

## EL MATRIMONIO Y LAS UNIONES HOMOSEXUALES

Isabel Espín Alba\*

Universidade de Santiago de Compostela

### Resumen

En este artículo, la autora analiza la reforma del Código Civil español que posibilita el matrimonio homosexual, y defiende su constitucionalidad. Para ello, describe los principales modelos comparados, y los antecedentes legislativos en España.

### Abstract

In this article, the author analyzes the amendment of the Spanish civil code which legalizes the same-sex marriage, and she defends its constitutionality. For it, she describes the main models on comparative law, and the legislative antecedents in Spain.

**Keywords:** Same-sex marriage/Spanish same-sex marriage law/Spanish Civil Code.

**Sumario:** I. Consideraciones previas. II. La reforma del Código Civil en materia de contraer matrimonio. 1. Modelos de Derecho comparado. 2. El caso español: a) uniones homosexuales y regulación de las parejas de hecho. b) matrimonio transexual. III. Constitucionalidad del matrimonio homosexual.

### I. Consideraciones previas

La Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 solicitaba a la Comisión que presentase una Propuesta de Recomendación instando a los Estados miembros a poner fin a la prohibición de contraer matrimonio y a las restricciones a la posibilidad de ser padres, adoptar o criar niños, a las parejas del mismo sexo. A partir de entonces, muchos

---

*Recibido: 13/03/06. Aceptado: 10/05/06*

\* Titular de Derecho Civil

han sido los pasos seguidos por las diferentes sociedades que componen la Unión Europea, con avances y retrocesos, en la senda del reconocimiento del valor familiar de los grupos sociales formados alrededor de una unión homosexual.

La reciente reforma producida mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio pretende culminar ese proceso de reconocimiento en España, con la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la validez del matrimonio homosexual.

Tal opción legislativa ha provocado desde un primer momento un acalorado debate social, ideológico y jurídico, pues se trata de un terreno resbaladizo en el que argumentos de la más variada índole conviven y se ensamblan para justificar distintas sensibilidades. Asimismo, teniendo en cuenta que el proceso no ha terminado, pues incluso en el caso de que se rechace el recurso de inconstitucionalidad que se ha planteado ante la reforma, quedan muchos aspectos técnicos por regular, es conveniente determinar qué modelo de matrimonio y de familia ha sido desarrollado por el legislador ordinario, como mínimo para evitar contradicciones internas en el ordenamiento jurídico español.

El objeto del presente trabajo es describir el estado de la cuestión y dejar en todo caso apuntada mi opinión respecto de los cambios producidos en nuestra legislación matrimonial. Con todo, la perspectiva que pretendo dar a esta breve intervención<sup>1</sup> es poner de manifiesto que la evolución rupturista del alcance del derecho a contraer y no contraer matrimonio, así como de la institución matrimonial en sí misma en relación con el modelo matrimonial heredero de una visión *iusnaturalista*, no es algo tan reciente en nuestra realidad jurídica, y posiblemente queden todavía muchos aspectos por regular en aras de obtener un panorama jurídico más homogéneo, menos fragmentario, de la institución matrimonial.

---

<sup>1</sup> Estas reflexiones han nacido en medio de la controversia, en el marco del Ciclo de mesas redondas "Cambios legislativos y perspectiva de género: la situación de la mujer ante las recientes reformas legislativas en materia de familia y violencia contra las mujeres", organizadas por la Catedrática de Derecho Civil y experta en temas de Derecho de familia, María Paz García Rubio, y por Raquel Castillejo Manzanares, Titular de Derecho Procesal, y más concretamente de mi participación en la mesa dedicada al "Derecho a casarse y a no casarse: parejas de hecho y uniones homosexuales", celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, el día 9 de mayo de 2005.

En efecto, una de las innumerables críticas de política legislativa que se ha dirigido a la reforma es precisamente la irrupción abrupta de un nuevo modelo matrimonial y familiar en nuestro ordenamiento jurídico. Creo que esa afirmación que puede ser correcta desde una perspectiva social, pues en efecto muchos sectores de la sociedad española se vieron abrumados por la reforma, no lo es tanto desde la perspectiva de los especialistas en Derecho – especialmente en Derecho de familia-, que ya venían detectando desde hace algún tiempo cambios profundos en la institución matrimonial, a raíz de la evolución del concepto de familia. El matrimonio de los transexuales, la adopción por personas solteras, la regulación por legisladores autonómicos de efectos sucesorios y familiares (incluso la posibilidad de adoptar) a las uniones de hecho homosexuales, la legislación en materia de técnicas de reproducción asistida, no eran ignorados por los operadores jurídicos, que ya llevaban algún tiempo intentando encajar los datos de esos nuevos planteamientos jurídicos en el concepto de familia constitucionalmente protegida. Cosa distinta es que el rápido giro en la política legislativa podía haber sido más cuidadoso en muchos aspectos técnicos e incluso terminológicos, como a continuación y en este trabajo tendré oportunidad de manifestar.

En todo caso, es difícil compaginar la defensa de los derechos de minorías con la espera de una progresiva maduración que conlleve la aceptación social por las mayorías, de ahí que en muchos casos el Derecho se adelante a la completa maduración y la impulse. Creo que eso es lo que ha ocurrido con el matrimonio homosexual, en cuyo caso se ha elegido la oportunidad política del cambio, aprovechando la corriente marcada por los precedentes normativos y jurisprudenciales citados, eliminando algunas etapas en el proceso de maduración social.

Teniendo en cuenta que con dicha opción legislativa España se alinea con Holanda, Bélgica y Canadá, cabría preguntarse por qué se ha llegado a esta solución. En los países occidentales organizados jurídicamente a la luz de los principios universales de los derechos humanos, una vez superada (aunque muy recientemente) la cuestión de la libertad sexual, la problemática que se plantea es si debemos reconocer efectos jurídicos a las uniones homosexuales estables o si por el contrario procede desconocer su condición familiar. Si entendemos que una relación de afectividad estable compuesta por dos personas del mismo sexo puede ser considerada familia, pasamos a la pregunta de cuál es el modelo de reconocimiento para tales efectos jurídicos.

A pesar de los discursos críticos que han salido a la luz, con motivo de la modificación del Código Civil en materia de matrimonio, es indiscutible que la sociedad y el legislador español han superado hace mucho la primera fase, pues ya tienen más de veinte años las primeras reformas legales que empezaron a reconocer consecuencias jurídicas a las relaciones homosexuales. Pero queda por verificar cómo se ha pasado a la segunda fase de optar por la consideración matrimonial de las uniones homosexuales.

En el caso español, el paso a esa segunda fase del debate tiene una curiosa trayectoria, pues se ha anticipado en el ámbito autonómico, provocando un sistema complejo. Por consiguiente, no se puede afirmar que la reforma del Código Civil sea la primera vez que se opta por la protección del modelo de familia homosexual, pues ya lo habían hecho varias Comunidades Autónomas. En efecto, al estudioso foráneo que se acerque a los trabajos y opiniones surgidos a raíz de la reforma española, le puede desconcertar la discusión sobre la esencia misma (no las referidas a aspectos más formales y técnicos) de la institución familiar y de los peligros que ésta sufre, cuando en España, los homosexuales ya podían, por ejemplo, adoptar de manera individual, y como unión de hecho en Navarra, Aragón, País Vasco y Cataluña.

Ahora bien, a la vista del carácter fragmentario de las soluciones e incluso de la evidente deslealtad constitucional<sup>2</sup> que representa que en algunos territorios de España se reconozcan ciertos efectos a las uniones homosexuales y en otros no, era necesario ir a un modelo general para la protección de la familia surgida alrededor de dichas uniones. Y la reciente reforma del CC representa una opción por un modelo matrimonial.

¿Se podría haber elegido otro modelo? Es innegable que el matrimonio homosexual es un tema que provoca opiniones muy enfrentadas, y un difícil ensamblaje entre las distintas sensibilidades sociales, políticas y religiosas. España en ese sentido no tiene el monopolio de la perplejidad ante reformas que remueven conceptos socialmente conflictivos. Cada Estado, ante la decisión de reconocer efectos a estas uniones, ha buscado compaginar todos estos factores y evitar fracturas innecesarias, dando lugar a varios modelos jurídicos que más adelante perfilaré.

