen del juicio que ello hubiera podido merecer, lo que aquí quiere ponerse de manifiesto es que hoy el núcleo del estatuto matrimonial atañe fundamentalmente a la relación de pareja.

La separación entre filiación y matrimonio, que comienza cuando en el plano jurídico se desvincula matrimonio y prole -ésta no se encuentra en la esencia o elementos definidores de aquélla-, es finalmente un efecto inevitable del igual tratamiento de los hijos con independencia de su origen matrimonial o extramatrimonial.

²⁵ Sobre estas cuestiones, HUALDE, 2006, pp. 269 ss. y especialmente 292.

De hecho, en nuestro ordenamiento, y en tema de filiación, los únicos puntos de conexión con el matrimonio se encuentran en las normas para determinar la filiación matrimonial (para establecer en caso de matrimonio, y en la filiación por naturaleza, quién es padre y madre para el Derecho: arts. 115 ss. CC) y en la repetidamente aludida posibilidad de la adopción por más de una persona reconocida a los cónyuges en el art. 175.4 CC -y que, como hemos visto, se reconoce también a la pareja estable de hombre y mujer-. Si en un sentido amplio pueden contemplarse estos extremos en perspectiva de efectos del matrimonio, ello no debe convertirse en argumento para descartar que pueda hablarse de matrimonio si el legislador entendiera que no debe determinarse la filiación respecto de dos personas del mismo sexo o que algunas reglas para su determinación o establecimiento han de diferir (ahora, un ejemplo claro de esto se encuentran en la circunscripción de la presunción de paternidad marital ex art. 116 CC al matrimonio de hombre y mujer).

Ha de reconocerse, sin embargo, que actuaciones legislativas como la presente -donde temas relativos a la filiación resultan abordados a propósito de matrimonio- no contribuyen precisamente a asentar la idea de separación en la que aquí se insiste.

IV.-En general, en el debate -jurídico y extrajurídico- en torno a la *extensión* del matrimonio a las parejas homosexuales, uno de los aspectos centrales de la discusión ha sido el modo en el que ello afecta a los perfiles del matrimonio, considerándose, desde posturas contrarias a tal extensión, que con ello se subvertiría la institución. Si este hubiera sido entre nosotros el único plano del debate, una aproximación a la nueva situación tendría mucho de mirada al pasado, aunque éste sea muy reciente; y ello porque cualquier reflexión y valoración sobre el eventual *cambio* operado en la institución matrimonial no podría obviar el dato de que el legislador ya ha decidido que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Sin embargo, en el caso español el asunto tiene un particular tinte constitucional cuya real intensidad va a ser finalmente determinada por el Tribunal Constitucional. Este *particular* tinte constitucional se debe a que, como ya se ha visto, en el artículo 32 I CE se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Como garantizándose el derecho al matrimonio se está garantizando al mismo tiempo la institución matrimonial, se ha defendido que la Ley 13/2005 vulneraría el mencionado precepto al modificar el concepto constitucional de matrimo-

nio; y éste es uno de los argumentos del recurso de inconstitucionalidad planteado el 28 de septiembre de 2005 por más de cincuenta diputados de Grupo Parlamentario Popular²⁶. De este modo, el tema del concepto de matrimonio, la valoración de cuáles son los perfiles del mismo que tienen garantía constitucional, y la determinación de quiénes son titulares del derecho fundamental -aspectos en muy estrecha relación- cobran una importancia decisiva y serán aquí serán analizados.

2.- EL DERECHO AL MATRIMONIO, EL MATRIMONIO Y LAS RELACIONES ENTRE AMBOS: POSIBLES LECTURAS AL HILO DE LA CONSTITUCIÓN²⁷

1.- La perspectiva jurídica que alienta la opinión de que el matrimonio homosexual resulta incompatible con la Constitución, parte de considerar que, al garantizarse el derecho del *hombre* y de la *mujer* a contraer matrimonio, la Carta Magna garantiza que sólo puedan contraerlo el hombre y la mujer entre sí. Y ello porque la garantía del matrimonio que se derivaría del artículo 32 I CE exigiría mantener la institución reservada a sus sujetos tradicionales. Sólo así se garantizaría el *contenido esencial* (cfr. art. 53.1 CE) del derecho. Una Ley que admitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo sería por tanto inconstitucional.

Ésta es en resumen una parte importante de la línea argumental del recurso de inconstitucionalidad planteado (Fundamentos de Derecho primero y segundo) y, sin duda, el fundamento del criterio de la doctrina²⁸, claramente mayoritaria, que antes de la Ley 13/2005 consideraba que el matrimonio estaba reservado constitucionalmente a la pareja formada por hombre y mujer.

²⁶ Admitido a trámite por providencia de 25 de octubre de 2005 (BOE, 273, 2005).

²⁷ Estas lecturas se realizaban en ASUA, 2000, pp. 486 ss. Las mismas posibilidades se plantean en el Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es>).

²⁸ Entre la literatura más reciente, BERCOVITZ, 2003, pp. 65 ss.; REY MARTÍNEZ, 2005, pp. 141 ss.

Como se ha visto, punto de apoyo para esta interpretación es que en el artículo 32 I CE se habla de hombre y mujer²⁹; mención que contrasta con los términos genéricos y neutros de *los ciudadanos, todas las personas o todos los españoles* que por doquier aparecen en el resto del articulado. Es cierto, se reconoce, que no se habla del derecho del hombre y la mujer a casarse *entre sí*, pero parece pensarse que ello hubiera sido redundante.

La predicada reserva constitucional del matrimonio para las personas de distinto sexo, parece erigirse propiamente en una *reserva de nombre* frente a otras realidades, porque entre nosotros prácticamente no se han alzado voces que reclamen como imperativo constitucional el que la institucionalización de las parejas homosexuales deba conllevar efectos distintos a los del matrimonio³⁰ -e insisto en que al hablar de efectos o régimen del matrimonio me refiero estrictamente a la pareja-. Antes al contrario, pues en el propio recurso de inconstitucionalidad se habla de una coincidencia de todos los grupos parlamentarios para regular las convivencias homosexuales *con los mismos o similares efectos que para las parejas heterosexuales*.

²⁹ Como también se habla de *hombre y mujer* en los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), Convenio de Roma (art. 12) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2). Circunstancia que, invocando el artículo 10.2 CE, ha solido utilizarse como argumento de refuerzo de la tesis de la garantía constitucional del matrimonio heterosexual; y de hecho en el recurso de inconstitucionalidad uno de los motivos de inconstitucionalidad alegados es el de la infracción del art. 10.2 CE. Sin embargo, el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales (reconocida por art. 6 del el Tratado de Lisboa como del mismo valor jurídico que los Tratados) se reconoce el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia -según las leyes nacionales que regulen su ejercicio- de manera impersonal (en el mismo sentido se hacía en el art. II-69 del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa).

³⁰ Aisladas son consideraciones como las realizadas en el informe emitido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (<http://rjyl-insde.es>): "La existencia de una garantía institucional determina la inconstitucionalidad de las eventuales normas que tuvieran por objeto suprimir la ..institución, las de aquellas que la vacíen de su contenido, así como la de aquellas otras que, con la creación de figuras paralelas, lleguen a resultados similares".

Distinta es la opinión de que la regulación de una institución de pareja (sea para personas del mismo y/o de diferente sexo) pudiera atentar contra la garantía del matrimonio si hiciera comparativamente menos beneficiosa la situación de quienes se casan (sea porque se les concede menos protección o porque se perfila para ellos una situación más gravosa). En tal sentido GAVIDIA (2001, p. 1.503), que incide en la situación que se produciría de equiparar a los del matrimonio los efectos de convivencias no matrimoniales manteniendo un régimen distinto (más estricto para el matrimonio) respecto de la disolución.

Precisamente esta suerte de monopolio del nombre es lo que viene a subyacer en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 17 de julio de 2002³¹: cuestionándose si la Ley para poner fin a la discriminación de las parejas del mismo sexo de 16 de febrero de 2001 vulneraba -al establecer una figura con contenido comparable al del matrimonio- la garantía de esta institución contenida en el artículo 6 I de la Constitución³², el Tribunal, *que parte de que la diversidad sexual es una nota del matrimonio garantizado en la Constitución*, considera que tal garantía no exige tratar peor a otras convivencias. Criterio que se alcanza por mayoría de tres votos a dos y expresando los magistrados de la minoría su parecer contrario en sendos votos particulares. Votos particulares en los que se insiste en que la garantía constitucional del matrimonio se vulnera también si *bajo otro nombre* se regula la pareja del mismo sexo atribuyéndole los derechos y obligaciones que corresponden al matrimonio.

II.- La postura anterior se asienta en la idea de que el reconocimiento del derecho al matrimonio al hombre y a la mujer para casarse entre sí lleva necesariamente aparejado la garantía de que el matrimonio sólo puede ser entre dos personas de distinto sexo. Sin embargo, incluso dando por bueno que el derecho al matrimonio sólo se garantice en la Constitución al hombre y la mujer para contraer matrimonio entre sí, esto es que la diversidad sexual sea presupuesto del *ius connubii*, no necesariamente debe derivarse de ahí que la Constitución exija que sólo puedan acceder al matrimonio las personas de distinto sexo. Esto es, que garantice que el matrimonio sólo puede ser entre hombre y mujer.

¿Cómo compatibilizar la constitucionalidad del reconocimiento de la posibilidad de casarse a la parejas homosexuales con la idea de que la diversidad sexual es presupuesto del *ius connubii*? Ello pasa por entender que la Constitución exige reconocer el matrimonio entre hombre y mujer, pero que *no pretende vetar el reconocimiento de esta posibilidad por parte del legislador ordinario a las parejas del mismo sexo*. Si así se razonara, habría de entenderse que *la diversidad sexual no se integra en el concepto constitucional del matrimonio sino que esa circunstancia se limita a ser un presupuesto del reconocimiento constitucional del derecho*. Impedir el

³¹ FamRZ, 2002, 17, pp. 1.169 ss. Sobre esta sentencia puede leerse en castellano la traducción a OBERMEYER, 2004, pp. 91 ss.

³² "Familia y matrimonio quedan bajo la especial protección del Estado."

acceso al matrimonio por parte de las parejas homosexuales no sería una imposición constitucional³³. De aquí podría concluirse, sin más, que el matrimonio homosexual es perfectamente constitucional y disponible para el legislador ordinario. Pero también podría considerarse que, aunque se entienda que la Constitución no pretende excluir el matrimonio homosexual, para su constitucionalidad resultaría necesario, además, comprobar que con ello no resulta *borrada* la imagen del matrimonio, vulnerándose así su garantía y el contenido esencial del derecho garantizado³⁴.

No puede decirse propiamente que el Auto del Tribunal Constitucional 222/94, de 11 de julio³⁵ se alinee con la postura de que la Constitución no exige la diversidad sexual, pero tiene cabida perfectamente en la misma³⁶. Se trataba de un recurso de amparo, por vulneración del artículo 14 CE, planteado por un convivente, varón, al que se le había denegado una pensión de *viudedad* tras la muerte de su compañero, también varón. La base del recurso radicaba en que, al conectar la Ley el reconocimiento de la pensión a la existencia de un previo matrimonio, se colocaba a los homosexuales en una situación de desigualdad por no existir la posibilidad legal de contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo. En el Auto, que es desestimatorio, se hace un permanente esfuerzo por intentar equiparar este caso al de las parejas heterosexuales. En tal supuesto, como se sabe, el Tribunal Constitucional ha considerado repetidas veces que no vulnera la Constitución el no reconocimiento del derecho a pensión a un convivente, erigiéndose en argumento básico el que la Constitución, el artículo 14, no exige tratar igual a la pareja matrimonial y a la no matrimonial y que el matrimonio *puede* recibir por tanto una protección mayor que la unión extramatrimonial; y ese es también el argumento que se ofrece como punto de apoyo fundamental. Sin embargo, como el recurso de amparo, dando esto por supuesto, va más al fondo y plantea la imposibilidad de casarse, igualmente se señala, aludiendo a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial*. También se dice –y cabe pensar que

³³ GAVIDIA, 2001, p. 1.506; GARCÍA RUBIO, “Parejas”, p. 41 y “La modificación”, pp. 1 y 3; TALAVERA, 2001, pp. 228 ss; AMUNATEGUI, 2005, pp. 355 ss.

³⁴ Este segundo plano es el relevante en Alemania, donde la Constitución (vid. supra, not. 9) no hace ninguna referencia al hombre y la mujer. Los dos niveles aludidos se entrevén de alguna manera en el Dictamen del Consejo de Estado (véanse algunas de sus consideraciones reproducidas en el texto de este epígrafe).

³⁵ Boletín de Jurisprudencia Constitucional, t. XXXIX, mayo-agosto, 1994, 1.414-1.416.

³⁶ Así lo reconoce el Estudio del Consejo General del Poder Judicial.

ahora no se diría – que los miembros de una pareja del mismo sexo *no tienen un derecho constitucional a su establecimiento* o que los poderes públicos *pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual*, aunque finalmente se añade que ello *no excluye que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal y como propugna el Parlamento Europeo*. Pero nótese que tales afirmaciones ni siquiera entonces, y se realizaban en un contexto social muy distinto del actual, resultan acompañadas de la consideración de que el texto constitucional *reserve el matrimonio para la pareja heterosexual*.

En el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto³⁷, se contienen párrafos que leídos aisladamente llevarían a ubicar aquí su posicionamiento: “*...el artículo 32.1 de la Constitución garantiza el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer, y no a las parejas del mismo sexo. Ahora bien, la referencia expresa al ‘hombre y la mujer’ no supone, por sí misma que se reserve a las parejas heterosexuales el acceso al conjunto de derechos y deberes que integran el estatuto matrimonial, sino que, entre las legítimas opciones de política legislativa, cabe la posibilidad de que el legislador lo extienda a las parejas integradas por personas del mismo sexo.*” Pero también se realizan consideraciones como la siguiente: “*El Anteproyecto no se orienta a limitar directamente unas u otras posibilidades de actuación inherentes al derecho a contraer matrimonio hasta ahora reconocido a las parejas heterosexuales. Sin embargo, el hecho de abrir la institución matrimonial a parejas del mismo sexo supone un cambio especialmente profundo en dicha institución, que delimita y afecta a esas posibilidades de actuación, hasta el punto de plantear sí, con ello, no se está alterando la naturaleza jurídica del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 32 de la Norma Fundamental.*” Y es cierto que no termina de haber un posicionamiento al respecto, pero también es verdad que se desaconseja la vía matrimonial para la juridificación de las parejas homosexuales.

III.-Las dos posturas precedentes tienen en común la consideración de que en el artículo 32 CE sólo se reconoce el *ius connubii* al hombre y a la mujer para casarse entre sí. Sin embargo, cabe otra lectura sobre los perfiles constitucionales de la cuestión. La misma partiría de que el derecho al matrimonio se reconoce al hombre y a la mujer con independencia de con

³⁷ <http://www.consejo-estado.es>.

quien lo contraiga e implicaría que la transformación de la base subjetiva tradicional de la institución venía impuesta constitucionalmente³⁸. Esto es, que el no permitir el acceso al matrimonio de las personas del mismo sexo sería contrario a la Constitución³⁹. En auxilio de esta interpretación vendrían los artículos 10.1 y 14 CE, entendiéndose para ello que la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad exigen que las parejas del mismo sexo puedan configurar jurídicamente su relación exactamente igual que las personas de distinto sexo, igualdad que sería no sólo de contenidos sino de nombre⁴⁰.

IV.-Cualquiera de las dos últimas *lecturas* permite defender la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una diferencia entre ambas, sin embargo, resulta evidente: mientras que en la segunda se trata de una cuestión de legalidad ordinaria y sometida por tanto al albur de eventuales cambios de composición en el Parlamento, en la tercera la situación no tendría vuelta atrás porque el legislador no habría hecho sino cumplir con una exigencia constitucional.

Otra diferencia estaría relacionada con la eficacia del eventual derecho en las relaciones entre particulares. Un ejemplo que suele plantearse⁴¹ es el

³⁸ Ello no requiere, sin embargo, entender que el sentido de la expresión *plena igualdad jurídica* en del art. 32 I CE es el de *igualmente a unos y otros*; interpretación de la que da cuenta, críticamente, BERCOVITZ, 2003, p. 66.

³⁹ No se encuentra lejos de esta posición VALLADARES (2005, p. 2.069): "*Es posible, aunque no me parece probable, que el principio de igualdad ante la ley, formulado en sus vertientes formal y material en los artículos 14 y 9.2 de la Constitución, no nos lleve, necesariamente, a la conclusión de que nuestro sistema jurídico, ya antes de la reforma, obligaba a entender la normativa sobre el matrimonio en el sentido de que podían acceder a él las parejas homosexuales.*"

⁴⁰ "...el artículo 32.1 de la Constitución no puede interpretarse aisladamente, sino a la luz de los demás preceptos constitucionales. Sin necesidad de retorcer su significado, habrá que convenirse que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art.10.1) se encuentran menoscabados en cuanto a las personas homosexuales si no pueden obtener la sanción que la ley otorga a las relaciones entre personas de distinto sexo para sus relaciones afectivas. Con el reconocimiento de su derecho a contraer matrimonio los poderes públicos no hacen sino actuar el mandato del artículo 9.2 que les incita a remover los obstáculos que les impidan o dificulten la plenitud de la libertad e igualdad del individuo y de los 'grupos' en que se integra, uno de los cuales es el matrimonio;"VALLADARES, 2005, p. 2.070.

