

Título: Matrimonio homosexual: su prohibición no es inconstitucional. Decisión del Tribunal Constitucional Francés

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2011 (mayo), 01/05/2011, 49

Cita: TR LALEY AR/DOC/303/2011

Sumario: 1. Introducción. Circunstancias fácticas. 2. Fundamentos. 3. Repercusiones de la resolución en la Sociedad Francesa. 4. Conclusiones.

1. Introducción. Circunstancias fácticas

El 28 de enero del corriente año, el Consejo Constitucional de Francia, decidió que la ilegalidad del matrimonio homosexual (conforme el actual Derecho Francés) no viola la Constitución. (2)

Sin embargo, dejó en manos de los legisladores, la posibilidad de modificar la Carta Magna para autorizarlo, si así lo deciden.

Conforme la decisión nro. 2010-92-QPC del 28 de enero de 2011, el Consejo Constitucional se pronunció sobre dos artículos del Código Civil (arts. 75 y 144 Código Civil Francés), que excluyen el matrimonio entre personas del mismo sexo, decidiendo que no se afecta el derecho de parejas homosexuales a llevar una vida normal de familia, ni el principio de igualdad ante la ley con las disposiciones contenidas en los arts. 75 y 144 Civil), porque las parejas de mismo sexo, pueden vivir en concubinato o celebrar un Pacto Civil de Solidaridad (PACS). (3)

El Consejo Constitucional consideró que las disposiciones del Código Civil que establecen que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, son contestes con la Constitución.

Sobre el principio de igualdad, el Consejo expresó que los artículos del Código Civil no lo vulneran y que el Parlamento puede establecer una diferencia entre parejas del mismo sexo y las compuestas por un hombre y una mujer, agregando que no corresponde al Consejo Constitucional sustituir la apreciación del legislador sobre ese tema, de esa diferencia de situación. (4)

Cabe mencionar, que esta decisión fue dictada en el marco de una petición prioritaria de constitucionalidad (QPC) (5) efectuada por Corinne C. y Sophie H., que viven en concubinato desde hace aproximadamente 14 años, pretendiendo brindar seguridad jurídica a sus cuatro niños. (6) Según las partes, el matrimonio es "la única solución para proteger a los niños, para poder compartir la autoridad parental, solucionar los problemas de sucesión y de custodia o guarda eventualmente ante el deceso de una u otra". Consideran las mismas, que la prohibición del matrimonio homosexual, es contraria al principio de legalidad y a la Constitución.

2. Fundamentos

El máximo órgano constitucional francés fundamentó la constitucionalidad de la prohibición de celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo en tres cuestiones fundamentales. A saber:

2.1 La prohibición del matrimonio homosexual no violenta el derecho a formar una familia.

El Consejo Constitucional de Francia entendió que la vida familiar de las parejas del mismo sexo no se ve vulnerada porque sus miembros no puedan acceder a la institución matrimonial, ya que tienen a su disposición otras figuras legales que les permiten el desarrollo de la vida familiar, cuales son el concubinato y el PAC.

El Consejo Constitucional Francés coincidió con lo resuelto en por la Corte Constitucional Italiana el 15 de Abril del 2010 (7) al sostener que el reconocimiento de los derechos humanos de las parejas homosexuales puede ser realizado de diferentes maneras jurídicas, no solamente a través de la aplicación del estatuto matrimonial, como lo demuestran las distintas respuestas legislativas dadas por los diferentes Estados de Europa. De allí que el consejo francés al igual que lo hiciera su par italiano deduce que corresponde al Parlamento la elección del sistema mas adecuado para la plena realización individual de las personas que tienen preferencias sexuales por sujetos de su mismo sexo.

Por otra parte lo decidido por el Consejo Constitucional galo se adecua a lo resuelto por la Corte de derechos Humanos de Europa en el precedente Schalk and Kopf vs. Austria fallado el 24 de junio de 2010. (8) En ese caso la Corte de Estrasburgo juzgó que el derecho a formar una familia es independiente del matrimonio, y que tanto la familia como la vida familiar se pueden desarrolla fuera del ámbito matrimonial y que el impedimento a contraer matrimonio en si no vulnera el derecho a formar una familia. (9)

2.2 La prohibición al matrimonio homosexual no es contraria al derecho a la igualdad.

El Consejo Constitucional Francés señaló que la imposibilidad de que las personas de igual sexo contraigan matrimonio no es contraria al principio de igualdad contenido en la constitución porque las parejas

homosexuales son ontológicamente diferentes a las heterosexuales.

El casamiento receptado en el Código Francés es una institución pensada para un hombre y una mujer y en base a la diferencia sexual se organiza todo el sistema matrimonial, (por ejemplo las presunciones de paternidad matrimonial, el sistema de determinación de la maternidad y el reconocimiento.) El deseo de las parejas del mismo sexo a casarse no permite destruir este dato de la realidad jurídica y óptica.

