EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Juan José BONILLA SÁNCHEZ*

RESUMEN

Los colectivos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales están solicitando a los Profesores de Derecho Constitucional que nos unamos a su iniciativa en defensa de la constitucionalidad de la ley 13/2005 de reforma del Código Civil, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para motivarnos, acompañan a la petición sus boletines y revistas más recientes, que recogen la opinión favorable de destacados académicos que critican el recurso formulado contra la norma por diputados del Partido Popular. Cómo todos esperamos la decisión del Tribunal Constitucional, que se presagia inminente, quizá sea este un buen momento para contrastar las posturas enfrentadas.

Palabras clave: matrimonio homosexual, matrimonio gay, uniones homosexuales, parejas de hecho.

ABSTRACT

The collective of lesbians, gays, bisexuals and transsexuals are requesting the of Constitutional law professors who join its initiative in defense of the constitutionality of the law 13/2005 of reform of the Civil Code, that allows the marriage between persons of the same sex. To motivate us, the request is accompanied by its bulletins, newsletters and more recent magazines, which gather the favourable opinion of prominents academics who are critical of the action of unconstitutionality formulated against the norm for deputies of the Popular Party. How we all wait for the decision of the Constitutional Court, that portends imminent, probably it is this good time to contrast the opposing positions.

Keywords: same-sex marriage, marriage gay, homosexual unions, couples in fact.

* Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla. Abogado.

1. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS RECURRENTES

El recurso de inconstitucionalidad de los diputados del Partido Popular se dirige contra la totalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, (BOE núm. 157 de 2-07-2005), que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Se trata de una ley del Estado, dictada en virtud de la competencia exclusiva reconocida en el artículo 149.1.8ª de la Constitución.

El Artículo único de la norma impugnada modifica diversos preceptos del Código Civil sobre el instituto matrimonial. Su apartado uno añade un segundo párrafo al artículo 44 de este cuerpo legal, con la siguiente redacción: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Los demás apartados del artículo único (del dos al diecisiete) modifican la redacción de otros artículos del Código Civil para adaptarlos terminológicamente al ya citado artículo 44, sustituyendo expresiones como “marido y mujer” por la de “los cónyuges” o “los consortes”, u otras como “el padre y la madre” por “los padres” o “los progenitores”.

A su vez, la Disposición Adicional primera de la Ley establece que “las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”. Y finalmente, la Disposición Adicional segunda modificó tres preceptos de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, para acabar con las diferencias por razones sexuales.

Según los recurrentes, la finalidad primordial que persigue la nueva ley es permitir que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud o igualdad de derechos y obligaciones, sea cual sea su composición. Con ello se modifican de raíz las ideas del matrimonio y de la familia y el conjunto normativo que partía de considerar al primero como unión de hombre y mujer y a la segunda como fruto de conceptos jurídicos seculares, como los de “padre y madre, marido y mujer o esposo y esposa”, abriéndose también la puerta a la adopción de los menores por matrimonios de personas del mismo sexo, como bien acreditan las modificaciones de los artículos 175 y 178 del Código Civil y concordantes de la Ley sobre el Registro Civil.

La norma debatida se considera inconstitucional porque:

a) Manipula una institución jurídica tradicional, sólida y largamente acuñada en el tiempo, que sirve para organizar la vida de las personas y estructurar a la sociedad. Los filósofos y los mitólogos se refieren al matrimonio como

complementariedad creadora de lo masculino y lo femenino, engarzando la figura en la unión de los elementos básicos de la naturaleza. Los sociólogos hablan célula capital por su aptitud natural para la generación y educación de hijos hablan. Los demógrafos y los políticos, ante el descenso alarmante de la natalidad, tratan de su importancia para la perpetuación de la especie y para la cadena familiar y reclaman a los poderes públicos su protección y fomento.

