Constitucionalidad del matrimonio homosexual

FERNANDO GRANDE-MARLASKA / MARTA DEL POZO

EL PAÍS - Opinión - 25-10-2010

En un primer momento, al enfrentarnos a la idea de escribir este artículo al alimón, pensamos que de las mil palabras que lo componen nos sobraban casi todas, pues un solo motivo bastaba para justificar que el matrimonio entre personas del mismo sexo es constitucional. Y lo es por un argumento de sentido común, que como es sabido no siempre es el más común de los sentidos. Esta actuación por nuestra parte hubiera sido poco respetuosa con el lector; por lo tanto y tras el estudio detallado de la cuestión nos sucede todo lo contrario, es decir, podríamos completar miles de líneas argumentando por qué es constitucional y haciendo frente al sector doctrinal e institucional existente que sostiene todo lo contrario. Por ello pongámonos, pues, manos a la obra, y expongamos nuestras siete razones:

Primera: Porque la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio no se denomina "Ley del matrimonio homosexual" o "del matrimonio entre personas del mismo sexo"; con lo cual esta reforma de la institución genera un nuevo concepto de matrimonio, en el que se recoge la posibilidad de que puedan contraerlo dos personas del mismo sexo. No implica una nueva categoría, sino que amplía la existente a las diversas tendencias y orientaciones sexuales.

Segunda: Porque la heterosexualidad no es un elemento esencial del matrimonio, puesto que su consideración como tal vendría derivada de la confusión entre el matrimonio al que se refiere la Constitución, que es el

civil, y el matrimonio canónico. Hoy es patente lo poco que tienen en común. El distanciamiento entre ambos es el resultado de un proceso de democratización de la institución matrimonial mediante la paulatina integración en su seno de los valores y principios que proclama la Constitución, y muy especialmente de la libertad y la igualdad de los contrayentes.

Tercera: Porque las tradiciones jurídicas decimonónicas, equivocadas y trasnochadas son meras pautas colectivas que se legitiman en la medida en que se cree en ellas y ya hemos roto con otras prácticas ancestrales existentes. Antes el matrimonio era indisoluble, desigual y discriminatorio y actualmente el vínculo se puede romper y la igualdad entre los contrayentes es indiscutible. Con lo cual, y del mismo modo, ahora podemos romper con esa otra tradición y legislar el matrimonio entre personas del mismo sexo sin, en nuestra opinión, dificultad alguna. Reiteramos que nos referimos al matrimonio civil con una regulación jurídica sustancial diferenciada del matrimonio canónico.

Además, la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio advierte de que "la garantía institucional no asegura un contenido concreto y fijado de una vez por todas", sino "la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar".

Y parece ser, si nos atenemos al barómetro de opinión del CIS de junio de 2004, que esa conciencia social en los tiempos presentes refleja que la exclusión del derecho al matrimonio de las parejas homosexuales es considerada una discriminación injustificada e intolerable, según expresan un 66,2% (en una muestra de 2.479 personas) frente a un 26,5% de los

encuestados. Además, en 2007 solo un 19,1 % de los encuestados consideraban excesiva la citada ley, para garantizar el respeto hacia las personas homosexuales.

Cuarta: Porque los conceptos jurídicos no son realidades, sino herramientas lingüísticas para referirse a conjuntos de derechos y deberes que se contienen en las normas jurídicas. Con lo cual, por lo expuesto, el concepto de matrimonio tras la reforma legislativa debe actualizarse y ser aplicado, por tanto a las parejas del mismo o de diferente sexo.

Quinta: Por la propia JTEDH (Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y las normas internacionales: Pueden verse las sentencias de 11 de julio de 2002 (asuntos I. y Christine Godwin c. Reino Unido) donde se reconoció el derecho de las personas transexuales a contraer matrimonio con personas de su mismo sexo biológico, abandonando la interpretación anterior e indicando, entre otros argumentos, que "el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea adoptado recientemente se aparta -y ello no puede ser sino deliberado- del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en cuanto a que excluye la referencia al hombre y a la mujer".

Sexta: Porque el art. 32 de la Constitución Española (CE) no podía incluir otra referencia que la que recoge, dado el momento político en el que nos encontrábamos. Con la dictadura recién concluida, con la Iglesia influyendo en todos y cada uno de los aspectos de la vida social y política, con la desgraciada y lamentable penalización de la homosexualidad durante la época de Franco -ley derogada incluso con

posterioridad a la CE- era impensable que el art. 32 se refiriera a todos, como sí se recoge en otros preceptos constitucionales, igual que era imposible que la CE recogiera referencias de género directas o que una mujer interviniese en la elaboración de la CE, que recordemos, no tiene madres sino únicamente padres

Séptima: Porque la 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. Deben prevalecer las razones a favor de los derechos individuales de las parejas del mismo sexo sobre las que priman la protección de la institución del matrimonio convencional que no es otro que el único que existía hasta ahora, el heterosexual.

La Constitución pertenece a las generaciones vivas y debe adaptarse a los cambios sociales y debe interpretarse de acuerdo con la realidad presente en nuestros días. Así, deben legitimarse las opciones de configuración libre de la convivencia afectiva y familiar a partir del principio de dignidad humana, de libre desarrollo de la personalidad y de la libre orientación sexual. Hay que evitar todo tipo de discriminaciones, y también es discriminar el que las parejas del mismo sexo no puedan casarse sino "pseudo casarse". La igualdad, sin duda alguna, tiene que prevalecer sobre la exigencia de heterosexualidad.

El matrimonio recogido en el art. 32 puede, a nuestro juicio, ampliarse a otros modelos, ni impide ni prohíbe estos; además, el matrimonio que conocíamos hasta ahora no sufre lesiones ni mermas, solo amplía su espectro a nuevas realidades socialmente aceptadas.

Expuestas las siete razones, y para concluir, hemos de decir que partiendo de la propia realidad social, así como del estudio de la institución del matrimonio, y analizando los derechos fundamentales en litigio, entendemos que su no reconocimiento a las personas homosexuales, no lo es en base a cuestiones técnico jurídicas, sino posiblemente y sin tratar de prejuzgar, a prejuicios disfrazados de ciencia y a una ausencia de coraje democrático.