

LA CUESTIÓN NO CERRADA DEL LLAMADO MATRIMONIO HOMOSEXUAL

THE NON CLOSED QUESTION OF SO-CALLED GAY MARRIAGE

DANIEL TIRAPU MARTÍNEZ¹

Sumario: I. LAS UNIONES HOMOSEXUALES COMO MATRIMONIO EN EL DERECHO ESPAÑOL: UNA INSTITUCIÓN FORZADA. II. HETEROSEXUALIDAD Y MATRIMONIO. III. LA VÍA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA RESPECTO DE LAS BODAS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. IV. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN.

Summary: I. HOMOSEXUAL UNIONS AS MARRIAGES IN SPANISH LAW: A FORCED INSTITUTION. II. HETEROSEXUALITY AND MARRIAGE. III. CONSCIENTIOUS OBJECTION TO SAME SEX MARRIAGE. IV. ONE LAST THOUGHT.

I. LAS UNIONES HOMOSEXUALES COMO MATRIMONIO EN EL DERECHO ESPAÑOL: UNA INSTITUCIÓN FORZADA

La Ley 13/2005, de 1 de julio, que reformó el Código Civil, introdujo en el ordenamiento jurídico español el llamado matrimonio entre personas del mismo sexo². Como ocurre en otros países del mundo donde se ha postulado esta reforma de la institución matrimonial, con todo tipo de resultados, el debate no está cerrado pese al tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, y aún se espera una resolución al respecto de nuestro Tribunal Constitucional.

Los informes del Consejo de Estado y el del Consejo General del Poder Judicial ya pusieron de relieve, en su momento³, que probablemente nos encontramos ante la reforma más importante del sistema matrimonial español en toda su historia. De ahí, que una primera recomendación que debería haber atendido el gobierno antes de sacar

¹ Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Jaén y Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. El presente trabajo es una revisión de algunas reflexiones publicadas anteriormente en el sitio web <http://www.speropress.com/> (30 de mayo de 2005 y 2 de julio de 2005), y en el libro D. TIRAPU MARTÍNEZ, *A contracorriente*, MediaBox Communication, Jaén, 2007.

² BOE de 2 de julio de 2005. Puede verse un análisis general de esta Ley en R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación. Estudio sistemático de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio*, Experiencia, Barcelona, 2005.

³ Puede verse una resumen expositivo de sus posturas en S. CAÑAMARES, "El reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual: un debate todavía abierto", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 14, 2007, pp. 2-4.

adelante su proyecto tendría que haber sido la de una mayor reflexión, un debate más amplio y científico, acompañado de un prudente tratamiento del tema para no incurrir en el error, denunciado por Savigny, de aplicar el bisturí a las instituciones rasgando en carne viva.

El art. 32 de la Constitución Española señala que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La doctrina y la jurisprudencia, al referirse al *ius connubii*, como derecho fundamental de la persona humana, lo conectan con las nociones de masculinidad y feminidad, precisamente por ser el matrimonio la peculiar relación en la que el hombre emite como varón y la mujer en cuanto tal un consentimiento verdaderamente matrimonial⁴. Es decir, su precisa complementariedad sexual da razón de la institución y no al revés, ordenada al auxilio y fidelidad de los esposos y en orden a la creación de una familia por su significado procreador. Como hizo notar la Dirección General de los Registros y el Notariado: “No hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial”⁵. En efecto, el hecho de que el artículo 32.1 de la Constitución proclame que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” no autoriza a concluir que al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión *entre sí*, la Constitución permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario es muy significativo que en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución, dedicado a los derechos y libertades fundamentales, es el artículo 32 el único que se preocupa de precisar que el hombre y la mujer son los titulares del *ius nubendi*, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas genéricas o impersonales como “todos”, “toda persona”, “se garantiza”, “se reconoce”, “tienen derecho”, sin estimarse necesario referir el derecho al sexo concreto de la persona. Este mismo criterio es el seguido por los tratados internacionales en la materia ratificados por España y que deben ser muy tenidos en cuenta a la hora de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades (cfr. art. 10.2 de la Constitución), empezando por la Declaración Universal para los Derechos Humanos⁶.