b) Modifica la Constitución utilizando el sencillo fraude de dar el mismo nombre a dos realidades sociales diferenciadas y diferenciables, sin perjuicio de que cada una de ellas sea digna de una protección jurídica propia. Los recurrentes son partidarios de que ha de impulsarse y promoverse de manera activa la plena igualdad social y legal para las personas homosexuales; pero entienden que si hay que modificar las instituciones básicas constitucionalmente garantizadas debe acudir al mecanismo reforzado de la reforma constitucional.

c) No estamos ante un conflicto entre dos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, que exija que el legislador realice un juicio de ponderación proporcionado y decida restringir uno de ellos –el matrimonio– para que el otro –la unión homosexual– tenga eficacia; sino ante una simple ampliación de los derechos de los homosexuales y la institucionalización de su relación de pareja con plenos efectos jurídicos, lo que en absoluto justifica la desnaturalización y sacrificio del primero de ellos.

d) Infringe el art. 32.1 CE, que señala: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

De una interpretación literal del precepto, a la luz del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, o etimológica (vocablo derivado de los aforismos latino *matris munium* o *mater muniens*), se deduce que el derecho a contraer matrimonio lo tienen constitucionalmente reconocido sólo el hombre y la mujer, siendo las notas principales del mismo la igualdad, la heterosexualidad y la garantía institucional, que asegura su existencia y el contenido que lo hace reconocible y lo diferencia de otras figuras afines.

La norma que se recurre vacía al matrimonio de su contenido esencial y lo desnaturaliza al crear una figura paralela que altera sustancialmente los perfiles básicos que le son propios y que llega, indirectamente, a resultados similares al mismo.

Si acudimos a criterios de interpretación sistemáticos, analizando el precepto en relación con el contexto normativo en que se incardina, llegamos a idéntica conclusión, ya que puede comprobarse como todo el Título I

de la Constitución, al referirse a los titulares de los derechos y deberes fundamentales, emplea las expresiones neutras o genéricas “todos”, “toda persona”, “todas las personas”, “los ciudadanos”, “los españoles”, “todos los españoles” o “nadie”, sin distinguir como lo hace el artículo 32 CE entre los dos sexos, entre el hombre y mujer.

Teniendo presentes los otros preceptos que en la Constitución hacen referencia al matrimonio, bien de modo expreso (artículo 39), bien de modo implícito (artículo 58), alcanzamos un resultado similar. De lo contrario, no se entendería que el artículo 39, relativo a la protección de la familia, se refiere en su apartado 2 a la protección “de las madres”, o en su apartado 3 a “los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”, ni tampoco que el artículo 58 del mismo texto constitucional se refiera a “la Reina consorte” o “el consorte de la Reina”.

Empleando criterios de interpretación históricos, el entonces artículo 27 del anteproyecto de Constitución, de fecha 5 de enero de 1978, preveía en su apartado 1 que: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia”. Quedando de manifiesto que, desde la primera versión del anteproyecto hasta la versión definitiva del proyecto finalmente aprobado, siempre se contempló la referencia expresa al “hombre y la mujer” en el precepto relativo al derecho a contraer matrimonio (artículo 27.1 del anteproyecto de Constitución, artículo 30.1 del proyecto de Constitución y artículo 32.1 del texto definitivo de la Constitución), sin que en ningún momento se contemplara otra posibilidad ni se acogiera otra formulación distinta.

Desde la perspectiva de los antecedentes histórico-legislativos, la institución del matrimonio ha concitado amplios debates sobre aspectos más relevantes de su configuración jurídica, como las clases de matrimonio (civil, religioso o mixto), su naturaleza (contractual, sacramental, negocial o institucional) o la regulación de las causas de separación y disolución, pero nunca hasta ahora se ha planteado que pudiera dar cabida a las uniones constituidas entre personas del mismo sexo.

Por fin, el inciso final del párrafo 1º del artículo 32, “con plena igualdad jurídica”, se justifica por la desigualdad entre el hombre y la mujer en el ordenamiento civil preconstitucional y presupone por sí misma la diversidad sexual en la que se basa el matrimonio, pues malamente cabría predicar la exigencia de igualdad jurídica entre los cónyuges si no fuere porque el constituyente se refería al matrimonio como unión constituida por un hombre y una mujer.