Consideramos que lo resuelto por el alto Consejo Constitucional Francés es acertado, porque no se viola el principio a la igualdad por no dar iguales derechos a situaciones diferentes.

De allí que, como lo sostuvo acertadamente el Tribunal Constitucional Italiano, aunque los jueces permitieran la celebración del matrimonio a personas del mismo sexo, todos los efectos del matrimonio heterosexual no se pueden aplicar sin más a la unión homosexual. En efecto, no se le pueden aplicar ni las presunciones de paternidad y maternidad, ni el régimen del reconocimiento de hijos extramatrimoniales, ni el régimen de la adopción, sin una reforma de estas instituciones. [\(10\)](#)

2.3 La prohibición del matrimonio homosexual no es contraria a la libertad de contraer matrimonio.

El Consejo Constitucional Francés, fundamentó que la prohibición de celebrar matrimonio a personas de igual sexo no vulnera la libertad de casarse porque esta libertad no es absoluta y puede ser reglamentada por el legislador, Señaló que el legislador francés sin lugar a duda a establecido que el matrimonio es la unión de un solo hombre con una sola mujer y que el consejo Constitucional carece de facultades para cambiar las disposiciones establecidas por el poder legislativo.

Nuevamente en este punto coincide lo resuelto por el máximo órgano constitucional francés con lo resuelto por el Consejo Constitucional Italiano en entender que es el Parlamento quien debe decidir identificar las formas de garantía y de reconocimiento para las uniones homosexuales, quedando reservada a la Corte Constitucional la posibilidad de intervenir en la tutela de situaciones específicas. [\(11\)](#)

3. Repercusiones de la resolución en la Sociedad Francesa

Diversas asociaciones (Asociación de padres gays y lesbianas entre otras), alzaron su voz, contra la resolución, expresando que el Consejo, ha perdido una ocasión histórica de poner término a una discriminación que afectan a tres millones de franceses homosexuales (según Mme. Caroline Mecary, abogada de varias parejas homosexuales). [\(12\)](#)

Según recientes encuestas [\(13\)](#), más de la mitad de los franceses (58%) opinan a favor del matrimonio entre homosexuales, contra el 35% que se oponen.

4. Conclusiones

Creemos que el fallo del Consejo Constitucional Francés es jurídicamente impecable y que de ser llevado a la Corte de derechos humanos de Europa sería confirmado, por los fundamentos dados por el Alto Tribunal de Estrasburgo en el caso Schalk and Kopf vs. Austria de junio del 2010.

El eje del problema radica en determinar cuál es el deber que tiene el Estado frente a los miembros de las uniones gay.

Creemos que el deber estatal consiste en brindarles una protección integral para que puedan lograr en plenitud el desarrollo de su personalidad.

De allí que el Estado está obligado a otorgar a las parejas homoafectivas un estatuto integral que regule sus derechos para cumplir con los tratados de derechos humanos, pero no está obligado a otorgar a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio, aunque puede hacerlo porque el estatuto matrimonial brinda una protección general a los contrayentes.

En Francia tanto el instituto del PAC como el del concubinato otorgan a las parejas homoafectivas un marco jurídico completo y adecuado para regular su vida familiar, con lo cual no existe ninguna violación del estado Francés a los Tratados de Derechos Humanos al impedir el matrimonio entre personas de igual sexo.

De lo expuesto se deduce que la reforma al derecho francés no se va a obtener por medio de una sentencia de la Corte de Casación ni por una resolución del Consejo Constitucional, ni por una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos. Solo si el legislador francés lo decide Francia se sumará a los 10 países que hasta hoy aceptan el matrimonio homosexual. [\(14\)](#)

III. Apéndice: decisión del Consejo Constitucional de Francia, dictada el 28 de enero de 2011. [\(15\)](#)

(1) Dra. Gabriela Yuba. Ex Juez del Juzgado de Familia y Minoridad nro.1, Distrito Judicial Sur (Ushuaia) Tierra del Fuego. Magíster en Minoridad (Universidad Notarial Argentina). Observadora de las actividades públicas de la 36° Sesión del Órgano de Tratado de la Convención de los Derechos del Niño, Comité de los

Derechos del niño, Ginebra, Suiza. (Mayo 2004).

(2) Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe. Conseil constitutionnel Rendu public le 28 janvier 2011

(3) Pacte Civil de Solidarité: ley dictada en 1999, que permite a dos personas mayores, no casadas, ni con parentesco, de diferente o de mismo sexo, organizar su vida en común.

(4) II. Otros antecedentes: En el año 2004 se celebró un matrimonio entre dos hombres, en Bégles (Gironde), siendo anulado posteriormente por la Corte de Casación. Hace cuatro años, la Corte de Casación, juzgó ilegal la adopción en el seno de una pareja homosexual. En julio del año 2010, dicha Corte, reconoce en Francia, (por vía de exequátur), la adopción de un niño por una pareja homosexual, que había sido autorizada por los Estados Unidos.

(5) Question prioritaire de constitutionnalité.