De ahí que el académico profesor Díez Picazo haya señalado que la Constitución Española “establece una reserva de matrimonio para la específica unión entre hombre y mujer” mientras que otras relaciones de tipo sexual o social o asistencial no podrán ser llamadas así, con lo que el artículo 32 se convierte además en una garantía constitucional a favor del matrimonio como unión heterosexual, precisamente por la filiación natural.

Un aspecto que quizás no se ha puesto de relieve es la especial relevancia que adquiere el matrimonio en la regulación de la institución monárquica. El artículo 57.4

⁴ Cfr. P. J. VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal*, Eunsa, Pamplona, 1989, p. 70.

⁵ Resolución de la DGRN de 21 de enero de 1981.

⁶ Artículo 16.1: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

habla de “matrimonio”, con los datos de alteridad y heterosexualidad propios del mismo, aunque no los defina en su articulado. Lo mismo se puede deducir del artículo 58 de la CE cuando habla de la “reina consorte o el consorte de la reina”, dando por evidente su diferenciación sexual. Se es Rey o Reina y se adquiere dicho título por matrimonio. Lo mismo puede decirse en el artículo 59, cuando se refiere al “Rey menor de edad”, “el padre o la madre del Rey”, etc.

Cabría en este sentido una crítica a la exposición de motivos de la ley que analizamos, pues diferencia en su primer párrafo entre la relación y convivencia de pareja como elemento de paz social y, dentro de ésta, al matrimonio como manifestación específica y recogida en el artículo 32. No se entiende por tanto por qué accederá a un mismo modelo, el de matrimonio, toda relación de pareja y de convivencia. Es claro que dos hermanos, dos amigos, dos socios, tienen relaciones de convivencia pero no por eso van a ser matrimonio. Por otra parte, la reforma es imperfecta, pues con sustituir “cónyuges” por “marido y mujer” y “padres” no arregla dos importantes problemas, conectados con el consentimiento matrimonial. Como anota el Código Civil (arts. 45 y 73) “no puede haber matrimonio sin consentimiento matrimonial”. Es innegable la dificultad de individuar como verdaderamente “matrimonial” el consentimiento de dos personas del mismo sexo. Piénsese que lo que siempre ha hecho matrimonial al consentimiento ha sido su carácter conyugal, es decir, heterosexual y encaminado a la generación. Como dice la exposición de motivos es indudable que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer diversos modos de convivencia, y el legislador puede actuar en consecuencia; pero no parece el camino adecuado llamar matrimonio a lo que no es, forzando una institución multiseccular. Es necesario potenciar en la labor jurídica la creatividad del legislador, pero no hasta el extremo de igualar cuestiones diferentes.

Un ejemplo es la capacidad de reacción del legislador en materia de contratos mercantiles, que ante nuevas situaciones crea nuevas figuras pero diversas entre sí, como sucede con la ya clásica distinción entre contratos típicos y atípicos. Tiene razón Díez Picazo al observar: “tanto en el art. 12 del Convenio Europeo de derechos humanos como el art. 32 de la Constitución se presta una garantía institucional a una institución muy concreta como es el matrimonio, que es contraído por un hombre y una mujer y que tiene una función institucional como es la creación o fundación de una familia. Porque carecen de tal perfil institucional, no hay razón alguna para fomentar otro tipo de uniones, sin perjuicio de encontrar para ellas soluciones justas (...) los datos de procreación y matrimonio, nos colocan en el buen camino de encontrar el sustrato último de la idea de familia y por ello es derecho de familia (...). Cualquier otro tipo de uniones que las personas establezcan entre sí, tienen un carácter asociativo, y haciendo abstracción de la procreación, no pertenecen al ámbito del derecho de familia (...) cierto que las sociedades modernas son cada vez más pluralistas y que corresponde a los individuos la opción por el diseño de la unión que quieran establecer”⁷. Pero esto no implica forzar a las instituciones, en este caso al matrimonio. Los ordenamientos, que

⁷ L. DÍEZ-PICAZO, “Prólogo”, en E. ROCA I TRIAS, *Familia y cambio social. (De la “casa” a la persona)*, Madrid, Civitas, pp. 20 y ss.

como el español, han establecido una garantía institucional por el matrimonio, hacen decaer en su pretendido derecho a otras fórmulas de relación.