En los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos y libertades ratificados por España se reconoce el derecho al matrimonio entre personas heterosexuales: el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el artículo 12 del Convenio sobre Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

Y son, asimismo, proclives a la heterosexualidad del matrimonio la doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 19-04-1991 y 6-09-2002) y el parecer de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 21 de enero de 1988 y 2 de octubre de 1991).

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha sostenido que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes a todos los efectos; que cabe otorgar un trato más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales; que se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial; que la unión entre personas de mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento y que una legislación de la que se deriven efectos jurídicos diferentes para las relaciones heterosexuales y las homosexuales no conculca los principios constitucionales de igualdad y de no discriminación (Sentencias del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15-11; 29/1991, de 14-02; 30/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991, de 14-02; 77/1991, de 11-04; 29/1992, de 9-03; y 66/1994, de 28-02 y Autos 446/1984 de 11 de Julio, y 222/1994, de 11 de julio).

Se recalca que la permisión del matrimonio homosexual sólo está secundada en el Derecho comparado europeo por Holanda y Bélgica y en el extraeuropeo por algunos territorios de Canadá (como Ontario y la Columbia Británica) y por algunos Estados de los Estados Unidos de América (como Hawái, Alaska, Vermont y Massachusetts). Estos Ordenamientos conciben al matrimonio como una unión entre personas de distinto sexo, siendo muy pocos los casos en que la institución matrimonial ha quedado abierta a parejas homosexuales y en aquellos en los que así ha ocurrido, el marco constitucional en el que se encuadran dichas legislaciones difiere notablemente, en la medida en que las Constituciones respectivas no dispensan al matrimonio la protección jurídica que le otorga la Constitución española, ni, por consiguiente, goza de la garantía institucional de la que se beneficia en el sistema constitucional patrio.

e) Excede los límites del art. 32.2 de la Constitución, que remite a la Ley la regulación de “las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

f) Es innecesaria para la consecución de los objetivos perseguidos, y en todo caso desproporcionada, si se está a una debida ponderación de los bienes, derechos y valores en juego.

Para alcanzar los fines que la norma dice pretender -reconocer legalmente los diversos modelos de convivencia existentes en la sociedad, incluyendo la convivencia como pareja entre personas del mismo sexo, basada en el afecto, como medio a través del cual se desarrolla la personalidad; promover la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de la personalidad; remover toda discriminación fundada en la orientación sexual, permitiendo el libre desarrollo de la personalidad, preservando la libertad en cuanto a las formas de convivencia y permitir el acceso de las parejas homosexuales a un “status” equiparable al matrimonial, configurándolas como uniones familiares, con los mismos efectos, en particular en cuanto a derechos y prestaciones sociales y a la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción-, no es necesario alterar la naturaleza y el régimen del matrimonio y pueden utilizarse otros diversos cauces.

g) Quebranta el artículo 10.2 de la Constitución Española que señala “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Entre ellos pueden citarse el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales firmado en el mismo lugar y fecha que el anterior (Sentencias del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero; 38/1981, de 23 de noviembre; 23/1983, de 25 de marzo; 30/1989, de 7 de febrero; 84/1989, de 10 de mayo; 64/1991, de 22 de marzo; 245/1991, de 16 de diciembre y 138/1992, de 13 de octubre, entre otras).

Todas las normas mencionadas se refieren al “hombre y a la mujer” es decir, al principio heterosexual como criterio determinante del derecho a casarse (frente a otras referencias genéricas a “todas persona”, “todo ser humano”, “todos” o “nadie”). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha

proclamado de manera expresa la concepción heterosexual del matrimonio y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en la misma dirección.

h) Infringe el artículo 14 de la Constitución, en relación con el artículo 9.2 del mismo texto constitucional, relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de orientación sexual, según la interpretación dada por el Tribunal Constitucional.