⁴¹ La cuestión se planteó al Gobierno holandés en la elaboración de la ley que introdujo el matrimonio homosexual, y en la respuesta se afirmó la posibilidad legítima de que los testadores distinguieran entre el matrimonio homosexual y el heterosexual.

de las atribuciones gratuitas: un testador (o un donante) *penaliza* haber contraído matrimonio con una persona del mismo sexo, beneficiando o no a otros sujetos. Pero precisamente en el caso de las atribuciones gratuitas realmente poca diferencia habrá entre si se considera o no que contraer matrimonio con una persona del mismo sexo es un derecho garantizado constitucionalmente. Y es que, aun tratándose de un derecho con reconocimiento constitucional, en los actos gratuitos debe primar la autonomía de la voluntad⁴². Por eso sería incuestionable jurídicamente la decisión de un testador que en el ámbito de su libertad -más o menos amplio en función de si goza de total libertad de disposición *mortis causa* o viene sometido a un sistema legitimario- decide, e incluso así lo explicita, no atribuir nada a una persona por el hecho de haber contraído matrimonio con otra del mismo sexo. Y lo mismo habría de decirse si la mencionada no atribución fuera acompañada de una atribución a otra persona precisamente por haber contraído matrimonio con persona de diferente sexo. En este último supuesto hay, además, un trato desigual, pero el artículo 14 CE también debe ceder aquí ante la libertad. Los ejemplos anteriores giran en torno a nuestro objeto de estudio, pero a las mismas conclusiones llegaríamos en supuestos de heterosexualidad. Pensemos en un testador que, pudiendo disponer libremente, descarta una atribución por el hecho de que el eventual beneficiario se haya casado, lo haya hecho con una determinada persona o no se haya casado. Aunque nadie discuta que esa persona ejerce un derecho protegido en el artículo 32 I CE e incluso aunque estuviera presente el plano de la discriminación (porque se atribuye a quien no se casa, o a quien se casa con determinada persona o a quien se casa) en estos casos debe darse preferencia a la libertad.

En lo que hace a relaciones contractuales (y aquí se incluyen las societarias), ante situaciones en las que se brinda peor trato a un matrimonio homosexual que a uno heterosexual, o se excluye a quien haya contraído matrimonio con otra persona de su mismo sexo, teóricamente sí *podría* tener relevancia el que se trate o no de un derecho reconocido constitucionalmente⁴³. Pero no tiene por qué tenerla: en el caso del contrato de tra-

⁴² DE VERDA, 2002, p. 481.

⁴³ Si en el caso en concreto se considerara que el derecho resulta vulnerado, la alegación ante la jurisdicción civil habría de canalizarse a través, y con las consecuencias, de los esquemas técnicos del Derecho privado (arts. 6.2, 1.255 o 7.2 CC); otra cosa es que de resultar afectado algún derecho protegido con el recurso de amparo, tal recurso pueda plantearse contra la decisión judicial.

bajo, a nivel de legislación ordinaria⁴⁴ se contienen normas que prohíben la *discriminación* por razón de estado civil y *sexo*; aunque se concluyera que contraer matrimonio con una persona del mismo sexo no es un derecho garantizado constitucionalmente, en el caso podrían entrar en liza derechos fundamentales como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad o la igualdad e interdicción de la discriminación; y ya se dicho que en las relaciones entre particulares, el derecho que se pretende hacer valer se confronta con la libertad y la autonomía (arts. 9.1 y 10.1 CE), de suerte que, a la vista de las circunstancias del caso, los intereses en liza y la posición en la que se encuentren los sujetos, su virtualidad podrá quedar neutralizada por tales derechos –de hecho sólo en los supuestos en los que se trata de ámbitos socialmente relevantes o el sujeto que esgrime su autonomía se encuentra en una posición dominante en el mercado o en la sociedad, se considera que no ha de prevalecer tal autonomía–⁴⁵.

V.- Expuestas las posibles lecturas o posibilidades, resulta razonable esperar un posicionamiento de quien escribe estas líneas. Sobre mucho de lo dicho tengo, cómo no, criterio, pero antes de exponerlo considero útil realizar algunas consideraciones sobre el matrimonio, su contenido, función y posición. Y es que tales consideraciones no son ajenas a mi opinión sobre el tema que nos ocupa.

3.- ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL MATRIMONIO, SU FUNCIÓN, POSICIÓN Y CONTENIDO ESENCIAL

I.- Cuando en obras generales de Derecho Civil se aborda el tema del matrimonio no es extraño que se aluda a su variabilidad. Variabilidad en el sentido de que su conceptualización y significado dependen de cada momento histórico. Sin embargo, siendo lo anterior evidente, y además no discutido,

⁴⁴ En el Estatuto de los Trabajadores se consagra (art. 4.2,c) el derecho de los trabajadores a no ser discriminados en el empleo o una vez empleados, por razones, entre otras, de sexo y estado civil (que si bien no agota el estado de persona casada o soltera evidentemente lo incluye), y en el artículo 17 se establece la nulidad de los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario –se hace también alusión a preceptos reglamentarios y cláusulas de los convenios colectivos– que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo con base en determinadas circunstancias, entre las que se menciona el sexo y el estado civil.

⁴⁵ *Vid.*, sobre la cuestión, DEVERDA, 2002, p. 481; FERRER y SALVADOR, 1997, pp. 89 ss; DÍEZ-PICAZO, L.M., pp. 144 ss.

a veces en la polémica planteada al hilo de la aprobación y gestación de la Ley 13/2005 da la impresión de que se evoca una idea de matrimonio inmutable a lo largo de los siglos y casi prejurídica.

En la historia⁴⁶ pueden encontrarse hitos, de distinta trascendencia y significado que ilustran esa transformación; y alguno de ellos es, cuando menos para nosotros, bastante reciente. Así, y sin ningún orden concreto, puede aludirse a su consideración como una institución exclusivamente civil y por tanto sometida sólo a las leyes del Estado, a su desconexión en el plano jurídico respecto de la procreación, a la disolubilidad y a la progresiva facilitación de la misma, o a la igualdad de los cónyuges.

Hoy en día, además, en el imaginario social y en la percepción individual, el matrimonio, sin que se obvien su trascendencia y efectos económicos, se percibe - y a ello no es ajeno el cambio de las condiciones económicas, la potenciación de la autonomía personal y la igualdad de la mujer- como un medio de satisfacción emocional y sexual y no con un carácter cuasicomercial⁴⁷. Y no conviene obviar, en fin, que se está produciendo una cierta pérdida de centralidad del mismo. Entre las causas se encuentra un cierto rechazo de la figura -sea por lo que el nombre evoca o sea porque implica una institucionalización-, pero ello ha venido claramente posibilitado por la aceptación de las relaciones no matrimoniales y por la igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su origen matrimonial o no (que ha determinado que el matrimonio no se busque como un medio *legitimador*). Pero es que, además, esa pérdida de centralidad viene de alguna manera impulsada por los poderes públicos a través de la regulación de instituciones de pareja que tienden y atienden a los mismos intereses que lo que denominamos matrimonio.

II.- En el Derecho Civil no suele dedicarse mucho esfuerzo a conceptualizar el matrimonio. Ciertamente en cualquier Manual o Tratado puede hallarse una definición. Lo que ocurre es que, superada ya la etapa de mimetismo con el modelo canónico, en esas definiciones, los términos que se utilizan (unión estable, comunidad de vida, comunidad plena)⁴⁸ a duras penas per-

⁴⁶ Vid. VALLADARES (2005, p. 2.065), que alude con agudeza a diversos momentos históricos en los que a determinados grupos de personas se les ha vedado el acceso al matrimonio.

⁴⁷ Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, 2000, p. 68.

⁴⁸ De *institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja* habla el Preámbulo de la Ley 13/2005.

miten intuir los elementos que en el plano jurídico se puedan ofrecer como estructurales.

Ésta es la razón por la que cuando se habla de consentimiento matrimonial (*no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*, reza el art. 45 I CC), la reflexión sobre el *contenido o tipo legal* -del que se dice es extraordinariamente amplio⁴⁹- que ha de ser asumido y querido para entender que hay consentimiento y por tanto matrimonio, se realiza en términos muy amplios y no definidos más allá de formulaciones generales⁵⁰. La tónica de la generalidad es no sólo comprensible sino difícilmente evitable, y es que no sólo se debe a la *falta de práctica* derivada de la sustracción tradicional de la materia al Derecho Civil -en un sistema de matrimonio civil subsidiario, la misma era monopolizada por el Derecho y jurisprudencia canónicos- sino a la ya mencionada indefinición de cuáles serían los elementos esenciales que definirían el matrimonio de suerte que su exclusión determinara que no haya consentimiento matrimonial; ello en estrecha relación con una mayor cautela por parte del Derecho Civil de cara a indagar en las representaciones de los contrayentes y la ponderación de las exigencias de la seguridad jurídica en la relaciones de estado civil. Es cierto que en los artículos 67 y 68 CC se proporcionan, bajo la fórmula de deberes, unas directrices que implican una comunidad de vida y de algún modo la perfilan, pero sencillamente resulta estéril por imposible precisar en abstracto la posición o relevancia de cada uno de ellos en la configuración jurídica del matrimonio. Es extraño al mundo jurídico hablar de instituciones intuibles pero difícilmente definibles con rigor y precisión, pero algo de esto es lo que ocurre con el matrimonio⁵¹.

Pues bien, resulta que en este panorama de *transformaciones* y de *indefinición*, la diversidad sexual ha sido hasta ahora uno de los datos claramente caracterizadores del matrimonio. De ahí que no pueda negarse la magnitud y trascendencia del cambio. Para unos implicará una variación objetiva de la institución y para otros, dado que no resulta alterado el contenido, se tratará de una modificación subjetiva.

⁴⁹ SALVADOR, 1984, p. 135.

⁵⁰ “Los contrayentes deben tener la voluntad específica de realizar entre sí los fines asignados a la institución.” (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2006, p. 78); “el C.c. califica como matrimonial el consentimiento dirigido a alguna de las posibles concreciones de la relación que genéricamente se configura en los arts. 66 ss...” (SALVADOR, 1984, p. 138).

⁵¹ En el recurso de inconstitucionalidad planteado, sin embargo, se considera que el matrimonio es, en su núcleo central y básico, una institución *de contornos precisos* que responde a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie.

El matrimonio se identifica con una unión estable, constituida por la voluntad de dos personas, basada en la atracción sexual y el afecto y determinante de un proyecto vital conjunto. Semejante atracción y afecto sólo se ha predicado del hombre y la mujer entre sí. Pero resulta que se ha hecho evidente que las parejas homosexuales se colocan en un escenario similar: impulsados también por la atracción sexual y el afecto establecen uniones estables que implican un proyecto vital conjunto. Ya nadie discute que tales uniones deben ser reguladas jurídicamente -de hecho, en las Leyes autonómicas de *parejas*, y a ello se hará referencia en breve, reciben la misma regulación⁵² que las uniones heterosexuales -, e incluso se da por bueno ello es exigencia de los artículos 10.1 y 14 CE⁵³. Tampoco entre nosotros hay oposición a que esa regulación sea similar o igual que la del matrimonio (las reservas se plantean siempre respecto de la filiación, pero lo relativo a ésta propiamente no forma parte del núcleo del estatuto matrimonial). Pero, ¿por qué no puede ser la del matrimonio? Sin duda, para muchos, la respuesta sería porque la Constitución lo impide. Pero olvidémonos por un momento del artículo 32 I CE -aquí todavía no se ha hecho ningún pronunciamiento al respecto- y pensemos como si en la Constitución no se mencionara el matrimonio o, si haciéndolo, no se refiriera al hombre y a la mujer. Estaríamos entonces sólo⁵⁴ en el terreno de lo que se considera más *conveniente*.

⁵² Cfr., sin embargo, la estructura de la Ley catalana 8/1998, de 10 de julio de Uniones estables de pareja (reformada en virtud de la Ley 3/2005, de 8 de abril).

⁵³ GARCÍA RUBIO, "Parejas", p. 41. El Dictamen del Consejo de Estado no habla de exigencia sino de *amparo*: "La Constitución española -y, en concreto, sus artículos 32, 14 y 10.1- no generan un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque amparan el reconocimiento de efectos jurídicos a la unión estable 'more uxorio' entre ellas." Tampoco lo hace propiamente el Preámbulo de la Ley 13/2005; en él, después de señalar que *la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una relación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva, se añade: "Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna... (artículo 14 de la Constitución) son valores... cuya plasmación debe reflejarse en la configuración de las normas que delimitan el estatus del ciudadano."*

⁵⁴ En realidad, y tal y como ya se ha señalado (*vid. supra* 2 II) en el segundo caso sería posible seguir considerando que la garantía de la Constitución implica mantener la diversidad sexual en el matrimonio.

No creo aventurado decir que, en el escenario que se acaba de diseñar, el argumento fundamental en contra del matrimonio homosexual sería el de su *diferencia* respecto del matrimonio entre hombre y mujer, y que en ello subyace la consideración que dos hombres y dos mujeres *son algo distinto* a un hombre y mujer. Ciertamente dos hombres o dos mujeres, amén de no ser lo mismo entre sí, no son tampoco un hombre y una mujer; pero *la clave reside en si sus parejas deben ser distintas para el Derecho cuando tiene en cuenta esa vida en común para perfilar una institución jurídica*. Yo creo que sólo deben ser distintas si hay una razón que lo justifique. A menudo la razón que se esgrime es la reproducción⁵⁵, pues un hombre y una mujer pueden reproducirse entre sí y sin embargo no lo pueden hacer dos hombres o dos mujeres. Y ciertamente esta sería una razón atendible si la prole -la aptitud y la intención de procrear- formara parte del *contenido esencial* del matrimonio, o, incluso si aun no formando parte -como no lo hace-, el que se tratara jurídicamente de modo distinto a las parejas heterosexuales y homosexuales fuera un factor claramente favorecedor de la reproducción -y aceptando pues que ese favorecimiento es algo deseable-. *Pero la normas sobre el matrimonio no privilegian las relaciones heterosexuales procreativas, no requieren capacidad o intención de concebir niños, ni la fertilidad es una condición del matrimonio, y además la comunidad facilita la procreación sin mirar el estado civil ni la orientación sexual de los padres*⁵⁶.

III.-Sentado lo anterior, y a mayor abundamiento, no debe olvidarse que la sencillez, cuando va acompañada de la necesaria precisión, es un valor importante en un sistema jurídico⁵⁷. Si la igualdad y el libre desarrollo de

⁵⁵ "...no creo que pueda desecharse por completo el argumento del matrimonio como comunidad procreadora o de paternidad/maternidad potencial para probar la superioridad de la función social de esta forma de comunidad vital frente a otras. La propia palabra 'matrimonio' (que significadamente las regulaciones de otros países evitan al legislar sobre las uniones estables homosexuales) etimológicamente evoca la idea de 'matrix', de matriz y maternidad" (REY MARTÍNEZ, 2005, p. 149).

⁵⁶ Las ideas en cursiva corresponden a la Sentencia de la **Supreme Judicial Court** de Massachusetts, *Hillary Goodridge and others v. Departament of Public Health*, de 18 de noviembre de 2003. Sobre esta sentencia, REY MARTÍNEZ, 2005, pp. 141 ss.

⁵⁷ Sin embargo, en el Dictamen del Consejo de Estado puede leerse: "... la pluralidad de realidades demanda una diversidad de instituciones, favoreciendo la especialización institucional, con reflejo en el plano terminológico (una denominación diferente). La diversidad de modelos de pareja llevaría, en consecuencia, a una especialización y a un enriquecimiento jurídico y lingüístico, antes que a forzar las instituciones y conceptos existentes."

la personalidad exigen la institucionalización de las parejas homosexuales y tal juridificación conlleva el mismo contenido por lo que hace al estatuto de la pareja⁵⁸, ¿qué sentido tiene diferenciarlas por el nombre⁵⁹? Franca-mente, no habiendo una razón atendible que justifique la diferencia, es difícil no ver en ella un claro perfil de desvalor⁶⁰ hacia la pareja homosexual. Puede apelarse a la tradición, pero la tradición -que por cierto, en el Derecho de Familia muy a menudo no es merecedora precisamente de homenajes- sólo se debe mantener si lo que nos ha llegado del pasado es útil de cara al futuro, y no parece que, en el caso, esa prueba de utilidad resulte superada.

IV.-Por otra parte, debe repararse en que utilizar la fórmula matrimonial para la juridificación de las parejas del mismo sexo, contribuye a reforzar la posición de centralidad del matrimonio como modelo jurídico para la institucionalización de la pareja y eso es bueno. Y es bueno porque resulta desconcertante el panorama generado por la regulación autonómica de las llamadas parejas de hecho y la consiguiente creación de modelos institucionalizados *en paralelo* al matrimonio -cosa que sucede propiamente en las leyes de las Comunidades con competencia en tema de Derecho Civil⁶¹-. Desconcierto que no tiene que ver propiamente con la diversidad -el que haya diferentes leyes-, sino con la falta de racionalidad del resultado final. Es verdad que en el momento de aprobación de las leyes autonómicas no podían contraer matrimonio las parejas homosexuales y estaba vedada la adopción que condujera al establecimiento de una relación de filiación respecto de dos personas del mismo sexo, pero lo cierto es que esas leyes fundamentalmente han *afectado a* (o han sido *utilizadas por*,

⁵⁸ ROCA TRÍAS (1999, p. 127), sin embargo, descarta el modelo matrimonial argumentando que *la pareja homosexual debe tener un estatus que se adecúe a sus propias circunstancias.*

⁵⁹ *"Incluso, desde el punto de vista semántico, me parece absurdo afirmar que es posible que coexistan dos instituciones que tengan exactamente la misma regulación y que produzcan idénticos efectos, con nombres completamente distintos,"*VALLADARES, 2005, p. 2.067.

⁶⁰ *"...distinguir entre matrimonio y unión civil, según se celebre entre personas de distinto o de igual sexo, conferiría a esta última un estatus secundario, en cierto modo despreciativo: cuando no se es digno de contraer matrimonio, se celebra una 'unión civil' que tiene los mismos efectos pero no el nombre institucional,"*VALLADARES, 2005, p. 2.066.

⁶¹ Un análisis sobre todas las leyes puede verse en BERCOVITZ, 2003, pp. 65 ss. No se desconoce aquí, y así se pone de manifiesto en la obra citada, que incluso las leyes de Comunidades Autónomas sin competencia en tema de Derecho Civil se adentran en este campo, pero, al margen de las cuestiones de competencia, lo cierto es que su contenido es fundamentalmente administrativo y no llegan a configurar propiamente una institución de pareja.

expresión que conviene más a aquellos casos en que su aplicación viene determinada por una declaración de voluntad) parejas heterosexuales. Es verdad también que si los procesos normativos a menudo adolecen de la falta de planificación y estudio suficiente no sólo en el plano técnico sino en cuanto a las situaciones a las que se quiere atender y a la realidad que se pretende conformar, en el caso español la dificultad se acrecienta por que los actores legislativos son distintos Parlamentos.

