

# CAMBIO REVOLUCIONARIO EN ESPAÑA EN UNA INSTITUCIÓN MILENARIA: DEL MATRIMONIO HETEROSEXUAL AL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

*Carmen Hernández Ibáñez*

Profesora de Derecho Civil, Universidad Complutense Madrid, España

## I. INTRODUCCIÓN

El año 2005 nos deparó dos reformas legales de gran calado y honda repercusión en el Derecho de Familia español y, en última instancia, en todo el Derecho Civil al afectar la primera de ellas al propio núcleo de la institución familiar, esto es, al matrimonio tal y como se había venido configurando secularmente hasta la fecha. La segunda de las reformas incide, en términos puramente comparativos con la primera, en aspectos periféricos del matrimonio aun cuando no carentes de importancia. Me refiero, claro está, a la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el *Código Civil* en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>1</sup> y a la ley 15/2005, de

8 de julio, por la que se modifica el *Código Civil* y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio<sup>2</sup>.

Tanto una como otra formaban parte del programa electoral con el que el PSOE se presentó a las últimas elecciones. El Presidente del gobierno en su discurso de investidura se refirió expresamente, como uno de los objetivos principales y al parecer más urgentes de su gobierno, a la aprobación de una ley que permitiera el matrimonio y la adopción entre personas del mismo sexo. En la pasada legislatura hubo, asimismo, varios intentos de modificar la regulación del matrimonio, haciéndolo accesible a las parejas homosexuales, y de facilitar el divorcio sin separación judicial previa; pero la adversa correlación de fuerzas

<sup>1</sup> Durante la actual legislatura (VIII Legislatura) se han presentado diversas proposiciones de ley, con anterioridad a la presentación del Proyecto de Ley por parte del gobierno, tendentes a posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Como son la 122/000035 presentada por el grupo parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds; la 122/000043 presentada por el grupo parlamentario Mixto; la 122/000062 presentada por el grupo parlamentario Izquierda Republicana y, por último, la 122/000075

presentada por el grupo parlamentario Mixto, para poner fin a la discriminación de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo. Pendientes todas ellas en el momento actual (diciembre de 2006) de ser tomadas en consideración, aunque creo que la aprobación de la ley 13/2005 las ha privado de su razón de ser.

<sup>2</sup> La ley 13/2005 (BOE de 2 de julio de 2005) y la ley 15/2005 (BOE de 9 de julio de 2005).

impidió que los grupos proponentes lograran su propósito. Otro tanto ocurrió con las varias proposiciones de ley sobre Uniones Estables de Pareja<sup>3</sup>. Proceder erróneo, en mi opinión, pues de haberse aprobado una ley sobre parejas estables hetero y homosexuales, quizá no hubiera sido necesario dar entrada, al menos con tanta premura, al matrimonio homosexual.

Hasta épocas relativamente recientes ningún país contemplaba la posibilidad legal del matrimonio homosexual. Holanda<sup>4</sup>, Bélgica<sup>5</sup>, Mas-

<sup>3</sup> En la actual legislatura se han presentado tres proposiciones de ley a este respecto: las proposiciones de ley 122/000012, 122/000034, 122/000044, presentadas respectivamente con los nombres de *uniones estables de pareja*, *parejas de hecho* y *uniones de hecho*, por Convergencia i Unió, Izquierda Verde-Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds, y por el grupo parlamentario Mixto, se encuentran pendientes de informe de la Comisión de Justicia del Congreso. La razón de que el Partido en el gobierno no haya presentado ninguna proposición de ley a este respecto, acaso pueda deberse a que ya no lo considera tan necesario ni urgente a la vista de la apertura de la vía matrimonial a realidades hasta ahora excluidas de esta institución. Sin que quepa tampoco descartar motivos de índole económico que supondrían una grave carga para la seguridad social.

<sup>4</sup> La ley de 21 de octubre de 2001 permite el matrimonio y la adopción a los matrimonios de homosexuales, aunque únicamente pueden ser adoptados los niños de nacionalidad holandesa, con exclusión, por consiguiente, de la adopción internacional, y sin que quepa la presunción de paternidad.

<sup>5</sup> En Bélgica, la ley de 13 de febrero de 2003 no permitía la adopción, aunque ésta ha sido regulada como consecuencia de la ley de 20 de abril de 2006.

sachusetts<sup>6</sup> en EEUU, y Canadá<sup>7</sup> fueron pioneros en abolir la barrera de la heterosexualidad<sup>8</sup> que hasta entonces se había venido considerando requisito esencial y determinante de la institución matrimonial. No obstante existían, con distinta relevancia jurídica<sup>9</sup>, regulaciones

<sup>6</sup> Es el único Estado de la Unión que desde el 17 de mayo de 2004 permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>7</sup> La ley sobre el matrimonio civil, también llamada Ley C-38, de 20 de julio de 2005 aprobó en Canadá el matrimonio homosexual. Con anterioridad era legal en nueve provincias, que suponían el 90% de la población: Ontario (10 de junio de 2003), Colombia Británica (8 de julio de 2003), Québec (19 de marzo de 2004), el territorio de Yukón (14 de julio de 2004), Manitoba (16 de septiembre de 2004), Nueva Escocia (24 de septiembre de 2004), Saskatchewan (5 de noviembre de 2004) Terranova y Labrador (21 de diciembre de 2004) y Nuevo Brunswick (23 de junio de 2005).

<sup>8</sup> El excelente dictamen del Consejo de Estado español, de 16 de diciembre de 2004, emitido en relación con el primer anteproyecto, manifiesta que: "Para elucidar lo que sea el núcleo esencial de la institución, cabe constatar, por una parte, que la doctrina jurídica considera mayoritariamente como uno de los elementos inherentes al matrimonio lo que se ha llamado el principio de heterosexualidad, posición doctrinal condicionada en mayor o menor medida por la legislación vigente hasta ahora, que solo reconoce el matrimonio heterosexual; pero que, ante todo, viene determinado por las coordenadas espacio-temporales en que la realidad española está inserta, esto es por una tradición jurídica de muchos siglos y por las concepciones existentes en los países de nuestro entorno (en sentido cultural y de civilización)".

<sup>9</sup> Dinamarca (1989), Noruega (1993), Holanda (1993) Suecia (1994), Islandia (1996),

sobre uniones estables de pareja tanto heterosexuales como homosexuales, en países de nuestro entorno, y en diferentes Comunidades Autónomas españolas a partir de 1998, tal es el caso de Cataluña<sup>10</sup>, Aragón<sup>11</sup>, Navarra<sup>12</sup>, País Vasco<sup>13</sup>, Baleares<sup>14</sup>, Comunidad Valenciana<sup>15</sup>, Madrid<sup>16</sup>, Principado de Asturias<sup>17</sup>, Andalucía<sup>18</sup>,

Bélgica (1998), Francia (1998), Finlandia (2000), Alemania (2001), Reino Unido (2004).

<sup>10</sup> La ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, modificada por la ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la ley 9/1998, de 15 de julio, del *Código de Familia*, de la ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, y de la ley 40/1991, de 30 de diciembre, del *Código de Sucesiones* por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela.

<sup>11</sup> La ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, modificada por la ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (BOE N° 198 de 1998, 19 de agosto)

<sup>12</sup> La ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. (BOE N° 214 de 2000, 6 de septiembre)

<sup>13</sup> La ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. (BO País Vasco, N° 100, 23 de mayo de 2003)

<sup>14</sup> La ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables. (BOE, N° 14, 16 de enero de 2002).

<sup>15</sup> La ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho. (BOE, N° 112, de 10 de mayo de 2001).

<sup>16</sup> La ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho. (BOE, N° 55, 5 de marzo de 2002).

<sup>17</sup> La Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables. (BOE, N° 157, 2 de julio de 2002).

<sup>18</sup> La Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho. (BOE, N° 11, 13 de enero de 2003).

Canarias<sup>19</sup>, Extremadura<sup>20</sup> y Cantabria<sup>21</sup>, aunque con distinta eficacia en función de la diferente competencia legislativa derivada de su condición de Comunidad con o sin Derecho Civil Foral<sup>22</sup>.

En lo que sigue me centraré exclusivamente en aquellos aspectos de la ley 13/2005 que suscitan, a mi juicio, un mayor interés jurídico y controversia social.

## II. EL ITER PARLAMENTARIO DE LA REFORMA

Ante todo, es de señalar que la tramitación legislativa en el parlamento español fue, en mi opinión, demasiado rápida habida cuenta de la trascendencia del tema. El primer anteproyecto de ley sobre el derecho a contraer matrimonio, aprobado el 1 de octubre de 2004 por el Consejo de Ministros no se remitió tan siquiera al Congreso de los Diputados. El 28 de diciembre se aprobó un segundo anteproyecto que fue enviado inmediatamente a las cortes, comenzando así su andadura parlamentaria.

<sup>19</sup> La Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho. (BOE, N° 89, 14 de abril de 2003).

<sup>20</sup> La Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho. (BOE, N° 111, 9 de mayo de 2003).

<sup>21</sup> La Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho. (BOE, N° 135, 7 de junio de 2005).