---

<sup>2</sup> Sobre el tema de la lealtad constitucional en sede de regulación de parejas de hecho, Vid. GARCÍA RUBIO, M.P., "Parejas de hecho y lealtad constitucional", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano*, Valladolid, 2005, p.p.35-63.

En el supuesto español, más allá de opiniones favorables o desfavorables al reconocimiento de efectos jurídicos de las uniones homosexuales a través del matrimonio, creo discutible que se pudiera hacer de forma distinta a la elegida, precisamente por nuestros precedentes legislativos autonómicos y judiciales.

Para desarrollar este planteamiento, propongo empezar por presentar la reforma, para a continuación preguntarme qué modelos de reconocimiento se podrían haber barajado, pues comparto la opinión de la Profesora García Rubio, según la cual en principio sería igualmente constitucional proteger la familia surgida de una relación homosexual a través del matrimonio como no hacerlo optando por otra vía de tutela<sup>3</sup>. Y, por último, después de describir el caso español, con una especial referencia al tratamiento jurisprudencial de la transexualidad, se analizará la constitucionalidad de la reforma.

## **II. La reforma del Código Civil en materia de contraer matrimonio**

La frágil Constitución Europea, en la senda de otros textos comunitarios e internacionales, deja a los Estados miembros la potestad de regular las condiciones de ejercicio del derecho a contraer matrimonio y del derecho de fundar una familia<sup>4</sup>. Y España, en la reciente reforma de su Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ha eliminado el requisito de la heterosexualidad que ha caracterizado hasta entonces el matrimonio civil. Así de sencillo y así de complejo a la vez.

El cambio esencial se hizo en la redacción del artículo 44 CC que ahora reza que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Asimismo, se ha llevado a cabo la modificación termino-

---

<sup>3</sup> M.P. GARCÍA RUBIO, “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, cit., especialmente nota 9.

<sup>4</sup> El art. II- 69 de la Constitución Europea, bajo el epígrafe “Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia” establece que “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

lógica de varios artículos en los que se sustituye las expresiones “marido” y “mujer” por la mención a los cónyuges o a los consortes<sup>5</sup>.

Cuando el 30 de junio de 2004 el Ministro de Justicia Juan Fernando López Aguilar anunció ante el Congreso de los Diputados la presentación de un Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil con el fin de lograr un matrimonio que alcanzara también las uniones homosexuales, se inició un fuerte debate, en más de una ocasión teñido por la visceralidad de las convicciones ideológicas o religiosas.

Técnicamente la solución elegida para dar respuesta a la histórica reivindicación de los colectivos homosexuales a sus deseos de una plena equiparación social y jurídica a las heterosexuales ha sido la expansión de la institución matrimonial a las uniones de personas del mismo sexo, teniendo como fundamento constitucional “la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2. y 10.1. de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1. de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución)”<sup>6</sup>.

En ese momento, al margen del debate social e ideológico surgido en la sociedad, hay un salto cualitativo en el mundo jurídico, en el iter prelegislativo a través de la elaboración de Informes como el “Estudio sobre la reforma del código civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo” del Consejo General del Poder Judicial o el Dictamen del Consejo de Estado de 16 de diciembre de 2004, y con la entrada en vigor de la reforma, por medio de la presentación por cincuenta y cinco diputados del PP de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra la reforma del Código Civil. Todo ello acompañado por varios estudios doctrinales – en su gran mayoría desfavorables a la reforma.

Los argumentos jurídicos más sólidos contrarios a la extensión de la institución matrimonial a las uniones de personas del mismo sexo se pueden

<sup>5</sup> En definitiva, se añade un segundo párrafo al art. 44, y se modifica la terminología en los arts. 66, 67, 154.1., 160.1., 154.1., 175.4, 178.2., 637.2., 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1365.2., 1404, y 1458.

<sup>6</sup> *Exposición de Motivos* de la Ley 13/2005.

resumir en las objeciones planteadas por el Consejo de Estado en el citado Dictamen, que informó críticamente acerca de la extensión del matrimonio a las parejas del mismo sexo, una vez que no lo exige expresamente la Constitución, y el mismo resultado de no discriminación se podría alcanzar por otras vías, esencialmente por el reconocimiento de una institución distinta del matrimonio. Asimismo, se pone de manifiesto una fuerte resistencia a la eliminación del requisito de la heterosexualidad como elemento conformador del matrimonio, acudiéndose de ese modo a la tesis de la defensa de instituto para justificar el veto a la entrada de las uniones homosexuales en el diseño jurídico de la institución matrimonial.

Como puse de manifiesto al principio de estas reflexiones, también es una constante en todos los niveles, la crítica a lo precipitado de la reforma, que a juicio de muchos debería recibir una tramitación más calmada y reflexiva, con el fin de madurar la idea de introducir un cambio tan radical en el régimen matrimonial español<sup>7</sup>.

Ante la procedencia y solvencia de los argumentos favorables y desfavorables conviene plantearse ¿cómo se llega a esta opción legislativa en la reforma?

### 1. Modelos de Derecho comparado<sup>8</sup>

Desde que, a finales de los años 80 se introdujo en Dinamarca la institución de las "parejas registradas" como reivindicación de los movimientos homosexuales, la evolución de la materia ha sido vertiginosa.

En líneas generales, se puede hablar de un *modelo escandinavo de parejas registradas* reservada a las parejas de personas del mismo sexo, a modo de institución paralela al matrimonio<sup>9</sup>, que proporciona la igualdad

<sup>7</sup> Asume y desarrolla la mayor parte de tales argumentos M.P.GARCÍA RUBIO, "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", en *La Ley*, 15 de noviembre de 2005, p.p. 1-5.

<sup>8</sup> En esta breve descripción de los modelos, he utilizado básicamente: Y.MERIN, *Equality for same-sex couples (the legal recognition of gay partnerships in Europe and The United States)*, Chicago, 2002, y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, 2004.

<sup>9</sup> Util para una visión comparada del modelo de parejas registradas, es el estudio K. WAALDIJK, *More or less together: levels of legal consequences of marriages, cohabitation and registered partnership for different sex and same-sex partners. A comparative study of nine European countries*, París, 2005.

de efectos personales y patrimoniales (tanto para las uniones homosexuales como para las heterosexuales, pero a través de dos instituciones distintas), aunque exceptúa la adopción, el acceso a técnicas de reproducción asistida y la atribución de la patria potestad. Es el modelo adoptado por Dinamarca (1989), Noruega (1993), Suecia (1994)<sup>10</sup>, Islandia (1996) y Finlandia (2001).

Recientemente, también el Reino Unido ha adoptado un sistema de *civil partnership* que permite la inscripción de parejas homosexuales en un Registro, con el fin de adquirir derechos y deberes similares a las parejas heterosexuales casadas, como el beneficio de pensiones, el reconocimiento de la sucesión intestada, y medidas de protección contra la violencia doméstica. Asimismo, y en el marco de la *Adoption and Children Act 2002* (que entró en vigor el 30 de diciembre de 2005), las uniones del mismo sexo, registradas o no, pueden adoptar conjuntamente.<sup>11</sup>

En el caso de Alemania, la Ley de 16 de febrero de 2001 introdujo la institución de la "pareja registrada" limitada a parejas del mismo sexo, que establece derechos y deberes análogos a los del matrimonio, pero se aleja de esa institución, pues las parejas registradas no pueden adoptar conjuntamente a niños ni se les reconocen derechos conjuntos respecto a los hijos comunes concebidos mediante técnicas de reproducción asistida. Con todo, en aras de reconocer una realidad sociológica de convivencia de menores en familias construidas en torno a una relación estable homosexual, el legislador se ha ocupado del supuesto en que la pareja convive con los hijos habidos por uno de sus miembros de una relación anterior, en cuyo caso, el miembro no progenitor tiene algunos poderes de codecisión (relacionados con cuestiones de administración gestión ordinarias de la vida del niño) e incluso la posibilidad de derechos de visita para el miembro no progenitor en caso de disolución de la pareja.