No procede en esta sede profundizar en las leyes autonómicas que sobre uniones o parejas de hecho, heterosexuales y homosexuales, han aprobado los diferentes parlamentos autonómicos y con vigencia en el ámbito de las respectivas Comunidades autónomas. En este sentido se puede destacar lo siguiente: el artículo 39.1 de la Constitución mantiene que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; obsérvese que familia se usa en singular. El artículo 32 garantiza, como ya se ha dicho, de modo especial el *ius connubii*, lo que representa una de las formas más enérgicas de protección jurídica de la familia. Si bien hay que tener en cuenta es que el concepto de familia no deriva exclusivamente del matrimonio pues asimismo se protege las relaciones de los padres e hijos, lo que supone un plus de la fundamental protección otorgada al matrimonio recogido en el artículo 32, sin suponer necesariamente un segundo modelo cuasi matrimonial. El ejemplo de otros países e incluso el español demuestra que al cabo de poco tiempo, la *vis* atractiva entre uniones sexuales legalizadas y el matrimonio resulta irresistible y lo que era semejanza, por comodidad, se acaba convirtiendo en identidad casi total. En Holanda, no es que se equipare la unión sexual al matrimonio, sino que se adapta el matrimonio a la unión homosexual, cambiando los sujetos del matrimonio. Se rompe la institución para dar cabida a quienes no la conforman.

Tal regulación supone también un empeoramiento de la posición jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio. El principio de igualdad de filiación, tan trabajosamente conquistado en Europa entre las décadas de 1950 y 1970, puede quebrarse en aras de la diversidad de uniones que mantienen entre sí los aparentes o posibles padres. Rota la ecuación matrimonio-filiación se abre un *numerus apertus* de posibles situaciones de filiación. Si se trata de una pareja homosexual que contraído matrimonio, cuando uno de los miembros tiene o adquiere un hijo por cualquier medio, el otro no adquiere la patria potestad compartida sobre el menor. ¿Dónde queda la protección integral de los hijos a la que alude el artículo 39.2 de la CE, dónde queda el mejor interés de los hijos, que actúa como principio esencial de las Declaraciones internacionales en esta materia? Y, ¿qué decir de la investigación de la paternidad?

Por otra parte, asimilando sin más las uniones homosexuales al matrimonio, seguirá habiendo uniones de hecho heterosexuales u homosexuales que permanezcan al margen del matrimonio, siendo así que esta reforma pretende resolver un problema social de modo definitivo, pero sin lograrlo. Probablemente en pocos años será necesario dictar una nueva Ley de parejas de hecho al margen del matrimonio, con lo que el matrimonio pasaría a ser una institución desprestigiada, desnaturalizada y penalizada, frente a la realidad cambiante y evolutiva de una sociedad cada vez más creativa, pero que no entiende la historia jurídica de sus instituciones y que retrocede estadios históricos.

Incluso con el riesgo de decir algo políticamente incorrecto, se puede afirmar que en este país en los últimos decenios la familia matrimonial ha sido legalmente

devaluada y socialmente menospreciada y postergada. Un sereno análisis de las consecuencias en términos económicos, de inestabilidad social, de miedo a la natalidad, obligaría a reformas inmediatas. Las reivindicaciones a favor del matrimonio homosexual constituyen un desafío para nosotros y las generaciones venideras. Desde siempre nuestras sociedades se han basado en el matrimonio y la familia. Es hora de redescubrir y volver a contar la historia del matrimonio, la más ordinaria, pero la más esencial y beneficiosa para la sociedad, aunque suene a tópico. El pluralismo no tiene más fuerza, ni es un valor más importante que la institución matrimonial. En nuestro país se ha puesto muchas veces el énfasis en la familia no matrimonial, como si lo matrimonial fuera la excepción, cuando la realidad social demuestra abrumadoramente lo contrario. La realidad jurídica parece justamente la contraria: el matrimonio no fue un mal trago que la Constitución tuvo que aceptar, algo ilegal y rechazable. En realidad el matrimonio, heterosexual, es el único modelo de unión sexual, constitucionalmente protegido, por estar así expresamente proclamado en el artículo 32. Se han hecho esfuerzos descomunales para encontrar algún otro fundamento constitucional para la unión sexual no matrimonial, cuando en realidad se podría decir que no lo hay. Ni el principio de igualdad, porque casarse o no casarse no son realidades homogéneas ni comparables; lo primero pertenece al ejercicio de un derecho constitucional, mientras que lo segundo es un ejercicio negativo de un derecho constitucional (como no asociarse, no creer, etc.). Tampoco puede traerse a colación el principio de no discriminación, por análogas razones. El que no es viudo, ha dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional, no puede reclamar una pensión de viudedad, aunque alegue comprensibles razones vitales e ideológicas para no haberse casado. El libre desarrollo de la personalidad ampara, por supuesto, a heterosexuales y homosexuales para organizar su vida personal, pero no justifica que se les otorguen los mismos derechos que a los casados. Si el problema es de ventajas patrimoniales o fiscales, refórmese el fisco o la regulación de los patrimonios comunes. Pero el matrimonio heterosexual es matrimonio y el que no lo es no es matrimonio.

