

# En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo

Luis María Díez-Picazo

Facultad de Derecho  
Universidad de Castilla-La Mancha

### *Abstract*<sup>1</sup>

*Existen dos grandes tipos de respuesta afirmativa a la reivindicación de reconocimiento del derecho a contraer matrimonio por parte de las parejas del mismo sexo: abrirles la puerta del matrimonio o crear una nueva institución. En este último supuesto, lo más frecuente es que su destinatario sean las parejas estables independientemente de que sean del mismo o de distinto sexo. En cuanto a la ampliación de la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo, se trata por el momento de una opción claramente minoritaria. Y dentro de ésta, a su vez, es importante distinguir según el impulso inicial haya sido legislativo o judicial.*

*En los países donde el impulso inicial ha sido judicial, el debate, como era de esperar, se ha planteado en términos constitucionales y, más en particular, de alcance de los derechos fundamentales. Primero, si la tradicional exigencia de diversidad de sexos para el matrimonio es discriminatoria; segundo, si la decisión legislativa de ampliar el matrimonio a las parejas del mismo sexo sería constitucionalmente legítima, especialmente desde el punto de vista del derecho fundamental al matrimonio reconocido en muchos textos constitucionales y en varios tratados internacionales*

*There are two main affirmative answers to the vindication of recognition of the right to marriage by same sex couples: open the door to marriage or create a new institution. In the latter case, the more usual is that the addressees are stable couples, regardless of their gender. With respect to the extension of the matrimonial institution to same sex couples, it is now a minority option. And, in this case, at the time, it is important to distinguish if the initial effort has been legislative or judicial.*

*In countries where the initial impulse has been judicial, the debate, as it was expected, has been presented in constitutional terms and, more particularly, in terms of the scope of fundamental rights. First, if the traditional requirement of different sex to get married is discriminatory; second, if the legislative decision of extending marriage to same sex couples would be constitutional legitimate, especially from the point of view adopted by many constitutional texts and different international treaties.*

---

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada en la Università di Milano-Bicocca el 30 de marzo de 2006, por invitación de la profesora Marta Cartabia; y puesta al día para ser presentada en el seminario de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra el 8 de febrero de 2007, por invitación del profesor Pablo Salvador Coderch. Como principal fuente de información sobre legislación extranjera en la materia he utilizado el excelente sitio web <http://law-library.rutgers.edu>.

## I

El primer país que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo fue los Países Bajos. Mediante la Ley de 21 de diciembre de 2000, se modificó el Código Civil holandés para hacerle decir que el matrimonio puede ser contraído por dos personas de distinto o del mismo sexo. No hubo una reforma de la regulación legal de matrimonio, sino únicamente una apertura de la institución existente a personas del mismo sexo. Esto implica que el régimen jurídico del matrimonio había de seguir siendo unitario; es decir, los derechos y deberes de los cónyuges son los mismos independientemente de que sean de distinto sexo o del mismo. La única excepción a ello –significativa, por lo demás– es que la adopción sigue reservada exclusivamente a parejas de distinto sexo. La ley holandesa, en fin, recoge una norma de derecho internacional privado: para poder acogerse a la nueva posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo, es preciso que al menos uno de los contrayentes sea nacional holandés o residente en los Países Bajos.

Bélgica siguió el mismo camino algo después, mediante la Ley de 30 de enero de 2003. Se trata de una ley muy similar a la holandesa. Sólo hay dos diferencias dignas de mención. Una tiene que ver con la adopción: aunque en un primer momento también la ley belga excluía a las parejas del mismo sexo de la adopción, una reforma ulterior ha permitido esta posibilidad. La otra diferencia es que el punto de conexión previsto por la ley belga para que personas del mismo sexo puedan casarse es menos riguroso que el de la ley holandesa, pues basta que uno de los contrayentes haya vivido en el país durante los últimos tres meses. Obsérvese que se dice que haya vivido, no que tenga su residencia en el país. Esto parece indicar que no es necesaria una determinada situación legal, sino que basta una situación de hecho.