En tema de institucionalización de pareja, el camino puede ser y durante tiempo ha sido conjunto: el modelo era el matrimonio, regulado en cuanto a su forma, requisitos y establecimiento por el Estado y dotado de contenido sea por la normativa estatal o por la autonómica. Ahora, sin embargo, la actuación legislativa autonómica ha generado -en las Comunidades con competencia en tema de Derecho Civil- un nuevo modelo, un *nuevo producto en el mercado jurídico*⁶², y cabe lisa y llanamente preguntarse por cuál es el sentido *actual* del mismo. Yo creo que ninguno. Y para que en lo que estoy diciendo no se vea latente un juicio negativo respecto de la diversidad legislativa en España, que no lo hay, se advierte que lo mismo se diría si el Estado legislara sobre las mal llamadas parejas *de hecho* o si (y esto es puramente una hipótesis, dada la interpretación pacífica y extensiva que se hace de la reserva al Estado en el artículo 149.1, 8ª CE de la competencia sobre *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*) en una Comunidad Autónoma se legislara definiendo un modelo de pareja matrimonial y otro modelo de pareja paralelo.

Hoy no se acierta a ver un interés, que resulte atendible desde los poderes públicos, en esa institución paralela. Se debe respetar la libertad de las personas de cara a mantener su relación de pareja al margen de un modelo institucionalizado -y esto por cierto no resulta respetado en aquellos modelos que se aplican sin una declaración de voluntad de los miembros de la pareja-. Ello es perfectamente compatible con que la pareja pueda regular su relación a través de pactos, con que, ante los conflictos, los tribunales diriman los mismos a la vista de lo acordado y de la aplicación de los institutos generales (responsabilidad civil, enriquecimiento injusto, sociedad, comunidad de bienes...), o con que las Administraciones o instituciones privadas tengan en cuenta la situación para otorgarles en el ám-

⁶² La expresión está tomada de GARCÍA RUBIO ("La modificación", p. 7), que la utiliza para referirse al matrimonio homosexual, entendiendo que es un nuevo *producto* al alcance de quienes podían someterse ya a una regulación autonómica de pareja.

bito de que se trate la misma consideración que al matrimonio. Es cierto que lo anterior termina implicando cierto nivel de institucionalización, pero de muy baja intensidad y desde luego no impulsada, en cuanto a diseñada, por los poderes públicos. Pero lo que no debe hacerse, y ya está hecho, es precisamente diseñar desde los poderes públicos esa suerte de institución paralela, que cubre las mismas necesidades y expectativas que el matrimonio, cuyo contenido se parece mucho y *que cuando no se parece se percibe por los afectados como un déficit*.

Es posible que se piense que así se concede más ámbito de libertad a las personas o que así se da satisfacción a quienes no desean acomodarse a un modelo que se percibe *caduco y patriarcal*. Pero la libertad exige que una pareja pueda elegir entre acomodarse o no a un modelo institucionalizado, pero no que pueda elegir entre varios modelos cuando estos se parecen tanto entre sí -incluso la tradicional diferencia respecto de la disolución, pierde relevancia después de la Ley 15/2005-. Y es que la similitud es inevitable, no sólo porque a menudo es buscada a propósito sino porque, además, habida cuenta del contenido actual de lo que hoy es propiamente el estatuto matrimonial, aunque se quisiera sería casi imposible marcar diferencias (no me refiero a diferencias en cuanto a la regla para solucionar un tema en concreto -que en España existen respecto del matrimonio habida cuenta la diversidad legislativa- sino respecto a los ámbitos -constitución, extinción, obligaciones entre la pareja, efectos sucesorios, etc.- a regular). ¿Qué decir, en fin, del rechazo no a la institucionalización sino a que esta se produzca a través del matrimonio? Pues que aceptar la relevancia de tal *percepción* o *sensibilidad* supone falta de reflexión y en definitiva desconocimiento de lo que *hoy* es el matrimonio. Falta de reflexión y desconocimiento que resulta especialmente grave en los poderes públicos en lo que suponga falta de conciencia de los logros de una sociedad democrática y falta de pedagogía al respecto. Y es que dando relevancia a esa *sensibilidad* se está admitiendo implícitamente la existencia de razones objetivas que la justifican, esto es que el matrimonio es lo que era (basado en la desigualdad, de inspiración religiosa, etc.) y que es un modelo cuyo rechazo ha de ser atendido.

Paradójicamente, sin embargo, el matrimonio y la terminología vinculada al mismo sigue siendo de permanente evocación al hilo de las parejas de hecho: así en las Leyes autonómicas a menudo se alude a *convivencia marital*, a *relación de afectividad análoga a la conyugal*, y también entre

nosotros comienzan a analizarse estas situaciones como *otra clase de matrimonio*⁶³. Y, por cierto, repárese que en ese ámbito de juridificación en general no se han hecho particulares reservas al igual tratamiento de las parejas heterosexuales y homosexuales. Es curioso, pero se trata siempre de una *lucha en torno al nombre*: unos quieren lograr un estatuto matrimonial, pero que no se llame así y en el caso de las parejas homosexuales, que quieren que se llame así, se acepta que logren tal estatuto, pero no que reciba el mismo nombre. Ni una cosa ni otra ni otra me parece, por las razones ya señaladas, *conveniente*.

V.- Pero volvamos a la realidad: en la Constitución se alude al matrimonio y esa alusión se articula a través del reconocimiento del derecho al mismo al *hombre* y a la *mujer*. Las consideraciones anteriores se han hecho desde la perspectiva de lo que se considera mejor, pero no siempre un texto constitucional permite lograr lo que, en perspectiva ciertamente subjetiva, se considera bueno. En tal caso, aun no compartiendo la regla de juego y propugnando su modificación, no queda sino acatarla ¿Es este el caso? Yo creo, por lo que se dirá a continuación, que no.

4.- CONCLUSIÓN (REFLEXIÓN FINAL)

El artículo 32 I CE está redactado de forma que evidencia el claro propósito de expresar la igualdad entre los cónyuges⁶⁴ como concreción, innecesaria en lo jurídico pero efectiva como gesto (habida cuenta del terrible panorama legal de discriminación hacia la mujer con el que la Carta Magna dio al traste), de lo establecido en los art. 9.2 y 14 CE. Un aspecto trascendente, y no discutido, del precepto es que el matrimonio se consagra como un derecho y que tal consagración extiende un manto de garantía sobre la institución. De modo que la polémica queda centrada en la repercusión constitucional de la referencia al *hombre* y a la *mujer*: determinante o configuradora del perfil de la institución garantizada, sólo circunscrita a señalar quiénes son los titulares del derecho constitucional, o irrelevante a uno y otro efecto.

⁶³ BERCOVITZ (2003, pp. 84 ss.) que, en consonancia con ese planteamiento, considera que la regulación sustantiva -con contenido civil y no puramente administrativo- de las parejas de hecho contenida en las leyes de la Comunidades Autónomas con competencia en tema de Derecho civil debe ser considerada inconstitucional (cfr. art. 149.1.8ª CE). En el mismo sentido, VALLADARES, 2005, pp. 2068.

⁶⁴ En tal sentido, VALLADARES, 2005, p. 2.069.

La consideración de que el matrimonio entre homosexuales es inconstitucional parte de que el contenido esencial del derecho (cfr. art. 53.1 CE) exige que se reserve al hombre y a la mujer (entre sí); y ello porque si se permitiera casarse a las personas del mismo sexo se habría mutado la institución –configurada en la Constitución como exclusivamente heterosexual– y por tanto el aludido contenido esencial.

No se trata de discutir que en la representación del matrimonio que se pudo hacer el legislador constitucional los sujetos eran el hombre y la mujer (¡era la España de 1978!), ni de afirmar que el legislador quiso *conscientemente* dejar el tema abierto. Pero de lo mismo no hay que inferir que los constituyentes que, ni a duras penas podrían hacerse cabal representación de que hoy la juridificación de las parejas homosexuales sería no sólo unánimemente aceptada sino considerada por muchos exigencia de la propia Constitución –y recuérdese que este extremo era negado, todavía en 1994⁶⁵, por el propio Tribunal Constitucional–, tuvieran el decidido y firme propósito del excluir del matrimonio a las personas del mismo sexo.

Podría pensarse que participando de lo anterior, y yo lo hago, se da por despejado todo posible obstáculo a la constitucionalidad. Pero puede no ser exactamente así, porque una cosa es considerar que no estaba entre las preocupaciones del legislador constitucional erigir la diversidad sexual como configuradora del matrimonio, y otra que *hoy* tal característica no lo sea realmente, en cuanto que exigida por la propia garantía del instituto *matrimonio* -presupuesto de la efectividad del *contenido esencial* del derecho-. Y así sería caso de que se pensara que el matrimonio deja de ser reconocible como tal, que ha mutado hasta desdibujarse realmente su imagen, o que ha transformado su valor fundamental en la sociedad por el hecho de que se casen dos personas del mismo sexo. Sin embargo, yo tampoco creo que sea así: la percepción social del matrimonio -en cuanto institución exclusivamente civil- no parece que haya variado, ni que se haya diluido su imagen o que no pueda cumplir las funciones que hasta ahora cumplía. Antes al contrario, y ya se ha dicho, de alguna manera queda reforzado. Por eso creo que se acierta en el diagnóstico de la situación cuando en el Preámbulo de la Ley se dice que se respeta la *configuración objetiva* de la institución. El cambio es revolucionario, pero no para los sujetos tradicionales del matrimonio -el contenido esencial de su derecho no resulta afectado-, sino para las parejas homosexuales.

⁶⁵ *Vid. supra*, 2 II.

Lo dicho supone un posicionamiento a favor de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero decir que es constitucional porque no se lesiona la garantía del matrimonio y, por tanto, no resulta afectado el contenido esencial del derecho al mismo, deja sin resolver todavía la cuestión de los sujetos a los que se garantizaría constitucionalmente el derecho. La interpretación que daría alguna utilidad a la mención del hombre y la mujer sería entender que es a éstos, para casarse entre sí, a quienes se garantiza el derecho, y que su extensión a las parejas homosexuales es una opción -a mi juicio muy acertada- del legislador ordinario. Y es que la otra lectura, la de que el matrimonio homosexual es exigencia constitucional, prescinde de dar cualquier tipo de trascendencia a la referencia al hombre y la mujer: sólo serviría a efectos del *gesto* -irrelevante en el plano jurídico- al que se aludía al principio de este epígrafe.

¿Cuál es mi postura al respecto? Hace un tiempo -cuando en el horizonte no era imaginable la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales-, me mostraba proclive a la más *contemporizadora* de las dos lecturas: no se trataba de una exigencia constitucional, pero posibilitar que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio era perfectamente disponible por parte del legislador ordinario. Pero ahora, y es una impresión muy subjetiva, tengo para mí que a medida que pase el tiempo y se normalice el acceso al matrimonio de las parejas homosexuales será más difícil no ver la situación como exigencia constitucional⁶⁶.

BIBLIOGRAFÍA

Amunátegui Rodríguez, Cristina de: "Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2005, 351-368.

Asua González, Clara: "Comentario al artículo 44 CC", *Comentarios al Código Civil* -dirigidos por J. Rams-, Bosch, Barcelona, 2000, 484-494.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo: "La competencia para legislar sobre parejas de hecho", *Derecho Privado y Constitución*, 17, 2003, 61-88.

⁶⁶ *Vid.* las consideraciones de VALLADARES *supra*, nots. 17 y 18.

De Verda y Beamonte, José Ramón: "Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii (a propósito del Auto de Tribunal Constitucional 222/1994)"; *Revista de Derecho Privado*, 1998, 683-736.

"Comentario a la STS 8-12-2001"; *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 59, 2002, 463-484.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis/Gullón Ballesteros, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, IV, Tecnos, Madrid, 2006.

Díez-Picazo, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

Ferrer i Riba, Josep/ Salvador Coderch, Pablo: "Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*"; en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada* -coordinador P. Salvador-, Civitas, Madrid, 1997.

García Rubio, M^a Paz: "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio"; *La Ley*, 5, 2005, pp. 118 ss.

"Parejas de hecho y lealtad constitucional"; *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Francisco Serrano García*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005, 35-63.

Gavidia Sánchez, Julio: "Matrimonio y uniones libres; El matrimonio homosexual"; *La Ley*, 7, 2001, 1499-1508.

Hualde Sánchez, J. Javier: "Adopción por parejas del mismo sexo"; en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*; Cuadernos de Derecho Judicial, XXVI, 2006, pp. 269 ss.

Jackson, Glenda Labadie: "Deshojando margaritas: un recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América, *InDret*, 2, 2006, www.INDRET.COM.

Moliner Navarro: "Las uniones homosexuales en el Derecho español"; *Revista de Derecho Comparado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, vol. 4, 2001, 131-169.

Obermeyer, Sandra "La garantía constitucional del matrimonio y la regulación legal de la pareja" –traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez-, *Teoría y realidad constitucional*, 14, 2004, 391-414.

Rey Martínez, Fernando: "Homosexualidad y Constitución," *Revista española de Derecho Constitucional*, 73, 2005, 111-156.

Roca Trías, Encarna: *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

Salvador Coderch, Pablo: "Comentario al artículo 45 del Código Civil," *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, t. I, Tecnos, Madrid, 1984.

Sánchez Martínez, Olga: "Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares," *Revista española de Derecho Constitucional*, 58, 2000, 45-69.

Talavera Fernández, Pedro: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001.

Valladares Rascón, Etelvina: "El derecho a contraer matrimonio y la Constitución," *Aranzadi Civil*, 2005, II, 2.063-2.072.

**PERSPECTIVAS JURÍDICO-PÚBLICAS
EN TORNO A LAS NUEVAS FAMILIAS:
EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA
PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE DERECHOS Y
DE LA DIVERSIDAD DE MODELOS DE CONVIVENCIA**

M^a LUISA AGUIRRECHE

*Coordinadora del CAP de personas
lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.
Ararteko. Vitoria-Gasteiz. Facultad de
Derecho. Donostia-San Sebastián.
UPV/EHU*

A la hora de abordar el tema enunciado es necesario partir de dos presupuestos teóricos, cuyo entendimiento se hace indispensable para comprender en toda su complejidad el papel de los poderes públicos en la conformación de una sociedad plural e igualitaria que incorpore plenamente los nuevos modelos familiares emergentes.

Se trata, por un lado, de la constatación de que no hay igualdad de derechos individuales sin diversidad de modelos de convivencia, pues para generar una situación de igualdad en el ejercicio de los derechos de todas las personas resulta esencial que la sociedad haya creado espacios que habiliten la viabilidad efectiva de una pluralidad de fórmulas mediante las cuales llevar a término un proyecto de convivencia humana. Dicho de otro modo, para garantizar la igualdad individual es preciso favorecer la multiplicidad de opciones vitales de convivencia, porque de otra manera, en una sociedad monolítica, no puede plantearse la existencia de un plano igualitario para el ejercicio de derechos, cuando éstos no pueden siquiera tener expresión. La consecuencia jurídica es que el deber de los poderes públicos de garantizar la igualdad de todas las personas -consagrado en el artículo 14 de la Constitución y concretado mediante el artículo 9.2 de la misma norma fundamental en el deber de remover los obstáculos para una igualdad real y efectiva- comporta necesariamente la obligación de promover activamente una pluralidad de modelos de convivencia, favoreciendo así el libre desarrollo de las aspiraciones y necesidades individuales mediante la articulación y el reconocimiento institucional de un *locus iuris*, de un lugar jurídico como expresión de un espacio social, para todas las opciones.

El segundo presupuesto de partida es que el concepto de familia ha sido y es una noción cambiante y plural en una sociedad dinámica y sometida a profundas y rápidas transformaciones, lo que hace que para el Derecho no exista actualmente una noción unívoca de familia, como puede deducirse de un examen somero de los distintos sectores del ordenamiento jurídico vigente que abordan desde diferentes perspectivas (constitucional, civil, penal, fiscal o administrativa) y con distintas finalidades la regulación de cuestiones que

atañen de uno u otro modo a la realidad familiar⁶⁷. Basta, por ejemplo, una aproximación superficial a la normativa sectorial administrativa para corroborar que las distintas normas utilizan variados conceptos para denominar a las familias, cuando éstas son sujeto central de la materia a regular. Pensemos, por ejemplo, en el acceso a la vivienda protegida o al ingreso mínimo de inserción (o renta básica), o en las obligaciones fiscales individuales que se articulan en función de la posición del individuo en un concreto contexto familiar. Así, encontramos distintas nociones, como la unidad convivencial, la unidad económica familiar, unión económica, unión de hecho, que pretenden dibujar todas ellas con finalidades de regulación diferentes lo que, de manera más clásica, se ha denominado como familia, concepto que actualmente desbordaría, sin duda, como elemento definidor, a los lazos sanguíneos que antes resultaban inherentes a dicho término.

Esta constatación adquiere, en cualquier caso, más fuerza aún a partir de un análisis en clave histórica de la evolución del tratamiento que las distintas disciplinas jurídicas han dado a la familia y de la correlación de dichos tratamientos cambiantes con la propia evolución social. No es casual que las actuales normas administrativas de finalidad protectora a las que nos referimos escogan términos distintos al de familia a la hora de nombrar al sujeto colectivo que va a ser beneficiario de las prestaciones que prevén. Son estos nuevos términos, sin duda, reflejo de la sensibilidad del Derecho, que se hace eco –o que está, quizás, inexorablemente impelido a ello– de una evolución que termina imponiéndose en todos los planos de la estructuración social.

Partiendo de ambos presupuestos queremos, en este breve análisis de la cuestión, preguntarnos cómo deben los poderes públicos llevar a cabo esa labor de promoción de una diversidad de modelos de convivencia.