II. HETEROSEXUALIDAD Y MATRIMONIO

La heterosexualidad es un elemento determinante del matrimonio. Como ha señalado el profesor Navarro-Valls, afirmar que el modelo matrimonial en el mundo ha sido siempre heterosexual, es decir algo tan obvio que históricamente, por su evidencia, no ha necesitado de argumentación alguna. De ahí la dificultad de explicar lo más evidente, por su carácter evidente⁸. El matrimonio es algo previo a su regulación legal, de algún modo como los derechos humanos lo son. A nadie se le ocurriría pensar que la libertad religiosa o de pensamiento consiste en la no manifestación de las propias creencias, del mismo modo el matrimonio es heterosexual o no es. La aseveración de que los sujetos de la relación jurídica matrimonial son un varón y una mujer es lugar tan común en la doctrina, pues el primer principio general interpretativo de las normas

⁸ Julián Marías ya advirtió hace algunos años de la situación que se avecinaba: “Tan pronto como cesa el esfuerzo intelectual, si cede la tensión que ha conducido a la evidencia, vuelven las vigencias en que se estaba, se superponen a lo que en un momento se ha visto con claridad, hacen que se olvide y desvanezca” (J. MARÍAS, “Fragilidad de la evidencia”, ABC, 8-4-1998).

www.sotodelamarina.com

estará en el significado de las palabras en su texto y contexto. Basta con buscar la voz matrimonio en cualquier diccionario para saber que en primer lugar constituye la unión estable de un varón y una mujer. Precisamente el consentimiento matrimonial del que habla el Código Civil en sus artículos 45 y 73, se distingue del consentimiento en otros negocios jurídicos precisamente por el adjetivo de matrimonial. Lo que siempre ha distinguido el consentimiento matrimonial, basado en el amor conyugal, de cualquier otro es su específico componente de complementariedad sexual. Lógica consecuencia de la propia noción de matrimonio, que no sólo es un vínculo de unión entre varón y mujer, sino más propiamente un varón y una mujer unidos entre sí, precisamente a través de la integración de las diferencias naturales propias de la distinción de sexos, siendo el matrimonio en todo tiempo y lugar, en cuanto a su carácter esencial, el desarrollo digno y adecuado de la permanente inclinación natural de la persona a la unión de varón y mujer en orden a la procreación, constituyendo la familia como el lugar digno e idóneo para nacer, crecer y morir. Donde la consideración del ser es una categoría superior a la del tener. Desde los años ochenta hasta llegar a esta cuestionada ley, se ha insinuado una tendencia a difuminar la nota de heterosexualidad en el matrimonio. Con lo que, continúa Navarro Valls, se demuestra una vez más que el matrimonio se vacía de sentido, pero no de significado⁹. ¿Por qué ese empeño de las parejas heterodoxas, por calificarse de matrimoniales? Quizás porque existe en el código genético de las personas la idea de que lo normal es el matrimonio y las ceremonias legales que lleva consigo.