Siempre en orden cronológico, viene después el caso de Canadá. Allí la iniciativa, en un primer momento, no provino del legislador, sino de los jueces. En el año 2003 algunos tribunales provinciales comenzaron a estimar que la exigencia tradicional de diversidad de sexos para contraer matrimonio era discriminatoria y, por consiguiente, inconstitucional. Para evitar la confusión a que podían dar lugar soluciones divergentes de unas provincias a otras, el Gobierno federal solicitó un dictamen sobre la cuestión al Tribunal Supremo federal, que en Canadá tiene también atribuciones consultivas. Su dictamen de 9 de diciembre de 2004 afirmó que una eventual reforma legal que admitiese el matrimonio entre personas del mismo sexo no sería contraria a la *Charter of Rights*, si bien debería garantizar el derecho a la objeción de conciencia de los funcionarios públicos llamados a participar en la celebración del matrimonio. Es interesante que el Tribunal Supremo canadiense evitó pronunciarse sobre la constitucionalidad de la exigencia tradicional de diversidad de sexos, que era lo que había originado el debate; es decir, se limitó a abrir la puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo, sin afirmar que fuese constitucionalmente necesario. Como consecuencia de ello, se aprobó la Ley federal de 20 de julio de 2005, que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo, con los mismos derechos y deberes que tienen las de distinto sexo.

En los Estados Unidos la cuestión es particularmente compleja, porque el matrimonio es competencia estatal, no federal. En los últimos años, diversos tribunales estatales han declarado

que la exigencia tradicional de la diversidad de sexos es contraria al principio de igualdad ante la ley consagrado por su correspondiente constitución estatal. Una primera reacción fue la aprobación de leyes y reformas constitucionales en varios Estados, por las que se prohíbe cualquier forma de reconocimiento al matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro Estado. Ello fue, además, indirectamente respaldado por el legislador federal: la *Defense of Marriage Act* de 1996 establece que ningún Estado está obligado a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

No obstante, la tendencia a considerar discriminatoria la exigencia tradicional de diversidad de sexos continúa y llega a su apogeo cuando el Tribunal Supremo de Massachussets se pronuncia en este sentido, con la sentencia *Goodridge v. Department of Public Health* de 18 de noviembre de 2003. Así, en virtud del principio *stare decisis*, todo un ordenamiento estatal ha abierto la puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo.

A partir de este momento, se produce una pluralidad de fenómenos: A) Ha habido algunos intentos, normalmente fallidos, de aprobar leyes estatales admitiendo las uniones entre personas del mismo sexo. El caso más famoso ha sido el de California donde, tras varios pronunciamientos de tribunales estatales inferiores declarando inconstitucional la exigencia tradicional de la diversidad de sexos, en 2005 se adoptó una ley que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo; pero, tras tomarse algún tiempo para sopesar su decisión, el gobernador Arnold Schwarzenegger interpuso su veto y la ley no llegó a entrar en vigor. B) Ha habido también intentos de obtener la suspensión por los tribunales federales de las medidas legislativas tendentes a ampliar la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo. Hasta ahora, sin embargo, la judicatura federal ha mantenido una actitud de inhibición. A ello hay que añadir que los defensores del matrimonio tradicional se han movilizado para tratar de cortar de raíz cualquier posible alteración del mismo. Con este propósito se han presentado dos proyectos de enmienda de la Constitución federal que, de aprobarse, establecerían expresamente que el matrimonio sólo puede contraerse entre personas de distinto sexo. Algo similar, al parecer, se ha intentado también en Australia. Pero estos *federal marriage amendments*, como suelen ser llamados, tienen pocas probabilidades de llegar a ser aprobados. C) En el plano de la jurisprudencia estatal, la divergencia de puntos de vista se ahonda en la medida en que nuevos tribunales supremos estatales son llamados a pronunciarse sobre la cuestión. El Tribunal Supremo de New York ha rechazado, mediante la sentencia *Hernández v. Robles* de 6 de julio de 2006, que la definición legal del matrimonio como unión entre hombre y mujer sea discriminatoria; y en parecido sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo de Washington, en su sentencia *Anderson v. Kings County* de 26 de julio de 2006. Pero muy poco tiempo después el Tribunal Supremo de New Jersey, con la sentencia *Lewis v. Harris* de 25 de octubre de 2006, ha mantenido la posición opuesta, si bien en términos algo más suaves que los del Tribunal Supremo de Massachussets: considera que es inconstitucional negar a las parejas estables del mismo sexo los derechos que la ley otorga al matrimonio civil, pero añade que no es constitucionalmente exigible el reconocimiento oficial de esas parejas como matrimonio; es decir, en una concesión simbólica a la tradición, permite que la ley les dé una denominación distinta a la de "matrimonio".