Como viene entendiendo el Alto Tribunal, el principio de igualdad jurídica hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la ley; supone que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales sean asimismo iguales. Pero no toda desigualdad de trato puede entenderse como inadmisiblemente constitucionalmente, ni cabe reputarla como discriminatoria; sólo se prohíben las diferenciaciones injustificadas e irrazonables, pero no se prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso para la efectividad de los valores que la Constitución consagra, como son la justicia y la igualdad.

De acuerdo con esa doctrina, los homosexuales no están discriminados, porque no se les prohíbe casarse con personas de sexo distinto al suyo y la norma combatida es inconstitucional, al utilizar instituciones jurídicas, como el matrimonio, cuyo origen y contenido tienen un perfil claro y una regulación precisa, para aplicarlas a una realidad social distinta que no ha sido contemplada por la Constitución.

i) Posibilita que los cónyuges homosexuales adopten hijos conjuntamente, lo que vulnera la protección de la familia (artículo 39.1 CE), la protección integral de los hijos (artículo 39.2 CE) y la protección de los niños en general (artículo 39.4 CE), que tienen su principal fundamento en el matrimonio.

El interés del menor es el principio rector de la adopción conforme a las normas del derecho interno (artículo 176.1 del Código Civil) y del derecho internacional público (en concreto, el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 -ratificada por España el 6 de diciembre de 1990- y disposiciones concordantes del Convenio de La Haya sobre Protección del Niño). Tal principio se ve confirmado por el artículo II.84,2 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el cual, además, establece expresamente en su párrafo tercero que el niño tiene “derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre salvo si ello es contrario

a su intereses”, lo que, a su vez, implica reconocer que la filiación adoptiva tiene como referencia la filiación biológica y, por consiguiente, que el ámbito natural en el que se desenvuelve el menor es la unión heterosexual.

j) Viola el art. 53.1 de la Constitución ya que, al reconocer a las parejas del mismo sexo un derecho que no tienen constitucionalmente garantizado, no respeta el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio y altera la configuración institucional del mismo.

k) Transgrede el principio de jerarquía normativa del art. 9.3 CE, ya que, teniendo categoría de ley, modifica el artículo 32 CE, que reserva la institución matrimonial al “hombre y la mujer”.

l) Desobedece el artículo 9.3 de la Constitución, que prohíbe la arbitrariedad del poder legislativo, porque trata de manera igual situaciones que son desiguales.

m) Se opone a los arts. 167 CE y sus concordantes, porque, siendo una ley ordinaria, pretende alterar tácitamente el art. 32 de la Constitución sin emplear el procedimiento previsto en el Título X para la reforma constitucional.

2. OTRAS OPINIONES CONTRARIAS AL MATRIMONIO HOMOSEXUAL¹

- La alianza estable entre hombre y mujer no es sólo una construcción social, ni una forma de legitimación del sexo, sino que es algo inherente a la naturaleza humana, el paso crítico de la evolución y la base para la formación de la familia. La raíz etimológica *matris munium* hace referencia a la madre, a la matriz, a la finalidad que adorna a la unión: generar y perpetuar la especie.

- El reconocimiento de las uniones homosexuales como matrimonio va contra el bienestar público y de forma particular contra el equilibrio y el desarrollo afectivo de los hijos, porque su estilo de vida es nocivo para ellos.

- Dos personas del mismo sexo no son idóneos para la cría y educación de los niños, porque que carecerían de referente paterno/masculino (si son dos lesbianas) o materno/femenino (si son dos gays).

- Los homosexuales no están discriminados, como tampoco lo están los que tienen prohibido el matrimonio absolutamente, o con ciertas personas, o con varias a la vez (los ordenados, los parientes incestuosos, los promiscuos o los polígamos).

¹ Ver, por ejemplo, http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=17894

- El matrimonio gay premia a los practicantes de cierto tipo de sexo, privilegiándoles sobre otras convivencias afectivas y estables.