(6) Uno de los niños, nacido de una primera unión de una de ellas, los otros tres, concebidos por inseminación artificial.

(7) MEDINA, Graciela "la corte italiana declara la constitucionalidad de las normas que impiden el casamiento a las personas del mismo sexo." Revista de Derecho de Familia y de las Personas Julio 2010, p. 58.

(8) Corte Europea de Derechos Humanos (CorteEuropeadeDerechosHumanos) Corte Europea de Derechos Humanos, 2010-06-24, Schalk and Kopf c. Austria, comentado por MEDINA, Graciela, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve que no es contrario a los Derechos Humanos impedir la celebración del matrimonio homosexual, LA LEY, 2010-D, 349.

(9) MEDINA, Graciela, "El tribunal europeo de derechos humanos resuelve que no es contrario a los derechos humanos impedir la celebración del matrimonio homosexual", LA LEY, 2010-D, 349.

(10) Corte Constitucional Italiana - Sentencia N° 138, 15 de abril de 2010.

(11) Como ha sucedido para las convivencias more uxorio ['según la costumbre con la esposa']; (nota del traductor: sentencias número 559 de 1989 y número 404 de 1998).

(12) Información obtenida en <http://nouvelobs.com>

(13) TNS Sofres realizada por Canal+ - conforme <http://nouvelobs.com>

(14) En la actualidad, diez son los países que han dictado una ley de matrimonio igualitario (entre personas de mismo sexo), a saber: Holanda (2000), Bélgica (2002), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2005), Noruega (2008), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010) y República Argentina (2010) 14.

(15) Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe] Le Conseil constitutionnel a été saisi le 16 novembre 2010 par la Cour de cassation (première chambre civile, arrêt n° 1088 du 16 novembre 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mmes Corinne C. et Sophie H., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 75 et 144 du code civil. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Vu la Constitution; Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel; Vu le code civil; Vu l'arrêt n° 05-16627 de la Cour de cassation (première chambre civile) du 13 mars 2007; Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité; Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 8 décembre 2010; Vu les observations produites pour les requérantes par Me Emmanuel Ludot, avocat au barreau de Reims, enregistrées le 14 décembre 2010; Vu les observations en interventions produites pour l'Association SOS Homophobie et l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens par Me Caroline Mécary, avocat au barreau de Paris, enregistrées le 14 décembre 2010; Vu les pièces produites et jointes au dossier; Me Ludot pour les requérantes, Me Mécary pour les associations intervenantes et M. Thierry-Xavier Girardot, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 18 janvier 2011; Le rapporteur ayant été entendu; 1. Considérant qu'aux termes de l'article 75 du code civil: "Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futurs époux des articles 212, 213 (alinéas 1er et 2), 214 (alinéa 1er) et 215 (alinéa 1er) du présent code. Il sera également fait lecture de l'article 371-1. "Toutefois, en cas d'empêchement grave, le procureur de la République du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état civil pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur de la République, auquel il devra ensuite, dans le plus bref délai, faire part de la nécessité de cette célébration hors de la maison commune. "Mention en sera faite dans l'acte de mariage. "L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, et, s'ils sont mineurs, leurs ascendants présents à la célébration et autorisant le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu. "Si les pièces produites par l'un des futurs époux ne concordent point entre elles quant aux prénoms ou quant à l'orthographe des noms, il interpellera celui qu'elles concernent, et s'il est mineur, ses plus proches ascendants

présents à la célébration, d'avoir à déclarer que le défaut de concordance résulte d'une omission ou d'une erreur. "Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ"; 2. Considérant qu'aux termes de l'article 144 du même code: "L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus"; 3. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur le dernier alinéa de l'article 75 du code civil et sur son article 144; que ces dispositions doivent être regardées comme figurant au nombre des dispositions législatives dont il résulte, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt du 13 mars 2007 susvisé, "que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme"; 4. Considérant que, selon les requérantes, l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe et l'absence de toute faculté de dérogation judiciaire portent atteinte à l'article 66 de la Constitution et à la liberté du mariage; que les associations intervenantes soutiennent, en outre, que sont méconnus le droit de mener une vie familiale normale et l'égalité devant la loi; 5. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant " l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités"; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel; que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit; 6. Considérant, en premier lieu, que l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle; que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789; que les dispositions contestées n'affectent pas la liberté individuelle ; que, dès lors, le grief tiré de la violation de l'article 66 de la Constitution est inopérant; 7. Considérant, en second lieu, que la liberté du mariage ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel; 8. Considérant, d'une part, que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose: "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement"; que le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage dans les conditions définies par l'article 515-8 de ce code ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité régi par ses articles 515-1 et suivants; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe; que, par suite, les dispositions critiquées ne portent pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale; 9. Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse"; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté; 10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage doit être écarté; 11. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, DÉCIDE: Article 1^o. Le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil sont conformes à la Constitution. Article 2^o. La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée. Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 27 janvier 2011 où siégeaient: M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme. Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ. Rendu public le 28 janvier 2011.