Coherente con el modelo descrito, la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 4 de octubre de 1993 en el recurso constitucional de

---

<sup>10</sup> En un primer momento, Suecia también limitaba la posibilidad de adopción, pero en el año 2002 se han eliminado las restricciones para la adopción de menores y la atribución de la custodia conjunta.

<sup>11</sup> La expansión del modelo unión civil ("mismos efectos del matrimonio, salvo la adopción") es notorio. Cfr. su introducción, entre otros, en Suiza, el 10 de junio de 2004, Eslovenia, el 22 de junio de 2005, la República Checa el 15 de marzo de 2006.

queja contra una sentencia del Tribunal Supremo de Baviera, mantiene que es nota esencial del matrimonio la diferencia de sexos, y en consecuencia no se puede inferir un derecho a contraer matrimonio, si es con persona del mismo sexo, del art. 6-I, ni del 2-I en relación con el 1-I, ni del 3-I de la Ley Fundamental; aunque según Sentencia del mismo Tribunal de 17 de julio de 2002, ante el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a referida la Ley de 16 de febrero de 2001, entiende que la protección del matrimonio no impide la atribución de derechos y deberes análogos a las parejas homosexuales registradas.

Hasta aquí, ejemplos de una institución creada *ad hoc* para dar a las uniones homosexuales efectos similares al matrimonio. Se puede hablar, por otro lado, de un modelo *institucional* abierto a todas las parejas, con independencia de su orientación sexual, pero con un contenido inferior al matrimonio. Aquí entrarían legislaciones sobre parejas de hecho, como las adoptadas por algunas Comunidades Autónomas en España, pero también tiene lugar fórmulas como el pacto civil de solidaridad francés (*pacs*), definido en el art. 515.1. del *Code* como “un contrato concluido por dos personas físicas mayores, de sexo diferente o del mismo sexo, a fin de organizar su vida en común”. Está abierto a todas las parejas, no relacionadas entre sí por afinidad o consaguinidad, y tampoco los colaterales hasta el tercer grado ni a las personas casadas o vinculadas a otro *pacs*. Genera una serie de obligaciones entre las partes contratantes, pero no da lugar a derechos sucesorios entre los miembros, siendo necesario nombrar a la pareja heredera en testamento, en cuyo caso la Ley prevé reducciones en el impuesto de sucesiones.

El caso norteamericano, si bien no pueda definirse como modelo, ya que precisamente se caracteriza por la complejidad de una jurisprudencia que en algunos Estados reconoce el matrimonio entre homosexuales mientras en otros lo prohíben<sup>12</sup>, sí nos puede aportar algunos datos a tener en cuenta en el análisis de la evolución en el panorama jurídico español. Así, por ejemplo, es curioso observar como muchos Tribunales americanos en las últimas décadas han ido expandiendo el concepto de familia para reconocer el derecho de adopción a las parejas homosexuales, así como para solucionar conflictos de custodia o de ejercicio de poderes inherentes a la patria

---

<sup>12</sup> M.P. GARCÍA RUBIO, “La modificación del Código Civil...”, cit. p.2.

potestad; y que precisamente a partir de dicha ampliación del concepto de familia se empieza a legislar sobre el matrimonio homosexual<sup>13</sup>.

Por último, Holanda, Bélgica y Canadá han optado por el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales. En efecto, en Holanda la Ley 9/2001 amplía el matrimonio a las personas del mismo sexo<sup>14</sup>, a igual que la Ley belga de 13 de febrero de 2003 de modificación del Código civil o la canadiense Ley de Matrimonio Civil (Ley C-38), de 20 de julio de 2005<sup>15</sup>.

## 2. El caso español

### a) Uniones homosexuales y regulación de las parejas de hecho

En España el hito histórico en la regulación de los efectos jurídicos de las uniones homosexuales lo encontramos en la legislación autonómica sobre parejas de hecho.

Cómo en su momento recogió LLEBARÍA SAMPER “no se oculta que el reconocimiento jurídico pleno de la unión homosexual pase antes por el reconocimiento social más allá del simple respeto”<sup>16</sup>; por lo tanto, no resulta extraño que la evolución del reflejo normativo de dicho reconocimiento haya sido fragmentario y algo caótico, a la vista de la pluralidad de modelos y soluciones que podemos encontrar dentro de un ordenamiento de naturaleza plurilegislativa como es el español.

En una primera etapa de la introducción de la problemática de las parejas de hecho en nuestro ordenamiento, también se planteó la exclusión de las uniones homosexuales. Así, en ese punto inicial de la evolución legislativa GALLEGO DOMÍNGUEZ centraba su estudio en las parejas de hecho heterosexuales, pues “la pareja de hecho en cuanto unión de personas a modo de matrimonio, requiere como éste, la diversidad de sexo. Si se parte de una similitud, al menos material, entre unión de hecho y matrimonio, debemos partir del carácter heterosexual de la pareja de hecho”<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Dibuja esta evolución Y.MERIN, *op.cit.*, p.p.177-236.

<sup>14</sup> En un primer momento, Holanda adoptó el sistema de parejas registradas.

<sup>15</sup> Al tiempo de la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil, el matrimonio homosexual ya estaba admitido en casi todas las provincias canadienses.

<sup>16</sup> S. LLEBARÍA SAMPER, *Hacia la familia no matrimonial (presente y futuro en el Derecho civil catalán)*, Barcelona, 1997, p. 91.

<sup>17</sup> I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Córdoba, 1995, p. 50. Aunque el mismo autor afirme que al menos para los efectos patrimoniales

Con todo, teniendo en cuenta que la regulación de las uniones de hecho trata de modelos de convivencia presididas por la *affectio maritalis*<sup>18</sup> y la voluntad de formar un núcleo familiar, poco a poco se fueron introduciendo matices, y se ha aceptado que tales uniones podían formarse por personas del mismo sexo. El punto de partida es la idea de que con independencia de la orientación sexual de la pareja, el art. 32 CE “al prever el derecho a contraer matrimonio, también prevé el derecho a no contraerlo, lo que no afecta al derecho que todo hombre y toda mujer tienen de constituir, mediante una unión efectiva y estable, una comunidad de vida que, con o sin hijos, suponga la creación de una familia”<sup>19</sup>.

De la legislación autonómica de parejas de hechos, se puede destacar:

*Cataluña*: Ley 10/1998, de 15 de julio, aplicable a uniones estables heterosexuales y homosexuales. En el capítulo dedicado a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad en escritura pública conjunta de acogerse a la norma, se fijan unos requisitos personales que imposibilitan constituir tales uniones a los menores, a las personas ligadas por un vínculo matrimonial, a las personas que forman pareja estable con otra persona así como a los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y a los colaterales por consanguinidad o adopción dentro del segundo grado. Sólo las parejas homosexuales tienen efectos sucesorios, y se admite la adopción conjunta en cualquier caso<sup>20</sup>.

*Aragón*: Ley 6/1999, de 26 de marzo. Regula la convivencia de parejas de distinto y del mismo sexo, pues se aplica a las personas mayores de

---

ciertamente “las soluciones que se basen en la convivencia y en la estabilidad y singularidades deberían extenderse a ambos tipos de parejas” (*op.cit.*, p. 53).

<sup>18</sup> La referencia a la *affectio maritalis* para modalizar la voluntad de formar un núcleo familiar es importante, pues algunas normas autonómicas regulan situaciones de convivencia que no guardan similitud con el matrimonio, y así por ejemplo Cataluña regula en dos leyes situaciones de convivencia no presididas por la *affectio maritalis*. Concretamente la Ley 19/1998, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua y la Ley 22/2000, de acogida de personas mayores.

<sup>19</sup> Exposición de Motivos de la Ley balear de parejas estables (Ley 18/2001, de 19 de diciembre).

