

CAPÍTULO I: ESPAÑA: TRES AÑOS DE MATRIMONIO HOMOSEXUAL

INMACULADA VIVAS TESÓN

Prof.^a. Titular de Derecho civil de la Universidad de Sevilla.

Previo

Podría resultar insólito que una pequeña reforma del Código civil, en concreto, la adición de un segundo párrafo a un precepto, el 44, y la sustitución de unas pocas palabras de su articulado (así como de la Ley del 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil)¹, haya tenido tanta repercusión (destacadamente mediática) dentro y fuera de nuestras fronteras (un auténtico “terremoto mundial”, dada la visión que los restantes países han tenido, desde siempre, del pueblo español, profundamente unido a sus convicciones religiosas, morales y éticas²), pero

1. Básicamente, las modificaciones consisten en añadir un párrafo 2º al art. 44 C.c. con el siguiente tenor: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*” y en sustituir las dicotomías marido-mujer, padre-madre por “*cónyuges*” y “*progenitores*”, respectivamente, a lo largo del articulado del C.c. y de la LRC. Además, la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005 establece que “*las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*”.

2. Pese a esa imagen proyectada al exterior, ha de recordarse que España ha dado muestras de progresismo mucho antes, incluso, que otros países, como en la II República española, en la que se aprobó el sufragio femenino en 1931 y la Ley del divorcio en 1932, si bien fueron efímeros logros con los que pronto daría al traste la Guerra civil y la Dictadura franquista.

la gran relevancia social y jurídica de tan sencillo retoque legislativo lo justifica sobradamente, siendo absolutamente imposible que pasara desapercibido.

Sorprende, ciertamente, cómo la católica y joven democrática España ha sido el tercer país en la Unión Europea (después de Holanda en el año 2001³ y Bélgica en el 2003) y cuarto en el mundo (contemporáneamente a Canadá⁴) a la hora de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo⁵, mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, que extiende el matrimonio civil y el derecho a la adopción a las parejas integradas por

3. Vid. M. BONINI BARALDI, "Società pluraliste e modelli familiari: il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Olanda", *Familia*, n. 2, 2001.

4. Ha de decirse que, con anterioridad a la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, la mayoría de la población del país norteamericano ya disfrutaba este derecho (en 8 de sus 10 provincias) tras las decisiones de varios Tribunales Supremos provinciales de declarar anticonstitucional la anterior Ley del matrimonio. Al respecto, vid. M. PULIDO QUECEDO, "El matrimonio de homosexuales ante el Tribunal Supremo de Canadá", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 17, 2004.

5. A tales países ha de sumarse la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, vía jurisprudencial, en el Estado de Massachussets y, muy recientemente (desde el pasado 15 de mayo), en el de California en Estados Unidos, así como en Sudáfrica. Vid. F. CALVO BABÍO, "Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho Comparado", *Revista Iuris*, núm. 89, diciembre de 2004; C. GONZÁLEZ BELIFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004; E. MOUSTAIRA, "Matrimonios del mismo sexo: un estudio comparativo de la realidad jurídica en varios países", en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XX*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid, 27-29 de junio de 2005, C. LASARTE (ed.), Madrid, 2006, pp. 59-67; R. M. MOLINER NAVARRO, "El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho Comparado", en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 195-244 y S. CAÑAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual en Derecho Español y Comparado*, Iustel, Madrid, 2007.

homosexuales⁶, lo que le ha colocado en una primerísima fila mundial en la que nunca antes hubiera siquiera soñado encontrarse. Sin lugar a dudas, la imagen de España en el exterior, único país de la Europa mediterránea que ha legalizado el matrimonio gay, es ahora bien distinta.

De este modo, en España, desde el año 2005, tener el mismo sexo biológico no es un impedimento para contraer matrimonio, el cual ha dejado de estar monopolizado por las personas heterosexuales, a quienes, hasta el momento, se les reconocía jurídicamente el *ius connubii*.