<sup>22</sup> Vide. M<sup>a</sup> Paz POUS DE LA FLOR, "La institución familiar en las parejas del mismo sexo", en *La Ley*, N° 6276, 17 de junio de 2005.

Las diferencias entre ambos anteproyectos son escasas, con la sola excepción de algún párrafo añadido en la Exposición de Motivos y la nueva redacción de los artículos 175.4 y 178.2 del *Código Civil* relativos, como es sabido, a la adopción, sobre los que el primer anteproyecto guardaba silencio.

Como fundamento de la reforma la Exposición de Motivos invoca los artículos 1.1<sup>23</sup>; 9.2<sup>24</sup>; 10.1<sup>25</sup> y 14<sup>26</sup> de la Constitución española, justificando la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en la necesidad de que quienes libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo

puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad, pues ello es una exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo que la ley no puede desconocer y a la que trata, en consecuencia, de dar respuesta<sup>27</sup>.

Convertido el segundo de los anteproyectos en el proyecto de ley 121/ 000018, por el que se modifica el *Código Civil* en materia de derecho a contraer matrimonio, se le añadió al artículo 44 del *Código Civil*, un segundo párrafo, que constituye el eje fundamental de la reforma, estableciendo que: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efec-

<sup>23</sup> El artículo 1.1 de la CE establece: “España se constituye en un estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

<sup>24</sup> Regula el artículo 9.2 de la CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”

<sup>25</sup> El artículo 10.1 de la CE dispone: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

<sup>26</sup> El artículo 14 de la CE dice: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

<sup>27</sup> Eduardo SERRANO ALONSO, *El nuevo matrimonio civil, estudio de las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código civil*, Madrid, Editorial Edisofer, p. 24 : “No me resultan plenamente convincentes estas motivaciones. Para el legislador someter a las parejas del mismo sexo a una normativa distinta de la que pueda aplicarse al matrimonio entre personas de distinto sexo implica una vulneración del principio constitucional de igualdad de los españoles y por eso los poderes públicos deben remover los obstáculos legales que implican este trato desigual hasta ahora existente al impedirles contraer matrimonio. El razonamiento no puede aceptarse porque de un presupuesto que no es cierto; en efecto la relación personal estable entre personas del mismo sexo, será lo que se quiera calificar, pero no hay duda alguna de que es esencialmente diversa de la relación entre personas de sexos diferentes, por lo que tratar de forma diferente dos situaciones distintas no implica vulnerar el principio de Igualdad sino precisamente hacer una correcta aplicación del mismo, pues discriminatorio y desigual es tratar lo desigual de forma igual a lo que es distinto”.

tos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”<sup>28</sup> y quedando la antigua redacción del artículo 44 como apartado primero del actual precepto. Aunque desde el punto de vista literal la reforma es pequeña, puesto que se limita a hacer una remisión al régimen del matrimonio heterosexual para los contrayentes homosexuales<sup>29</sup>, altera, sin embargo, de manera profunda la institución matrimonial<sup>30</sup>. Las re-

ferencias al marido y a la mujer se sustituyen ahora por la de los cónyuges, y los derechos y deberes que emanan del vínculo matrimonial, incluida la adopción, han de entenderse en lo sucesivo aplicables tanto al matrimonio de dos personas de diferente sexo como al integrado por dos personas del mismo sexo. La única excepción es la presunción de paternidad matrimonial de los artículos 116, 117 y 118 del *Código Civil* que, obviamente, sólo afecta a los matrimonios heterosexuales. Las referencias al padre y a la madre pasan a efectuarse a los progenitores<sup>31</sup>, lo cual, en la práctica, no será siempre cierto, pues en el supuesto de que haya hijos en un matrimonio entre personas del mismo sexo, ambos cónyuges nunca pueden ser progenitores<sup>32</sup>, y en algunos casos ninguno,

<sup>28</sup> Llama la atención que en este precepto no se reconozca a dos hombres o a dos mujeres el derecho a contraer matrimonio tal y como establece para el hombre y la mujer el antiguo artículo 44, convertido ahora en párrafo primero que señala: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”. El nuevo párrafo segundo del art. 44 se limita a establecer para estos contrayentes los mismos requisitos y efectos que para el matrimonio cuyos cónyuges sean de diferente sexo. Dado que la finalidad de la nueva regulación es extender el derecho a contraer matrimonio entre sí a las personas del mismo sexo, considero, en esta línea, que hubiera sido más adecuado modificar en tal sentido el apartado primero del artículo 44.

<sup>29</sup> Como señala María Paz GARCÍA RUBIO, *La modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, www.laley.net. 15 de noviembre de 2005: “...la opción del legislador no ha sido la de regular el matrimonio homosexual, sino la de extender el régimen jurídico del matrimonio tal y como estaba también a las parejas homosexuales que decidan someterse a él.”

<sup>30</sup> Acertadamente señala en este sentido Salvador CARRIÓN OLMOS, “Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio”, en *La Ley*, año XXVI, Nº 6.298, 19 de julio de 2005, p. 2, que:

“...de admitirse al matrimonio a personas con identidad de sexo, no se trataría ya de ‘alterar’ o ‘suprimir’ una nota o característica del matrimonio como institución natural sino de algo que, de suyo, va mucho más lejos. Concretamente, de alterar la fisonomía misma del instituto, haciéndolo irreconocible para el jurista, en cuanto, el mal llamado ‘matrimonio homosexual’ se haría descansar sobre ‘bases’ o ‘presupuestos’ que NO han sido los propios de la unión que se ha venido calificando como matrimonio durante un par de milenios”.

<sup>31</sup> El proyecto, convertido luego en ley, no modifica ninguno de los preceptos del *Código Civil* en materia de filiación y relaciones paterno filiales, que emplean el término padres, terminología que tampoco es correcta en todos los casos ya que hay supuestos donde no hay padres, sino madres.

<sup>32</sup> Es el caso de hijos de uno de ellos de una relación anterior, o de hijos nacidos

si estamos ante hijos adoptados por los dos, supuesto, este último, que también se da en la adopción por un matrimonio heterosexual.

Se presentaron dos enmiendas a la totalidad solicitando la devolución del proyecto; una por el grupo parlamentario Catalán (Convergencia i Unió); y la otra por el grupo parlamentario Popular, siendo rechazadas ambas el 17 de marzo de 2005. De las veinte enmiendas parciales presentadas por los demás grupos parlamentarios<sup>33</sup>, salvo el grupo socialista, únicamente fue aceptada la enmienda N° 1 de Esquerra Republicana de Catalunya, que implicaba modificar el texto de la disposición adicional única<sup>34</sup>.

“Se trata –enfaticó el Ministro de Justicia<sup>35</sup> en la presentación del Proyecto ante el Pleno del Congreso el día 17 de marzo– de la extensión de libertad y de la consagración de un espacio de igualdad, de un espacio de ciudadanía, al mismo tiempo que de la remoción de una barrera de desigualdad. (...) Lo que establece el

artículo 32 de la Constitución es una afirmación rotunda de la plena igualdad jurídica entre los contrayentes del matrimonio. No excluye la posibilidad de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Incluso si la Constitución no lo afirma todas las técnicas de interpretación constitucional conducen inequívocamente a la conclusión de que aquello que no contradice la Constitución<sup>36</sup>, y es una opción legítima del legislador, es una opción constitucional”.

El 21 de abril de 2005 el Congreso de los Diputados aprobó el proyecto de ley por ciento ochenta y tres votos a favor, ciento treinta y seis en contra y tres abstenciones. Remitido al Senado, tuvo entrada en esta Cámara el día 5 de mayo.

En el Senado las dos propuestas de veto<sup>37</sup> presentadas, conforme al

<sup>36</sup> ¿Hasta qué punto no contradice la Constitución? Sobre ello existen opiniones divergentes.

<sup>37</sup> La primera, del Senador Casas y Bedós (GPCIU), en los siguientes términos: “Desde el respeto a la libertad que ha de tener toda persona para escoger la opción de convivencia que estime oportuna, entendemos el matrimonio como la unión estable y comprometida entre un hombre y una mujer. Una institución fundamentada en la alteridad, la diferencia y la complementariedad entre la mujer y el hombre. Lo que le convierte en el ámbito más estable y comprometido de procreación, cuidado y educación. ...Nos encontramos, pues, no ante una reforma, sino ante una ruptura de la garantía institucional

como consecuencia de la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

<sup>33</sup> *B.O.C.G. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 15 de marzo de 2005, N° 18-5. pp. 11-19.*

<sup>34</sup> En el texto definitivo de la ley es la disposición adicional primera.