Un primer asunto que incumbe a esta función es articular una definición jurídica adecuada de las nuevas realidades familiares. El Derecho (y en parti-

⁶⁷ Así lo destaca acertadamente POUSSIN DE LA FLOR, M.P. “La institución familiar en las parejas del mismo sexo”, *La Ley*, nº 6.276, 2005, pág. 14 y ss., al referirse a la proliferación de leyes autonómicas que consagran las uniones o parejas de hecho, a la Constitución española, y a los diferentes preceptos del Código civil que utilizan el concepto de familia. Según la autora “no hay un concepto unívoco de familia; ni en el texto constitucional, ni en los pronunciamientos jurisprudenciales. Tampoco lo hace el propio Código civil como cuerpo legal que recoge la institución familiar cuando utiliza el concepto de familia en numerosos artículos, unas veces de manera coincidente con el matrimonio (.....) y otras omitiendo cualquier alusión al matrimonio (.....). Ni, como señalamos anteriormente, las propias leyes autonómicas dictadas al respecto.”

cular, los sectores del Derecho civil y penal) –que no se limita a ser reflejo de la realidad social, sino que también la conforma– ha incidido también en la configuración de la realidad familiar, reforzando en gran parte el modelo de familia tradicional, que es el que se funda exclusivamente en la relación heterosexual de pareja y en la subordinación de la mujer al varón. El sexismo y el denominado *heterosexismo* han conformado así ideológicamente un modelo no sólo dominante sino también obligatorio de familia, que el Derecho ha recogido perfectamente reforzando incluso la norma social. La dinámica de la regulación del régimen jurídico civil del matrimonio expresa después claramente la evolución de este modelo. Los cambios en la realidad social –la igualdad de los sexos y el nuevo rol de las mujeres promovido por las ideas feministas, la aparición de nuevos sujetos protagonistas de la pareja, como los gays y las lesbianas– se manifiestan también en los sustanciales cambios jurídicos que se han producido en los últimos tiempos (desde la regulación del divorcio, la despenalización del aborto en ciertos supuestos, la promulgación de leyes autonómicas de parejas de hecho, hasta la regulación del matrimonio homosexual). Todo ello, sin perjuicio de que –como antes señalábamos– la legislación fiscal y ciertas normas administrativas prestacionales ya venían ampliando su ámbito subjetivo de aplicación más allá de los estrictos límites de la familia tradicional.

Todo ello nos sitúa actualmente ante un panorama en el que la noción de familia puede, en cierto modo, aparecer como desdibujada para el Derecho, más aún teniendo en cuenta que la realidad social expresa una dinámica creciente de pluralidad de modelos familiares que comienza a desbordar la capacidad de adaptación de la norma jurídica. Resulta indispensable, en este contexto, buscar un sustrato común a esas realidades familiares que nos permita definir desde el Derecho qué es la familia, con la finalidad central de justificar esa intervención protectora del Estado consagrada como principio rector en el artículo 39.1 de la Constitución⁶⁸.

Desde esa perspectiva de la justificación de la función tuitiva del Estado hacia la familia, en el plano jurídico, económico y social a que se refiere la norma constitucional, entendemos que la noción jurídica de familia debe comprender, al menos, estos tres elementos:

⁶⁸ Artículo 39.1 CE: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.”

- el reconocimiento de la libre afectividad como fundamento del vínculo de convivencia;
- el reconocimiento de la unidad de convivencia como soporte emocional y material para el desarrollo individual de las personas;
- la garantía de protección del vínculo humano de convivencia que sirva de soporte, en particular, a las personas en situación de dependencia.

Una noción semejante trasciende, desde luego, el concepto de familia tradicional (constituída paradigmáticamente por el matrimonio heterosexual y su prole), pero también el concepto de familia que se funda inevitablemente en la pareja, tal es el sentido que ya manejan muchas normas protectoras sociales, que incluyen, por ejemplo, a las llamadas familias monoparentales. Lo esencial en este planteamiento es repensar por qué el Estado debe proteger a la familia, a qué finalidad última atiende esa previsión constitucional en un contexto histórico y social como el actual. Sólo la labor asistencial básica -en el doble sentido, de necesario soporte material y emocional del individuo, del todo indispensable para su normal desarrollo e integración social- que cubren objetivamente tantas familias supliendo así el papel del Estado social, justifica, a nuestro entender, el deber singular de los poderes públicos de proteger a la familia como grupo humano que para la norma constitucional merece un tratamiento privilegiado respecto a otros. Y es, en consecuencia, dicha función, y no otra, la que debe ser protegida.

Éste es también el contexto teórico en el que debe ser incardinado cualquier análisis sobre la legitimidad social y constitucional del matrimonio homosexual, reconocido recientemente en nuestro marco legal, pero que no ha resultado tan evidente en otros países de nuestro entorno más próximo.

ararteko

OTRA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS DE LAS NUEVAS FAMILIAS

KOLDOBIKE MUJIKA

*Coordinadora de Gehitu,
Asociación de lesbianas, gays,
transexuales y bisexuales de Euskadi*

La familia tiene una estructura y una función. La estructura familiar es el número y organización de sus miembros. La función consiste en la crianza, protección y educación de los hijos e hijas para su relación con el contexto y esta función se lleva a cabo dentro de una estructura que puede ser muy variada y que ha cambiado notablemente a lo largo de la historia.

La estructura clásica, lo que se viene denominando familia tradicional, se compone de padre, madre e hijos e hijas biológicos. Su transformación constituye un proceso largo. El cambio más importante que se ha producido, sin lugar a dudas, es el experimentado en el rol de la mujer. Ha dejado de ser un elemento del grupo familiar absolutamente dependiente del varón para alcanzar cierto grado de autonomía. Diversos factores han contribuido a ello:

- la igualdad legal dentro del matrimonio
- la incorporación al mercado laboral
- el control de la natalidad

Por otro lado, la ley del divorcio de 7 de julio de 1981 abrió la puerta a la disolución del matrimonio y a la formación de nuevas estructuras familiares. Nos encontramos así ante un amplio abanico formado por familias monoparentales, familias reconstituidas, familias adoptivas o de acogida, familias multiétnicas y también, no nos engañemos, familias homoparentales. Y todo ello sin olvidar a aquellas personas que no optan por ninguno de los modelos anteriormente mencionados, los denominados hogares unipersonales.

Hoy debemos hablar, por tanto, de la familia como una realidad plural, una realidad en continua evolución. No han faltado quienes han querido hacer de este hecho lecturas apocalípticas tratando de ver en el mismo la crisis definitiva de la propia institución. Nada más lejos de la realidad. Quizá lo correcto sería hablar en términos de crecimiento y evolución reivindicando de esta manera un necesario reajuste conceptual. Y es que no es la familia la que está en crisis, si acaso, su concepto único.

Así, consideramos que cualquiera de los modelos que ya existen puede ser perfectamente válido siempre que cumpla con la condición esencial de crear

un marco protector para el o la menor. La clave no está ya en la modalidad familiar sino en la calidad de sus vínculos internos, es decir, en la capacidad de los progenitores para dar al niño o niña seguridad y afecto en su proceso de crecimiento y facilitar así el desarrollo integral de los mismos.

Dentro de esta diversidad de modelos familiares debemos incluir la familia homoparental, es decir, aquella formada por dos hombres o dos mujeres y los hijos que crecen y se desarrollan en su seno.

La legislación vigente hasta el 1 de julio de 2005, la Ley 21/1987, ha permitido la adopción tanto a nivel individual como a parejas heterosexuales. Sin embargo, ha impedido hacerlo a parejas homosexuales. Si tenemos presente que en el caso de adopciones individuales no ha existido requisito alguno referido a la orientación sexual, podremos comprender cómo han sido muchos los gays y lesbianas que han hecho uso de su derecho a adoptar individualmente conformando, en muchos casos, nuevos núcleos familiares. De esta manera se ha producido un gran desajuste entre la realidad social y la realidad jurídica, que se ha mantenido hasta la nueva normativa. A su vez ha provocado un silencio sobre esta realidad, de modo que hoy en día no se disponen de datos sobre la incidencia homoparental. Esta situación ha sido un gran obstáculo para la visibilidad y en consecuencia para la aceptación social. Lo más negativo es la situación de desamparo en que quedan los menores al no establecerse ningún vínculo jurídico con la parte de la pareja no adoptante. Así aunque ésta ejerza las funciones de progenitor/a, en caso de incapacidad o fallecimiento del adoptante, al menor se le niega el derecho a dicho vínculo, vulnerando así el interés superior del menor.

Por otro lado, la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ha abierto la posibilidad a las mujeres y, por tanto, a las lesbianas de acceder a dichas técnicas y tener hijos/as por esa vía. Además, no se exige estar en pareja.

Ahora bien, no se permite en el caso de parejas del mismo sexo (mujeres), someterse a estas técnicas como pareja con todas las consecuencias de filiación compartida del hijo/a, lo cual sí se permite a parejas heterosexuales. De aquí que la opción individual ha sido nuevamente la utilizada para hacer realidad los deseos de maternidad y de constituir una familia. Al igual que en el caso de la adopción también en éste se condena a una situación de desprotección al menor en el caso de fallecimiento o incapacidad de la madre biológica.

En la Comunidad Autónoma Vasca esta situación se ha visto felizmente superada a partir del levantamiento del recurso que en su día interpuso el gobierno del Partido Popular al artículo 8º de la Ley de Parejas de Hecho, Ley aprobada en mayo del 2003 por el Parlamento Vasco y que otorgaba la posibilidad de adopción conjunta a parejas homosexuales. Y es ahora cuando esta situación de desprotección legal del o de la menor se ha visto definitivamente resuelta con la aprobación de la reforma del Código Civil que reconoce el matrimonio homosexual y con él todos los derechos que le son propios, entre ellos el acceso a la filiación de los hijos e hijas de la pareja homosexual.

A continuación queremos hacer una reflexión en torno a la siguiente pregunta: ¿Existe algún elemento que impida a la pareja homosexual ser un entorno idóneo para la protección de los intereses del menor?

Analizando los textos legales que se ocupan de la adopción, se deduce que se trata de una institución cuyo objetivo es proporcionar al o la menor el entorno más adecuado para su desarrollo personal, cuando se vea privado del mismo. Precisamente, porque se trata de facilitar el óptimo entorno para los intereses del menor o de la menor, la adopción permite elegir a quien mejor pueda cumplir dicho objetivo. Desde esta perspectiva, el concepto de adopción (establecimiento de una relación jurídica de filiación no biológica) no reclama la orientación sexual, ni tampoco su justificación última (adecuada protección del interés del menor).

La adopción es un derecho del o de la menor, es decir, es el o la menor privado/a de progenitores, quien tiene derecho a ser protegido/a en su desarrollo personal y social por la persona o personas más idóneas para ello. Así lo contempla el preámbulo de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre. *“la finalidad social de protección a los menores privados de una vida familiar norma l(...) fundada en la necesaria primacía del interés del adoptado, que debe prevalecer, sin prescindir totalmente de ellos, sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción, como son los de los adoptantes”*.

Como se puede ver, la adopción no es en absoluto la satisfacción de un derecho individual o colectivo de las personas a “disponer” de un o una menor, es un modo de dar protección al derecho del o de la menor a ser protegido/a y proporcionarle un entorno adecuado que garantice su desarrollo personal. Son las instituciones públicas quienes deciden la idoneidad de los adoptantes. La reivindicación del derecho a la adopción conjunta por parte de las parejas

homosexuales hay que entenderla, pues, en el sentido de no ser excluidas a priori, por su orientación sexual, como sujetos idóneos para la adopción conjunta.

Volvemos a la pregunta inicial: ¿existe algún elemento que impida a la pareja homosexual ser un entorno adecuado? Muchos son los que piensan, con mayor o menor base científica, que la integración de un o una menor en un núcleo convivencial homosexual puede hacerle incapaz de entender la complementariedad de los sexos con sus diferentes roles, y que esta carencia de un modelo heterosexual de conducta puede condicionar su orientación hacia la homosexualidad. Se pregunta alguien si un menor educado y criado en un entorno heterosexual estará condicionado a la heterosexualidad. En la base de ello se encuentra la consideración prejuiciosa de la homosexualidad, que, en el mejor de los casos, se respeta su unión, pero cuando se plantea la posibilidad de que un o una menor pueda tener un entorno convivencial homosexual no faltan los miedos, los reparos y me atrevería a decir la ignorancia.

Son muchos los estudios realizados que confirman el hecho de que los hijos e hijas educados en familias homoparentales no presentan diferencias respecto a los educados en familias heteroparentales. Nos referimos, entre otros, a un estudio realizado en la Universidad de California -Departamento de Psiquiatría de la Facultad de Medicina de Harvard- realizado en 1986, estudio que contó con una de las más amplias muestras en la materia realizadas hasta el presente (84 familias y 85 hijos e hijas). El estudio analizó el estado psicológico de los hijos e hijas criados en familias lesboparentales por inseminación artificial, siendo algunas de sus principales conclusiones la existencia de un adecuado ajuste en el desarrollo personal, emocional, social o intelectual de los hijos e inexistencia de diferencias significativas en el desarrollo de su identidad, nivel de autoestima, comportamiento social u orientación sexual.

En el Estado Español contamos con los datos del primer estudio sobre familia homoparental realizado por el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid y la Universidad de Sevilla (y financiado por la Junta de Andalucía y la Oficina del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid). Las conclusiones del mismo señalan que no existen diferencias entre los hijos e hijas criados en familia heteroparentales y homoparentales, si exceptuamos el hecho de que los hijos e hijas de familias homoparentales presentan una mayor flexibilidad en sus roles de género y una mayor aceptación y respeto a la diversidad sexual.

Asimismo, la prestigiosa Academia Americana de Pediatría (APP), elaboró en febrero de 2002 un informe desde su Comité de Aspectos Psicológicos de la Salud Infantil y Familiar que analizaba la coparentalidad o adopción por padres del mismo sexo. El informe se basaba en las reflexiones de 14 especialistas y 40 referencias científicas y bibliográficas. Las ideas principales de dicho informe son:

- La Academia Americana de Pediatría reconoce que un cuerpo considerable de la literatura profesional proporciona evidencias de que los niños y niñas con padres y madres homosexuales pueden tener las mismas ventajas y las mismas expectativas para la salud, el ajuste y el desarrollo que los niños y niñas de padres heterosexuales.
- Las leyes que mantienen las prácticas discriminatorias se basan en la presunción de que las madres lesbianas y los padres gay son diferentes de los padres heterosexuales en maneras que son importantes para el bienestar de sus hijos e hijas. En cambio, la evidencia empírica revela que los padres gays y madres lesbianas son sustantivamente capaces de criar adecuadamente a sus hijos e hijas.

Por tanto y para concluir, las últimas investigaciones afirman que la estructura familiar en sí misma crea relativamente poca diferencia en el desarrollo psicológico de los niños y que lo que realmente importa es la calidad que se dé en la vida familiar, estos es, el respeto, el cuidado, la comunicación, la falta de conflictos y las sanas expresiones de amor. La clave reside en los procesos educativos que tienen lugar en la familia pero, a su vez, estos procesos dependen de procesos y relaciones del entorno social. Así, y como pone de manifiesto la literatura sobre el tema, entre los factores que favorecen el ajuste y desarrollo psicológico de los diferentes miembros de familias no convencionales destacan, por un lado, la aceptación y el apoyo recibidos de la red social más cercana, y por otro, la percepción normalizada de la propia realidad por parte del entorno sociocultural. Desde esta óptica, y con el objetivo de promover ambas cosas, las medidas destinadas a favorecer la aceptación y la visión normalizada de este tipo de familias adquieren una especial relevancia.

La sociedad, esto es, las instituciones tanto públicas como privadas y aquellos sectores más directamente relacionados con el niño o la niña, el sector educativo fundamentalmente, tienen ante sí un reto para ir integrando la diversidad familiar, cada vez más presente. Se trata de elaborar, y llevar a la práctica, políticas que promuevan la aceptación social de la diversidad familiar,

cuyos pilares sean la igualdad, el respeto y la dignidad. Ello contribuirá a que el entorno social de las familias homoparentales sea respetuoso con ellas y por tanto, los niños y niñas crezcan felices sabiendo que la diferencia no es motivo de discriminación.

Como conclusión puede afirmarse que hemos conseguido la igualdad legal para las familias homoparentales y ello constituye, sin duda, un paso importante que traerá felicidad a dichas familias.

EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL: LENGUAJE, RITO Y DISCRIMINACIÓN

M^a ÁNGELES BARRÈRE UNZUETA

*Profesora de Filosofía del Derecho
de la Facultad de Derecho
Donostia-San Sebastián. UPV/EHU*



I. INTRODUCCIÓN

En este texto se van a efectuar una serie de reflexiones referidas a la problemática suscitada por el reconocimiento legislativo del matrimonio homosexual en el ordenamiento jurídico español. Avanzamos que estas reflexiones se verán insertas disciplinarmente en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Teoría del Derecho antidiscriminatorio.

Como es sabido, la tramitación y posterior aprobación de la ley modificadora del Código civil, por la que se permite contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio) ha suscitado no pocas controversias⁶⁹. Frente a la postura mayoritaria del poder legislativo, amparando reivindicaciones impulsadas por colectivos homosexuales y asumidas por un amplio sector de la sociedad, organizaciones defensoras del modelo tradicional de la familia y organismos representativos de la jerarquía eclesíástica no han dudado en salir a la calle y protestar jurídicamente ante tamaña posibilidad⁷⁰. Pero también las altas instancias jurídico-consultivas (como el Consejo de Estado o el Consejo General del Poder Judicial) se han mostrado contrarias a que puedan optar al matrimonio las parejas del mismo sexo. El dictamen

⁶⁹ Entre las principales modificaciones de esta ley está la inserción, tras el primer párrafo del art. 44 (según el cual “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”), de un segundo párrafo, según el cual “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Asimismo, se sustituye en el articulado del régimen jurídico de la institución las expresiones “el marido y la mujer” y “el padre y la madre” por “los cónyuges” y “los progenitores”, respectivamente. Permanecen no obstante las expresiones marido/mujer en los artículos 116, 117 y 118 porque los supuestos de hecho que contemplan sólo pueden referirse al caso de matrimonios heterosexuales.