- Ninguna civilización ha implantado el matrimonio homosexual, aunque haya tolerado en mayor o menor medida las prácticas homosexuales.

- La tendencia homosexual no es hereditaria, sino que obedece a factores ambientales y está condicionada por la propia psicología y la educación de la persona.

- Los homosexuales son más inestables y promiscuos en sus relaciones que los heterosexuales. El número de divorcios también es muy superior entre los primeros.

- En realidad, muy pocos homosexuales se casan; en Holanda sólo se casaron el 4% durante los cinco años posteriores a la legalización. El verdadero objetivo del movimiento gay es lograr su plena aceptación e integración social mediante la destrucción del matrimonio heterosexual tradicional y el desprecio de conceptos “arcaicos y caducos” tales como la fidelidad, la monogamia, el compromiso, la fecundidad y la paternidad o maternidad.

- Legalizar el matrimonio homosexual significa poner toda la maquinaria educativa y mediática del Estado al servicio del homosexualismo político. A medio plazo se impondrán multas y penas de cárcel para quien critique la actividad homosexual.

- La legalización del matrimonio homosexual provocará un descenso de la calidad de vida. Los homosexuales tienen menor esperanza de vida y son más propensos a sufrir conflictos psicológicos y a manifestar tendencias suicidas.

- El Diputado JOSE ANTONIO DURAN Y LLEIDA² aprecia que el matrimonio homosexual es una cuestión de libertad, no de igualdad. Para dar respuesta a esta justa demanda está la legislación sobre parejas de hecho, porque hay que fortalecer la institución de la familia en todo lo que representa el matrimonio como unión de un hombre y una mujer, y la obligación de procrear y, por lo tanto, de asegurar la continuidad en la tierra de las futuras generaciones. Habría que hacer un referéndum, porque no podemos olvidar que somos descendientes de una civilización judeocristiana y que una ley es buena si es admitida pero al mismo tiempo comprendida por gran parte del cuerpo social.

² <http://www.fluvium.org/textos/sexualidad/sex65.htm>; <http://www.forumlibertas.com/> ; diario El país, 3-11-2011,

- LA IGLESIA CATOLICA. En el portal catholic.net, se afirma que la Iglesia, remontándose a la razón humana, a la Sagrada Escritura y a toda la tradición, insiste en que el matrimonio es la unión conyugal de un hombre y de una mujer, orientada a la ayuda mutua y a la procreación y educación de los hijos.

El matrimonio es una institución natural, única y universal cuyo autor es Dios y al que Jesucristo elevó a la dignidad de sacramento para los que están bautizados.

Es la íntima comunidad conyugal de vida y amor abierta a la transmisión de la vida que sólo puede establecerse entre el hombre y la mujer. No se puede privar a los niños del derecho a tener padre y madre, del derecho a nacer del amor fecundo de un hombre y de una mujer, del derecho a una referencia masculina y femenina en sus años de crecimiento.

3. OPINIONES DE LOS PARTIDARIOS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY³

a) El Profesor GREGORIO PECES BARBA⁴ asevera que en el mundo clásico ya se practicaban bodas entre hombres. Era el rito de hacer hermanos (*Adelphopoiesis*). También se hablaba de "adopción" entre hermanos y de "hermanos de sangre".

En las legislaciones permisivas y en la Constitución se omite el sexo de los contrayentes para evitar identificaciones.

Cuando se empieza a equiparar en igualdad al hombre y a la mujer, surge la vertiente laica del matrimonio en su versión jurídica, como un contrato que expresa la relación de convivencia de pareja, la unión estable y visible basada en el amor mutuo y en un régimen de vida en común.

El matrimonio entre personas del mismo sexo existe como una realidad legal en diez países: Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010) y Argentina (2010). En los Estados Unidos es legal en Massachusetts (2004), Connecticut (2008), Iowa (2009), Vermont

³ Se han tomado del boletín MATRIMONIO=MATRIMONIO, editado por COGAM, Colectivo de gays, lesbianas, bisexuales y transexuales de Madrid, Madrid, noviembre de 2011.