<sup>35</sup> *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2005. VIII Legislatura, N° 78. p. 3.769 y ss.*

artículo 90.2 de la Constitución española, fueron rechazadas en Comisión. Tampoco prosperaron las restantes

enmiendas parciales formuladas por los diferentes grupos parlamentarios<sup>38</sup>, excepto una enmienda transaccional<sup>39</sup>. Sin embargo, el pleno del

del matrimonio. He aquí el primer motivo fundamental de la propuesta de veto. El reconocimiento legal y la atribución de efectos jurídicos a las uniones de personas del mismo sexo no requiere de la desnaturalización de la institución matrimonial. ...Hay también una segunda motivación: la admisión –a través de la regulación del matrimonio de personas del mismo sexo– de la posibilidad de adopción conjunta por ésta. ...Todo niño o niña viene de un padre y una madre, todo niño o niña tiene derecho a una familia constituida por un padre y una madre”. Cfr. *B.O.C.G. Senado VIII Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley. 26 de mayo de 2005*, N° 15 (c) pp. 9 y 10. Y una segunda del grupo parlamentario Popular, en cuya justificación se dice: “El Grupo Parlamentario Popular, que ha presentado en el Congreso de los Diputados iniciativas legislativas para dar una regulación a la situación jurídica de las parejas formadas por personas del mismo sexo, no considera posible ni adecuado que la forma de plasmar dicha regulación sea su inclusión en la institución del matrimonio. Así lo han manifestado también el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado, que en su informe al Proyecto de Ley propone una regulación diferenciada al margen del matrimonio, no solo por ser la opción que mayoritariamente se ha preferido en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, sino fundamentalmente, por entender que tendría mayor encaje en nuestro ordenamiento y sería más adecuada para la consecución de los objetivos perseguidos por el Proyecto. Es sabido que en el mismo sentido se han manifestado otros numerosos organismos, como la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y la Asociación Española de Abogados de familia”. Cfr. *B.O.C.G. Senado VIII Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley. 26 de mayo de 2005*, N° 15 (c) pp. 10 y 11

<sup>38</sup> *B.O.C.G. Senado VIII Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley. 26 de mayo de 2005*, N° 15 (d) pp. 13-19.

<sup>39</sup> Resultado de la primera parte de la enmienda N° 10, presentada por el grupo parlamentario Popular, que añade una nueva disposición adicional, y de la enmienda 14 del grupo parlamentario Catalán de Convergencia i Unió añadiendo, asimismo, otra disposición adicional. Redactada como disposición adicional tercera en el dictamen emitido por la Comisión de Justicia del Congreso, decía así: “Las autoridades y funcionarios de todo tipo que, debiendo intervenir en cualquier fase del expediente matrimonial entre personas del mismo sexo, adujeren razones de conciencia para no hacerlo, tendrán derecho a abstenerse de actuar.

En cualquier caso, los alcaldes garantizarán en sus respectivos consistorios, el derecho a contraer matrimonio, de conformidad con las disposiciones del Código Civil, en todos aquellos supuestos en los que se produzcan dificultades en la designación de un miembro del gobierno municipal para llevar a cabo la autorización del mismo”.

La circunstancia de que el Congreso rechazara el texto vetado por el Senado, como se ha señalado, y de que aprobara el mismo que le había remitido, determinó la desaparición de dicha enmienda del texto finalmente aprobado.

Como consecuencia de ello el grupo parlamentario catalán presentó el 30 de junio, el mismo día en que se aprobó la ley, una proposición de ley 122/000161 sobre conciliación del derecho constitucional de objeción de conciencia y el ejercicio de los derechos derivados de la ley que modifica el *Código Civil* en materia de derecho a contraer matrimonio, en términos idénticos a los de la citada disposición adicional, que actualmente

Senado, en sesión celebrada el 22 de junio de 2005, acordó oponer su veto a dicho proyecto, que fue remitido al Congreso de los Diputados con el correspondiente mensaje motivado<sup>40</sup>. Ha sido ésta una de las pocas leyes, por no decir la única junto con los presupuestos generales del Estado del año 2005, que no han recibido el apoyo parlamentario de ambas cámaras, al haberse mostrado en esta ocasión dividido el Poder Legislativo.

Pese a ello el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 30 de junio de 2005, ratificó el texto del proyecto que había sido aprobado previamente por el Congreso y vetado luego por el Senado. Aparecida en el *Boletín Oficial del Estado* de 2 de julio, la ley entró en vigor al día siguiente de su publicación conforme a su disposición final segunda.

---

(julio de 2006) se encuentra en el Pleno en fase de toma en consideración. *Vide BOCG. Congreso de los Diputados. VIII legislatura. Serie B: Propositiones de Ley. 12 de julio de 2005, N° 193-1.* Su situación a julio de 2006 es: pleno. Toma en consideración.

<sup>40</sup> Cuyo primer párrafo dice así: “Desde el respeto a la libertad que ha de tener toda persona para escoger la opción de convivencia que estime oportuna, se entiende el matrimonio como la unión estable y comprometida entre un hombre y una mujer. Una institución fundamentada en la alteridad, la diferencia y la complementariedad entre la mujer y el hombre. Lo que le convierte en el ámbito más comprometido de procreación, cuidado y educación”. *Vide B.O.C.G. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 28 de junio de 2005, N° 18-11. p. 1.*

### III. EL ARTÍCULO 32 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU POSIBLE VULNERACIÓN POR LA LEY 13/2005 DE APERTURA DEL MATRIMONIO A LOS HOMOSEXUALES

Desde el estricto punto de vista dogmático la nueva regulación, aunque supone una profunda ruptura con una tradición multiseccular, no plantea sin embargo ningún problema específico salvo el de su posible inconstitucionalidad, por contravenir el tenor literal del artículo 32.1 de la Constitución española que establece:

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”,

por tanto, proclama el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, sin referencia alguna a las parejas del mismo sexo.

Que el constituyente al plasmar esta fórmula jurídica pensaba tan sólo en un hombre y en una mujer como únicos sujetos contrayentes del matrimonio y, por consiguiente, en la naturaleza estrictamente heterosexual del mismo, es algo que han

destacado los comentaristas de este precepto<sup>41</sup>, y la mayoría de la doctrina civilista. Unos y otros coinciden en considerar que queda excluido el matrimonio homosexual. De no ser así, el artículo 32.1 hubiera empleado la palabra ‘todos’ o el término ‘personas’ como hacen otros preceptos constitucionales cuando quieren abarcar tanto al hombre como a la mujer, sin embargo, el mencionado precepto se refiere de manera precisa, rotunda e inequívoca al hombre y a la mujer<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Cabe citar, entre otros, a Diego ESPÍN CANOVAS, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por O. Alzaga Villamil, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1996. tomo III, p. 456: “Este esquema matrimonial, conforme a la realidad social, se refleja en la norma constitucional al referirse al matrimonio como el derecho “del hombre y la mujer”. La ‘plena igualdad’ de ese derecho está denotando claramente su reciprocidad o bilateralidad, incompatible con uniones poligámicas u homosexuales que no constituirían el ‘matrimonio’ previsto como un derecho entre un solo hombre y una sola mujer, al que también se refieren la Declaración Universal y Convenios internacionales ratificados por España”.

<sup>42</sup> Según el *Dictamen del Consejo...* (n. 9), p. 19: “La primera cuestión que suscita el artículo 32, en lo que ahora interesa, es el alcance que haya de darse a la referencia expresa que su inciso inicial hace al hombre y a la mujer; en concreto, si ello supone una reserva constitucional del matrimonio a parejas del mismo sexo. Referencia que, conviene notar, se aparta del criterio seguido por el Título I de la Constitución al recoger los demás derechos y libertades que garantiza (con empleo de otros términos: ‘todos’, ‘toda persona’, ‘todas las personas’, ‘los ciudadanos’, etc.)”. Igual posición mantiene el Consejo General del Poder Judicial en

“Conviene recordar, como señala el recurso del Partido Popular al Tribunal Constitucional, que durante los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación de la Constitución el texto siempre contempló la referencia expresa al hombre y a la mujer, y en ninguna de las redacciones del largo iter parlamentario se barajó otra posibilidad. En efecto, el entonces artículo 27 del anteproyecto de Constitución de fecha 5 de enero de 1978 preveía en su apartado 1 que: ‘A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia’.

Los Grupos Parlamentarios Comunista y Socialista formularon sendos votos particulares al mencionado anteproyecto constitucional, proponiendo redacciones alternativas al apartado 1 del artículo 27. El primero de ellos propuso la siguiente redac-

su *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, 26 de enero de 2005, p. 14: “Desde la literalidad y sentido del artículo 32.1 de la Constitución Española bien podría decirse que la referencia que se hace al hombre y a la mujer y no a todos o a las personas es porque para el constituyente de 1978 era obvio el carácter heterosexual de la unión matrimonial”.

ción; ‘El matrimonio se basa en la plena igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges’; y el segundo esta otra: ‘Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y sexualidad: a contraer matrimonio, a crear en libertad relaciones estables de familia y a decidir, libremente, los hijos que desea tener, a cuyo fin tiene derecho a acceder a la información necesaria y a los medios que permita su ejercicio’. Ambas omitían la referencia expresa al hombre y la mujer y optaban por formulas impersonales como los cónyuges y toda persona. (...)

