

## **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 cuatro 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 sincrónica 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 constituyeron, 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 Hawai y Massachusetts de EEUU y de Sudáfrica. Como es sabido, en Estados Unidos ello suscitó una reacción de los grupos y sectores ultraconservadores afectos al integrismo 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 contrayesen 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 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”. 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 miembro de Naciones Unidas, no podemos referirnos 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, también de aquellas de orientación homosexual.