<sup>20</sup> En la redacción originaria, la posibilidad de adopción conjunta se limitaba a las parejas heterosexuales. La extensión a las uniones de personas del mismo sexo se lleva a cabo por la Ley catalana 3/2005, de 8 de abril.

edad que formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal. Prevé la posibilidad de que la pareja regule los efectos personales y patrimoniales de la relación en un acuerdo plasmado en escritura pública, pero a falta de pacto establece una serie de derechos y obligaciones. Las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente<sup>21</sup>.

*Navarra:* Ley Foral 6/2000, de 3 de julio. Mediante una declaración de voluntad expresada en documento público, se pueden inscribir parejas estables, con independencia de su orientación sexual. En caso de fallecimiento de un miembro de la pareja, el superviviente se equipara a efectos sucesorios al cónyuge viudo. Establece que los miembros de la pareja estable pueden, independientemente de que se trate de parejas heterosexuales u homosexuales, adoptar conjuntamente con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio<sup>22</sup>.

*Baleares:* Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables. El Preámbulo de la Ley afirma su intención de eliminar la discriminación por la orientación sexual, de modo que se aplica a parejas homosexuales y heterosexuales, y establece unos derechos mínimos, irrenunciables. No regula la adopción.

*País Vasco:* Ley de 23 de mayo de 2003. Es un tipo de pareja registrada que puede regular por pacto los efectos de la relación, y que para la ausencia de acuerdo establece unas cláusulas generales. Permite el acogimiento y la adopción de menores de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio.

#### b) Matrimonio transexual

Cuando se habla del impacto del transexualismo en la evolución del moderno derecho de familia, se está dando entrada a una de las cuestiones más dramáticas desde el punto de vista humano, como puede ser la desconexión entre el sexo aparente de una persona y su percepción interior<sup>23</sup>. A

<sup>21</sup> En un principio sólo podían adoptar los heterosexuales, pero la Ley 2/2004, de 3 de mayo, ha extendido esta posibilidad a todas las parejas estables no casadas.

<sup>22</sup> Cfr. Auto JPI núm. 3 de Pamplona, de 22 de enero de 2004, favorable a la adopción por la conviviente del mismo sexo que la madre, comentado por M.P. GARCÍA RUBIO, en "La adopción por y en las parejas homosexuales", en *Libro Homenaje a Puig Ferriol* (en prensa).

<sup>23</sup> Por su amplitud, vid. el estudio de C. GÓMEZ LAPLAZA, "Transexualidad", en *Aranzadi civil*, núm. 1, 2004 (BIB 2004\248).

pesar de tratarse de un colectivo reducido, las soluciones jurídicas ofrecidas a esta problemática, desde el prisma de la libertad de desarrollo personal de los individuos recogida en el art. 10 CE, han dado lugar a consecuencias que facilitaron la rápida “desestructuración” del concepto tradicional de matrimonio<sup>24</sup>.

En su artículo “El matrimonio es heterosexual” - un elaborado estudio de defensa de la concepción heterosexual del matrimonio - el Profesor ARECHEDERRA ARANZADI de una forma muy crítica reconocía que “el matrimonio entre personas del mismo sexo biológico es ya una realidad entre nosotros”, pues a partir de la RDGRN de 8 de enero de 2001 se admite la validez “de un matrimonio en el que la heterosexualidad era meramente registral, no biológica”. Y recuerda que “las cosas no surgen de un día para otro. El camino está ya muy trillado. Por así decirlo, parece que sólo falta una vuelta de tuerca para que entre nosotros quede ubicado el matrimonio homosexual”<sup>25</sup>.

Más contundente es AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ que en la búsqueda de argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, se encuentra con la resistencia del Tribunal Supremo a la hora de reconocer el *ius conubi* de los transexuales, por considerar que a pesar de los cambios de apariencia siguen teniendo el mismo sexo cromosómico, lo cual permite a la autora afirmar que “de seguir las cuestionables opiniones esgrimidas entonces por nuestro más alto Tribunal, ya existirían matrimonios entre personas del mismo sexo en nuestro ordenamiento, incluso antes de proceder a la reforma del Código civil”<sup>26</sup>.

Pero, veamos como se llega a esta ruptura del concepto tradicional de matrimonio.

La LO 8/1983 supuso la despenalización de las cirugías de cambio de sexo, y ha abierto las puertas a las terapias hormonales y quirúrgicas

<sup>24</sup> Ya en su monografía de 1997, S. LLEBARÍA SAMPER se preguntaba “si nuestros Tribunales acaban reconociendo cierta eficacia a lo que - según se alega - son apariencias o ficciones (jurisprudencia sobre transexualismo), ¿por qué negar lo que es una evidente realidad (la unión homosexual)?” (*op.cit.*, p. 95).

<sup>25</sup> L. ARECHEDERRA ARANZADI, “El matrimonio es heterosexual”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 658, 2005 (BIB 2005\510).

<sup>26</sup> C. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm.3, 2005, p. 360.

de reasignación de sexo, que pronto tuvieron como consecuencia la solicitud de normalización de las situaciones de apariencia resultado de procesos médicos y psicológicos de cambio de sexo. El Tribunal Supremo, a partir de 1987 ha resuelto en sentido favorable diversos recursos de casación en los que un transexual, siempre varón, pretendía la rectificación de la mención de sexo en la inscripción de nacimiento del Registro civil, y el consiguiente cambio de varón por el de hembra.

Tal jurisprudencia se ha cimentado sobre la teoría de la ficción para admitir la rectificación del nombre y del sexo en el Registro Civil<sup>27</sup>. Asimismo, se condiciona la rectificación a la cirugía completa de cambio de sexo – STS de 6 de septiembre de 2002<sup>28</sup>-, pues no se quiere dejar a la voluntad del simple cambio de nombre la drástica consecuencia de la reasignación de género<sup>29</sup>.

Ahora bien, todo ello sin extender la rectificación registral más allá de una constatación del cambio físico que genera una apariencia, ya que, en palabras del propio Tribunal, dicha apariencia no implica un cambio en el sexo biológico o cromosómico del individuo. En consecuencia, aunque *obter dicta*, se han establecido restricciones al transexual a los efectos de determinados actos o negocios dentro de su nuevo sexo legal, como el matrimonio con persona de distinto sexo registral. De ese modo, a la pregunta de si el cambio de apariencia es suficiente para considerar que tales parejas cumplen con el requisito de la heterosexualidad, el Tribunal Supremo ha ofrecido una respuesta negativa<sup>30</sup>. Así las SSTS de 2 de julio de 1987, de 15 de julio de 1988, de 3 de marzo de 1989, y del 19 de abril de 1991<sup>31</sup> se refieren a la nulidad del matrimonio de un transexual y otra persona de su mismo sexo cromosómico, sin perjuicio de la rectificación registral.

<sup>27</sup> La STS de 2 de julio de 1987 argumenta que “será una ficción de hembra, si se quiere, pero el Derecho también tiende su protección a las ficciones. Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracterologías psíquica y emocional propias de este sexo”.

<sup>28</sup> RJ 7180.

<sup>29</sup> Doctrina acogida, en un primer momento, por la DGRN en Resoluciones como la de 2 de octubre de 1991 (RJ 8611).

<sup>30</sup> En una línea similar se ha pronunciado el TC en el Auto 222/1994, de 11 de julio, que denegó la petición de un transexual relativa a una pensión de viudedad.

<sup>31</sup> RJ 5045, RJ 5722, RJ1993 y RJ2725, respectivamente.

En la doctrina jurisprudencial expuesta, se puede detectar el temor del Alto Tribunal a que una eventual autorización del matrimonio del transexual pudiese abrir una puerta al matrimonio homosexual<sup>32</sup>. En esa misma línea, varios autores propugnaron la regulación jurídica de la transexualidad, tomando cualquiera de los modelos comparados, para evitar que el tema se trasladara a la esfera de la homosexualidad. Pero no hubo sensibilidad política y jurídica suficiente para dar una solución y sacar adelante una Ley sobre el derecho a la identidad sexual<sup>33</sup>.