Pueden consultarse también, por ejemplo, las webs de lesbianas y gays: lgbt-ep.eu; cogam.org; ilga.org; felgt.org, etc.

⁴ Según <http://www.cogam.org/matrimonio>, a día de hoy 78 Profesores de Derecho constitucional se han adherido a la iniciativa por la constitucionalidad de la Ley 13/2005.

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

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

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

b) La Profesora AMELIA VALCÁRCEL BERNALDO DE QUIRÓS sostiene que el matrimonio es un contrato peculiar que causa determinados efectos en función de lo que se contrata.

Si la Iglesia Católica Romana opina que este tipo de contrato solo se puede realizar entre un varón y una mujer, no queda sino reconocer que el matrimonio canónico es asunto suyo y de sus creyentes. El Estado es quien tiene derecho a legislar sobre el matrimonio civil entre personas del mismo o de distinto sexo.

El Partido Popular quiere llamar al contrato de otra manera y eso, el impedir el uso del nombre "matrimonio", ya resta derechos a los homosexuales. Probablemente, también, se traducirá en que aquél no surta los mismos efectos que éste, dificultando o imposibilitando, por ejemplo, la adopción.

Hay una amplia mayoría de la población española que está a favor de que las personas del mismo sexo se puedan casar entre sí. El Partido Popular lleva al Tribunal Constitucional las leyes que no puede modificar en las Cortes.

c) El Profesor GERMÁN GÓMEZ ORFANEL opina que, en relación con la orientación homosexual, el ordenamiento jurídico español, a semejanza de otros, ha pasado por las fases de persecución, tolerancia, reconocimiento e incluso equiparación.

Existe rechazo a la apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo, por considerarlo anticonstitucional. Se aceptan otras figuras jurídicas

como pueden ser las uniones civiles con efectos equiparables a los del matrimonio y se intenta impedir u obstaculizar que las parejas homosexuales puedan adoptar, basándose en argumentos como el interés del menor.

No debe impedirse al legislador ampliar el reconocimiento de unos derechos y de su fuerza expansiva al servicio del libre desarrollo de la personalidad y de una más efectiva y real libertad e igualdad (art. 9.2 CE). Parece oportuno tener en cuenta el contenido de algunas Resoluciones del Parlamento Europeo, como la del 8 de febrero de 1994, en el sentido de recomendar el fin de la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

Darles a los homosexuales un marco jurídico distinto, aunque con los mismos requisitos y efectos que el matrimonio supondría desconocer su derecho constitucional a contraer matrimonio, lo que supondría un tratamiento desigual, no justificado ni racional, es decir, una discriminación no asumible.

Prohibir de modo general la adopción a las parejas o matrimonios del mismo sexo basándose en el interés del menor, puede entenderse como algo fundado en la idea de que la homosexualidad es un mal, o, al menos, un peligro o perjuicio contagioso para el menor.

d) El Profesor JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ mantiene que hoy es un imperativo constitucional la autonomía del derecho respecto de la religión.

Antes del Concilio de Trento el matrimonio podía celebrarse de manera absolutamente privada y sin más testigos que la propia conciencia de los contrayentes. A partir de Trento el matrimonio religioso se hace público, formal y jurídicamente, se sacraliza por oposición al matrimonio civil que, por la disparidad religiosa, se hizo imprescindible allí donde se respetaba la libertad de conciencia de quienes habitaban en territorios de religión oficial distinta de la suya.

En España, la desacralización del matrimonio no se logró jurídicamente hasta la ley de matrimonio civil de 1870, derogada en 1874. Otra vez se intentó, en una ley de 1932, también derogada en 1938. El matrimonio canónico lo debían contraer todos los bautizados en la Iglesia católica; el matrimonio civil cabía cuando ninguno de los contrayentes profesara la religión católica.