Evidentemente el problema es más profundo y conecta con la crisis contemporánea de la identidad sexual y de la dualidad sexual en la humanidad, y en la que la sexualidad ha ido perdiendo su objeto más esencial, la procreación. Desprovista la sexualidad de su carácter procreador se nos acaba presentando como una propiedad que puede ser empleada libremente en toda su gama de posibilidades, constatándose una sexualización progresiva de la cultura y un afán por decidir la libre elección u orientación sexual, sin contar con el propio sexo biológico, legitimando las actuaciones sexuales al margen de su sentido objetivo, dejando abierta la puerta a la libre elección del rol sexual, que puede ser en forma de transexualismo o la homosexualidad como forma de vida. Ciertamente que el homosexual ha estado discriminado y castigado por su condición, lo que va contra el principio de igualdad y la dignidad personal, esto es indiscutible. Pero también se constata que los colectivos homosexuales han iniciado desde hace tiempo una espiral de reivindicaciones que acaba distorsionando el mínimo sentido común y social: la organización mundial de la Salud ha eliminado desde 1993 la homosexualidad como anomalía o enfermedad, los medios de comunicación y ciertos avances quirúrgicos de cambio morfológico de sexo, han encontrado en la jurisprudencia un cierto ambiente favorable, aunque no unánime en conceder efectos jurídicos a estos cambios morfológicos. Todos estos datos, razonables en su mayoría, llevan a desenlaces no tan razonables. En concreto, destacaría la tendencia a eliminar la prohibición de contraer matrimonio a los homosexuales o estableciendo regímenes jurídicos equivalentes entre uniones *homo* y *hetero*. En este sentido como se puso de relieve anteriormente solamente el artículo 32 de la Constitución reconoce el

⁹ Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, Tecnos, 1994, pp. 89 y ss.

matrimonio como unión heterosexual; el sujeto de la relación jurídica matrimonial no es la persona humana considerada en su constitutivo último, ahí todos sí son personas, sino que es la persona humana modalizada en cuanto que varón o mujer, en su distinción sexual.

Por lo demás, no parece que la prohibición de contraer matrimonio a los homosexuales implique discriminación o negación de un derecho a una minoría. Nada se dice de la homosexualidad en la Convención de Roma de 1950, ni en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ni en otros Pactos internacionales relevantes. Los homosexuales no son jurídicamente una minoría ni étnica, ni religiosa, ni lingüística, que necesite especiales mecanismos de protección.

Existe también la idea, extendida pero injusta con la machacona evidencia de lo que el matrimonio es en las culturas y civilizaciones, de que la familia fundada sobre matrimonio heterosexual monogámico es sólo un modelo de familia entre los muchos que teóricamente se pudiesen diseñar. Como dice el preámbulo de la ley, el matrimonio heterosexual sería una etapa de la historia de la familia. En una sociedad plural, multicultural el concepto de familia habría de ampliarse para abarcar cualquier tipo de convivencia entre personas vinculadas por ciertas relaciones afectivas. En esta encrucijada de tensiones sociales e ideológicas, parece que la respuesta correcta dependerá de si la heterosexualidad es *conditio sine qua non* para contraer matrimonio. Puede afirmarse que el Derecho español, en consonancia con los ordenamientos de su entorno cultural y las Declaraciones internacionales, ya citadas, ha exigido siempre la heterosexualidad como elemento constitutivo del matrimonio, como dice el Auto del Tribunal Constitucional 222/94, de 11 de julio de 1994, “como principio calificador del vínculo matrimonial”¹⁰.

Es inevitable llegados a este punto, enfrentarnos con las razones que avalan la diferenciación sexual en el matrimonio, que no consiste en una simple adjudicación de roles sociológicos o históricos, suplantables por un papel o educación adquirida y que por ello debe ser pensado ontológicamente. El amor conyugal se caracteriza por amar a la otra persona en su totalidad, sin separar lo sexual y lo personal. Se le ama en cuanto que distinta sexualmente, por ello se ha llegado a expresar que el objeto del consentimiento matrimonial resulta ser la persona del otro en su conyugalidad, es decir en su diferencia y su complemento, y precisamente por ello. Entre homosexuales no se da diferencia ni complementariedad sexual y son uniones cerradas o nulas desde el punto de vista constitutivo a la procreación, por lo que nunca podrán ser tratadas del mismo modo. Ciertamente que en la adecuada competencia del legislador en la regulación de la capacidad matrimonial ha de ser éste restrictivo en la negación el

¹⁰ Véase, en este sentido, J. J. SILVESTRE Y V. BELLVER CAPELLA, “La heterosexualidad como principio calificador del matrimonio”, *Cuadernos de bioética*, vol. 8, nº 32, 1997, pp. 1368-1384; y S. MOSQUERA MONELOS, “La heterosexualidad como elemento esencial del concepto de matrimonio”, en G. MORÁN (coord.), *Cuestiones actuales de derecho comparado: Actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, Universidade da Coruña, 2003, pp. 181-194.

acceso al *ius conubii* y por ello se admite el matrimonio de estériles o ancianos, pero siempre que respete la constitutiva tendencia de la diferencia sexual (no proles efectiva, al menos *spes prolis*, ordenación a la prole).