Pero el panorama ha cambiado pronto y ha sido fundamental el camino marcado por la jurisprudencia del TEDH<sup>34</sup>. En los Tribunales españoles, el

<sup>32</sup> En este punto, no está de menos recordar que la admisibilidad del matrimonio homosexual ha corregido, en cierta medida esta disfunción, aunque esta afirmación debe ser matizada, pues en ciertos aspectos sigue siendo necesaria una regulación de la identidad de género. Si bien se trata de un tema ajeno a este trabajo quiero señalar que se ha generalizado el entendimiento de que con la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 44 CC el tema del matrimonio transexual se hace irrelevante [M.J.MORO ALMARAZ e I. SÁNCHEZ CID, *Lecciones de Derecho de Familia*, 2ª ed., Madrid, 2005, p.p. 77 y 78], salvo en que "la falta de información a la otra persona con la que se contrae matrimonio acerca de la circunstancia de la transexualidad sí puede tener consecuencias jurídicas (a los efectos de la emisión y validez del consentimiento matrimonial) [M.C.GETE-ALONSO Y OTRAS, *Derecho de familia*, Barcelona, 2005, p. 114]. Ahora bien, ello no significa que los colectivos transexuales en España abandonen su reivindicación de contar con un estatuto propio, pues son muchos los diagnosticados con trastornos psicológicos derivados de la transexualidad y que no han llevado a cabo la cirugía completa, que al día de hoy es condición necesaria para el cambio registral. Sería interesante al menos plantearse la cuestión de tratar el tema de acuerdo con la solución alemana, pues como afirma, J.A. FERNÁNDEZ CAMPOS, "Matrimonio civil: heterosexualidad jurídica o biológica (La posibilidad del transexual de contraer matrimonio con arreglo a su nuevo sexo jurídico)", en *Uniones de hecho* (ed. J.M. Martinell y M.T. Areces Piñol), Lleida, 1998, p. 199, "no ha de ser la intervención quirúrgica la causa que determine el cambio de sexo, sino al contrario ha de ser la consecuencia, es decir, una vez diagnosticado el transexualismo genuino y aprobada la terapia (que implicará, además de una primera fase psicológica, otra segunda hormonal y otra última quirúrgica) se debe apoyar ese tratamiento con un cambio registral del sexo que permita a la persona su integración en la sociedad, contribuyendo a que puedan desempeñar socialmente su rol adecuado, y que lo ayude a una equilibrada autoidentificación". En un mismo sentido de necesidad de una ley de identidad sexual, N. PÉREZ CÁNOVAS, "El matrimonio homosexual", *Actualidad Civil*, núm. 20, 2005, p. 4. En suma, creo que sigue siendo necesaria en la medida en que para proceder al cambio de mención registral todavía se viene exigiendo por la jurisprudencia la cirugía [Cfr. STS 6 de septiembre de 2002 (RJ 2002\7180), así como SAP Madrid de 23 de diciembre de 2004 (AC 2005\109) y SAP Asturias de 30 de septiembre de 2003].

<sup>33</sup> En esa línea iba la Proposición de Ley sobre el "Derecho a la identidad sexual", presentada en el 2001 por el Grupo Socialista y que no prosperó (BOCG, Serie B, 23 de marzo de 2001).

<sup>34</sup> Materiales para una comprensión más adecuada del impacto de los argumentos del TEDH, en la evolución de la cuestión en M. ELÓSEGUI ITXASO, *La transexualidad (Jurisprudencia*

cambio tuvo comienzo con la SJPI núm. 7 de Lleida de 21 de septiembre de 1999 y el Auto del JPI Málaga-Melilla de 10 de enero de 2000<sup>35</sup>, que han admitido la validez del matrimonio transexual; línea consagrada en la doctrina de la DGRN en las Resoluciones del 8 y 31 de enero de 2001<sup>36</sup>, y más recientemente las de 24 de enero<sup>37</sup> y 29 de julio de 2005<sup>38</sup>. Por su importancia, cabe también mencionar la STSJ de Las Palmas de Gran Canaria (Sala de lo Social) de 7 de noviembre de 2003, que concede la pensión de viudedad a favor de un transexual que no pudo contraer matrimonio con el fallecido por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo; admitiendo de ese modo, la posibilidad del matrimonio transexual como consecuencia de la rectificación registral del sexo; doctrina que vuelve a plasmarse en la SJS de Palma de Mallorca (núm.3), de 26 de enero de 2006.

### III. Constitucionalidad del matrimonio homosexual.

Creo indiscutible, como explica POLO SABAU<sup>39</sup> que el constituyente no pensó en abrir las puertas al matrimonio homosexual, y sería ingenuo, en una interpretación historicista, imaginar un proceso constituyente que

---

*y argumentación jurídica*), Granada, 1999; E. ROCA, *Familia y cambio social: (de la "casa" a la persona)*. Madrid, 1999, p.p. 108 y 109; J. NANCLARES VALLE, "Comentario a la STS de 6 de septiembre de 2002: una recepción incompleta de la nueva doctrina del TEDH en materia de transexualidad", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional (Estudio)*, núm. 12, 2003, (BIB 2003\1015).

<sup>35</sup> El punto de partida en la superación de este criterio tal vez esté marcado por el Auto dictado por Encargado del Registro Civil de Alicante, con un informe favorable del Ministerio Fiscal, que en diciembre de 1993 autorizó el matrimonio de un transexual. En la doctrina ya se empezaba a poner de manifiesto la necesidad de regular la problemática transexual, y de la posible vulneración del art. 10 CE que consagra el principio de libre desarrollo de la personalidad. Cfr. J.A. FERNÁNDEZ CAMPOS, loc.cit. p.p.187-199.

<sup>36</sup> RJ 2568, RJ 2569, RJ 1954, respectivamente.

<sup>37</sup> JUR 2005\1954.

<sup>38</sup> JUR 2005\184678. En este supuesto me parece fundamental el argumento de la incorporación de la autorización del matrimonio de un transexual al "orden público español", en concreto se afirma que «no es menos cierto que la aplicación de la ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales y básicos e irrenunciables del Derecho español. Pues bien, es claro que es un principio básico e irrenunciable del Derecho civil español la posibilidad de "cambio de sexo" de las personas, de modo que por indicación de la misma Constitución Española de 1978, que protege el "libre desarrollo de la personalidad", todo sujeto, sea español o extranjero, debe tener la posibilidad de cambiar de sexo».

<sup>39</sup> J.R. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Madrid, 2006, p.p. 48, 66 y 67.

se enfrentaba a hitos tales como la separación Iglesia y Estado, la introducción de la indisolubilidad del vínculo, la igualdad entre hombre y mujer, la equiparación entre hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, fuera a pensar en la posibilidad de un matrimonio homosexual<sup>40</sup>. Pero lo cierto es que no lo prohibió expresamente, tal vez por no considerarlo necesario, pues era "obvio" que la "naturaleza" de la institución no lo permitía.

En 1996, y ante la literalidad del texto constitucional, PÉREZ CÁNOVAS se lamentaba de la escasa defensa del reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de las parejas homosexuales, ante una Constitución cuya literalidad no presentaba ningún impedimento para su reconocimiento, y afirmaba que "pese a todo este gran esfuerzo por sabotearlos y así minar sus efectos, la Constitución se ha convertido en el principal valedor de las reivindicaciones igualitarias de los homosexuales, en una apuesta de futuro, y al tiempo en un obstáculo insalvable para los que – a contracorriente – aún se resisten a elaborar discursos coherentes con las proclamas de libertad, igualdad, pluralismo y justicia, presupuestos de la dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que sin ambages consagra nuestra Norma Suprema"<sup>41</sup>. El mismo autor, conciente de que su postura era minoritaria, y de que ciertamente el constituyente no tuviera presente la eliminación del requisito de la heterosexualidad del matrimonio civil, sin embargo se congratulaba de que a pesar de todas las corrientes conservadoras en la redacción del art. 32.1. CE «felizmente el resultado ha sido otro y la redacción del artículo 32.1. no se interpone "irremediamente" a una interpretación más respetuosa con el potencial de libertad, igualdad, justicia y pluralismo que encierra nuestro orden constitucional, y que es de esperar alcance su completo desarrollo acabando con la injustificable segregación de las que son víctimas las minorías homosexuales, a las que aún se les sigue negando el pleno reconocimiento de los derechos civiles, y entre ellos el acceso al matrimonio con una persona de su mismo sexo»<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Máxime si tenemos en cuenta que la homosexualidad estaba penalizada. Después de la consagración del principio de igualdad y de no discriminación por razón de la orientación sexual, el Decreto-Ley de 11 de enero de 1979, modificó la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social para excluir los homosexuales de su ámbito de aplicación, y por otro lado el CPde 1983 eliminó la figura del escándalo público del art. 431.