Es muy posible que, además de esta Ley de sólo 16 artículos, la admisión del matrimonio homosexual requiera ulteriores reajustes en el ordenamiento jurídico. El juicio al que aquí se somete a la misma no descansa, sin embargo, en los problemas de adaptación o de casuística que pueda conllevar. Se han de diferenciar, en consecuencia, las cuestiones accidentales (en las que se habrá de hacer valer la *técnica* legislativa) de la cuestión de fondo (*ética* o de justicia) que es la que, a todas luces, ha querido resolver la ley.

⁷⁰ En el momento de ultimar este texto ha sido anunciada la interposición por parte del Grupo Popular de un recurso de inconstitucionalidad sobre la citada ley.

del Consejo de Estado (aprobado el 16/12/2004) ha sido particularmente bien recibido además por la doctrina civilista y constitucionalista que con mayor inmediatez se ha pronunciado sobre el tema (Pous de la Flor: 2005; Rey Martínez: 2005).

No vamos a entrar aquí en los motivos aducidos por las organizaciones confesionales y por la propia Iglesia católica para negarse a admitir el matrimonio homosexual⁷¹, principalmente porque -como ha sido ampliamente teorizado durante décadas, y recordado recientemente en relación al tema (Montalti: 2004, 4832)- la separación entre el Derecho y la Religión es un pilar indiscutible de los modernos Estados democráticos, y porque, aun en el supuesto de que la negativa respondiera a las convicciones religiosas de la mayoría, ni éstas pueden ser impuestas a través del Derecho a los miembros de la sociedad que no comulguen con las mismas, ni tanto menos las doctrinas religiosas pueden servir como fundamento de actividades legislativas o judiciales dirigidas a negar el reconocimiento de derechos o -en nuestro caso- el acceso a importantes instituciones civiles, como el matrimonio. A lo sumo diremos dos palabras en el epígrafe siguiente para rechazar el argumento más utilizado por dichas posturas negadoras, basado en la consideración del matrimonio heterosexual como el “verdadero matrimonio”.

Mayor interés presenta, en cambio, analizar porqué al Consejo de Estado no le resulta jurídicamente adecuado admitirlo. Primero porque, como se ha indicado ya, el parecer de este órgano es seguido por reciente y cualificada doctrina civilista y constitucionalista, pero además porque, frente a los argumentos esgrimidos por uno y otra, aquí se defenderá la postura según la cual el matrimonio homosexual contemplado en la Ley 13/2005, no sólo responde a una demanda social comprensible y legítima, sino que, además, tiene cabida en el ordenamiento español sin necesidad de reforma constitucional.

II. LA INEXISTENCIA DE CONCEPTOS VERDADEROS

En la moderna filosofía del lenguaje resulta ya una tesis consolidada la de que *los conceptos verdaderos no existen*. De ahí que se pueda decir que hablar hoy en día de “verdadero matrimonio”, o de “matrimonio por naturaleza”

⁷¹ Al menos, *directamente*. Si se hará *indirectamente*, en la medida en que argumentos decisivos empleados por la doctrina jurídica (como la historia y la posibilidad de adopción) resultan perfectamente asumibles por aquéllas.

como pretende la jerarquía eclesiástica (y quien sigue y extiende su doctrina) en relación exclusivamente al que tiene lugar entre una pareja heterosexual, responde a una teoría caduca sobre la relación entre el lenguaje y la realidad denominada *realismo verbal* (o *platonismo verbal* o *esencialismo verbal*). Siguiendo esta teoría, la palabra “matrimonio” nos *revelaría o descubriría una realidad* a la que haría referencia determinada definición de la misma (concretamente, la unión ritual de personas de distinto sexo), y de la que no podría desvincularse. Como ha sido puesto de manifiesto, esta forma de entender la relación entre el lenguaje y la realidad deriva de creencias antiguas y prehistóricas de magia verbal que calaron, no sólo en el pensamiento religioso, sino también en el jurídico. De hecho, resultan ilustrativas las palabras de Hermann Kantorowicz, referidas en este caso al Derecho (Nino:1983, 12):

Muchos sistemas [filosóficos] –el platonismo antiguo, el realismo escolástico, el fenomenalismo moderno– se han basado en la creencia de que cabe encontrar conceptos con carácter de verdad esencial o de “necesariedad”, por un procedimiento de intuición intelectual o mística, ya que son ellos los únicos conceptos de lo que pueda constituir la esencia inmutable de las cosas. (...). Por ello, casi toda la jurisprudencia medieval y oriental, e incluso la moderna, ha creído que entre el nombre de una “cosa” (es decir, cualquier objeto del pensamiento) y la cosa nombrada existe un nexo metafísico que sería peligroso y sacrílego desconocer.

Frente a la existencia de conceptos verdaderos, y como alternativa al esencialismo verbal, la moderna teoría *convencionalista* señala que la relación de las palabras con sus significados es puramente convencional. En este sentido, si bien es cierto que tenemos la costumbre de nombrar a ciertas cosas con determinadas palabras, no es menos cierto que nada ni nadie impide establecer nuevos acuerdos lingüísticos. De ahí que, si bien el significado lexical (el que aparece en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua) de la palabra “matrimonio” sea el de “unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”, nada ni nadie puede impedir una variación de la definición tendente a considerar también como “matrimonio” una unión de esas características pero entre personas del mismo sexo. Si el nuevo significado viene establecido por ley, se podría hablar del “matrimonio” como de un término técnico-jurídico (pues se amplía el significado lexical o el que tiene en el lenguaje corriente) (Iturralde: 1989, 45), y si, previsiblemente, este nuevo uso de la palabra se consolida, la lexicalidad alcanzará probable-

mente al nuevo significado, quedando el anterior (el de la unión heterosexual) como una forma arcaica de uso de la palabra o como un significado vinculado a la Religión. En este sentido, pues, la reciente ley modificadora del Código Civil, que extiende el significado de la palabra matrimonio para incluir la unión de parejas homosexuales, no haría más que postular una praxis comunitaria regida por una nueva convención lingüística (un nuevo “juego lingüístico”, en terminología wittgensteniana). Fuera de lugar resulta por tanto, y en todo caso, un discurso que se pretenda jurídico (y, por lo tanto, desvinculado del religioso) en términos de “conceptos verdaderos”⁷².

III. EL PODER PERFORMATIVO DEL RITO MATRIMONIAL

Como se acaba de constatar, en la definición lexical del Diccionario de la Real Academia, la forma ritual -el rito- constituye una parte fundamental del significado de la palabra “matrimonio”. Sin embargo, en la actual polémica sobre el reconocimiento del matrimonio homosexual no se le ha prestado a este aspecto la debida atención porque, efectivamente, es el rito -que incluye la ceremonia de *consentimiento* mutuo de los cónyuges, y la posterior *declaración* de la autoridad pública correspondiente- lo que convierte a un acto con determinadas formalidades en matrimonio.

A nuestro juicio, es importante tomar este detalle en consideración, tanto para entender por qué ciertos sectores niegan el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales como para, del mismo modo, entender por qué las parejas homosexuales quieren acceder al matrimonio, a pesar de que puedan existir leyes que les concedan derechos similares a los derivados de la institución matrimonial. Para explicarlo ayudará tomar en consideración ciertos estudios de Filosofía e Historia del Derecho. Así, en 1962 se publica el libro del filósofo del lenguaje John Langshaw Austin *How to Do Things with Words* (literalmente *Cómo hacer cosas con palabras*), en el que el autor anglosajón reflexiona

⁷² En el momento de ultimar este trabajo ha salido a la luz un artículo de José Calvo González (2005) en el que el autor llega a conclusiones similares a las aquí mantenidas, si bien por derroteros argumentativos diferentes (el concepto heterosexual heredado de la tradición jurídica romana sería sólo *un* concepto de matrimonio, en el que, además, el elemento semántico basilar y auténticamente determinante sería de naturaleza subjetiva, a saber, la intención de convivencia conyugal y el “*affectio maritalis*”) (p. 2).

sobre los llamados “enunciados performativos” (performative utterances)⁷³, pronunciando los cuales, y en determinados contextos, “se hacen cosas con palabras”: Precisamente, en la primera delimitación que J. L. Austin efectúa de los enunciados performativos utiliza como ejemplo las palabras de aceptación en la ceremonia nupcial: “Sí (tomo a esta mujer como legítima esposa)”. Otros ejemplos serían “Bautizo a esta nave Queen Elizabeth”, expresado al romper una botella de champaña contra la proa; “Lego mi reloj a mi hermano”, como cláusula de un testamento; o “Te apuesto medio chelín a que mañana va a llover”. Así, para Austin resulta claro que pronunciar las frases entrecomilladas en las circunstancias idóneas no es ni describir lo que digo estar haciendo mientras las pronuncio, ni afirmar que lo estoy haciendo, sino hacerlo. En este sentido –señala el filósofo inglés– cuando ante el funcionario o el altar digo “Sí”, no estoy haciendo referencia a un matrimonio, sino que me estoy casando⁷⁴.

El librito de J. L. Austin tuvo un enorme eco, también en la Filosofía del Derecho analítica, pero, lamentablemente, el filósofo del lenguaje no era jurista⁷⁵ y no estaba al tanto (o, al menos, no lo demuestra) de las investigaciones del iusfilósofo sueco Axel Hägerström (1868-1939)⁷⁶, quien, en sus estudios sobre la historia del Derecho romano ya había descrito, con bastantes décadas de antelación, la peculiaridad de este tipo de lenguaje que, anclado en la magia figurativa y verbal (fuerzas sobrenaturales), deja su impronta en el

⁷³ En la traducción al castellano de la obra de Austin (1971) se pretende evitar el neologismo *performativo*, y se habla de lenguaje constitutivo, ejecutivo u operativo. También se elimina el ejemplo del matrimonio que se precisa a continuación.

⁷⁴ Repárese al respecto en el artículo 58 del Código Civil: “El Juez o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente *lo contraen en dicho acto y*, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá la inscripción o el acta correspondiente” (énfasis añadido). Queda claro, pues, que el matrimonio se contrae en el rito, pero que su “realidad” no es reducible ni identificable con las palabras de aceptación de los cónyuges ni con las declarativas del funcionario o Juez.

⁷⁵ Conviene no confundir, en este sentido, a este filósofo con el jurista y teórico del Derecho decimonónico, también anglosajón, John Austin.

⁷⁶ Este autor, junto con Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona y Alf Ross conforman el llamado “realismo jurídico escandinavo” (Vid. en cast. Hierro: 1981).

concepto iusnaturalista de derecho subjetivo⁷⁷. La conexión de Austin con Hägerström es llevada a cabo, poco después, por otro destacado miembro del realismo jurídico escandinavo, como es el autor sueco Karl Olivecrona, quien dedica todo un capítulo de su libro *Law as Fact* al estudio de los enunciados performativos en el Derecho⁷⁸.

No es cuestión de extendernos en el desarrollo de la teoría del lenguaje en el que “se hacen cosas con palabras”; pero resulta decisivo, en orden a explicar el interés (todavía) actual del matrimonio interpretarlo como una ceremonia ritual en la que el uso de determinadas palabras tiene por objeto atraer la atención y “dar la impresión de que ocurre algo importante” (Olivecrona: 1980, 213). Los efectos del ceremonial son, obviamente, psicológicos, pero están atados a una larga historia de creencia en la magia verbal⁷⁹ que lleva a hacer pensar en la vinculación al mismo de supuestos efectos no psicológicos. En este sentido, aún cuando hoy en día resulte difícil sostener que, mediante la expresión de ciertas palabras en un ceremonial “se

⁷⁷ En efecto, como ha sido señalado (por ejemplo por Faralli:1987, 120 ss.), los autores iusnaturalistas (como Grozio y Pufendorf) conciben al derecho subjetivo como *facultas* o *qualitas moralis*, esto es, como el poder moral de una persona sobre otra, en virtud del cual la primera puede ordenar a la segunda observar o no un determinado comportamiento, con la consecuencia de que, para esta última, se convierte en algo moralmente necesario comportarse como le viene ordenado. Este derecho subjetivo, como poder moral, tendría su origen en un acto como la promesa, para el que, al igual que para otros actos mediante los cuales se manipulan poderes y vínculos místicos, Hägerström encuentra explicación en la concepción romana del Derecho. Según esta concepción, común a la de los pueblos primitivos, la representación de una cosa de manera solemne determinaba la realidad de la cosa representada (por ejemplo, se sostenía que el mago era capaz de provocar la lluvia, imitando el trueno y el relámpago). Pues bien, análogamente, se pensaba que determinadas palabras, pronunciadas en determinadas circunstancias por determinadas personas, con la observancia de fórmulas particulares, podían realizar materialmente los conceptos expresados. Así, del mismo modo que se explica el origen del mundo a través de las palabras divinas «Dios dijo: “Hágase la luz” y la luz se hizo», según Hägerström también los actos jurídicos consistentes en el cumplimiento de actos simbólicos y en la pronunciación de *verba solemnia* son considerados actos de naturaleza mágica y por lo tanto capaces, por medio de la magia, de producir determinados efectos.

⁷⁸ El capítulo VIII es el dedicado por Olivecrona a los enunciados performativos jurídicos, que en la versión española lleva por título (desafortunadamente) “Expresiones ejecutivas jurídicas”.

⁷⁹ En la larga historia que se remonta al origen de los ritos y fórmulas jurídicas –dirá Olivecrona– “no era absurdo que un Dios omnipotente creara el mundo y los seres vivos mediante sus órdenes. No sabemos cómo se originó la historia de la creación, pero podemos suponer razonablemente que se formó en una comunidad que creía que individuos con poderes secretos podían conseguir ciertos efectos mediante ritos y palabras” (1980, 215).

establezca realmente un vínculo espiritual y suprasensible (...), la ceremonia matrimonial tiene una gran importancia social. El uso de las palabras apropiadas en circunstancias adecuadas no es absurdo, en el sentido de que el uso de esas palabras no tengan ningún propósito. Hay numerosos ejemplos de fórmulas que cumplen importantes funciones sociales aun cuando su contenido, desde una perspectiva moderna, no tenga significado alguno” (Olivecrona: 1980, 224)⁸⁰.

Resulta una tarea difícil la de determinar la relación que existe hoy en día entre la pervivencia del rito matrimonial y la ilusión de dar origen a través del mismo a una realidad denominada matrimonio, en la que reina el amor, el respeto, la fidelidad o la ayuda mutua, pero de lo que no cabe ninguna duda es que, si el rito perdura es porque, hoy por hoy, cumple una importante función, tanto subjetiva, como objetiva (de reconocimiento social)⁸¹.

Precisamente, en el debate suscitado en la opinión pública con ocasión de la legalización del matrimonio homosexual en España, el escritor y comentarista político Vargas Llosa (2005, 15) llamaba la atención sobre la paradoja según la cual, mientras se multiplican las parejas heterosexuales que rehúsan pasar por el altar o por el registro civil, entre la población homosexual se despierta la ilusión por el matrimonio. A nuestro juicio, sin embargo, tal circunstancia no resulta tan extraña, teniendo en cuenta lo que acabamos de señalar, esto es, siendo conscientes de la función (anclada en fórmulas supuestamente mágicas) que en este caso cumple el rito y, sobre todo, teniendo en cuenta que ni la creencia en la magia ritual (ilusa, pero productora de ilusión), ni la función de reconocimiento y poder asociada al rito, puede (o debe) ser patrimonio exclusivo de la población heterosexual. En este sentido, reivindicar el matrimonio no es más que pedir la extensión a la comunidad homosexual del derecho a participar en un ceremonial productor de ilusión y reconocimiento social. Y sobre el

⁸⁰ Permitiéndome trasladar ejemplificativamente este planteamiento al contexto cinematográfico: Sin el alcance (mágico o supuestamente no psicológico) de la performatividad ¿cómo es posible interpretar la felicidad que supone para los protagonistas de la famosa película de Houston “Reina de Africa” (interpretados por Humphrey Bogart y Katharine Hepburn) el que, en un barco enemigo, y a punto de perecer en la horca, expresen como último deseo que el capitán oficie la ceremonia matrimonial en la que puedan expresar el “sí, quiero”?

⁸¹ Este último hipotéticamente unido a la consideración de que contribuye a cierto valor social, como sería el de la estabilidad de las relaciones familiares. Más adelante observaremos cómo este reconocimiento se puede convertir en privilegio y, por tanto, en discriminación.

particular no valen argumentos desmitificadores: el rito tiene el poder que tiene o que la sociedad le quiere dar, y de esa sociedad forma parte tanto la población heterosexual como la homosexual. De ahí que para el cumplimiento del mandato (en nuestro caso, constitucional) de la igualdad no baste con el mero reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales, “como si” la unión fuera matrimonial⁸².

IV. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD O NO DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Como se ha avanzado ya, los estudios doctrinales elaborados en el transcurso de la tramitación de la Ley 13/2005 siguen la línea interpretativa del Consejo de Estado en su Dictamen 2628/2004 (aprobado el 16/12/2004), razón por la que éste merece especial consideración. Ello no obsta para que, posteriormente, junto al mismo se tenga en cuenta alguna otra aportación doctrinal que, aun

⁸² Junto a lo dicho, y a lo que se precise a continuación, el recelo de la comunidad homosexual a esta última alternativa o, lo que es igual, su insistencia por reivindicar la fórmula de la unión matrimonial resulta más que comprensible si –sin ir más lejos– tomamos en consideración un recentísimo pronunciamiento del TEDH prácticamente coetáneo con la Ley 13/2005. Se trata de la Sentencia de 19 de julio de 2005, *P.M. c. El Reino Unido*, en la que el Tribunal de Estrasburgo tiene que vérselas con una legislación del Reino Unido que discrimina (así lo reconoce el Tribunal) a los miembros separados de parejas no casadas en relación a las casadas a la hora de permitir a los últimos, y no a los primeros, deducir en sus declaraciones de la renta las cantidades pagadas en concepto de pensión de alimentos a su prole. En el caso resulta particularmente significativa la intervención del Gobierno británico, que justifica (más concretamente, considera una “justificación objetiva y razonable”) el fomento de la institución del matrimonio a través de la concesión de “derechos y privilegios especiales” a quienes elijan casarse “incluso tras la ruptura del matrimonio” (apartado 25).