Es forzoso concluir, por tanto, que la voluntad del constituyente de la que es fiel reflejo el iter parlamentario someramente expuesto fue la de recoger la institución matrimonial como siempre había sido concebida, es decir, como una unión entre hombre y mujer, en la que la diferenciación de sexos es una cualidad esencial y determinante. Precisamente por ello, y porque el fin principal perseguido por el artículo 32 era procurar la igualdad jurídica del hombre y la mujer en el matrimonio, eliminando las discriminaciones de la legislación civil precedente, es por lo que nunca se planteó siquiera que resultará imprescindible que el mencionado precepto constitucional, cuando previe-

ne que ‘el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica’, intercalará el inciso entre sí para dejar definitivamente clara la voluntad del legislador”.

Más aún, existen constituciones extranjeras<sup>43</sup> que en su regulación del matrimonio hacen referencia a los cónyuges sin distinguir entre hombre y mujer, y, sin embargo, no por ello sus ordenamientos admiten otra clase de matrimonio que no sea el heterosexual. Ahora bien, si en un futuro decidieran darle entrada, no sería necesario, a diferencia de lo que parece ocurre en nuestro país, proceder a una reformar constitucional.

Por su parte, el proyecto de tratado por el que se establece una constitución para Europa, en su artículo II-69, bajo la rúbrica *Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia*, remite

---

<sup>43</sup> Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de la república italiana de 1947 cuyo artículo 29: “Reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio. El matrimonio se ordena en base a la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la Ley en garantía de la unidad familiar”. La ley Fundamental de Bonn de 1949 dispone en su artículo 6.1 que: “El matrimonio y la familia están bajo la protección especial del orden estatal”. Y la Constitución portuguesa declara, en su artículo 36, que: “1. Todos tienen derecho a constituir una familia y a contraer matrimonio en condiciones de plena igualdad. 3. Los cónyuges son iguales en derechos y deberes en cuanto a capacidad civil y política y a sustento y educación de los hijos”.

la regulación a lo que establezcan los Estados miembros al decir que:

“se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Y a diferencia de otros tratados internacionales, como el convenio de Roma<sup>44</sup> y la declaración de los Derechos Humanos<sup>45</sup>, omite toda referencia nominal al hombre y a la mujer, adoptando una redacción impersonal, abierta a cualquier regulación del matrimonio y de la familia.

El dictamen emitido por el Consejo de Estado ha mostrado serias dudas sobre la constitucionalidad del proyecto, hoy convertido ya en ley.

“La apertura de la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo –destaca el dictamen– no supone una simple ampliación de la base subjetiva del matrimonio, reconociendo a las parejas del mismo sexo un derecho que no tienen cons-

titucionalmente garantizado; determina una alteración de la institución matrimonial, que obliga a plantearse si con esta regulación –por vía legislativa– se está afectando el derecho reconocido en el artículo 32 más allá de lo constitucionalmente admisible. En este punto, ha de subrayarse que el derecho en cuestión está directamente vinculado o asociado a la institución del matrimonio (‘derecho a contraer matrimonio’), por lo que en la medida en que ésta quede afectada quedará también afectado el derecho de referencia<sup>46</sup>. ...La Constitución española –y en concreto, sus artículos 32, 14 y 10.1– no generan un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque amparan el reconocimiento de efectos jurídicos a la unión estable ‘more uxorio’ entre ellas. El artículo 32 solo garantiza el derecho fundamental a contraer matrimonio a parejas de personas de distinto sexo, si bien ello no impide que el legislador pueda regular otros modelos de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo, y les atribuya análogos derechos a los previstos en distintos ámbitos en relación al matrimonio. No obstante, ese reconocimiento tiene un límite

<sup>44</sup> Según su artículo 12: “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”.

<sup>45</sup> Conforme a su 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”.

<sup>46</sup> *Dictamen del Consejo...* (n. 9), pp. 24 y 25.

que impide privilegiar esas otras uniones frente al matrimonio heterosexual, dado que la garantía constitucional del matrimonio se ha restringido a las parejas heterosexuales; así, desde la perspectiva del artículo 39 de la Constitución, la protección social, económica y jurídica de la familia no podría ser menor para la que está constitucionalmente garantizada que para la que, sin estarlo, se reconozca por vía legislativa<sup>47</sup>”.

Niegan la constitucionalidad del proyecto el estudio del Consejo General del Poder Judicial manifestando que: “El artículo 32 de la Constitución Española a propósito del matrimonio se refiere a la unión de un hombre y una mujer, y por ello dice que tienen derecho a contraer matrimonio”<sup>48</sup>. Y de manera lacónica pero contundente la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en un breve Informe de dos páginas advierte que: “La extensión del matrimonio a las parejas homosexuales sería inconstitucional”<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> *Dictamen del Consejo...* (n. 9), p. 46.

<sup>48</sup> Consejo General del Poder Judicial (n. 43), p. 21.

<sup>49</sup> *Informe que emite la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación acerca del proyecto de Modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, de fecha 1 de marzo de 2005, p. 2. Señala el mismo *Informe...*, p. 1: “El artículo 32 de la Constitución Española contiene una garantía institucional del matrimonio”. “En el Derecho Constitucional se denomina garantía institucional a aquellas normas que aseguran la existencia en el

Hay autores que en esta línea de pensamiento, que comparto, destacan la necesidad de haber modificado previamente el tantas veces citado artículo 32 de la Constitución española para dar cabida al matrimonio homosexual.

“La Constitución –según Álvaro Rodríguez Bereijo– ha garantizado y reconocido el matrimonio entre el hombre y la mujer como institución básica de la sociedad. El hecho de que puedan o no casarse, no es un problema de discriminación. El matrimonio es una institución civil reconocida en el artículo 32 de la Constitución. Pero la Carta Magna, a mi modo de ver, no establece el derecho al matrimonio, sino que establece el reconocimiento constitucional de la institución civil del matrimonio. Es lo que se llama una garantía constitucional para que una institución civil no se pueda alterar o manipular por el legislador ordinario... Y cambiar eso exige

ordenamiento jurídico de una institución con un contenido predeterminado. Se trata, sí se quiere así, de instituciones constitucionalmente garantizadas o aseguradas”. “La existencia de una garantía institucional determina la inconstitucionalidad de determinadas normas que tuvieran por objeto suprimir la susodicha institución, la de aquellas que la vacíen de su contenido, así como la de aquellas otras que, con la creación de figuras paralelas, lleguen a resultados similares”.

reformular también el Código y la Constitución”<sup>50</sup>.

A juicio de Jaime Rodríguez-Arana,

“dar entrada a las parejas del mismo sexo en el matrimonio supone una doble anomalía jurídica: atribuir un derecho constitucional a quien constitucionalmente no le está reconocido y, más grave, alterar un derecho más allá de lo constitucionalmente admisible”<sup>51</sup>.

De manera contundente y clara Rodrigo Bercovitz ha escrito que: “Nuestra Constitución actual no lo permite. El cambio pasa necesariamente por la reforma constitucional”<sup>52</sup>. Y en opinión de José Luis Requero:

“Hay que entender que no puede utilizarse la vía de las definiciones legales para alterar artificialmente el alcance de los preceptos constitucionales, introduciendo regula-

ciones basadas en definiciones que alteran la ‘imagen maestra’ de un instituto, haciéndole perder su reconocibilidad jurídica, de ahí que cambiar el concepto de matrimonio solo puede hacerlo el constituyente mediante el procedimiento de reforma constitucional; ni siquiera puede hacerlo un Tribunal Constitucional, lo que supondría hurtar el debate político y, en última instancia, la decisión correspondiente al propio poder constituyente”<sup>53</sup>.

Enrique José Ramos Chaparro:

“En efecto, una reforma constitucional sería la única vía posible para introducir el matrimonio gay en el Derecho civil español. Su introducción por ley ordinaria supone una infracción múltiple de la CE (cfr. arts. 9.1 y 3; 10.2; 32; 39.1; 53.1), una violación del principio de jerarquía normativa (art. 1.2 del CC), un abuso de poder y una imposición irracional, que completa la destrucción del matrimonio producida por la supresión de las causas legales de separación y disolución”<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, Entrevista en el diario *ABC* del 24 de abril de 2005”, p. 12.

<sup>51</sup> Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo comentario al Dictamen*, www.laley.net, martes 18 de enero de 2005.

<sup>52</sup> Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “El matrimonio de los homosexuales”, en *Tribuna en Aranzadi Civil*, N° 15, diciembre de 2004, p. 2.273.

<sup>53</sup> José Luis REQUERO, “Reformas del Código Civil al servicio de una empresa ideológica”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XV, N° 655, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 7.

<sup>54</sup> Enrique José RAMOS CHAPARRO, “Objeciones jurídico-civiles a las reformas del

Entiendo, como señala María Paz García Rubio<sup>55</sup>, que el que se haya extendido el derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales, “no significa que la garantía constitucional del matrimonio se extienda también al celebrado entre dos personas del mismo sexo; el matrimonio constitucionalmente protegido por el artículo 32 es el matrimonio heterosexual”.

Aunque menos numerosas, existen también pronunciamientos a favor de la constitucionalidad de la reforma. Es el caso, por ejemplo, de Luis Aguiar de Luque, basándose al efecto en la cita no textual, sino parcial e incompleta y, por tanto, incorrecta al descontextualizar su sentido, de un párrafo del dictamen del Consejo de Estado<sup>56</sup>.