El último país –salvo España, de la que se hablará después– que hasta ahora ha admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo es Sudáfrica. También allí el impulso inicial fue judicial, no legislativo. Mediante la sentencia *Fourie v. Minister of Home Affairs* de 30 de noviembre de 2004, el máximo órgano judicial en materia civil declaró que la definición que da el *common law* del matrimonio debe entenderse como inclusiva también de las uniones entre personas del mismo sexo. Obsérvese que se trata de un supuesto de interpretación conforme a la constitución: lo que se dice es que la norma sólo puede reputarse conforme a la prohibición constitucional de discriminación si se admite que incluye a las uniones entre personas del mismo sexo. Es cierto, con todo, que esta operación interpretativa se vio facilitada por el hecho de que la norma no era legal, sino consuetudinaria; y, al tratarse de una doctrina de *common law*, el tribunal podía actualizarla. La mencionada sentencia ha sido después plenamente confirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 2005. Sin embargo, el Tribunal Constitucional sudafricano dispuso que la inconstitucionalidad de la tradicional exigencia de diversidad de sexos no tuviera efectos inmediatos y, así, en aras a la seguridad jurídica, dio un plazo de doce meses al Parlamento para adaptar el ordenamiento sudafricano a la nueva situación. Ello ha sido cumplido con la aprobación de la nueva *Civil Union Act* de 2006.

Para cerrar este panorama del matrimonio entre personas del mismo sexo, hay que señalar que, enfrentado a idéntica cuestión que el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, el Tribunal Constitucional de Costa Rica ha llegado a la solución opuesta. Su sentencia de 23 de mayo de 2006 afirma que la exigencia legal de diversidad de sexos para el matrimonio no vulnera el principio de igualdad ante la ley, ni tampoco el principio de autonomía de la voluntad, expresamente reconocido en el texto constitucional de ese país.

## II

En bastantes países se ha buscado una solución menos drástica que, a la vez que diese satisfacción a la reivindicación de reconocimiento oficial de las parejas estables homosexuales, no modificara el sentido tradicional de la institución matrimonial y, por ello mismo, resultase menos divisiva de la opinión pública. Este compromiso ha consistido en regular las uniones estables, incluidas las de personas del mismo sexo, y atribuirles un régimen jurídico parcialmente similar al del matrimonio, pero con algunas diferencias con respecto a éste y –lo que es importante en el plano simbólico– sin darles el nombre de “matrimonio”.

El país pionero en esta vía fue Francia. Y lo fue antes incluso de que se aprobaran las primeras leyes de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, como fueron la holandesa y la belga. Mediante la Ley de 15 de noviembre de 1999 se reformó el Código Civil francés, para introducir la institución llamada *pacte civil de solidarité*, popularmente conocido como “PACS”. La característica más destacada del PACS es que vale tanto para parejas del mismo sexo, como para parejas de distinto sexo; es decir, incluso las personas que podrían contraer matrimonio en sentido propio tienen acceso, si así lo prefieren, al régimen jurídico de esa otra unión estable. Pero entre personas del mismo sexo sólo cabe el PACS. Esto no significa,

sin embargo, que para la ley resulte indiferente la auténtica naturaleza de la relación subyacente; o, dicho de otro modo, el PACS exige “vida en común” y “ayuda mutua y material” entre los compañeros. No es una simple comunidad de intereses, sino que exige verdadera vida de pareja. Este es un extremo sobre el que insistió la decisión del Consejo Constitucional de 9 de noviembre de 1999, que declaró constitucionalmente legítima la mencionada reforma legislativa. Que el PACS presuponga una verdadera vida de pareja es relevante en la medida en que excluye ciertas situaciones socialmente típicas de personas que viven juntas. Piénsese, por ejemplo, en hermanos. De aquí, precisamente, que la ley francesa prevea impedimentos para el PACS, bastante parecidos a los que rigen para el matrimonio. Dado que se trata de una institución distinta del matrimonio, la ley hace una definición específica de los derechos y deberes, tanto de naturaleza personal como económica, de las parejas ligadas mediante esta unión estable. Si bien en algunos extremos este régimen jurídico se asemeja al del matrimonio, no es en absoluto idéntico; y ello no sólo en la siempre controvertida cuestión de la posibilidad de adopción, sino también en otros aspectos menos llamativos. Por ejemplo, a diferencia del matrimonio, la ley francesa permite la disolución inmediata del PACS por el mero disenso de las partes.