También resulta especialmente interesante en esta Sentencia el hecho de que, en la línea de lo planteado por el demandante, el Tribunal rompa la lógica comparativa entre padre separado *casado*/padre separado *no casado* (es decir, prescindida de la condición civil) y fije su razonamiento comparativo en un argumento –digamos– empírico. Así, en referencia a la situación del demandante, y constatando el cumplimiento de las obligaciones financieras para con su hija, en el apartado 28 señala: “el Tribunal no ve razón alguna para tratar de forma diferente a un padre casado, que se halle ahora divorciado o separado de la madre, por lo que respecta a la deducción impositiva de dichos pagos. El propósito de las deducciones en los impuestos es, supuestamente, facilitar a los padres casados la manutención de una nueva familia; realmente no se aprecia razón alguna por la cual los padres solteros, que establecen igualmente nuevas relaciones, no vayan a adquirir del mismo modo compromisos financieros similares, que merezcan también dichas facilidades”.

corroborando las líneas generales el citado dictamen, suscite también interés –entre otras cosas– por la riqueza del material jurisprudencial utilizado⁸³.

Siguiendo un orden cronológico de exposición, comenzaremos con el Informe del Consejo de Estado. Prescindiendo ahora de la particular visión o “reconstrucción” de este órgano sobre el objeto del dictamen, la evolución de la sociedad y la respuesta legislativa y jurisprudencial a la discriminación por orientación sexual, el desarrollo argumentativo en el que se cimientan las conclusiones del dictamen se basa en la interpretación de los artículos 32, 14 y 10 del texto constitucional. Así, partiendo de esta interpretación, el citado órgano consultivo –por un lado– niega que la Constitución española reconozca el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, mientras –por otro– considera que el texto constitucional no impide la regulación por ley de otros modelos de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo en la que se les atribuya análogos derechos a los previstos en relación con el matrimonio.

1. La argumentación jurídica del Consejo de Estado

El centro de la actividad argumentativa del Consejo de Estado está basado en el artículo 32 de la CE, que, en su apartado 1 declara que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Así, y basándose estrictamente en la referencia a la expresión “el hombre y la mujer” inserta en dicho artículo, el órgano consultivo utiliza tres argumentos (pp. 10-12):

⁸³ Concretamente, la de Rey Martínez, ya citada. Y es que, teniendo en cuenta la reciente aprobación de la Ley, todavía no ha dado tiempo material para la publicación de artículos en revistas especializadas. Eso sí, el 6 de septiembre, la revista *La Ley* (nº 6312) recogía una breve reseña firmada por José Manuel Leonés Salido, titulada “La nueva regulación del matrimonio: Una crítica a su Exposición de Motivos”, escrita en un tono descalificador (“dechado de imperfecciones y, en ocasiones, un insulto a la inteligencia”, “ley chapuza”, etc.). De la lectura de la misma es posible apreciar la indignación del autor por el “vuelco de valores” y los “efectos económicos” (“abrir el portillo de todo tipo de prestaciones económicas, incluidas las de Seguridad Social”) que implicaría la Ley. Lo que ocurre es que tal indignación provoca una reacción similar, no sólo por el tono con el que está escrita, sino porque –por un lado– pretender un vuelco de valores puede resultar algo tan digno y legítimo como pretender conservarlos y –por otro– el reconocimiento de un derecho fundamental nunca puede escudarse en motivos de interés económico (y menos cuando lo que se pretende es equiparar la protección de quienes no la disfrutaban a quienes lo llevan haciendo).

- 1º) que, empleando el criterio de la “interpretación literal y sistemática”; “el artículo 32.1 de la Constitución garantiza el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer, y *no a las parejas del mismo sexo*” (énfasis añadido);
- 2º) que, según la postura manifestada textualmente por el Tribunal Constitucional en su Auto 222/1994, de 11 de julio “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional”; además de que –según consta en el mismo Auto– “los poderes públicos pueden otorgar un *trato de privilegio* a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual” (énfasis añadido);
- 3º) por último, que “la interpretación del artículo 32 conforme con el artículo 10 de la Constitución, en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, también lleva a concluir que el derecho a contraer matrimonio se predica de la pareja heterosexual (*si bien no se excluye de raíz el acceso de los homosexuales al estatuto matrimonial, lo que depende, en aquellos instrumentos, de la legislación nacional aplicable*)” (énfasis añadido).

Con todo, junto a estos tres argumentos, y en la “conclusión” de su Informe (p. 14), el Consejo de Estado otorga también un peso decisivo a otros dos. Así, en orden a determinar “lo que sea el núcleo esencial de la institución [matrimonial]” (esto es, la heterosexualidad) alude a la mayoritaria “posición doctrinal (...) determinada por (...) *una tradición jurídica de muchos siglos y por las concepciones existentes en los países de nuestro entorno (en sentido cultural y de civilización)*” (énfasis añadido).

2. Contra-argumentos

En lo que sigue, intentaremos demostrar que estos argumentos esgrimidos por el Consejo de Estado no resultan jurídicamente concluyentes, siguiendo para ello el mismo orden expuesto.

El primer argumento que utiliza el órgano consultivo es el de la “interpretación literal y sistemática”, si bien, en realidad, sólo argumenta en atención a

la primera, es decir, a la literalidad del texto constitucional⁸⁴. Pero, además, la argumentación no se basa, estrictamente, en la interpretación literal. Como ha sido recogido, el artículo 32 dicta sólo, textualmente, que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. No existe, por tanto, ninguna literalidad excluyente del derecho a contraer matrimonio de las parejas homosexuales en dicho artículo. Sería en este sentido una interpretación de la disposición constitucional abiertamente integradora o creadora de normas (es decir, sin respaldo literal) la afirmación transcrita del Consejo de Estado según la cual “el artículo 32.1 de la Constitución garantiza el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer y *no a las parejas del mismo sexo*” (énfasis añadido)⁸⁵. Muy posiblemente, para efectuar esta interpretación el Consejo se ha basado en la *ratio* del artículo 23 (reconocer la igualdad jurídica del hombre y la mujer en el matrimonio en un momento histórico en el que todavía pervivían disposiciones que subordinaban a las mujeres), pero, además de que la *intencionalidad* (“espíritu” o “finalidad”) del constituyente es un criterio interpretativo *diverso* al del *significado literal* del precepto (*otro* criterio interpretativo)⁸⁶, lo que en ningún caso se puede sostener (y así o reconoce la doctrina) es que la intencionalidad del artículo 23 fuera, en el momento de su aprobación, negar o prohibir la posibilidad a *futuro* del matrimonio homosexual.

⁸⁴ Es cierto que luego dice apoyar su postura en la literalidad del precepto “y su proceso de formación”, pero suponiendo que ese proceso de formación hiciera referencia a la interpretación “sistemática”, no se desarrollan argumentos al respecto.

⁸⁵ Y es que una cosa es que el Consejo *conecte* su interpretación (su norma) al tenor literal del artículo 32.1 y otra que, efectivamente, esta interpretación responda a la literalidad de tal disposición. En este caso, en lugar de declarar la laguna existente en la Constitución en lo referente al matrimonio homosexual, lo que hace el Consejo es utilizar una visión *sui generis* del argumento *a contrario* con el resultado nada banal de restringir derechos. Tanto sobre las normas sin disposición como sobre los instrumentos de integración del Derecho, *vid.* Ezquiaga Ganuzas (1999, p. 101 y ss.)

⁸⁶ Conviene recordar a este respecto que el artículo 3. 1 del Código civil señala sólo que “Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Nada señala, por tanto, sobre un hipotético orden de preferencia en caso de colisión de los criterios interpretativos. En este sentido, la utilización de uno/s y el consiguiente silenciamiento de otro/s, o la preferencia de uno/s frente a otro/s, conlleva implícitamente una instrumentalidad (alcanzar un *determinado* fin) o, lo que es igual, es una operación basada no en razones lógicas, sino axiológicas. De ahí que, por ejemplo en nuestro caso, la no utilización por parte de Consejo del criterio de la “realidad social” del tiempo en que las normas han de ser aplicadas no resulte una omisión baladí.

En relación con el segundo de los argumentos utilizados, sin dejar de percibir que se basa en un Auto (y no una Sentencia) del Tribunal Constitucional, caben deslindar varias cuestiones. Así: a) ante la afirmación de que la unión entre personas del mismo sexo biológico no sea una institución jurídicamente regulada, cabe constatar la inutilidad del asentimiento, teniendo en cuenta que no existe un número tasado e inamovible de instituciones reguladas por el Derecho o, dicho en otros términos, las instituciones se regulan jurídicamente cuando se considera necesario hacerlo; b) ante la afirmación de que no existe un derecho constitucional al establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo biológico, al contrario de lo que ocurre en el caso del matrimonio entre un hombre y una mujer, cabe seguir el mismo razonamiento que frente el primero de los argumentos utilizados por el Consejo, en el sentido de que no existe ninguna disposición del texto constitucional que, interpretada según los criterios previstos en el código civil, conduzca necesariamente a la inexistencia del derecho constitucional de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, o, lo que es lo mismo, a establecer diferencias en el reconocimiento del derecho de uno u otro tipo de parejas; c) enlazando con lo que se acaba de señalar, si no está prevista la diferencia de trato, mucho menos la posibilidad de que los poderes públicos puedan otorgar –como expresamente propugna el alto Tribunal- un “trato de privilegio” a la unión heterosexual frente a la homosexual; trato de privilegio que conlleva –en este caso sí, lexicalmente- una “ventaja” del primer tipo de unión frente al segundo⁸⁷.

Por lo que respecta al tercero de los argumentos esgrimidos, poco cabe añadir a lo que el propio Consejo reconoce: acudir a los tratados y acuerdos internacionales a la hora de interpretar el texto constitucional no excluye de raíz el acceso de las parejas homosexuales al estatuto matrimonial, teniendo en cuenta el reenvío de tal regulación a la legislación nacional aplicable al tema.

⁸⁷ Otra cosa –pero bien distinta– es que, en la interpretación realizada hasta el momento por la doctrina se haya dado tal privilegio. Ahora bien, incluso para los casos en que es la doctrina instaurada por el Tribunal Constitucional la sostenedora de tal posición, cabe recordar la existencia de los llamados *leading cases* o de los *révirements*, es decir, de los giros interpretativos protagonizados por los altos tribunales. Por mencionar dos conocidos ejemplos del Derecho antidiscriminatorio, me remito a la Sentencia *Brown vs. El Departamento de Educación de Topeka* (a través de la cual en 1954 el Tribunal Supremo estadounidense rompe con la doctrina anterior, vigente desde 1896, según la cual la segregación racial, a la luz del dictado constitucional, no resultaba discriminatoria), o, en un ámbito más cercano, a la Sentencia 128/1987 del Tribunal Constitucional español (con la que, a través de la incorporación del concepto de acción positiva aplicado a la discriminación de las mujeres, se rompe con la noción neutra o bilateral de la igualdad mantenida por el Tribunal hasta ese momento).

Pero es que, además –se puede añadir– resulta contraria a toda lógica de justicia jurídica garantista y democrática la utilización de los tratados y acuerdos internacionales para interpretar restrictivamente disposiciones nacionales reconocedoras de derechos fundamentales⁸⁸.

Además de estos dos, ya hemos visto que el Consejo utiliza también el recurso a la doctrina jurídica y al Derecho comparado, pero centrándose prácticamente en el segundo, sobre el que, tras efectuar un brevísimo repaso de países tomados en consideración (Dinamarca, Noruega, Suecia, Islandia Finlandia, Francia, Holanda, Bélgica, Alemania, Estados Unidos y Canadá), la conclusión no es decisiva, sino limitada a que “han sido muy pocos los casos en que la institución matrimonial ha quedado abierta a parejas homosexuales” (p. 17).

3. Otras posturas doctrinales y consideraciones al respecto

Tras el informe del Consejo de Estado, la contribución doctrinal que, en la misma línea, presenta mayor interés es la del constitucionalista Rey Martínez (2005, esp. p. 139 y ss)⁸⁹. Este autor avanza casi desde el comienzo su

⁸⁸ Y se puede traer a colación a este respecto la monografía más completa publicada hasta el momento sobre el artículo 10.2 CE, la del constitucionalista Saiz Arnaiz (1999). Así, si bien resulta cierto que este autor considera que, con carácter general, acudir a los tratados y acuerdos internacionales resulta, ex art. 10.2 CE una pauta de obligada utilización (p. 205 y ss), no es menos cierto que: 1) ya en el comienzo de su estudio (p. 40) había hecho valer las palabras de Truyol Serra (1989) en orden a considerar al ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos como un “*Higher Law*, que (...) debe ceder ante el Derecho estatal si éste, con arreglo al conocido principio jurídico, se revela más favorable para el individuo”; y 2) comentando el art. 53 del Convenio de Roma subraya su tenor literal para insistir en la idea de que, ni las disposiciones del Convenio, ni la interpretación que de ellas pueda efectuar el Tribunal de Estrasburgo podrán entenderse “en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante”; por lo que –concluye Saiz Arnaiz– “el Convenio, concebido como estándar mínimo europeo de los derechos fundamentales, no puede nunca utilizarse para disminuir o rebajar el patrón nacional de éstos” (p. 223); un aspecto éste (el de los casos en los que la normativa estatal da pie para ir más allá del alcance del Convenio internacional), sobre el que, además, adjunta numerosos ejemplos de la jurisprudencia constitucional española (p. 225).

⁸⁹ Teniendo en cuenta las fechas en las que escribe, el autor se refiere, no a la ley 13/2005, sino al proyecto de reforma del Código Civil aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de diciembre de 2004, pero, dada la identidad de ambos textos, este dato no interfiere para nada en lo que sigue.

tesis de inconstitucionalidad⁹⁰, si bien argumenta su postura tras realizar una reconstrucción de jurisprudencia comparada en la que se defiende la postura contraria (es decir, exhibe honestamente los argumentos de las sentencias en las que, atendiendo a los derechos de libertad e igualdad, se sostiene la constitucionalidad del matrimonio homosexual)⁹¹. No vamos a desarrollar el contenido de la citada jurisprudencia cuyos argumentos, en general, compartimos. En todo caso se podrían utilizar puntualmente para responder a los argumentos del propio Rey Martínez que, esos sí, vamos a destacar.

La argumentación de este autor se basa en seis *obstáculos* a la tesis del reconocimiento de un derecho fundamental al matrimonio de las personas del mismo sexo por el ordenamiento español. Sintéticamente, serían los siguientes: 1) la dicción literal del art. 32.1 CE; 2) el Derecho europeo; 3) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; 4) el Derecho comparado; 5) la adopción conjunta; y 6) el peso de la historia (pp. 146 y ss.).

Sobre el primero y el tercero (parangonables al primero y segundo esgrimidos en el informe del Consejo de Estado), ya hemos dicho suficiente. El segundo también se corresponde, al menos en parte, con el tercero del mismo dictamen, jugando además –por así decir– a nuestro favor la información que aporta Rey Martínez al respecto⁹². Sobre el cuarto (el Derecho comparado), también conocido, resulta cuando menos curioso que el autor cite la legislación de distintos países para sostener que “la equiparación no es absoluta porque

⁹⁰ Expresa concretamente Rey Martínez: “Mi opinión es que de la Constitución se deriva, por un lado, un modelo de matrimonio heterosexual que no puede modificarse sin reformar previamente el art. 32 CE, pero, de otro lado, se desprende la rotunda prohibición de que a los homosexuales se les trate jurídicamente de modo distinto y peor que a los heterosexuales y, por tanto, el derecho a una unión estable reconocida por el Derecho semejante al matrimonio, sólo distinta del matrimonio en aquellos aspectos respecto de los que puedan *aportarse* por el legislador sólidas razones de justificación de la diferencia –fundamentalmente, creo, la adopción conjunta” (p. 141). Más adelante tendremos oportunidad de comentar este planteamiento.

⁹¹ Se trata de la Sentencia de la *Supreme Judicial Court* de Massachussets, *Hillary Goodridge and others v. Department of Public Health*, de 18 de noviembre de 2003, y de la decisión del Tribunal Supremo canadiense de 9 de diciembre de 2004.

⁹² En efecto, como él mismo señala: el art. II-69 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, “al parecer deliberadamente”, enuncia el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia de modo impersonal (“Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”); y en el art. 12 del Convenio de Roma el derecho a casarse se otorga a “hombre y mujer” (“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según

o bien se prohíbe la adopción (casos danés, alemán y belga) o bien se somete a restricciones que no sufren las parejas heterosexuales (caso holandés)” (p. 149), y se prescinda del caso canadiense donde, como él mismo se hace eco (pero en otra parte de su estudio), se está tramitando un proyecto de ley (*Bill C-38*) del Parlamento federal en el que, a través de una reforma similar a la ley española, se añade un nuevo artículo al Código Civil (“El matrimonio es, en el plano civil, la unión legítima de dos personas con exclusión de toda otra”), y donde ya siete provincias lo reconocen (p. 145).

Quedarían, por tanto, dos *obstáculos*, el de la adopción y el de la historia⁹³. En cuanto al primero (“sin duda el punto crítico de esta materia”, dice el autor), nos encontramos con una utilización del mismo que no responde a lo anunciado. Así, en un primer momento, esta relevancia otorgada al asunto parecería provenir de la preocupación del autor por los efectos de este tipo de unión en la prole, aún no suficientemente investigados⁹⁴. Sin embargo, esta preocupación, dirimible en principio por la investigación científica, se ve postergada por un argumento (*sic*) que no está basado, ni en la técnica jurídica ni en la investigación científica⁹⁵: el de la “superioridad de la función social de esta forma de comunidad vital [se refiere al matrimonio heterosexual] frente a otras”; superioridad basada en (y supuestamente probada por) su carácter de “comunidad procreadora o de paternidad/maternidad potencial” (p. 149)⁹⁶.