---

matrimonio”, en *Actualidad Civil*, N° 10, segunda quincena, mayo de 2005, p. 1.173.

<sup>55</sup> GARCÍA RUBIO (n. 30).

<sup>56</sup> LUIS AGUIAR DE LUQUE, “Sin discriminaciones”, en *ABC*, 22 de enero de 2005, p. 59, “...pues como ha constatado el Consejo de Estado, ‘la mención expresa del hombre y la mujer’ en dicho artículo no impide por sí y a priori, que el legislador pueda extender a parejas homosexuales un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio”. Es lo cierto, sin embargo, que en el *Dictamen del Consejo...* (n. 9), pp. 23-24 lo que se dice es que: “*El artículo 32 reconoce un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer y no lo reconoce, en cambio, a las parejas del mismo sexo (sí bien su apartado 2 remite a la ley la regulación de determinadas cuestiones); pero la mención expresa del “hombre y la mujer” en dicho artículo no impide, por sí y a priori, que el legislador pueda extender a*

También Perfecto Andrés Ibáñez<sup>57</sup> es partidario de la constitucionalidad de la ley 13/2005, invocando en pro de su postura el contenido de los artículos 32 y 14 de la Constitución española; aun cuando, en mi opinión, la puesta en relación de ambos textos y su interpretación del artículo 14<sup>58</sup> no resulte acertada en este contexto.

“...Es claro –observa Perfecto Andrés Ibáñez– que su artículo 32.2 (sic) se escribió pensando en las parejas heterosexuales. (...) Pero, aun

---

parejas homosexuales, en *términos del Tribunal Constitucional*, “un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio”. Lo señalado en negrita es que lo omite, dando lugar a que el sentido sea completamente diferente.

<sup>57</sup> Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, “Matrimonio homosexual: hay derecho”, en *El País*, Madrid, 22 de abril de 2005, p. 16.

<sup>58</sup> Más convincente me parece la afirmación del *Dictamen del Consejo...* (n. 9), p. 18 y s., según la cual: “La referencia al “hombre y a la mujer” tiene, al menos, un doble alcance: por una parte, al referir la plena igualdad jurídica al hombre y a la mujer, evita de forma terminante que el legislador incluya desigualdades entre uno y otra que pudieran superar el juicio de razonabilidad derivado de la aplicación del artículo 14, a la vista de las concepciones sociales dominantes o en alguna medida vigentes hasta la época en que se aprobó la Constitución. Por otra parte, introduce una mención expresa de la diversidad sexual al enunciar un concreto derecho fundamental, lo que supone que la aplicación del artículo 14 de la Constitución en relación con ese concreto derecho habrá de partir, en todo caso, de dicha mención expresa”.

siendo clara esta voluntad, también lo es que alumbró un enunciado normativo en el que formula:

‘El hombre y la mujer tienen derecho a ...’, leído en obligada relación con el artículo 14, debe decir: tanto el hombre como la mujer, iguales en derechos pueden libremente contraer matrimonio con cualquier hombre o mujer que, con la misma igualdad jurídica y la misma libertad, decida implicarse en esa relación. Y es que no hay duda “el hombre” y “la mujer” son todos los hombres y todas las mujeres. Y la igualdad jurídica a la que tienen derecho debe regir no solo en lo relativo al qué y al cuando, sino también en lo que se refiere al con quien. Un con quien representado por todas las personas con igual derecho a unirse en matrimonio. Pudo no haberlo querido directamente el legislador, pero desde luego no lo excluyó. Y esta opción interpretativa cargada de humanidad y de buen sentido, está objetivamente inscrita en la voluntad de la ley. En la que tiene perfectamente cabida sin el menor forzamiento”.

En la misma dirección Etelvina Valladares<sup>59</sup> sostiene que parece claro

<sup>59</sup> Etelvina VALLADARES RASCÓN, “El derecho a contraer matrimonio y la Consti-

que el artículo 32.2 (sic), combinado con los artículos 14 y 9.2 CE, permite al legislador ordinario incluir a las uniones homosexuales dentro del matrimonio.

En cambio, Rodrigo Carrión Olmos<sup>60</sup> se muestra dubitativo a este respecto. La referencia textual al hombre y a la mujer que hace el artículo 32.1 de la Constitución, se pregunta:

“¿ vendría a convertir en inconstitucional la ley recientemente aprobada?... ¿ lo concibe la CE como una barrera infranqueable para el legislador ordinario?... Que los autores del texto constitucional –prosigue– no pensaron, ni imaginaron siquiera, la hipótesis de un matrimonio entre personas del mismo sexo me parece obvio, por evidente. Pero inferir de ahí una barrera infranqueable para el legislador ordinario en orden a alterar el presupuesto o requisito de la heterosexualidad en el *matrimonio civil* me parece una conclusión defendible desde luego, pero que dista de ofrecerse segura. ¿Bastaría quizá –para orillarla– con reconducir el presupuesto de la *diversidad sexual* al ámbito de la *capacidad* para contraer, cuya regulación viene confiada sin embargo al legislador ordinario por el

tución”, en *Aranzadi Civil*, N° 9, septiembre de 2005, p. 35.

<sup>60</sup> CARRIÓN OLMOS (n. 31), p. 5.

párrafo segundo del propio art. 32 de la CE?”.

Esta suposición no es compartida, sin embargo, por Guillermo Cerdeira, por cuanto que, a su parecer:

“El legislador, en el desarrollo de aquel ap. 2, de las cuestiones que en él se mencionan (incluida la ‘*capacidad*’ nupcial) debe respetar la intersexualidad e igualdad imperantes en el ap. 1. Y, desde luego, no por ello puede creerse que tal exigencia de intersexualidad en el matrimonio es inconstitucional por ser discriminatoria, contraria al art. 14 CE, o a los arts. II-80, II-83 y II-81 CE, aun cuando incluso este último prohíba expresamente toda discriminación por razón de la orientación sexual”<sup>61</sup>.

Como acabamos de observar, la doctrina mantiene posturas dispares a la hora de pronunciarse sobre esta conflictiva cuestión. El legislador ordinario, es decir, los que votaron a favor de la aprobación de esta ley, sin embargo, con la excepción del Senado, aunque sabido es que el parecer de esta Cámara es intrascendente para la aprobación definitiva de una ley, no parece haber alber-

gado ninguna duda al respecto, pues de ser así hubiera sido necesario acometer previamente la reforma del tantas veces citado artículo 32. Tarea en todo caso más ardua, a tenor del artículo 167.1<sup>62</sup> de nuestra norma fundamental, que la de retocar diversos artículos del *Código Civil*. Si albergó, pues, alguna duda optó, sin embargo, por la única solución a su alcance y la de mayor rendimiento electoral inmediato, que deja en manos del Tribunal Constitucional la decisión última.

La declaración de inconstitucionalidad puede iniciarse, y de hecho así ha sido, a través de una doble vía: mediante la interposición de un recurso de inconstitucionalidad o la formulación de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por los jueces o tribunales. El recurso de inconstitucionalidad ha sido interpuesto por el grupo parlamentario Popular<sup>63</sup>, el 30 de

<sup>62</sup> El artículo 167.1. primer inciso señala: “Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras”.

<sup>63</sup> El primer y principal motivo de impugnación es “por no respetar la definición constitucional del matrimonio como unión de un hombre y una mujer, contenida en el artículo 32. Lo infringe también por no respetar la garantía institucional del matrimonio recogida en la Constitución. También señala que “ni la Constitución faculta a los poderes públicos a cambiar el sentido de las palabras utilizadas por el constituyente. Ni el Parlamento, a pasar de su muy amplio margen de actuación, está facultado para ignorar las instituciones jurídicas por el simple procedimiento de cambiarles el nombre o de pasar a denominar con un mismo nombre, de un día para

<sup>61</sup> Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “¿Es constitucional, hoy, el matrimonio “homosexual” (entre personas de idéntico sexo)?”, en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2005, p. 46.

septiembre de 2005, contra la totalidad de la ley, por violación de los artículos 32; 10.2; 14; 39; 53.1; 9; 167 de la Constitución española. La cuestión de inconstitucionalidad ha sido promovida por tres jueces encargados del Registro Civil<sup>64</sup> por considerar que en la tramitación del expediente matrimonial una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo<sup>65</sup>

es contraria a la Constitución<sup>66</sup>. La circunstancia de que en este caso no estemos propiamente ante un procedimiento judicial y que, por tanto, no quepa hablar de fallo, me inclina a pensar, no sin ciertas dudas, que los jueces encargados del Registro Civil carecen objetivamente de legitimidad para suscitar la cuestión de inconstitucionalidad, más rotundo se muestra Ignacio Solís Villa<sup>67</sup> que en su opinión de modo evidente

otro, realidades sociales diferenciadas”. Por último considera que “la finalidad legítima que el legislador persigue con esta reforma, es que nuestro ordenamiento ofrezca fórmulas adecuadas sin necesidad de originar la ruptura de la Constitución”, con ello se está refiriendo a una Ley de parejas estables. El recurso completo puede verse en [www.codigo-civil.net/blog](http://www.codigo-civil.net/blog). visitado el 23 de agosto de 2006.