Este tipo de solución de compromiso, consistente en dar reconocimiento oficial a las parejas estables de personas del mismo sexo, ha sido luego seguido por no pocos países, sobre todo europeos. Los casos más destacados, por su innegable capacidad de influencia, son Alemania con la *Eingetragene Lebenspartnerschaftsgesetz* de 1 de agosto de 2001, luego parcialmente revisada el 12 de octubre de 2004, y el Reino Unido con la *Civil Partnerships Act* de 25 de noviembre de 2004.

### III

Llegados a este punto, puede ser útil, a modo de recapitulación de cuanto se ha expuesto, hacer algunas observaciones de derecho comparado. Hay que constatar, de entrada, que existen dos grandes tipos de respuesta afirmativa a la reivindicación de reconocimiento por parte de las parejas del mismo sexo: abrirles la puerta del matrimonio, o crear una nueva institución. En este último supuesto, lo más frecuente es que su destinatario sean las parejas estables independientemente de que sean del mismo o de distinto sexo. Esta vía supone, sin duda, un compromiso entre muy diferentes argumentos morales y sensibilidades sociales, y busca que la fractura en la opinión pública sea lo menos profunda posible. Además, hay que destacar que, en la medida en que normalmente se refiere tanto a parejas del mismo sexo como de distinto sexo, la nueva institución es neutral desde el punto de vista de la orientación sexual. Tal vez pudiera verse aquí una ruptura de la unidad del régimen jurídico del matrimonio y una incipiente diversificación de los estatutos matrimoniales: mientras que el matrimonio tradicional quedaría reservado, incluida la palabra misma, para las parejas de distinto sexo que optasen por él, la unión estable oficialmente reconocida sería algo así como una modalidad matrimonial nueva, más flexible y con denominación diferente. Esto no sería algo tan novedoso en una perspectiva histórica, ya que una pluralidad de regímenes jurídicos matrimoniales ha existido en algunos períodos del pasado. Así, por ejemplo, en el derecho romano o en el derecho canónico

pretridentino. Ni que decir tiene que esta solución no satisface plenamente a quienes reivindican la absoluta igualdad de trato para las parejas del mismo sexo.

En cuanto a la ampliación de la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo, se trata por el momento una opción claramente minoritaria. Y dentro de ésta, a su vez, es importante distinguir según el impulso inicial haya sido legislativo o judicial. Cuando la iniciativa se ha llevado a cabo directamente en el Parlamento, como ocurrió en los Países Bajos o en Bélgica, el debate se ha planteado principalmente en términos de oportunidad de política y, en alguna medida, también de técnica legislativa. Una clara manifestación del planteamiento de la cuestión en términos de oportunidad política es que, aun manteniendo el carácter unitario del régimen jurídico del matrimonio, se excluyó a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar. Dicho de otro modo, aunque la posición axiológica de fondo del legislador es claramente favorable a la asimilación al matrimonio tradicional, queda atemperada en materia de adopción por innegables consideraciones pragmáticas: mientras que la asimilación por sí sola no desata grandes pasiones en la opinión pública, tal vez no pueda decirse lo mismo de la adopción. Y una manifestación de planteamiento de la cuestión en términos de técnica legislativa, por su parte, se encuentra en la atención que tanto el legislador holandés como el legislador belga prestaron al aspecto de derecho internacional privado. Es muy posible que los matrimonios entre personas del mismo sexo tengan dificultades para ser reconocidos fuera del país donde son celebrados, habida cuenta de que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos no admite esta clase de uniones. Más aún, junto con la exogamia y la monogamia, la heterosexualidad ha venido siendo uno de los elementos básicos del orden público en materia matrimonial, al menos en Occidente. La decisión de los legisladores holandés y belga de no permitir la celebración del matrimonio del mismo sexo a cualesquiera personas cobra, así, pleno sentido. No se trata, sin embargo, de restricciones particularmente severas, sobre todo en el caso belga: es sabido que, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la capacidad y los requisitos sustantivos del matrimonio se suelen regir por la ley personal; y la ley belga se conforma, en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, con que uno de los contrayentes haya vivido en el país durante los últimos tres meses. Ni siquiera la ley holandesa, menos permisiva, se ajusta plenamente al criterio de la ley personal ya que, junto a la nacionalidad holandesa de uno de los contrayentes, admite también la residencia de uno de ellos.