Sobre el *juicio de valor* (la superioridad) que le merece a Rey el matrimonio heterosexual no habría en principio nada que objetar⁹⁷. No es –como acaba-

las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”). Por lo demás, y en lo tocante al derecho jurisprudencial (y sobre el que –no se olvide– nunca nada es decisivo), no habría todavía nada al respecto, siendo hasta ahora lo más reseñable en cuanto al parecido, las dos sentencias del TEDH que –precisamente- *cambiando su jurisprudencia*, habría rechazado el impedimento de ciertas legislaciones nacionales respecto del derecho de los *transexuales* a contraer matrimonio (Sentencias *I v. Reino Unido* y *Christine Goodwin v. Reino Unido*, ambas de 11 de julio de 2002).

⁹³ Este último ya tratado pero sobre el que merece la pena volver por el nuevo planteamiento.

⁹⁴ De hecho manifiesta “la duda razonable, a falta de datos fiables y de consenso científico mínimo, sobre los efectos de la educación de los niños por parejas homosexuales y, por tanto, sobre cuál es el mejor interés del menor en estos casos” (pp. 149-0).

⁹⁵ En el siguiente epígrafe nos detendremos algo más sobre este asunto.

⁹⁶ Señala textualmente Rey: “no creo que pueda desecharse por completo el argumento del matrimonio como comunidad procreadora o de paternidad/maternidad potencial para probar la superioridad de la función social de esta forma de comunidad vital frente a otras” (p. 149).

⁹⁷ En el siguiente epígrafe se argumentará sobre la potencialidad discriminatoria de tal valoración.

mos de señalar– argumento técnico ni científico, pero plasma su particular visión de la organización social. Ahora bien, lo que carece totalmente de fundamento o justificación es pretender basar en el matrimonio la potencialidad procreadora de las parejas heterosexuales. Dicho más claramente: procreación y matrimonio carecen de cualquier tipo de nexo necesario, sea causal (biológico) o –por supuesto– jurídico. Por lo tanto, si se quiere buscar alguna justificación a la superioridad del matrimonio heterosexual, habrá que buscar otro argumento distinto al de la potencialidad procreadora.

Por último, el argumento de la historia remite para el autor “a la nota de la heterosexualidad como rasgo invariable de la imagen maestra que, como institución social, ha recibido el matrimonio” (p. 150). A partir de este argumento⁹⁸, la homosexualidad no *ampliaría*, sino que *transformaría* la institución matrimonial. Pero tratándose de un argumento que puede funcionar como la noción “garantía de instituto” propia de la estrategia conservadora alemana (cosa que Rey rechaza)⁹⁹, el autor prefiere propugnar la heterosexualidad como “contenido esencial” del concepto constitucional de “matrimonio” (p. 150).

La primera reacción ante la llamada a la “esencialidad del contenido” de un concepto, desde una perspectiva iusfilosófica es pensar en el realismo, esencialismo o platonismo verbal, que ya tuvimos ocasión de comentar (y rechazar) en el primer epígrafe de este texto. Luego, sin embargo, tanto la adscripción disciplinar de Rey¹⁰⁰, como su posterior matización relativa a que partir de la noción de “contenido esencial” constituye un “enfoque metodológico” (p. 150), y por tanto –entendemos– no resulta (lingüísticamente) esencialista, nos lleva a repensar la apreciación. Con todo, para ilustrar esta óptica el autor nos remite al tratamiento dado por el TC (en su Sentencia 341/1993) a “un concepto que, como el de matrimonio, tenía un largo pedi-

⁹⁸ Asimilable al de la “tradicón” empleado en el Informe del Consejo de Estado y sobre el que ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos supra.

⁹⁹ Como el mismo autor se encarga de resumir, la noción “garantía de instituto” (quizá más conocida como “garantía institucional”) surge en la Alemania del período de Weimar como una estrategia intelectual conservadora para intentar defender ciertas “instituciones” especialmente sensibles (propiedad privada, familia, universidades, función pública, estatuto público de las religiones) frente a los posibles excesos “revolucionarios” del primer legislador democrático (p. 150).

¹⁰⁰ Rey Martínez es constitucionalista, y el “contenido esencial” es un recurso argumentativo utilizado por este sector doctrinal para preservar los derechos fundamentales de la intervención del legislativo (Ugartemendia: 2001, 33 y ss).

grí jurídico”, a saber, el de “delito flagrante”. En resumidas cuentas¹⁰¹, lo que el TC refiere en dicha sentencia invocada por Rey para explicar su opción “metodológica” no es más que “las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y los especialistas en Derecho”. Con lo cual –podemos añadir– sería la opinión de la doctrina (entendida la expresión en sentido amplio) la que, en definitiva, serviría para determinar el “contenido esencial” del concepto o, más concretamente, que « “la arraigada imagen” del concepto jurídico de “matrimonio” incluye la nota de la “heterosexualidad” » (p. 151).

Dejando a un lado la (in)oportunidad del símil utilizado¹⁰², parece bastante obvio que lo que el autor nos propone no es más que el recurso al “argumento de autoridad”, que consiste en utilizar la *opinión* ajena a favor de una tesis propia¹⁰³. Ahora bien, además de que desconocemos lo que hoy en día, una vez aprobada la Ley 13/2005 (que sólo era Proyecto cuando Rey escribe su trabajo), opina la doctrina o –digamos– la “comunidad jurídica” sobre la heterosexualidad como contenido esencial del matrimonio¹⁰⁴, conviene subrayar que el argumento de autoridad resulta especialmente “gravoso” si entroncamos la problemática del matrimonio homosexual en el ámbito del Derechos antidiscriminatorio (MacCrudden: 1991); esto es, de un Derecho que encuentra su detonante en la toma de conciencia y protestas de grupos y movimientos sociales que lo que plantean es, precisamente, la necesidad de una reconceptualización de la realidad jurídica en términos de igualdad intergrupala de derechos y deberes. Y es que ¿se conoce algún caso en el que la doctrina jurídica haya sido el motor o la avanzadilla en el devenir histórico de “lo discriminatorio”?¹⁰⁵

¹⁰¹ Y sin entrar ahora en la (in)oportunidad del símil utilizado por el autor.

¹⁰² Pues en principio no nos parecen comparables ambos conceptos (el de matrimonio y el de delito flagrante).

¹⁰³ Ezquiaga Ganuzas (1987, 310). A destacar que este autor incluye el argumento comparativo en el de autoridad (p. 325 y ss).

¹⁰⁴ Es muy posible que el propio Rey se llevara una sorpresa en ese sentido.

¹⁰⁵ La pregunta tiene especial relevancia en el caso de Rey Martínez, un autor familiarizado con el Derecho antidiscriminatorio. Sobre el papel seguidista del Derecho respecto a los cambios sociales y, particularmente, en el caso del Derecho antidiscriminatorio, vid. Friedman (1988, 302 y ss).

V. MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y TIPOS DE DISCRIMINACIÓN

El tratamiento de los argumentos doctrinales analizados nos lleva indefectiblemente a considerar que, prescindiendo del tema de la adopción (que, como se ha señalado, situaría en principio la cuestión en manos de expertos ajenos al Derecho)¹⁰⁶, o, incluso, desvinculando el matrimonio de la cuestión de la descendencia (dado que la realidad demuestra la existencia de matrimonios heterosexuales que carecen de ella)¹⁰⁷, el único argumento que sostiene la vinculación exclusiva del matrimonio a la heterosexualidad es el de la *historia* –pero– entendida *como tradición*¹⁰⁸. Esta matización (la del “pero”) es importante porque, como ha sido puesto de relieve por quien se ocupa en sede teórica de argumentación jurídica (Ezquiaga: 1987, 335), el recurso a la historia en la interpretación jurídica puede efectuarse de modo estático (o conservador) y de modo dinámico (o transformador). En el primer caso, el argumento, efectivamente, se centra en la tradición, mientras en el segundo caso el recurso a la historia se entiende como proceso de adaptación a los cambios que se van produciendo en la vida social.

¹⁰⁶ Sobre el tema de la adopción, basado a su vez en el llamado “interés del menor” habría mucho que decir también desde la perspectiva del Derecho antidiscriminatorio y de su lógica comparativa-asimilacionista. En efecto, pensemos en la situación que se está dando en el debate actual: para justificar la concesión del derecho a la maternidad y la paternidad por parte de las parejas homosexuales se ha de demostrar, con base en el “interés del menor” que la descendencia no salga perjudicada. Sin embargo –cabe preguntar– ¿cuáles son los parámetros que se están utilizando para calibrar ese presumible “interés del menor”? Dicho de otro modo: ¿por qué se presume –y se exige de prueba en contario– que las y los menores que son criados en familias heterosexuales van a ser mejor educados, van a sufrir menos, van a tener mejores valores o van a ver mejor definida su identidad sexual que los que crecen en una familia homosexual? Incluso, aunque los resultados comparativos entre las familias heterosexuales y homosexuales difieran (lo que, dicho sea de paso, no parece suceder): ¿qué tendría de malo la diferencia? Y todavía –cabe preguntar– ¿no podría ser el propio sistema social (basado en una “norma” heterosexual que propicia relaciones estructurales de desigualdad) el causante o responsable de tal sufrimiento?

¹⁰⁷ Como, por ejemplo, recalca Perfecto Andrés Ibáñez (2005: 16).

¹⁰⁸ Es de destacar, en este sentido, la utilización básica que efectúa de dicho argumento el Informe del Consejo de Estado en su defensa del matrimonio heterosexual como único matrimonio posible: “Para elucidar lo que sea el núcleo esencial de la institución [matrimonial], cabe constatar (...) que la doctrina jurídica considera mayoritariamente como uno de los elementos inherentes al matrimonio lo que se ha llamado el principio de heterosexualidad; posición doctrinal (...) que, ante todo, viene determinada por (...) una tradición jurídica de muchos siglos y por las concepciones existentes en los países de nuestro entorno (en sentido cultural y de civilización)” (énfasis añadido).

Una vez alcanzado este punto, la cuestión de fondo, a nuestro juicio, es la siguiente: en una sociedad en la que “jurídicamente no hay ya relación necesaria entre matrimonio y procreación (natural)”¹⁰⁹; en un país donde “se permite la adopción individual, porque las técnicas de reproducción asistida lo posibilitan”, donde “un homosexual puede decidir salir del armario después de haber estado casado y haber tenido hijos”¹⁰⁹, donde se reconoce (mediante interpretación jurisprudencial del art. 14 CE) la necesidad de dotar de existencia normativa a la prohibición de discriminación por orientación sexual y –finalmente– donde los colectivos homosexuales, apoyados por un amplio sector de la sociedad y por la mayoría parlamentaria, se consideran discriminados si se les niega el acceso al matrimonio ¿puede cabalmente esgrimirse la tradición como argumento para negar tal derecho?

Del tono retórico empleado para la formulación de la cuestión se puede deducir que, en opinión de quien esto escribe, la respuesta es negativa. No considerando válidos por tanto los argumentos que sostienen la inconstitucionalidad del matrimonio homosexual¹¹⁰, su exclusión del ordenamiento permite hablar en términos de discriminación. Si se diera la negativa de los poderes públicos a reconocer el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales (supuesto solventado por la reciente Ley) se podría hablar de *discriminación por omisión*, y, si se diera tal supuesto en el caso de una resolución judicial, se podría hablar de *discriminación directa* (sensu stricto), es decir, un supuesto en el que las personas, por el grupo en que se integran, son tratadas de una manera injusta (diferente y peor) atendiendo a rasgos que (como en este caso es la orientación sexual o, más concretamente, la homosexualidad), no deberían ser tenidos en cuenta¹¹¹. Y es que, como es sabido, en el Derecho antidiscriminatorio clásico o liberal, el juicio de igualdad parte de la indife-

¹⁰⁹ Como señala el propio Rey Martínez (2005, 149 y 150).

¹¹⁰ Porque, como se ha visto, y dicho resumidamente, la literalidad del texto constitucional no impide tal reconocimiento y el resto de los argumentos o criterios interpretativos resultan instrumentales (se utilizan para fines prefijados) y en ningún caso decisivos.

¹¹¹ Extiende además estas consideraciones al caso de los y las menores que forman parte ya, como realidad odierna, de la familia encabezada por una pareja homosexual y que, por derivación, saldrían también discriminados respecto de quienes pertenecen a una familia con cabeza heterosexual. Por lo demás, de la conceptualización aquí efectuada sobre los tipos de discriminación debe quedar claro que discrepa totalmente de la consideración efectuada por Rey Martínez (siguiendo la estela del Consejo de Estado) en orden a utilizar la categoría de la llamada discriminación *indirecta* para designar el supuesto en el que incurriría el legislador en el caso de no dotar de una “regulación para-matrimonial” dirigida a las parejas homose-

renciación¹¹². Por decirlo más claramente, cuando las leyes no hacen distinciones o diferenciaciones entre personas o grupos se presumen legítimas (en nuestro caso, acordes al principio constitucional de la igualdad). En el supuesto que nos ocupa, ello obligaría a justificar la legitimidad de un trato diferenciado y negador de derechos una vez que –se supone– queda abolida la tradicional discriminación jurídica a la que históricamente ha sido sometida la homosexualidad. Pensamos haber demostrado, a través de la reconstrucción del debate doctrinal expuesto, que ninguno de los argumentos esgrimidos sirve como tal justificación.

VI. OTRA VIRTUALIDAD ANTIDISCRIMINATORIA DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL: EL DESAFÍO A LA FAMILIA PATRIARCAL

Pero junto al alcance antidiscriminatorio del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual, también pensamos que la reivindicación del derecho al matrimonio homosexual y la consagración jurídica del mismo tiene otra virtualidad. Y es que el cambio operado en la institución, posibilitando potencialmente en la misma la doble maternidad o la doble paternidad puede

les (pp. 154-5). Y no sólo porque desvía la atención sobre la cuestión de fondo (a mi juicio, la discriminación *directa* basada en el privilegio de las parejas heterosexuales en el caso de no reconocerse el derecho al matrimonio de las homosexuales), sino porque, además, utiliza errónea o tergiversadamente el concepto de discriminación *indirecta*. En efecto, según ese autor, la ausencia de regulación “para-matrimonial” (esto es, no-matrimonial, y, por tanto, diferenciadora) sería la constitutiva de discriminación *indirecta*, cuando, precisamente, este concepto se caracteriza porque una regulación o trato *neutro* (indiferenciador) impacta negativa o desproporcionadamente sobre un grupo o colectivo que arrastra una historia injusta de desigualdad jurídica y social (de marginación, minusvaloración, estigma...).

¹¹² No es el momento ahora de entrar a cuestionar o plantear las implicaciones de este punto de partida. Basta tomar en consideración que el juicio de igualdad, entendida como prohibición de discriminación, opera normalmente sobre una realidad de *discriminación estructural* (es decir, del sustrato inimputable que, sibilina y difusamente, nutre la discriminación *directa* e *indirecta*) y en cuya eliminación resulta indispensable la diferenciación. Es frecuente utilizar la palabra “homofobia” para hacer referencia a este fenómeno, sin embargo, sin negar la virtualidad de esta denominación, pienso que hablar en términos de *discriminación* dota (y connota) al fenómeno de mayor potencial político. Porque, efectivamente, la discriminación (entendida como desigualdad injustificada de poder social entre los grupos) es un fenómeno que se edifica sobre el prejuicio, sobre lo psicológico (en ese sentido, como una *fobia*), pero que no queda ahí, sino que impregna las estructuras sociales y, de ese modo, se manifiesta empíricamente con esa dimensión estructural (que va más allá de lo psicológico y/o individual).

servir para replantear (o eliminar argumentos frente a) una de las críticas que, con razón, han sido efectuadas sobre el matrimonio concebido en sus términos tradicionales. En efecto, en los estudios del matrimonio llevados a cabo por el feminismo se destaca su herencia del patriarcado y la función de esta institución en la creación del poder soberano de la paternidad. Hobbes estaría en lo cierto: “el objetivo primordial del contrato matrimonial que diseña el modelo de familia normativo tiene como objetivo básico construir simbólicamente y jurídicamente la paternidad, una paternidad con cuyo estatus se adquiere un poder de dominio sobre todos y cada uno de los miembros que componen el grupo familiar. De este modo se transforma al padre biológico, o presunto, en soberano” (Rubio: 2000, 34). De ahí que, siguiendo con esta crítica al matrimonio tradicional (heterosexual), se cuestione la afirmación de que sean dos los sujetos que dan lugar al matrimonio: “no existen dos sujetos, sino un sujeto y un objeto de transacción, como así lo desvela el propio contenido del contrato cuando afirma que el matrimonio transforma al hombre en marido, y a la mujer, en mujer del marido. Esto significa que se produce una transformación de hombre en marido, no así respecto a la mujer, la cual no adquiere estatus jurídico alguno respecto a su marido. No existe diferencia entre el momento anterior y posterior del contrato respecto a la situación jurídica de la mujer. No se transforma en marida, ni existe tal término, porque la mujer no adquiere poder alguno respecto al varón con el que contrae matrimonio” (p. 37).

Como se acaba de señalar, no se trata de desmerecer la crítica feminista a la institución matrimonial, sino de hacer ver que una cosa es la institución del matrimonio y la concepción de la paternidad tal y como han nacido y se han consolidado en la Modernidad, y cosa distinta que no quepa hablar de una nueva concepción del matrimonio (de un nuevo uso de esta palabra que quite significado y fuerza significante al anterior) en el que se reelabore el concepto (y el papel) de la paternidad y la maternidad; algo no sólo deseable desde el punto de vista feminista, sino absolutamente necesario si el matrimonio se plantea entre personas del mismo sexo. Es más, el matrimonio homosexual se presenta, desde esta óptica, como el máximo desafío a la familia patriarcal moderna, la instaurada a través del matrimonio exclusivamente heterosexual; el máximo reto a un modelo familiar representado por el varón-padre-cabeza de familia y autoridad soberana de la misma.