En relación con el recurso de inconstitucionalidad deben verse los artículos 162 CE, y 27-34 de la ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

<sup>64</sup> *Vide* los artículos 35, 36 y 37 de la ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

<sup>65</sup> Asunción GARCÍA MARTÍNEZ, *El control de constitucionalidad de las leyes*, Lima, Jurista editores, 2005, p. 206, observa que: “Pese a los términos rotundos del artículo 35.2 (LOTC), el Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación extensiva del término ‘fallo’ empleado por el artículo 163 de la Constitución para deducir que integra la decisión judicial que se manifiesta tanto en forma de sentencia como de auto, de manera que el vocablo ‘fallo’ significa el pronunciamiento decisivo de una resolución judicial, ya se trate de materia de fondo o de materia procesal (STC 76/ 1982, de 14 de diciembre).” La misma autora indica que “cuando un juez presenta una cuestión de inconstitucionalidad lo que le motiva es la necesidad profesional de tener que resolver un proceso concreto mediante la aplicación

“ es improcedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que no debe salir del ámbito jurisdiccional en el que históricamente nació y al que viene constreñida por la CE, la LOTC y la jurisprudencia constitucional”.

de una norma legal determinada sobre cuya constitucionalidad duda, sin que para él tenga ninguna relevancia ni el significado político de la ley que cuestiona, ni el pacto parlamentario o territorial que hubiera podido estar en el origen de la misma, no las mayorías ni minorías parlamentarias que se enfrentaron o integraron el proceso de aprobación de la norma en cuestión, ni su significado en función de la salvaguardia del pluralismo, datos ellos que no solo son relevantes cuando nos referimos al recurso de inconstitucionalidad sino que son los condicionantes del mismo y que resultan claves para entender su significado”, *op. cit.* p. 210.

<sup>66</sup> *Vide* los artículos 163 CE y 35- 37 de la ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

<sup>67</sup> Ignacio SOLÍS VILLA, “Matrimonio y cuestión de inconstitucionalidad”, en *El Notario del siglo XXI*, N° 3, septiembre-octubre 2005, p. 12.

Esta ha sido la decisión de los autos del Tribunal Constitucional, de fecha 22 de noviembre<sup>68</sup> y 13 de diciembre de 2005<sup>69</sup>, acordando la inadmisión de tales cuestiones de inconstitucionalidad por considerar que los jueces del Registro Civil no desempeñan funciones jurisdiccionales. Sin embargo, a los dos últimos autos acompañan cuatro votos particulares discrepantes con la resolución recaída. Resolución que, a juicio de un gran número de expertos, según refiere Rafael Navarro Valls, “es jurídicamente discutible, no prudente políticamente y fuente de inestabilidad en el seno del Poder Judicial”<sup>70</sup>.

Para Jaime Rodríguez-Arana, la doctrina sentada en el auto TC 222/1994, de 11 de julio, tan conocido que excusa de su transcripción, “bien podría servir para fundamentar una eventual acción jurisdiccional constitucional contra la futura ley”<sup>71</sup>. En

<sup>68</sup> Auto 419/2005, N° de registro 6374-2005 en cuyo fallo declara: “la extinción de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por... en relación con el artículo 44 párrafo segundo, del Código civil, en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio”.

<sup>69</sup> Auto N° de registro 5856-2005 y auto N° de registro 6661-2005, cuyos fallos declaran “Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad por incumplir las condiciones procesales exigidas en los artículos 163 CE y 35 LOTC (artículo 37 LOTC)”.

<sup>70</sup> Rafael NAVARRO VALLS, “Donde una puerta se cierra, otra se abre”, *El Mundo*, Madrid, 27 de diciembre de 2005, p. 15.

<sup>71</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (n. 52) considera que: “El Tribunal Constitucional parece entender que el matrimonio es, no solo una institución jurídicamente regulada,

sentido opuesto, Cristina de Amunátegui apunta diversos argumentos a favor de la posible constitucionalidad de este tipo de matrimonio y en concreta referencia al mencionado Auto señala que,

“...si observamos los términos exactos del Tribunal, tras la expresión tendente a mantener *la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial*, manifiesta expresamente el Auto, tal *como prevé nuestro código civil en el artículo 44*, con lo que parece que la materia quedaría desplazada del ámbito constitucional, encontrando su acomodo en sede de Derecho civil, convirtiéndose la cuestión en una posible opción de política legislativa”<sup>72</sup>.

sino un derecho constitucional entre hombre y mujer que genera determinados derechos y deberes, lo que parece excluir de la institución a las personas del mismo sexo. Por otra parte, se entiende que el derecho a casarse, según la doctrina del Tribunal Constitucional, se refiere al concepto tradicional: entre dos personas de distinto sexo. Tercer argumento, las resoluciones del Parlamento Europeo, y esta es la medula de todo el razonamiento del Consejo de Estado, sin necesidad de abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, permiten el reconocimiento de los derechos y deberes matrimoniales. Y, cuarto argumento, y más fuerte: el Tribunal Constitucional justifica el trato privilegiado del matrimonio entre hombre y mujer frente a la unión homosexual en que el principio de heterosexualidad es el elemento calificador del vínculo matrimonial”.

<sup>72</sup> Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “Argumentos a favor de la posible constitucio-

Aunque, como es sabido el Tribunal Constitucional no queda vinculado por sus propias sentencias ni está sujeto a su propia argumentación, de manera que en otro proceso puede realizar una nueva interpretación, tanto de la Constitución como de la norma recurrida de nuevo, y fallar sobre su constitucionalidad en el mismo o en distinto sentido.

“Con ello el Tribunal Constitucional queda en condiciones de poder adaptar, a través de una interpretación progresiva, el texto constitucional a los cambios políticos y sociales, evitando así el anquilosamiento del ordenamiento constitucional. La modificabilidad de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional tiene, sin embargo, el condicionante de su motivación; toda modificación debe quedar explicitada y razonada de tal forma que su capacidad de adaptación queda sujeta a un imperativo elemental de seguridad jurídica y a la garantía y lealtad a los principios consagrados en la Constitución”<sup>73</sup>.

Es ahora el Tribunal Constitucional quien tiene la última palabra. El primer paso lo ha dado al admitir el

---

nalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto, 2005, p. 355.

<sup>73</sup> GARCÍA MARTÍNEZ (n. 66), p. 300.

recurso, y dictar la inadmisión de las cuestiones de inconstitucionalidad. Sin embargo, la admisión del recurso no suspende, en este supuesto, la vigencia ni la aplicación de la ley.

Hay que recordar que las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional en estos procesos pueden ser estimatorias o de inconstitucionalidad y desestimatorias<sup>74</sup>, y apreciar la totalidad o solo parte de la pretensión. No obstante, el Tribunal Constitucional parte, siempre, de la presunción de la validez constitucional de la ley; y si hay más de una interpretación posible elegirá la que sea más acorde con la constitucionalidad, planteándose la inconstitucionalidad de una ley sólo excepcionalmente.

Si la resolución que recaiga declarase la inconstitucionalidad de la ley 13/2005 la norma sería considerada inválida y nula, y, consecuentemente, expulsada del ordenamiento jurídico. No obstante, el Tribunal Constitucional tiene capacidad para modular los efectos de la nulidad y para pronunciarse sobre la irretroactividad o no de la misma en función no “del vicio determinante de la nulidad, sino fundamentalmente del efecto de ésta sobre el ordenamiento jurídico”<sup>75</sup>. La sentencia tiene valor

---

<sup>74</sup> En el caso de estas últimas el Tribunal puede apreciar defectos formales (lo que supone que no resuelve el fondo de la pretensión y no se plantea la inconstitucionalidad de la norma recurrida), o razones sustantivas en cuyo caso hace un juicio de constitucionalidad apreciando la de la norma impugnada.

<sup>75</sup> GARCÍA MARTÍNEZ (n. 66), p. 304.

de cosa juzgada, vincula a todos los poderes públicos y produce efectos desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. En cambio, los procedimientos fenecidos mediante sentencia que goce de la condición de cosa juzgada y en los que se haya hecho aplicación de la ley<sup>76</sup> no son susceptibles de revisión, y, por consiguiente, los matrimonios celebrados son válidos.

Si la sentencia fuese desestimatoria vendría a confirmar la presunción de constitucionalidad de la norma, presunción que existe siempre y que sólo cabe destruir por la declaración expresa en contrario del Tribunal Constitucional.

El que se hayan promovido procedimientos de inconstitucionalidad no supone en modo alguno el no reconocimiento o la denegación de derechos a los homosexuales, si no que obedece exclusivamente a la necesidad de determinar la constitucionalidad o no de la ley y, por tanto, su validez. La sentencia habrá de pronunciarse necesariamente sobre si la supresión de la hasta ahora esencial naturaleza heterosexual del matrimonio vulnera o no la garantía constitucional recogida en el artículo 32 de la Constitución española. Y

“parece ineludible que el máximo interprete de nuestra Constitución tendrá que aclarar el concepto constitucional

<sup>76</sup> *Vide* artículos 38, 39 y 40 de la ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional..

del matrimonio y con ello qué elementos estructurales quedan bajo el paraguas de dicha garantía y cuales, por el contrario, son disponibles por el legislador”<sup>77</sup>.