En fin, en los países donde el impulso inicial ha sido judicial, el debate, como era de esperar, se ha planteado en términos constitucionales y, más en particular, de alcance de los derechos fundamentales. Aquí cabe distinguir dos problemas, hasta cierto punto de signo opuesto: primero, si la tradicional exigencia de diversidad de sexos para el matrimonio es discriminatoria; segundo, si la decisión legislativa de ampliar el matrimonio a las parejas del mismo sexo sería constitucionalmente legítima, especialmente desde el punto de vista del derecho fundamental al matrimonio reconocido en muchos textos constitucionales y en varios tratados internacionales. Ni que decir tiene que el verdadero impulso judicial ha tenido lugar allí donde se ha declarado discriminatoria la mencionada exigencia de diversidad de sexos. Esto sólo ha ocurrido, en rigor, en Massachussets y en Sudáfrica; y, con matizaciones, también en New Jersey. Al declararse inconstitucional la exigencia de diversidad de sexos, el matrimonio entre personas del mismo

sexo no sólo debe considerarse como un imperativo constitucional sino que, en principio, ha de quedar asimilado al mismo régimen jurídico que el matrimonio tradicional. De lo contrario, no tendría mucho sentido una declaración de inconstitucionalidad basada en el argumento de la discriminación. La precaución del Tribunal Constitucional sudafricano de dar un plazo al Parlamento para adaptar la legislación matrimonial parece responder, así, más a consideraciones de seguridad jurídica -y, por consiguiente, de técnica legislativa- que a consideraciones de oportunidad política.

Aún en el terreno del debate judicial, el caso canadiense es distinto: es verdad que allí fueron algunos tribunales provinciales los que, al declarar que la exigencia de diversidad de sexos era discriminatoria, pusieron en marcha el proceso de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo; pero la llamada al Tribunal Supremo federal para que se pronunciase sobre la cuestión en vía consultiva alteró los términos del debate constitucional. Como se vio más arriba, el Tribunal Supremo federal se limitó a declarar que una ley que introdujera el matrimonio del mismo sexo no sería inconstitucional, evitando pronunciarse sobre si la tradicional exigencia de diversidad de sexos era constitucionalmente legítima; es decir, afirmó que el matrimonio entre personas del mismo sexo es constitucionalmente posible, no que sea constitucionalmente necesario. Este último problema ha quedado irresuelto en Canadá. Pero ha sido afrontado en Costa Rica, donde el Tribunal Constitucional ha concluido que la exigencia de diversidad de sexos no es discriminatoria.

Todo ello pone claramente de manifiesto que, en el mundo de la democracia liberal, hoy por hoy dista de existir un consenso mínimo sobre la respuesta constitucional que debe darse al matrimonio entre personas del mismo sexo.

#### IV

Es en este contexto en el que se produce la introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo en España, mediante la Ley de 1 de julio de 2005. Se trata básicamente de una reforma del Código Civil que, sin hacer una modificación de fondo del régimen jurídico del matrimonio, permite que éste sea contraído por personas del mismo sexo. La norma clave es el nuevo apartado segundo del art. 44, que dice: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo". Es verdad que se modifican también otros preceptos, pero por razones de mera adaptación lingüística a la nueva situación. Los derechos y deberes de los cónyuges son, así, idénticos con independencia de que sean de distinto o del mismo sexo. La asimilación es completa. La ley española permite, incluso, la adopción; algo que no hizo en un primer momento la ley belga, y sigue sin hacer la ley holandesa. No obstante, esta permisón es bastante menos revolucionaria de lo que parece a primera vista, pues el derecho español admitía ya la adopción por parte de una única persona; y, en estas circunstancias, librar una batalla en torno a la adopción tiene, tanto para los defensores como para los detractores de la ley, un significado más simbólico que real.