Podría pensarse que el Derecho va demasiado lejos al intentar regular ámbitos de entrega y aceptación de la totalidad de la persona en su diferenciación sexual y pensar por tanto que éste sería un campo más propio de la Moral o de las Religiones. Sin embargo constatamos una experiencia universal, desde el derecho más primitivo hasta nuestros actuales ordenamientos jurídicos: ¿cómo se explica el continuo interés del derecho por el matrimonio y la familia? El derecho se limita, en su característica de tipicidad, a dar efecto jurídico a un pacto entre las partes con la extraordinaria peculiaridad de que el objeto y la causa de ese pacto es la entrega y aceptación de sus respectivas personas modalizadas sexualmente. En la medida que tal relación afecta al vínculo de justicia entre las partes y la generación de nuevas vidas excede de la moral privada. Otros tipos de relación afectiva –la amistad, el noviazgo, el mero trato sexual, la relación de homosexuales– no pertenecen al ámbito público y jurídico, sino más bien al de las costumbres.

III. LA VÍA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Ante la aprobación, entrada en vigor y aplicación de la legislación que introduce las uniones conyugales sin diferenciación sexual, y a la espera del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se ha planteado, por aquellas personas que ven confrontada su conciencia con la necesaria participación en la celebración o inscripción de estas uniones, la vía de la objeción de conciencia.

La Constitución española reconoce expresamente la objeción de conciencia al servicio militar en su artículo 30.2. Cabría suponer que no están admitidas otras objeciones de conciencia, pero la doctrina del Tribunal Constitucional, ha aceptado otro tipo de objeciones, basadas en el art. 16 de la Constitución, como parte del derecho de libertad religiosa e ideológica, y como es sabido la Constitución es directamente aplicable en materia de derechos fundamentales¹¹: por ejemplo objeción al aborto, a formar parte de un jurado, a ciertos tratamientos médicos, etc. En la objeción de conciencia al cumplimiento de una ley, se esconde un oscuro drama para el objetor: seguir el dictado de su conciencia y negarse al cumplimiento de la ley, no por motivos bastardos o de privilegio, sino porque con su actitud pretende abrir un nuevo camino en la sociedad y acabar con una ley injusta. En el caso del matrimonio homosexual, se presenta este oscuro drama para los jueces encargados del registro, para los notarios, para alcaldes y concejales y para los operadores jurídicos. Suele ser práctica común, que los parlamentos cuando prevén que una ley pueda ofrecer una cierta resistencia en la

¹¹ STC 53/1985, de 11 de abril: “Cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales” (FJ 14).

sociedad, admitan en su propio articulado la posibilidad de negarse al cumplimiento de la ley o eximan de su cumplimiento a quienes por motivos religiosos o ideológicos no quieran cumplirla. En el caso español, no se ha previsto nada en concreto¹².

Es verdad que quien objeta tiene también su protección en el derecho fundamental de libertad religiosa o ideológica, por tanto no es un mero incumplidor de la ley, sino alguien que, en el caso de conflicto, se ampara en dichos derechos. En el caso concreto de la ley de matrimonio homosexual yo distinguiría entre quienes tienen estricta obligación de autorizar ese tipo de uniones y quienes pueden hacerlo o cooperar voluntariamente. En el caso de los jueces, no está contemplada la objeción, y en todo caso lo que podrían alegar los jueces implicados es proponer la cuestión de inconstitucionalidad, antes de autorizar dicho matrimonio; esta vía, sin embargo, no les ha sido reconocida. De todos modos, si se declarase constitucional dicha ley, lo que es bastante posible, el único remedio sería negarse a celebrar dichos matrimonios y ser sancionados y apartados del servicio. Visto así, ciertamente la objeción de conciencia es un recurso extremo, la última posibilidad.