Como se ha señalado,

“si la nueva ley no puede significar la extensión de la garantía constitucional del matrimonio al conformado por dos hombres o dos mujeres, nada impide que una nueva mayoría parlamentaria pueda derogar en un futuro la ley ahora aprobada”<sup>78</sup>.

La eventualidad de una tal situación, que no cabe descartar en términos absolutos, chocaría, sin embargo, con el rechazo del estamento homosexual afectado y con los defensores de lo políticamente correcto en detrimento de lo legal. Veremos lo que el futuro nos depara.

<sup>77</sup> GARCÍA RUBIO (n. 56).

<sup>78</sup> *Op. cit.* En sentido similar el *Dictamen del Consejo...* (n. 9), p. 44, apunta que “...el problema de la seguridad jurídica ofrece, además, otra vertiente que requiere la atención del legislador. La materia regulada por el Anteproyecto exige una especial estabilidad y certeza y, por ello, los pasos que en ella se den necesitan una especial firmeza, evitando avances y retrocesos por parte del legislador o cambios significativos derivados de legítimas opciones de política legislativa; por la misma razón, la constitucionalidad de las innovaciones legislativas que en esta materia se produzcan debe estar, en cada momento, fuera de toda duda”.

## IV. LA ADOPCIÓN

Otro aspecto muy controvertido de la ley, es el reconocimiento a los matrimonios homosexuales de la posibilidad de adoptar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 175.4<sup>79</sup> y 44.2, ambos del *Código Civil*, que así lo establecen con independencia del sexo de los contrayentes, esto es, ya sean del mismo o de diferente sexo<sup>80</sup>. De esta manera España, juntamente con Holanda, que exige que los adoptados tengan su residencia habitual en el país, y Bélgica que lo ha permitido en una ley posterior a la de los matrimonios homosexuales<sup>81</sup>, es una de las contadas naciones que admiten este tipo de adopción.

<sup>79</sup> Apartado modificado como consecuencia de la ley 13/2005, y que señala: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado”.

<sup>80</sup> La Exposición de Motivos de la ley 13/2005 hace una referencia muy sucinta a este tema: “En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción”.

<sup>81</sup> Como consecuencia de la ley de 20 de abril de 2006.

Sin embargo, lo cierto es que, con anterioridad a ley 13/2005, la adopción conjunta ya se les reconocía a parejas estables homosexuales constituidas en aquellas comunidades autónomas cuyas leyes de uniones estables lo permiten<sup>82</sup>. Razón por la cual, como se ha señalado resulta, verdaderamente,

“cuanto menos, contradictorio y cuestionable que se esté luchando contra el Proyecto de ley rechazando la inclusión en

<sup>82</sup> En Navarra la ley Foral 6/2000, de 3 de julio, permite la adopción en su artículo 8. En esta comunidad tuvo lugar la primera adopción por una pareja lesbiana de las hijas gemelas de su compañera que habían nacido como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida. Vide Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, “Adopción por homosexuales. Comentario al Auto del Juzgado de 1º Instancia Nº 3 (familia) de Pamplona. (22 de enero de 2004)”, en *Sepín* revista, Nº 33, familia, mayo 2004, p. 14 y ss. El País Vasco la regula en el artículo 8 de la ley 2/2003, de 7 de mayo. En Aragón, la ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre parejas estables no casadas no la permitió inicialmente, pero sí una ulterior modificación de la misma por la ley 2/2004, de 3 de mayo, que así lo vino a establecer en el artículo 10. En Cataluña, la ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, tampoco la preveía, pero sí posteriormente a raíz de la ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del *Código de Familia*, de la ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, y de la ley 40/1991, de 30 de diciembre, del *Código de Sucesiones* por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela, que ha modificado el artículo 115.2 del *Código de Familia*. Vide GARCIA RUBIO (n. 56), pp. 1.399 y 1.400.

el Código civil de la adopción conjunta por homosexuales cuando, al mismo tiempo, los Tribunales de diversas Comunidades Autónomas, en aplicación de sus propias normas, estén posibilitando tales adopciones, circunstancia a la que no podemos dar la espalda y que sin duda conforma la concepción actual de la familia<sup>83</sup>.

Como es sabido, en toda adopción ha de primar siempre el interés del menor, sobre cualquier otro, y no el de los adoptantes, pues la adopción no está concebida en nuestro ordenamiento como un instrumento de satisfacción de los deseos o aspiraciones de éstos, sino como una institución de protección de los menores. A tenor del artículo 176.1 del *Código Civil* se requiere la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Lo que permite preguntar si tal idoneidad se da en los matrimonios constituidos por personas del mismo sexo, ya que la comunidad científica –sicológicos, siquiátras y pediatras– está dividida en cuanto a las posibles consecuencias negativas que pueda generar la adopción por adoptantes homosexuales.

El Consejo de Estado ya advirtió en su dictamen que abrir la adopción a las matrimonios homosexuales era una cuestión muy debatida tanto en el ámbito interno como en el inter-

nacional, y que la opción a su favor debería venir avalada por informes o estudios con un análisis y tratamiento específico<sup>84</sup>.

El parecer del estudio del Consejo General del Poder Judicial se opone terminantemente a la misma y concluye que debe excluirse la adopción conjunta por homosexuales por ser contraria a la propia estructura y naturaleza de los vínculos que crea la adopción, y al interés del adoptando, que es el que preside la adopción<sup>85</sup>.

Mas, como la adopción por personas del mismo sexo ya estaba permitida con anterioridad por algunas comunidades autónomas que así lo habían establecido en su legislación para las parejas estables de homosexuales, creo que lo único que cabe hacer es asegurar que en cada adopción, sea cual sea la orientación sexual de quienes adoptan, prevalezca el interés del menor, pues los adoptantes carecen de derecho a adoptar, correspondiendo a los poderes competentes en materia de protección de menores desamparados, y finalmente a la autoridad judicial, examinar caso por caso si cada solicitud se adecua o no a dicho interés.

No obstante estar permitida la adopción para las parejas homosexuales en algunas comunidades autónomas, como acabamos de ver, y para los matrimonios de homosexuales en todo el territorio nacional

<sup>83</sup> Cfr. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (n. 73), p. 360.

<sup>84</sup> *Dictamen del Consejo...* (n. 9), pp. 38 y 39.

<sup>85</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (n. 43), p. 34.

a raíz de la entrada en vigor de la ley 13/2005, considero que, hoy por hoy, su número ha de ser forzosamente reducido, por cuanto que la mayoría de las adopciones son internacionales, y la legislación de mucho de los países con los que España tiene convenio de adopción no admiten la adopción por parejas o matrimonios homosexuales. Si bien no son descartables situaciones más o menos fraudulentas para obviar la prohibición, como sería el caso de la adopción por uno sólo de los cónyuges o convivientes, a la espera de la posterior adopción por parte del otro, al amparo del artículo 175.4 del *Código Civil* y de lo previsto al respecto por las diferentes leyes autonómicas en cuanto a parejas estables homosexuales.

Llama la atención que tampoco en esta ocasión se haya introducido en el artículo 175.4 del *Código Civil*<sup>86</sup> el contenido de la Disposición Adicional tercera de la ley 21/1987, de 11 de noviembre, que permite la adopción a las parejas heterosexuales que tengan una relación de afectividad análoga a la conyugal. Creo que éste

<sup>86</sup> Precepto que ha sido modificado por la ley 13/2005 y que regula la adopción sucesiva por el cónyuge del adoptante, así como que el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permita al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Supuestos que en la mayoría de los casos son redundantes, ya que si dos personas están casadas no es frecuente que adopten sucesivamente, sino que esta adopción tendrá lugar cuando se produzca un matrimonio posterior, y el otro cónyuge quiera y pueda adoptar a los hijos de su consorte, aunque éstos lo sean por naturaleza o por adopción.

hubiera sido el momento oportuno, pues con anterioridad no se hizo como hubiera sido procedente, en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del *Código Civil* y de la ley de Enjuiciamiento Civil.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como lamentablemente resulta habitual desde hace ya algún tiempo, tampoco en esta ocasión se ha recabado el parecer de la Comisión General de Codificación, que acaso podría haber dicho algo de interés sobre una modificación tan trascendental en una institución de tan relevante importancia como es el matrimonio. El hecho resulta suficientemente significativo y elocuente. Lo mismo sucedió con el caso omiso que se hizo del dictamen de nuestro máximo órgano consultivo, el Consejo de Estado, que, a pesar de no ser vinculante, aconsejaba regular las relaciones entre personas homosexuales mediante una ley de uniones estables. Peor acogida y mayor rechazo todavía, por parte del gobierno y del grupo parlamentario Socialista, concitó el estudio elaborado por el Consejo General del Poder Judicial<sup>87</sup>. Pareciera que cuando se

<sup>87</sup> Calificado por el diputado del PSOE Sr. Villarrubia Mediavilla de: "Informe no preceptivo, antirreglamentario y contra la Ley Orgánica del Poder Judicial, que entra no en la Administración de Justicia, sino en las razones de oportunidad de la ley y en la inconstitucionalidad, según dicen, cuando este Parlamento les ha mandado que no

está en posesión de la verdad todos los consejos huelgan y se convierten en monsergas. Habría sido necesario que el legislador hubiera rebatido, y, que yo sepa, no lo ha hecho, la contradicción advertida por el Consejo de Estado:

“Desde la perspectiva de la garantía institucional, debe

---

se pronuncien, pues no es su competencia sobre la constitucionalidad o la oportunidad política, que corresponde a la representación del pueblo, que es el Parlamento, que es este Congreso”. Cfr. B.O.C.G. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente*, año 2005. VIII Legislatura N<sup>o</sup> 78. Celebrada el jueves 17 de marzo de 2005. p. 3.787.