Hay que destacar, por lo demás, que la ley española no contiene ninguna previsión en materia de derecho internacional privado. Esta carencia no es irrelevante. Téngase en cuenta que, siguiendo la pauta general, el ordenamiento jurídico español considera que la capacidad y los requisitos sustantivos del matrimonio se rigen por la ley personal. ¿Deben, entonces, los funcionarios españoles autorizar o denegar el matrimonio del mismo sexo a los nacionales de países donde esta posibilidad no está reconocida? ¿Y a los nacionales de países donde ello se considera, además, contrario al orden público? La respuesta dista de ser evidente. Y el problema práctico puede verse agravado por el hecho de que bastantes personas que no pueden contraer matrimonio del mismo sexo en otros lugares se sientan llamados a hacerlo en España. Pues bien, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 instruye a los encargados del Registro Civil en el sentido de que la ley española debe entenderse aplicable a los extranjeros aunque su ley personal no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. El principal argumento es que, al existir una laguna en la legislación española, debe aplicarse la ley material española. Esto es poco convincente, pues en rigor no hay tal laguna: aunque no hay es una norma de conflicto específica para el matrimonio entre personas del mismo sexo, está siempre la norma de conflicto general del apartado primero del art. 9 del Código Civil, según la cual la ley personal rige “la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”. En la medida en que la legislación española da una solución al problema, sólo puede hablarse de laguna en sentido impropio; es decir, como ausencia de una norma adecuada u oportuna, no como ausencia de norma. Tan es así que la propia Resolución de 29 de julio de 2005 reconoce que se trata de una “laguna ideológica”.

Dicho esto, el debate en España sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo ha girado muy poco sobre cuestiones técnicas, sino que lo ha hecho principalmente en torno al significado mismo del matrimonio. Por ello mismo, la argumentación de naturaleza constitucional ha sido muy utilizada. La verdad es que, salvo algunas opiniones aisladas, nadie ha sostenido seriamente que la regulación anterior –esto es, la exigencia de diversidad de sexos para el matrimonio– fuera inconstitucional por discriminatoria. A este respecto, en todo caso, conviene hacer dos reflexiones.

Por un lado, el reproche al matrimonio tradicional no puede consistir en que discrimina por razón de sexo. La diversidad de sexos para el matrimonio se ha venido exigiendo tanto a los hombres como a las mujeres, por lo que el sexo en cuanto tal no ha operado como criterio de diferenciación normativa. De haber alguna discriminación, tendría que ser por orientación sexual, que no es lo mismo que el sexo. Tan es así que ningún ordenamiento jurídico conocido ha requerido jamás acreditar una orientación heterosexual para poder contraer matrimonio. Ciertamente, cabría sostener que poder casarse con la persona amada forma parte del libre desarrollo de la personalidad o, con mayor precisión aún, de la autodeterminación sexual. Pero a esto cabría responder que no todas las manifestaciones de la sexualidad humana gozan de protección, ni siquiera en los ordenamientos jurídicos más permisivos. Y cabría responder, asimismo, que amor y matrimonio no son realidades necesariamente coextensas: la idea de que el matrimonio ha de fundarse en el amor es reciente en una perspectiva histórica, pues se remonta sólo a finales del siglo XVIII, como sabe cualquier lector de Carlo Goldoni, Leandro Fernández de