Sin embargo, la respuesta que ha recibido la pretensión de objeción de conciencia desde el Tribunal Supremo ha sido negativa, y así consta en la Sentencia de 11 de mayo de 2009, que resolvió el caso de un juez de Registro Civil que por sus convicciones religiosas solicitaba ser eximido de la tarea de asistir a la celebración de uniones entre personas del mismo sexo. Descartando la posibilidad de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca la objeción de conciencia con carácter general, y dado que la Ley que reforma el Código Civil no contempla tal posibilidad, el Tribunal Supremo rechazó la solicitud sin haber realizado lo que es la práctica más razonable cuando hay derechos fundamentales en juego, esto es, una ponderación de las circunstancias del caso y de los intereses en juego, que era justo lo que solicitaba el juez afectado¹³.

IV. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN

La reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2010, en el caso *Schalk y Kopf contra Austria*, resuelve la demanda planteada por una pareja de homosexuales que se consideraban discriminados al no poder contraer matrimonio en su país. La Corte de Estrasburgo desestima la demanda al considerar que no ha habido violación de sus derechos, porque aunque constata que en Europa se ha producido una evolución en el reconocimiento legal a las uniones homosexuales, todavía hay poco terreno en común en las legislaciones de los estados firmantes del

¹² Sobre esta cuestión, véase: R. NAVARRO-VALLS “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Persona y Derecho*, nº 53, 2005, pp. 259-292; y J. L. REQUERO IBÁÑEZ, “La objeción de conciencia por los jueces”, en M. J. ROCA (coord.), *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 161-204.

¹³ Puede verse un comentario a esta Sentencia en Á. LÓPEZ-SIDRO, “La objeción de conciencia de los jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 21, 2009, pp. 1-18.

Convenio Europeo, y es preciso reconocerles un margen de apreciación para valorar si está justificada una diferencia de trato. Además, el artículo 12 del Convenio no impone la obligación a los estados contratantes de garantizar el acceso al matrimonio entre las parejas del mismo sexo. En cualquier caso, se trata de un área de derechos en evolución que carece aún de un consenso establecido.

No puede pasarse por alto el voto particular del juez Malinverni, al que se une el juez Kovler, donde afirma, desde una interpretación que realiza invocando la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que no le cabe duda de que el artículo 12 de la Convención no puede interpretarse de otra manera distinta a la de entender que es aplicable únicamente a las personas de distinto sexo.

El llamado matrimonio homosexual continúa siendo una cuestión abiertamente discutida, no podía ser de otra forma. La esperada sentencia del Tribunal Constitucional español, el apasionado debate en California, que acabará llevando el caso ante la Corte Suprema Federal, las discusiones en otros países de nuestro entorno... Todo indica que el convertir las uniones homosexuales en matrimonio ha sido una decisión que no sólo no resuelve el problema de una minoría –siguen siendo pocos los homosexuales que optan por casarse–, sino que por encima de todo fuerza los rasgos básicos de una institución universal y la convierte en algo de contornos difusos y utilidad discutible.

LA CUESTIÓN NO CERRADA DEL LLAMADO MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Resumen: La reforma del ordenamiento jurídico español para dar cabida a los matrimonios entre personas del mismo sexo, ha generado un debate que todavía no está cerrado. El carácter heterosexual del matrimonio sigue siendo un aspecto básico, sin el cual esta institución pierde su sentido. La ausencia de una posibilidad legal para los jueces encargados del Registro Civil de eximirse de estos procedimientos, ha planteado casos de objeción de conciencia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que todavía no hay un consenso a la hora de reconocer estas uniones y no se puede imponer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Palabras clave: Matrimonio entre personas del mismo sexo. Objeción de conciencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

THE NON CLOSED QUESTION OF SO-CALLED GAY MARRIAGE

Abstract: The Spanish legal reform that opened the door to same-sex marriages has generated a debate that is not yet closed. The heterosexual nature of marriage remains as a central aspect, without which this institution loses its meaning. The absence of a legal possibility for the judges of the Civil Registry the possibility of being exempted from performing these ceremonies, have raised some cases of conscientious objection. One of these cases has been recently decided by the Supreme Court, which denied the possibility of alleging objection because our legislation does not expressly foresee it, either in general terms or with specific reference to this case. European Court of Human Rights recognizes that there is still no consensus in recognizing such unions and cannot be enforced same-sex marriage.

Keywords: Same-sex marriage. Conscientious objection. European Court of Human Rights.

Nota recibida: 1.6.2010
Nota aceptada: 20.9.2010