En relación con este asunto, el vocal del Consejo General del Poder Judicial REQUERO (n. 54), p. 6, matiza que el Consejo General del Poder Judicial tuvo oportunidad de informar sobre el proyecto de ley de modificación del *Código Civil* en materia de separación y divorcio “mientras que la prevista para posibilitar los matrimonios entre personas del mismo sexo se ha denegado. Tal decisión ha sorprendido a todos, literalmente a todos, pues –repito– por todos se daba por hecho que esta reforma debía ser informada por el Consejo. ¿Cuál ha sido el motivo? Evidentemente no las desatinadas razones defendidas tanto por el Ministerio como por ciertos vocales del propio Consejo, sino la sospecha de un informe desfavorable; no quiero dejar la ocasión de resaltar que esos vocales mismos apoyaron que el Consejo reclamase para informe textos que el anterior Gobierno o Parlamento no remitieron al Consejo. La diferencia es que entonces el Consejo lo acordó por unanimidad y ahora por mayoría, esto es, con su oposición. En definitiva, el buen hacer legislativo y las razonables relaciones institucionales quedan supeditadas a intereses mediáticos y de propaganda...”.

notarse el contrasentido que subyace al argumento de que para fortalecer la protección de los homosexuales deban ser incorporados a la garantía constitucional del artículo 32. Si el contenido de esa garantía queda en manos del legislador, la Constitución no ofrece garantía alguna; si, por el contrario, hay protección constitucional, el legislador tiene límites y no puede, por tanto, disponer libremente de la institución garantizada por la Norma Fundamental”<sup>88</sup>.

En mi opinión, la solución más acertada y menos conflictiva hubiera sido la aprobación por las cortes generales de una ley estatal sobre uniones de parejas estables homosexuales, con efectos análogos aunque no idénticos a los del matrimonio y excluida la adopción, ya que sobre este extremo las opiniones son contradictorias. Si bien en cuanto a esta última debe tenerse en cuenta lo que ya ha quedado dicho anteriormente en relación con las diferentes leyes de uniones estables de pareja aprobadas por diferentes comunidades autónomas, y que, claro está, viene a complicar la solución apuntada.

Se alcanzaría de esta manera una cuasiequiparación con los efectos reconocidos al matrimonio heterosexual que previsiblemente hubiera facilitado una razonable solución, aceptable por todos los grupos par-

---

<sup>88</sup> *Dictamen del Consejo...* (n. 9), p. 42.

lamentarios. Las diferencias entre la uniones estables y el matrimonio serían, por consiguiente, mínimas y, en todo caso, de poca monta. Sobre todo teniendo en cuenta que las uniones estables reguladas jurídicamente también han de carecer de impedimentos, reunir determinados requisitos para poder constituirse y han de cumplir, asimismo, pequeñas formalidades para su ruptura.

Por lo demás: “La remoción de toda discriminación por razón de la orientación sexual no requiere –como se afirma en el dictamen del Consejo de Estado– la inserción del nuevo modelo de pareja en la institución matrimonial”<sup>89</sup>. La promulgación de una ley uniforme de parejas estables hubiera satisfecho esta finalidad y puesto fin a la caótica y desigual situación jurídica actual en la que en unas comunidades existen leyes sobre uniones estables y en otras no, variando su regulación según se trate o no de comunidades de Derecho Foral.

Una solución de esta naturaleza tampoco perjudicaría el disfrute por las parejas estables de homosexuales de las prestaciones sociales reconocidas a la familia matrimonial, pues es sabido que

“el acceso a derechos y prestaciones sociales en cuanto uniones familiares no quedaría perjudicado por el hecho de que se les diera un cauce institucional distinto del matrimonio”<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> *Dictamen del Consejo...* (n. 9), p. 35.

<sup>90</sup> *Op. cit.*, p. 37.

Hubiera sido preferible por tanto, si-gue diciendo el Consejo de Estado,

“una acción gradual firmemente sustentada a un cambio traumático desprovisto de la necesaria seguridad y firmeza, aunque ello no suponga acoger en esta iniciativa el reconocimiento de ‘un derecho al matrimonio’ de las parejas homosexuales. Es especialmente significativo al respecto que, en los pocos ordenamientos europeos en que se ha llegado a soluciones análogas a las que ahora se propugna en el Anteproyecto, éstas han sido el resultado de una previa evolución por fases, que el legislador ha ido plasmando en etapas sucesivas”<sup>91</sup>.

La minoría mayoritaria socialista y los restantes grupos que apoyaron la apertura del matrimonio a las pa-

<sup>91</sup> *Dictamen del Consejo...* (n. 9), pp. 47 y 48. En términos parecidos se pronuncia el Estudio del Consejo General del Poder Judicial, pp. 37-38 : “(...) Cabe sostener que las necesidades jurídicas de esas personas que optan por llevar una vida en común sobre la base de una circunstancia subjetiva –su tendencia sexual– no pasa necesariamente por abrirles el instituto –el matrimonio– que tiene unos caracteres propios y genuinos –la heterosexualidad–, sino por indagar la posibilidad de crear una figura jurídica propia que satisfaga esas aspiraciones, pero sin alterar el contenido esencial del matrimonio, figura jurídica que se toma como término no ya de comparación sino como de solución o inclusión”.

rejas homosexuales desoyeron los mensajes del Consejo y en vez de seguir por esta línea de comedido talante optaron por la ruptura abrupta. Ahora, la decisión última está en manos del Tribunal Constitucional, al considerarse por una mayoría de juristas, entre los que me encuentro, y el principal partido de la oposición que esta Ley vulnera el artículo 32.1 de la Constitución Española.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Sin discriminaciones”, en *ABC*, 22 de enero de 2005.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, “Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto, 2005.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Matrimonio homosexual: hay derecho”, en *El País*, Madrid, 22 de abril de 2005.
- BERCOVITZ ROGRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “El matrimonio de los homosexuales”, en *Tribuna en Aranzadi Civil*, N° 15, diciembre de 2004.
- CARRIÓN OLMOS, Salvador, “Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio”, en *La Ley*, año XXVI, N° 6298, 19 de julio de 2005.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, “¿Es constitucional, hoy, el matrimonio “homosexual” (entre personas de idéntico sexo)?”, en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2005.
- ESPIN CANOVAS, Diego, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por O. Alzaga Villamil, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, tomo III.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Asunción, *El control de constitucionalidad de las leyes*, Lima, Jurista editores, 2005.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, *La modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, www.laley.net. 15 de noviembre de 2005.
- GARCIA RUBIO. M<sup>a</sup> Paz, *La adopción por y en parejas homosexuales*, libro-homenaje Dr. Lluís Puig i Ferriol, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2006.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen, “Adopción por homosexuales. Comentario al Auto del Juzgado de 1º Instancia N° 3 (familia) de Pamplona. (22 de enero de 2004)”, en *Sepin* revista, N° 33, familia, mayo 2004.
- NAVARRO VALLS, Rafael, “Donde una puerta se cierra, otra se abre”, en *El Mundo*, Madrid, 27 de diciembre de 2005.
- POUS DE LA FLOR, M<sup>a</sup> Paz, “La institución familiar en las parejas del mismo sexo”, en *La Ley*, N° 6.276, 17 de junio de 2005.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique José, “Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio”, en *Actualidad Civil*, N° 10, segunda quincena, mayo de 2005.
- REQUERO, José Luis, “Reformas del Código Civil al servicio de una empresa ideológica”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XV, N° 655, Thomson-Aranzadi, 2005.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo*

- sexo comentario al Dictamen*, www.laley.net, martes 18 de enero de 2005.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Alvaro, Entrevista en el diario *ABC*, 24 de abril de 2005.
- SERRANO ALONSO, Eduardo, *El nuevo matrimonio civil, estudio de las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código civil*, Madrid, Edit. Edisofer, 2005.
- SOLÍS VILLA, Ignacio, “Matrimonio y cuestión de inconstitucionalidad”, en *El Notario del siglo XXI*, Nº 3, ciudad, septiembre-octubre 2005.
- VALLADARES RASCÓN, Etelvina, “El derecho a contraer matrimonio y la Constitución”, en *Aranzadi Civil*, Nº 9, septiembre de 2005.