Moratín, o Jane Austen. Se trata, sin duda, de un fenómeno ligado al triunfo de la civilización burguesa. En el debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, en suma, el argumento de la autodeterminación sexual tiene sólo una fuerza relativa. Es claro que una diferenciación normativa basada en el criterio la orientación sexual deberá superar, para no ser discriminatoria, el test de la razonabilidad; y es igualmente claro que, en sociedades muy plurales y tolerantes como las occidentales de hoy, será difícil hallar situaciones en que la orientación sexual pueda ser un criterio razonable de diferenciación normativa. Pero ¿significa ello que la orientación sexual es, por decirlo en terminología norteamericana, una *suspect classification*? En otras palabras, ¿es la orientación sexual un criterio de diferenciación normativa expresamente prohibido que – como ocurre con la raza, las creencias o el sexo– sólo puede ser utilizado en casos extremos de *compelling public interest*? No hay actualmente datos jurisprudenciales suficientes para pronunciarse sobre ello. Es verdad que la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006 apunta en ese sentido, al invertir la carga de la prueba y exigir al empresario que, si hay indicios de que el despido obedece a la orientación sexual del trabajador, demuestre que no es así; pero se trata de un caso relativo a relaciones laborales, donde no hay ningún valor digno de protección que oponer al derecho a la intimidad del trabajador.

Por otro lado, afirmar la inconstitucionalidad de la exigencia tradicional de diversidad de sexos habría tropezado en España con un obstáculo que seguramente no existía en Massachusetts o en Sudáfrica. El apartado primero del art. 32 de la Constitución española dispone: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. La proclamación del derecho fundamental al matrimonio contiene una referencia expresa a hombre y mujer como sujetos del mismo. Téngase en cuenta, además, que esa mención al hombre y la mujer como titulares del derecho al matrimonio también se encuentra en el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de manera que no se trata en absoluto de una peculiaridad española. Cuando el texto constitucional nacional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos contemplan el matrimonio como algo que sucede entre hombre y mujer, resulta muy difícil sostener que la exigencia tradicional de diversidad de sexos es discriminatoria. No deja de ser significativo, en este orden de ideas, que el Tribunal de Estrasburgo haya considerado que la prohibición del matrimonio de los transexuales con personas de su mismo sexo genético es contraria al derecho a la vida privada del art. 8 del Convenio Europeo, no al derecho al matrimonio del ya citado art. 12 del mismo (sentencia *Goodwin c. Reino Unido* de 17 de julio de 2002). Y es también significativo que el art. 9 la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, redactado ya en una época en que la reivindicación de ampliación de la institución matrimonial a personas del mismo sexo ha ganado peso, no hable del hombre y la mujer a la hora de proclamar el derecho al matrimonio, sino que se limite a usar una construcción impersonal. La Carta, en todo caso, no es por el momento sino una manifestación de *soft law*, carente de fuerza vinculante en sentido estricto.

Así las cosas, dado que en España no había argumentos sólidos para sostener que el matrimonio entre personas del mismo sexo fuera constitucionalmente necesario, la cuestión ha sido más bien si es constitucionalmente posible. ¿Hay razones de peso para tacharlo de inconstitucional? Conviene comenzar subrayando que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es de poca

utilidad para dar respuesta a este interrogante. Su art. 12 está redactado en los siguientes términos: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. No vale la pena insistir aquí en el dato –por lo demás, incontestable– de que la razón por la que el matrimonio se protege como un derecho fundamental es que constituye el fundamento de la familia: si no hubiera familia, no haría falta el matrimonio. Pero ello es poco relevante en esta sede no sólo por la diversificación de modelos familiares que conoce el mundo actual, sino sobre todo porque las nuevas técnicas de reproducción asistida – por no mencionar la polémica posibilidad de la adopción– han diversificado los medios de tener una prole y, por tanto, de fundar una familia. La razón por la que el art. 12 del Convenio Europeo es de escasa utilidad en esta sede es otra: su remisión a la ley deja un amplio margen de apreciación nacional a la hora de establecer el régimen jurídico del matrimonio. Así, por ejemplo, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado que el art. 12 del Convenio Europeo es neutral con respecto al divorcio (sentencia *Johnston c. Irlanda* de 18 de diciembre de 1986). Hay que decir, sin embargo, que recientemente ha dado alguna muestra de querer restringir dicho margen de apreciación nacional, al considerar contrario al citado art. 12 del Convenio Europeo el impedimento matrimonial absoluto entre suegro y nuera (sentencia *B. y L. c. Reino Unido* de 13 de septiembre de 2005). Esta sentencia, dicho sea incidentalmente, es muy poco convincente: su argumento principal es que ese impedimento no protegía realmente la integridad de la familia, que era su única posible razón de ser, desde el momento en que la ley nacional no castigaba las relaciones extraconyugales equivalentes; pero de no castigar una determinada conducta a darle reconocimiento y protección oficiales media una enorme distancia, que el Tribunal de Estrasburgo parece menospreciar.