VII. CONCLUSIONES

En el apartado introductorio de este texto anunciábamos cómo, a nuestro juicio, el matrimonio homosexual no sólo responde a una demanda social comprensible y legítima, sino que, además, tiene perfecta cabida en el ordenamiento español sin necesidad de recurrir a la reforma constitucional. Creemos haber justificado el porqué. Resulta una demanda comprensible y legítima porque su no reconocimiento excluye a las parejas y a la comunidad homosexual del *status* o poder social que, mediante el cumplimiento de determinados ritos y formalidades, “la historia” o –mejor– sus valedores han reservado, como privilegio, a la unión de parejas heterosexuales. Resulta una demanda jurídicamente posible porque el ordenamiento español suministra las disposiciones y los instrumentos interpretativos necesarios para hacerlo valer y defenderlo.

Junto a ello, creemos haber visualizado también una idea que no siempre es asumida por la doctrina (al menos a la vista del empeño que pone por disimularla). A saber, que en los análisis jurídicos destinados a deslindar lo que resulta o no discriminatorio (o en estos más que en otros) la técnica suele estar al servicio de la ideología o, dicho en otros términos, los argumentos suelen estar instrumentalizados por una determinada concepción de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Matrimonio homosexual: hay derecho”, *El País*, 22 de abril de 2005.

AUSTIN, John L.: *How to Do Things with Words* (ed. Por J.O. Urmson), The Clarendon Press, Oxford, 1962 (trad. cast. de Genaro R. Carrió y Eduardo Rabossi, *Palabras y acciones*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1971).

BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles: “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n^o 60, 2001, p. 145 y ss.

CALVO GONZÁLEZ, José: “Reforma matrimonial, adopción y sociedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n^o 686, 20 de octubre de 2005, p. 1 y ss.

EZQUIAGA GANUZAS, Fco. Javier: *La argumentación en la justicia constitucional española*, IVAP, Bilbao 1987.

IDEM: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

FARALLI, Carla: *Diritto e magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo filosofico*, Clueb, Bolonia, 1987.

FRIEDMAN, Lawrence M.: *Introducción al Derecho norteamericano*, Bosch, Zaragoza, 1988.

HIERRO, Liborio: *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Ed. Fernando Torres, Valencia, 1981.

ITURRALDE SESMA, M^a Victoria: *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

LEONÉS SALIDO, José Manuel: "La nueva regulación del matrimonio: una crítica a su Exposición de Motivos", *La Ley*, n^o 6312, 6 de septiembre de 2005.

McCRUDDEN, Christopher: *Introduction a* (AA.VV. ed. Ch. MacCrudden: *Anti-Discrimination Law*, Dartmouth, Aldershot-Hong Kong-Singapore-Sydney, 1991), p. xi y ss.

MONTALTI, Morris: "La battaglia legale per il *same-sex marriage* in Canada e Sudafrica: Eguaglianza e dignità umana *versus* libertà religiosa", *Giurisprudenza Costituzionale*, n^o 152, 2004, p. 4819 y ss.

NINO, Carlos S.: *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.

OLIVECRONA, Karl: *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico* (trad. de la versión inglesa *Law as Fact* por Luis López Guerra), Ed. Labor, Barcelona, 1980.

POUS DE LA FLOR, M^a Paz: "La institución familiar en las parejas del mismo sexo", *La ley*, n^o 6276, 17 de junio de 2005.

REY MARTÍNEZ, Fernando: "Homosexualidad y Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n^o 73, 2005, p. 111 y ss.

RUBIO CASTRO, Ana: "La familia matrimonial: entre el dogma y el mito", en Ana Rubio (ed.) *Los desafíos de la Familia Matrimonial. Estudio multidisciplinar en Derecho de Familia*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2000.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio: *El Derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*, IVAP, Oñati, 2001.

VARGAS LLOSA, Mario: "El matrimonio gay", *El País*, 26 de junio de 2005.

ararteko

**EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO DE LAS
PERSONAS HOMOSEXUALES: EL PRINCIPIO DEL FIN
DE UNA DISCRIMINACIÓN Y EXCLUSIÓN BRUTALES**

IÑIGO LAMARCA ITURBE
Ararteko

Existe –no cabe duda– una idea de familia y matrimonio en el imaginario y en el pensamiento social que ha actuado como presupuesto de las posiciones que se han manifestado cada vez que se ha emprendido alguna reforma en el derecho de familia. Se ha llegado incluso a acuñar la expresión “familia tradicional” para referirse a una institución que presumiblemente se ha mantenido inalterada, inmutable, a lo largo del tiempo. La realidad, sin embargo, nos aporta algunos elementos de importante relevancia en tanto en cuanto obligan a revisar, o cuando menos matizar, la referida idea.

No es nuestra pretensión hacer una incursión en la historia de la Humanidad que desvele la cambiante realidad social de la familia en el devenir de nuestra civilización, pero sí nos parece oportuno explicitar algunos aspectos reseñables desde una perspectiva histórica que son de común aceptación.

Para empezar, hemos de convenir que familia y matrimonio son dos conceptos diferentes y, si bien éste es el pilar sobre el que se sustenta aquél, la familia resulta ser un concepto netamente sociológico que adquiere expresiones muy diversas en función de circunstancias varias, tales como el momento histórico, el contexto geográfico-cultural, o la naturaleza urbana o rural del entorno. No es lo mismo, por ejemplo, una familia noruega que otra indonesia o una familia nucleada en torno a una pareja joven de hoy en día frente a una familia tipo de la época de nuestros bisabuelos. Pero vayamos a analizar, aunque sea de forma superficial, la pieza nuclear de la familia: el matrimonio.

Sin entrar en la interesantísima cuestión relativa a los fundamentos de las uniones matrimoniales, o, expresado de otro modo, al verdadero peso que el amor ha tenido en la voluntad de quienes han contraído matrimonio a lo largo de la historia, podemos identificar cinco elementos en la base nuclear de la institución matrimonial:

- El contenido fundamental de la regulación jurídica del régimen matrimonial ha sido de carácter económico o tenía consecuencias de naturaleza económica ante la previsión de la muerte de los contrayentes. La normativa positiva en el derecho comparado, tanto desde la perspectiva sincró-

nica como diacrónica, es bien diversa pero todas las regulaciones tienen como denominador común el elemento al que nos hemos referido.

- Ha sido consustancial al matrimonio la concepción y crianza de hijos, es decir la procreación, aunque éste es un elemento de carácter sociológico –y si se quiere también filosófico– pero no jurídico, puesto que nunca se ha vinculado la validez del matrimonio a la existencia de hijos.
- Unido a lo anterior emerge, como otro de los elementos históricamente consustanciales a la institución matrimonial, el hecho de que la unión es entre un hombre y una mujer.
- La mujer ha estado subordinada al hombre en el seno del matrimonio y ése también ha sido un elemento sustantivo del matrimonio con relevancia en la regulación jurídica y con importantes consecuencias que consagraban una tremenda desigualdad de la mujer, desigualdad promovida y protegida por las leyes.
- La institución matrimonial ha constituido, desde un punto de vista jurídico-patrimonial, un modo de protección y estabilidad para los hijos e hijas habidos lícitamente en su seno..., pero un infierno para los hijos extramatrimoniales, empezando por los términos con los que se les identificaba de forma vejatoria y excluyente.

Si sometiéramos la expresión “matrimonio tradicional” al contraste de las opiniones de la ciudadanía, muchos apuntarían como elemento consustancial al mismo su indisolubilidad, pero el divorcio existió en el derecho romano o en el matrimonio civil que, con una fortísima oposición de la Iglesia católica, se implantó en Francia tras la revolución francesa y se extendió después a otros países. A este respecto podemos decir que buena parte de las personas mayores en España ligarían el calificativo de tradicional con el matrimonio canónico puesto que no resultaba concebible (ni siquiera posible durante mucho tiempo) contraer matrimonio fuera del ámbito de la Iglesia.

Como consecuencia de un ejercicio sencillo, como el que hemos llevado a cabo, de poner sobre la mesa los elementos que alimentan la idea del modelo históricamente constante de matrimonio y familia, podemos observar cómo tal modelo no existe, al menos como un sistema inmutable y coherente. Todos los elementos que conforman dicho modelo han experimentado mutaciones en el devenir histórico o resultan disonantes en un estudio comparativo entre diferentes ordenamientos. Algunos han sido reformados en fechas muy

recientes: la igualdad entre la mujer y el hombre y la equiparación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Ahora le ha llegado el momento de cambiar, acomodándose a los tiempos, al elemento referente al sexo de los contrayentes. Si hasta la fecha los cónyuges tenían que ser hombre y mujer, necesariamente, ahora se trata de que las personas de orientación homosexual puedan ejercer el derecho al matrimonio y de que, en consecuencia, la institución matrimonial se abra a nuevas realidades familiares.

Con una ironía ciertamente muy cruel se ha dicho que las personas de orientación homosexual han tenido siempre la opción de casarse, que no se les ha negado ese derecho. Lo podían ejercer, ciertamente, con una persona del otro sexo. Pero ello, naturalmente, contraviene la esencia misma del matrimonio, que no es otra (al menos en la modernidad) que la existencia de un amor de dimensión sexual entre dos personas cuyos deseos, voluntades, propósitos e intereses convergen en un proyecto de vida conyugal en común. A partir de este principio hoy en día incuestionable cuando menos en las sociedades occidentales era cuestión de tiempo que los sistemas democráticos acabaran, en su constante proceso de maduración y evolución, reconociendo los derechos fundamentales de dignidad, libertad e igualdad a las personas de orientación homosexual, que han estado secularmente sometidas a una terrible discriminación y exclusión por cuanto se veían obligadas a ocultar (en numerosas ocasiones para salvar sus vidas) la naturaleza de su sexualidad y de su amor.

Fue Dinamarca el primer país que, en 1989, aprobó una ley de parejas de hecho para dar cobertura y protección jurídica a las uniones compuestas por dos mujeres o dos hombres, así como a aquellas otras, formadas por un hombre y una mujer, que no habían querido contraer matrimonio por considerar esta institución jurídica rígida e ideologizada, es decir trufada todavía de planteamientos canónicos, y poco adecuada, en consecuencia, para el modelo de pareja que se habían dado.

Esta nueva institución jurídica tuvo éxito porque daba respuesta a nuevas demandas sociales: de una parte, a parejas constituidas por personas homosexuales que, como consecuencia de las luchas a favor de los derechos civiles de estas personas que prenden con fuerza a finales de la década de los sesenta, empiezan a hacer valer su dignidad de personas y a hacer frente a entornos homófobos hostiles, dejando atrás la hipocresía obligada que habían practicado las personas homosexuales a lo largo de la historia, y constituyere-

ron, en consecuencia, parejas de conformidad con su orientación sexoafectiva y con su opción vital. En 1989 la opinión pública (muy condicionada todavía por siglos de persecución de la homosexualidad en base a las ideas de que ello era contrario a la voluntad de Dios, antinatural, una aberración, una desviación, el peor de los crímenes posibles, etc. etc.) no se había librado del todo todavía de ese pensamiento erróneo, injusto y radicalmente contrario a los derechos humanos más básicos y se consideró que no estaba preparada para asimilar el reconocimiento del derecho al matrimonio a las personas homosexuales.

Por otra parte, la institución matrimonial tenía, en aquella época, un régimen jurídico que, como hemos señalado, la hacía poco atractiva (o directamente generaba rechazo) ante muchas parejas heterosexuales que acogieron con gran satisfacción la creación de una institución jurídica parecida al matrimonio pero con unas condiciones más flexibles y más acordes con sus intereses.

La figura de la pareja o unión de hecho (mal formulada, por cierto, en su denominación, puesto que si la pareja accedía a un régimen jurídico dejaba de ser de hecho para pasar a ser de derecho) fue implantándose, como hemos indicado anteriormente, en numerosos países europeos de forma progresiva: Suecia, Noruega, Finlandia, Holanda, Bélgica, Francia... La demanda se planteó también en el Estado español a mediados de los noventa pero el Gobierno de Felipe González y los dos presididos por Aznar miraron a otro lado y este último, además, cuando la propuesta fue llevada a las Cortes, se opuso de forma explícita. Fueron las Comunidades Autónomas, en el marco de sus limitadas competencias en lo que concierne al derecho de familia (salvo las pocas que tienen un derecho civil foral propio), las que empezaron a regular la cuestión. La primera fue Cataluña, cuyo Parlamento aprobó una ley de parejas en 1998, a la que siguieron Aragón, Navarra (en 2000, cuya ley incluyó, por primera vez en el sur de Europa, la opción de que las parejas homosexuales pudieran adoptar conjuntamente), Valencia... y, en 2003, Euskadi.

Los derechos fundamentales a la dignidad y a la igualdad y el principio de no discriminación empezaron, por otra parte, a fundamentar posicionamientos de las más altas magistraturas jurídicas de algunos países, en el sentido de entender que el no acceso de las parejas homosexuales a la institución matrimonial resultaba contrario a la Constitución. Fue el caso de Canadá, de los estados de Hawái y Massachussets de EEUU y de Sudáfrica. Como es sabido, en Estados Unidos ello suscitó una reacción de los grupos y sectores

ultraconservadores afectos al integristismo cristiano que promovieron iniciativas para reformar (con éxito en la mayoría de los casos) las constituciones de numerosos estados federados estableciendo que el matrimonio sólo podía estar formado por un hombre y una mujer y prohibiendo el acceso a esta institución a las parejas gays y lesbianas. El Tribunal Supremo de ese país dictará, en su día, su decisión acerca de la constitucionalidad con respecto a la Constitución federal de tales reformas.

Las Cortes Generales de España no podían permanecer impasibles y paradas ante esa cascada de acontecimientos, algunos de ellos, como hemos visto, producidos en Comunidades Autónomas del país. Holanda y Bélgica, por su parte, habían hecho evolucionar sus legislaciones sobre las uniones no matrimoniales hasta dotarlas de un contenido casi idéntico a la correspondiente al matrimonio (que a su vez se había desprendido de las rigideces de antaño con la aprobación del divorcio, principalmente), de suerte que una democracia que se pretendía de vanguardia en materia de derechos de las personas no podía ya soslayar la reivindicación de hacer extensivo el derecho al matrimonio a las personas de orientación homosexual. Como es sabido, las Cortes dieron su aprobación en junio de 2005, de forma muy mayoritaria y con la única oposición del PP y de UDC, a la reforma del Código civil que iba a permitir en adelante que las parejas de dos mujeres y dos hombres contrajesen matrimonio.

La realidad de las familias “de hecho”, es decir aquellas no reconocidas legalmente porque no se ajustaban al patrón tradicional, han jugado un papel determinante, a mi juicio, en la evolución que ha experimentado la legislación de familia, reconociendo de derecho lo que de hecho existía. En esta materia hemos de decir que el patrón tradicional había ya sufrido una profunda mutación con la equiparación de los hijos extramatrimoniales a los matrimoniales y con la irrupción, tras la aprobación del divorcio, de las llamadas familias reconstituidas que acogen en su seno a hijos e hijas de anteriores matrimonios disueltos que conviven con los tenidos por las nuevas parejas constituidas por los padres y madres divorciados.

Las familias monoparentales, es decir las formadas por una madre con sus hijos, han experimentado en los últimos años un fuerte crecimiento y, por otra parte, han dejado atrás, afortunadamente, el estigma terrible y el rechazo social que generaban antaño. Ello contribuyó, en mi opinión, a que el modelo tradicional de filiación, en el que las figuras del padre y de la madre resultaban

imprescindibles, tuviese que ser revisado para admitir la existencia de diversidad en la organización y estructura familiares.

Las mujeres lesbianas han sido madres antes de la reforma del código civil a través de inseminación natural o artificial o por medio de la adopción individual, que la ley sí permitía, todo lo cual ha traído consigo que los hijos e hijas de esas madres se criaban en la mayoría de los casos con una segunda madre, además de la legalmente reconocida: la pareja de ésta. Diversos estudios sociológicos dieron visibilidad a estas familias y pusieron de manifiesto la desprotección que sufrían los menores de esas familias por falta de reconocimiento legal del vínculo de aquéllos con su segunda madre, lo cual podía producir efectos negativos para los menores en esa situación en caso de separación de la pareja o de fallecimiento de la madre legalmente reconocida. En Gran Bretaña, por ejemplo, se reguló legalmente antes la situación de las familias homoparentales que la concerniente a la relación entre los miembros de la pareja gay o lesbiana porque entendieron que la protección del interés del menor de esas familias era urgente.

Mediante las reformas legales a las que nos hemos referido, las personas de orientación homosexual están viendo reconocidos sus derechos fundamentales más básicos, y con ello se ha abierto una dinámica que está poniendo fin a la horrible situación de ignominia, exclusión, vejación y hasta persecución (en ocasiones incluyendo la criminalización) de la que han sido víctimas cientos de miles de personas a lo largo de la historia por tener una orientación en su sexualidad y en su amor pasional diferente a la de la mayoría.

Esa dinámica conducirá en los países democráticos, esperemos que en poco tiempo, a que las páginas negras de la Historia que contienen las aberraciones descritas pasen a formar parte del pasado, aunque en los citados países todavía braman de vez en cuando voces apocalípticas de la caverna que, en muchas ocasiones por mor de sus demonios interiores, continúan condenando a las personas homosexuales a las tinieblas, en el mejor de los casos, o a la hoguera.

Pero el panorama en muchos países del planeta sigue siendo desolador para las personas gays y lesbianas, por no hablar de las transexuales y travestis, que en muchas ocasiones siguen pagando con sus vidas el pecado de haber nacido o de ser diferentes a quienes se creen estar en posesión de verdades absolutas en lo concerniente a los vastos, complejos y diversos territorios

del amor y quieren seguir imponiendo esas sus verdades a sangre y fuego, violando de manera salvaje los derechos humanos.

Bueno será, a la luz de lo expuesto, finalizar como hemos comenzado, recordando lo que dice el hermoso texto de la Declaración universal de los derechos humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...) Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículo 2.1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

ISBN: 978-84-89776-31-9



9 788489 776319

ararteko

Herriaren Defendatzailea
Defensoría del Pueblo

20
urte anos

Zuretzat lanean
Trabajando para ti