<sup>41</sup> N. PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad (Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español)*, Granada, 1996, p. 107.

<sup>42</sup> N. PÉREZ CÁNOVAS, *op.cit.*, p. 120. En la misma línea, aunque partidario de una figura asimilada al matrimonio, P.A. TALAVERA FERNÁNDEZ, "La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España", en *La Ley*, 2001, p. 5.

Consecuentemente, unido a la literalidad del precepto es preciso tener en cuenta, según marca la propia Exposición de Motivos de la Ley, que «la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución), y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta».

Además de esa visión literal del art. 32 CE, y sistemática de los preceptos constitucionales, una interpretación más elaborada de la evolución social de la institución matrimonial y del propio concepto de familia permite abogar por la constitucionalidad de los matrimonios homosexuales<sup>43</sup>. Incluso el tantas veces citado Auto 222/1994, de 11 de julio que mantiene la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, lo hace sin cerrar las puertas a un cambio de opción legislativa, pues como bien pone de manifiesto AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, hace referencia a “tal como prevé nuestro Código civil en el artículo 44”, de modo 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>44</sup>.

Por lo tanto, si se trata de una cuestión de política legislativa, ¿por qué no? VALLADARES RASCÓN, en mi opinión de una manera acertada, trae a colación un argumento básico: “al igual que un ordenamiento jurídico

<sup>43</sup> No hay nada que prohíba expresamente tal opción legislativa. En ese sentido, conviene traer a colación una vez más el artículo II-69 de la Constitución Europea que establece que «Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio», dejando, por lo tanto, a los Estados miembros la facultad de legislar en esta materia.

Estudiando el argumento de una visión más actualizada de la institución, G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA se refiere a “su única posible constitucionalidad mediante una más que discutible interpretación sociológica correctora del art. 32 CE, ante la intencionada neutralidad del art. II - 69 C.Europea”, en <¿Es constitucional, hoy, el matrimonio “homosexual” (entre personas de idéntico sexo)?>, en *Revista de Derecho Privado*, 2005, p. 42.

<sup>44</sup> C. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, loc. cit., p. 355.

puede prohibir, por razones racistas (otra cosa es que la exclusión no sea reconocida por el Derecho internacional) que dos personas de diferente sexo y raza contraigan matrimonio, no se puede excluir que un ordenamiento llame «matrimonio» a la unión de dos personas del mismo sexo, en reconocimiento del derecho a la igualdad y a la dignidad de la persona de los homosexuales”.<sup>45</sup>

Pero, debemos volver a los planteamientos críticos, pues se trata de la postura doctrinal mayoritaria. ¿Es constitucional el matrimonio homosexual? El punto de inflexión está en la denominada garantía de la institución matrimonial, pues incluso reconociendo la amplitud de las opciones legislativas en el desarrollo de la reserva de ley, esta doctrina constitucional mantiene que el legislador ordinario no puede desdibujar las características esenciales de la institución haciéndola irreconocible.

En ese sentido, la constitucionalidad de la reforma ha sido puesta en entredicho pues el art. 32 CE refleja una garantía institucional del matrimonio, es decir, el precepto constitucional se refiere a una “institución social garantizada por la Constitución”<sup>46</sup>, según mantiene el Dictamen del Consejo de Estado del 16 de septiembre de 2004, el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de enero de 2005, el Informe de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación<sup>47</sup>, y en la doctrina, entre otros, GARCÍA RUBIO<sup>48</sup>.

Rasgarse las vestiduras y agarrarse de una manera tan estricta a la “defensa del instituto” en una institución como el matrimonio no se sostiene fácilmente, pues estamos ante una de las realidades sociológicas y jurídicas que más cambios estructurales ha sufrido a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. La caída de la autoridad marital, la igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, biológicos y adoptivos, el abandono de la indisolubilidad, el paso de una separación/divorcio causal a un sistema voluntarista de ruptura del vínculo, la aceptación del matrimonio de los transexuales, y ahora la apertura de la institución a las uniones homosexuales, en un espacio de aproximadamente treinta años hace difícil mantener la inalterabilidad esencial de la figura.

<sup>45</sup> E. VALLADARES RASCÓN, “El derecho a contraer matrimonio y la Constitución”, en *Aranzadi Civil*, núm. 9, 2005, en BIB 2005\1388.

<sup>46</sup> STC 184/1990, FJ 3º.

<sup>47</sup> Se puede consultar en <http://www.unav.es/civil/nsd/nosindebate/mhinformativo.doc>.

<sup>48</sup> M.P. GARCÍA RUBIO, “La modificación del Código Civil...”, cit..

No nos olvidemos de que muchos de los argumentos de la defensa de instituto aparecen a lo largo del periplo de la inclusión de la indisolubilidad del matrimonio como elemento de la institución civil. En efecto, no está de menos recordar que la Ley Provisional del Matrimonio Civil de 1870 adoptó el modelo napoleónico del matrimonio civil obligatorio, pero con la nota de indisolubilidad. A pesar de la constitucionalización del divorcio por la República en 1931, su abolición por la Ley de 23 de diciembre de 1939 inauguró un período de perpetuación del matrimonio que se mantuvo hasta la CE de 1978, y la consecuente Reforma del CC de 1981<sup>49</sup>. Hasta entonces el matrimonio "reconocible" era el indisoluble.

En suma, a pesar de los cambios inevitables en su perfil, como la inclusión en la legislación ordinaria hace tan solo diecinueve años de la disolución del vínculo o más recientemente la admisión del derecho a contraer matrimonio de los transexuales con persona de distinto sexo biológico, el matrimonio sigue siendo una institución básica, ahora reconocible con otros rasgos.

Por otro lado, quisiera poner de manifiesto que a pesar de los vaticinios de "destrucción de la familia", la sociedad se sigue organizando sobre parámetros familiares, en la mayor parte de los casos, de naturaleza matrimonial, pero no necesariamente; y no creo que la apertura del matrimonio a otros modelos familiares signifique su desaparición, y menos todavía el fin de la familia como elemento nuclear de la construcción social.

En la misma línea, respecto del argumento del quebranto de la institución matrimonial AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ puntualiza si ¿no deberíamos preguntarnos si ese quebranto, tanto del matrimonio como de la familia tradicional, no se ha producido ya en los últimos tiempos? ¿No será

---

<sup>49</sup> El Juez Joaquín Bosch, en un artículo de opinión publicado en *El País* de 27 de octubre de 2005, recuerda que "la indisolubilidad del vínculo conyugal o la dependencia jurídica de la mujer fueron durante siglos elementos consustanciales al matrimonio; sin embargo, no parece que la pérdida de estos rasgos distintivos haya modificado la identidad de la institución matrimonial. Del mismo modo, tampoco resulta determinante el sexo biológico de los contrayentes para conceputar el matrimonio y sus consecuencias normativas, pues lo relevante será el acuerdo de vida en común, la lealtad recíproca de la pareja y la unión de voluntades para establecer una comunidad doméstica basada en el afecto. Todo ello genera unas relaciones personales y patrimoniales reguladas por un ordenamiento jurídico que hasta ahora no amparaba a los ciudadanos homosexuales, lo cual constituía una patente discriminación añadida a la represión histórica de su orientación sexual".

el matrimonio entre personas del mismo sexo un paso más en ese camino que parece no tener vuelta atrás?"<sup>50</sup>.