Todo ello quiere decir que la discusión sobre si el matrimonio entre personas del mismo sexo es constitucionalmente legítimo o no ha de llevarse a cabo exclusivamente con argumentos de derecho nacional. En España, todo depende de la interpretación que se dé al apartado primero del art. 32 de la Constitución y, en particular, a su inciso “el hombre y la mujer”. Hay que aclarar, de entrada, que el argumento puramente literal no es convincente: es verdad que el citado precepto constitucional no dice que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio “entre sí”; pero la voluntad del constituyente y el contexto histórico de la norma son inequívocos, por no mencionar el hecho de que éste es el único lugar de todo el texto constitucional en que se hace referencia al hombre y a la mujer, y no genéricamente a los ciudadanos o las personas. Dicho esto, el art. 32 de la Constitución admite dos interpretaciones: se puede entender que consagra un puro derecho subjetivo, o se puede entender que en la norma predomina la faceta objetiva de manera que se trata de lo que, en terminología de origen alemán, suele denominarse una garantía institucional. Si se adopta la primera interpretación, habrá que concluir que dicho precepto constitucional impide al legislador suprimir el matrimonio entre hombre y mujer; pero, como no prefigura otros posibles rasgos de la institución, habrá que concluir también que no impide al legislador ampliar la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo. Si se adopta la segunda interpretación, en cambio, habrá que concluir que el constituyente fijó una determinada imagen de la institución matrimonial, sustrayéndola a la libre disponibilidad del legislador. Y dentro de la imagen generalmente aceptada por la tradición jurídica occidental está, sin duda, que el matrimonio tiene lugar entre personas de distinto sexo. La clave está, pues, en optar por

una u otra interpretación. A favor de la visión del art. 32 de la Constitución como derecho subjetivo está el argumento, que fue expresamente utilizado para defender el proyecto de ley por Juan Fernando López Aguilar en su condición de Ministro de Justicia, que la ampliación del matrimonio a las parejas del mismo sexo no merma los derechos de terceros y, en especial, de quienes han contraído matrimonio tradicional. A favor, por el contrario, de la visión del art. 32 de la Constitución como garantía institucional está el argumento de que la idea de matrimonio no coincide con la de mera unión estable entre dos seres humanos, por lo que la ampliación a las parejas del mismo sexo comporta una desnaturalización o alteración del significado de la institución matrimonial.

La Ley de 1 de julio de 2005 ha sido objeto de un recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta diputados de la oposición, que en la actualidad se halla pendiente ante el Tribunal Constitucional. También fue objeto de varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por jueces que, en su condición de funcionarios encargados del Registro Civil, tuvieron que ocuparse de algunos de los primeros expedientes de matrimonio entre personas del mismo sexo. Mediante el auto de 13 de diciembre, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles esas cuestiones de inconstitucionalidad, por entender que la actividad encomendada a los jueces en materia de Registro Civil es administrativa y, por ello, no cumple el requisito impuesto por el art. 163 de la Constitución de que la duda de constitucionalidad se produzca "en algún proceso". El Tribunal Constitucional fue seguramente muy severo, ya que en otras ocasiones ha admitido cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por jueces en el ejercicio de atribuciones no propiamente jurisdiccionales. Así, el problema constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo en España está aún abierto.

## V

Puede ser útil, para concluir, hacer una observación: la reivindicación del matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser entendida sólo en el contexto de la liberalización de las costumbres y del pluralismo de los modos de vida. Seguramente hay algo más. Algunas sociedades del pasado fueron muy tolerantes con la homosexualidad y, sin embargo, nunca se plantearon admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ello, lo que hace que el matrimonio entre personas del mismo sexo sea pensable hoy no es una consideración moral. Es una consideración antropológica: en los últimos decenios la perpetuación de la especie ha dejado de depender exclusivamente del acto sexual entre hombre y mujer. Una vez que la reproducción humana es posible por otras vías, no es de extrañar –cualquiera que sea la valoración moral que a cada uno le merezca– que la ancestral exigencia de diversidad de sexos entre los cónyuges se tambalee.