En la constitución de la familia, el elemento carnal o biológico ha perdido importancia en beneficio del elemento psicológico y afectivo. El derecho y las costumbres no se ordenan ya en este punto de conformidad con unos

datos morales o religiosos, sentidos como algo trascendente, sino hacia la búsqueda puramente humana de la felicidad. El derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE apunta a ese objetivo: la felicidad de los individuos. Ese derecho debe otorgar a las personas una pretensión jurídicamente protegida para remover los impedimentos que se opongan a ella.

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

La finalidad del Derecho es resolver conflictos y asignar derechos y deberes. Esto se consigue por remisión a un conjunto ya definido normativamente, como es el matrimonio, no analógicamente y caso por caso.

e) Un estudio de la Universidad de Columbia, del Hospital General de Massachusetts y del Instituto Fenway de Boston⁵, señala que un, tras analizar los efectos que el matrimonio ha tenido sobre la población homosexual de Massachusetts, revela que se había producido una reducción en las consultas médicas (un 13% menos), concretamente se registraron menos casos de hipertensión, de depresión y de trastornos relacionados con el estrés. El gasto sanitario disminuyó el 14%.

Concluye la investigación que la legislación que permite estas bodas disminuye de forma significativa las consultas médicas. Se producen beneficios sociales y se reducen por tanto los costes sanitarios que generan gays y bisexuales. El matrimonio introduce en ellos un factor de normalización social, aminora los problemas relacionados con el estrés y puede actuar como un mecanismo de descarga de la presión que soportan.

f) EL JUEZ FERNANDO GRANDE-MARLASKA Y LA PROFESORA MARTA DEL POZO PEREZ⁶, subrayan que la nueva Ley no implica una nueva categoría de matrimonio, sino que amplía la existente a las diversas tendencias y orientaciones sexuales.

La heterosexualidad es un elemento esencial sólo del matrimonio canónico, no del civil. La institución matrimonial se ha democratizado integrando en su seno los valores y principios que proclama la Constitución, muy especialmente la libertad e igualdad de los contrayentes. Antes el matrimonio era indisoluble, desigual y discriminatorio y actualmente el vínculo se puede romper y la igualdad entre los contrayentes es indiscutible.

⁵ Diario El mundo, edición del día 16-12-2011.

⁶ El país, 25-10-2010.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio advierte de que la garantía institucional de un derecho no le asegura un contenido concreto y fijado de una vez por todas, sino sólo la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Hoy la conciencia social impone que el concepto de matrimonio debe actualizarse y ser aplicado a las parejas del mismo o de diferente sexo.

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 11 de julio de 2002, asuntos I. y Christine Godwin c. Reino Unido), reconoció el derecho de las personas transexuales a contraer matrimonio con personas de su mismo sexo biológico, ya que el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se aparta del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en cuanto a que excluye la referencia al hombre y a la mujer.

El art. 32 de la Constitución Española no podía incluir otra referencia que la que recoge, dado el momento político en el que nos encontrábamos: la dictadura recién concluida, la Iglesia influyendo en todos y cada uno de los aspectos de la vida social y política y la desgraciada y lamentable penalización de la homosexualidad durante la época de Franco. La Constitución pertenece a las generaciones vivas, debe adaptarse a los cambios sociales y debe interpretarse de acuerdo con la realidad presente en nuestros días.

La Ley de reforma del Código Civil se justifica como una exigencia del principio de igualdad, con el fin de que no se pueda negar a nadie, con independencia de su orientación sexual, el derecho a contraer matrimonio.

Después de meditar largamente sobre todas las razones expuestas, no he logrado formar una opinión clara favorable o adversa respecto a la conveniencia de extender el matrimonio y la adopción existentes en nuestro Derecho a las parejas homosexuales. Por eso, estimo que o bien debe esperarse a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley y obrar en consecuencia, o consultarse al pueblo soberano mediante un referéndum.

Sevilla, 27-01-2012.