En un análisis de la constitucionalidad del matrimonio de personas del mismo sexo debemos partir del interés de promover la institución matrimonial como un instrumento de estabilidad de los individuos y de los grupos<sup>51</sup>, y una vez más entraría en juego la afirmación de GARCÍA RUBIO de que es tan constitucional regular el matrimonio homosexual como no hacerlo y reservar una figura creada *ad hoc* para las uniones de personas del mismo sexo, aunque con el mismo contenido del matrimonio<sup>52</sup>.

Creo que la clave es la evolución social del concepto de familia, por ende de matrimonio. Como pone de manifiesto POUS DE LA FLOR, analizando la implantación de sistemas protectores de las parejas de hecho del mismo sexo, "frente a la disparidad legislativa y jurisprudencial, la visión social actual sí ha evolucionado de manera significativa al resaltar en el concepto de vida familiar nuevos valores como la convivencia o asistencia personal y patrimonial por encima de la entidad natural o procreadora que aparecía en la tradicional institución matrimonial."<sup>53</sup>

Se ha dado un paso más en la problemática que planteaba la STC 45/1989, de 20 de febrero cuando afirmaba "sea cual fuere ... el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya sin duda la que se origina en el matrimonio"<sup>54</sup>. Ya no se trata de si el concepto de familia es lo suficientemente amplio como para abarcar otras realidades extramatrimoniales<sup>55</sup>, sino de si la propia familia matrimonial se puede construir a partir de una unión homosexual.

<sup>50</sup> C. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, loc.cit., p. 362.

<sup>51</sup> M.P. STRASSER, *Challenge of Same-Sex Marriage : Federalist Principles & Constitutional Protections*, Westport, 1999.

<sup>52</sup> Tal vez por la contradicción en la convivencia de las dos figuras jurídicas, E. VALLADARES RASCÓN no admite la posibilidad, y afirma que "por eso entiendo que ninguna de las dos posibilidades de distinguir entre el matrimonio tradicional y el matrimonio entre homosexuales son admisibles a la luz del artículo 32.2 de la Constitución", de modo que "si la unión civil entre homosexuales tiene los mismos efectos que el matrimonio, es un matrimonio. " (loc.cit).

<sup>53</sup> M.P. POUS DE LA FLOR, "La institución familiar en las parejas del mismo sexo", *La Ley*, 17 de junio de 2005. p. 4.

<sup>54</sup> STC 11/1981 Y LA STC 204/2004 reiteran que es preciso acudir "al momento histórico de que se trata y de las condiciones inherentes en las sociedades democráticas".

<sup>55</sup> Como se ha desarrollado a partir de la STC 222/1992, de 11 de diciembre : "nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio"(FJ 5°).

Con AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ opino que “de ningún modo puede entenderse que el hecho de que el legislador permita el matrimonio entre personas del mismo sexo limite o dificulte más allá de lo razonable la institución matrimonial, no pudiendo afirmarse tampoco que quede desprotegida”<sup>56</sup>.

Opiniones muy autorizadas hablan de que se hace “inservible” el matrimonio<sup>57</sup>, siendo frecuente en las corrientes conservadoras el argumento de la pérdida de valor social y significado institucional del matrimonio<sup>58</sup>. La convivencia homosexual, por el mero hecho de no poder estar objetivamente abierta a la finalidad procreativa, no tiene relevancia pública alguna.

En este punto no me resisto a dejar de reproducir la opinión de CARRASCO PERERA, que ante la alegación de los posibles perjuicios que pudiera ocasionar el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de los homosexuales a las parejas heterosexuales, afirma: “los sectores ideológicos contrarios al matrimonio homosexual pueden argumentar que la decisión del Gobierno se externaliza en su daño, pues, aunque ninguno de los implicados vaya a matrimoniar con persona del mismo sexo, la licencia general de esta posibilidad escandaliza los valores morales y sociales de los que ellos son portadores. Más esta objeción es inaceptable en una sociedad laica y plural, como lo sería la de aquellos que quisieran eliminar el matrimonio religioso porque detestan profundamente a los curas. Procede recordar aquí lo de los rábanos y las hojas”.<sup>59</sup>

Algún sector doctrinal trae a colación una posible apertura del matrimonio a situaciones como la poligamia o el incesto<sup>60</sup>. Tampoco creo que

<sup>56</sup> C. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, loc.cit., p. 363.

<sup>57</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “La relevancia social de unas y otras es, por lo tanto, muy diferente: mientras que unas (las heterosexuales) son las que aseguran la perpetuación de la sociedad, las otras son por completo indiferentes desde este fundamental punto de vista”. Es la postura del dictamen de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: “La función social del matrimonio consiste en ser el momento fundacional de una familia entendida como progenie. Es verdad que el ordenamiento reconoce variantes matrimoniales sin fundación de familia, o lo que es lo mismo sin la progenie. Ocurre así en los matrimonios de personas de edad avanzada o en los casos de esterilidad por regla general. Mas las excepciones confirman la regla general”.

<sup>58</sup> Describe la argumentación, para criticarla, Y. MERIN, *op.cit.*, p. 83.

<sup>59</sup> A. CARRASCO PERERA, “Matrimonios homosexuales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi (Tribuna)*, en BIB 2005\157.

<sup>60</sup> Sobre el absurdo de llevar el argumento de la apertura de la institución a otras realidades familiares rechazadas socialmente en Occidente, vid. la argumentación de M.P.

se pueda argumentar el tema de la poligamia<sup>61</sup> pues en este caso sí se modificaría la institución frente a los que hubiesen contraído matrimonio con anterioridad.

Opino que el eje central de la reforma no es el reconocimiento de la afectividad y de las relaciones sexuales e íntimas. Se trata de reconocer que una pareja homosexual puede constituir un modelo familiar orientado por los deberes conyugales de respeto, auxilio mutuo, convivencia, fidelidad, reparto de responsabilidades domésticas, y actuación en interés de la familia. Y, especialmente, pueden representar un modelo familiar de crianza de menores y de cuidado de los ascendientes y otras personas dependientes a su cargo, del mismo modo que una pareja heterosexual.

Es evidente el abandono del modelo sacralizado del matrimonio<sup>62</sup>. Hace mucho que la procreación ha dejado de ser un elemento esencial del instituto, de modo que no se puede seguir afirmando que "la procreación es esencial en el matrimonio (*nullum matrimonium sine filiatione*). Aquí radica precisamente la diferencia entre la institución matrimonial y el contrato de cohabitación. Las obligaciones de los padres en relación al correcto desarrollo de la personalidad del nuevo ciudadano justifican plenamente una peculiar protección matrimonial por parte de los poderes públicos."<sup>63</sup>

Por lo pronto es una forma excesivamente reduccionista de tratamiento de la labor social de formación de las futuras generaciones. Un

---

STRASSER, *op.cit.*, sobre los mismos argumentos utilizados en su momento para rebatir la constitucionalidad y conveniencia social de los matrimonios interraciales en Estados Unidos.

<sup>61</sup> En contra, la autorizada opinión de M.P. GARCIA RUBIO ("La modificación del Código Civil...", cit.), pero a igual que C. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, creo que la poligamia "no puede bajo ningún concepto equipararse al matrimonio homosexual, ni mezclarse o traerse a colación, ni tan siquiera a efectos de discusión jurídica" (loc.cit., p. 363).

<sup>62</sup> R. DOMINGO, en su artículo "Matrimonio matrimonio" (*La Gaceta de los Negocios*, 22 de enero de 2005), en defensa de que el auténtico matrimonio es el heterosexual, reconocía sin embargo como premisa que "La muy conveniente equiparación jurídica de los hijos no matrimoniales a los matrimoniales, especialmente en la segunda mitad del siglo XX, fue utilizada políticamente para defender que el matrimonio no debía ser el único entorno reconocido por el derecho para la procreación. Alejado de su fin primario, el matrimonio se ha ido transformando paulatinamente en un mero contrato de convivencia entre un hombre y una mujer con una *affectio maritalis* y un proyecto común de vida unilateralmente renunciable.

Así las cosas, no hay ninguna razón jurídica de peso para que las ventajas sucesorias, fiscales, laborales, etc. de este tipo de convivencia queden reducidas a la pareja heterosexual que muestre una afectividad sexual similar a la matrimonial."

<sup>63</sup> R.. DOMINGO, loc.cit.

futuro ciudadano (por seguir con la misma terminología) no se forma tan solo con la procreación, que es la fase más efímera en el proceso formativo de un adulto. De ahí que en mi opinión no se pueda decir que "la adopción debe mantenerse al margen de este debate actual sobre la institución matrimonial, pues no afecta al nacimiento de un nuevo ciudadano sino al correcto desarrollo de aquellos que no tienen capacidad para vivir con independencia"<sup>64</sup>.

Si "la familia es siempre un marco de solidaridades y de dependencias"<sup>65</sup>, dicho marco se puede desarrollar alrededor de una pareja homosexual<sup>66</sup>.

Precisamente en el tema de la adopción por parejas homosexuales el debate ha sido más acalorado. Como bien destaca PÉREZ CÁNOVAS, "las situaciones de convivencia de niños y niñas en el seno de familias homoparentales es una realidad que desde hace ya algún tiempo se viene produciendo"<sup>67</sup>, como consecuencia de la posibilidad de adopción individual, el uso de técnicas de reproducción asistida, o la simple convivencia con hijos biológicos de la pareja nacidos de anteriores relaciones, y más explícitamente del reconocimiento de la adopción por uniones de hecho homosexuales en Navarra, País Vasco, Aragón y Cataluña.

En la adopción siempre prevalece el interés del menor, de modo que no existe un derecho a adoptar, siendo cierto que en principio no sería inconstitucional la sustracción de tal posibilidad a las parejas del mismo sexo. Con todo, creo que la opción legislativa fue la adecuada, pues sería un absurdo regular el matrimonio homosexual sustrayendo *a priori* la posibilidad de adopción, máxime si tenemos en cuenta que en España pueden

<sup>64</sup> R. DOMINGO, loc.cit.

<sup>65</sup> (FJ 4º) (STC 222/1992, de 11 de diciembre).

<sup>66</sup> En este punto, opino que ha sido muy desafortunada la reforma llevada a cabo en materia de Registro civil, para dar cabida formal a la nueva realidad de la filiación en el seno de familias creadas a partir de uniones homosexuales. Si lo que buscaba el legislador con la reforma del CC de 2005 era dar un golpe de gracia a las tesis naturalistas basadas en la procreación, lo menos adecuado es la referencia a un progenitor (A) y un progenitor (B). Entiendo que en la evolución de las relaciones paterno-filiales antes descrita, es perfectamente factible que un menor pueda ver asistidos sus intereses económicos, jurídicos, sociales y emocionales a través de dos padres o dos madres. Y respecto de que unos menores tengan padre y madre, mientras otros tengan progenitores A y B establece un elemento de discriminación de dudosa constitucionalidad.

<sup>67</sup> N. PÉREZ CÁNOVAS, "El matrimonio homosexual", cit, p. 3.

adoptar personas solteras y , en varias Comunidades Autónomas lo pueden hacer las uniones de hecho del mismo sexo<sup>68</sup>. La protección del interés del menor no se diluye, pues del mismo modo que una pareja heterosexual, para ser adoptantes, los matrimonios de personas del mismo sexo tendrán que cumplir con los requisitos de idoneidad exigidos en las normas reguladoras de la adopción.

En suma, y por consiguiente, la regulación del matrimonio homosexual no es como muchos afirman un reconocimiento de relaciones de afectividad, sino el reconocimiento de que de una unión homosexual puede surgir un núcleo estable de compromiso que merezca la consideración de matrimonio, de acuerdo con el concepto de matrimonio que tiene la sociedad. En esta línea, si reproducimos el argumento contrario al matrimonio homosexual desarrollado en el informe de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y según el cual reconocer validez al matrimonio homosexual es reconocer la afectividad y esto no es matrimonio pues "lo que se garantiza con el matrimonio es un compromiso de vida común y que es independiente de las relaciones de afectividad, porque éstas pertenecen al terreno de la intimidad. Prueba palmaria de ello es que en el Código civil se habla de consentimiento matrimonial para designar esa especial voluntad o compromiso". Pues bien, estoy de acuerdo con la premisa, la institución matrimonial es ese compromiso, en lo que no puedo estar de acuerdo es con que la unión estable homosexual, aunque minoritaria, no pueda cumplir ese compromiso y esa función social que le es asignada por la sociedad.

Bajo este prisma, es cierto que estamos cada vez más lejos del modelo tradicional de matrimonio y que nos vamos acercando a una institución basada en el afecto y la convivencia, muy distante de cualquier consideración biológica, como lo demuestra la prácticamente simultánea Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, en la que la permanencia del vínculo depende esencialmente de la voluntad de cada individuo que conforma la pareja, pues se elimina el

---

<sup>68</sup> El impacto negativo respecto de las adopciones internacionales es un argumento que pudo tener algún efecto inicial, pero con el tiempo se ha diluido, pues no hubo cambios sustanciales en la situación de los españoles que adoptan niños en el extranjero, tal vez porque estadísticamente es anecdótico el número de parejas homosexuales que se proponen adoptar niños en el extranjero. Ponía de manifiesto ese peligro, M.P. GARCÍA RUBIO, en "La adopción por y en las parejas homosexuales", cit.

requisito de la separación previa, se reducen los plazos de tramitación, y en suma se abandona por completo el sistema de culpas.

Ahora bien, manifestada mi opinión sobre la constitucionalidad de la reforma, no sería honesto dejar de mencionar que la falta de maduración del modelo es evidente, y son muchos los aspectos que quedan por aclarar, y requieren una labor seria del legislador ordinario, para evitar contradicciones internas en el sistema. Además de la ya señalada nefasta reforma de la legislación registral, hecha sin ninguna visión de conjunto, cumple dejar constancia de que hubiese sido conveniente la mención expresa de las normas de conflicto, a igual que se hizo en Bélgica<sup>69</sup>. Por otro lado, es el momento de tomar una decisión de política legislativa en cuanto a la regulación estatal de las parejas de hecho, para dar una mayor coherencia al sistema. En este punto, aunque no sea el objeto de este trabajo, adelanto mi opinión desfavorable a una regulación de las parejas de hecho con efectos similares al matrimonio, pues la justificación para dicha equiparación se encontraba en el hecho de que los homosexuales no se podían casar. Ahora que pueden hacerlo, no veo la necesidad de una figura paralela<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Es cierto que las primeras cuestiones de Derecho internacional privado ya se han planteado, y se fueron solucionando por la aplicación de las normas generales de conflicto, pero no deja de existir un punto de inseguridad jurídica que se podría subsanar. Ahonda en esa cuestión J.M. DÍAZ FRAILE, "Exégesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio (I)", *La Ley*, 27 de marzo de 2006. Vid. también, A.L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional Privado español", en *La Ley*, 2 de enero de 2005.

<sup>70</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (*op.cit.*, p. 365) establece una curiosa relación entre la decisión de reconocer el derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales y la política de pensiones, en el sentido de que si hasta ahora no se ha regulado con carácter general la igualdad de efectos entre las parejas de hecho y el matrimonio, es debido a los costes económicos que pueden representar ese reconocimiento. El debate sobre este punto ha saltado al terreno judicial con la Sentencia del Juzgado de lo Social de 14 de noviembre de 2005. En la misma, se otorga pensión de viudedad al conviviente superviviente en una pareja de hecho, debido a la imposibilidad de contraer matrimonio al ser la ley posterior al fallecimiento del causante; todo ello a partir de una muy discutible aplicación analógica de la Disposición Adicional 10.2ª. de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificaba el Código Civil y procedimiento de nulidad, separación y divorcio. De todos modos, téngase en cuenta que no se trata de la primera vez que se plantea una eventual aplicación de dicha disposición normativa. Así, la citada STSJ de Canarias de 7 de noviembre de 2003 que concede la pensión de viudedad a favor de un transexual que no pudo contraer matrimonio con el fallecido por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo. Vid. el comentario a la referida Sentencia de C. FERREIRO REGUEIRO, en *Aranzadi Social*, núm. 19, 2003 (BIB 2003\1553).