Se comparta o no, es innegable que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo es la manifestación de una auténtica laicidad (o, si se prefiere, neutralidad en cuestiones religiosas) del Estado y expresión del derecho fundamental de igualdad, contribuyéndose, significativamente, a la superación de los roles socialmente asignados en función del género y de la secular estigmatización y discriminación social de las personas ho-

6. Dentro de la vasta bibliografía española, sin ánimo exhaustivo, vid. J. F. LÓPEZ AGUILAR, "Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial", *Actualidad Jurídica* núm. 655, 2005; S. 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", *La Ley*, 19 de julio de 2005; J. F. LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, "La Reforma matrimonial (I): el matrimonio de personas del mismo sexo", *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 13, 2005; A. CARRASCO PERERA, "Matrimonios homosexuales", *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 655, 2005; LOPEZ TENA, "Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Separación y divorcio", *ibídem*; M^a E. LAUROBA LACASA, "La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi del diritto civile spagnolo", *Il Foro italiano*, 2005 (12); J. CALVO GÓNZÁLEZ, "Ley 13/2005, sobre modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *Actualidad Jurídica* núm. 686, 2005; N. PÉREZ CÁNOVAS, "El matrimonio homosexual", *Actualidad Civil*, núm. 20, 2005; C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, "Un giro copernicano: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual", en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid, 27-29 junio 2005, C. LASARTE (Ed.), Madrid, 2006, pp. 471-480 y "Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual", *La Ley*, núm. 6510, 2006; E. RAMOS CHAPARRO, "Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre matrimonio homosexual", *Aranzadi Civil* núm. 1, 2006, pp. 2035-2046; S. NAVAS NAVARRO, *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Reus, Barcelona, 2006; M^a P. GARCÍA RUBIO, "La modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *La Ley*, núm. 6359, 15 de noviembre de 2005 y en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid, 27-29 junio 2005, C. LASARTE (Ed.), Madrid, 2006, pp. 71-86 y V. CAMARERO SUÁREZ, "El derecho a contraer matrimonio en la reforma actual", *Actualidad Jurídica*, núm. 707, 2006.

mosexuales, que pueden ser ya no sólo cónyuges sino también progenitores⁷.

En nuestra opinión, es un derecho de la familia democrática (con independencia de quien detente el poder en un determinado momento) la protección y garantía constitucional de la convivencia afectiva íntima que el ser humano considere más adecuada a sus deseos, a su realización personal, sin que sea admisible, hoy por hoy, la represión o marginación de las prerrogativas individuales.

Seguramente, tal objetivo de predisponer una forma institucionalizada para la convivencia entre personas del mismo sexo bien podía haberse logrado a través del reconocimiento de formas alternativas de familia mediante una Ley estatal de parejas convivenciales o de hecho, al día de hoy, aún inexistente, lo que hubiera sido, según creemos, un lógico y necesario *iter* jurídico que hubiera puesto fin a la lamentable disparidad normativa autonómica.

Lo cierto es que al principio de la VIII Legislatura recién terminada y con el objetivo de cumplir un compromiso incluido en su programa electoral de marzo de 2004, el Gobierno socialista de Rodríguez Zapatero llevó a cabo la extensión legal de la institución del matrimonio, hasta entonces, heterosexual y de todos sus derechos, incluida la adopción, a las personas del mismo sexo y, guste o no, ésta ha sido la opción legislativa y, por tanto, es Derecho vigente.

Dentro del presente “Estudio interdisciplinar sobre el Derecho Matrimonial”, en las próximas páginas intentaremos aproximarnos, dada la brevedad impuesta, a un hito jurídico de hondo calado y enorme repercusión dentro y fuera de España que el pasado 3 de julio cumplió tres años desde que las parejas homosexuales pudieron, por primera vez en nuestro país, contraer matrimonio.

1.- PRECEDENTES.

Situémonos justo antes de la publicación de la Ley 13/2005.

Nuestro Tribunal Supremo se había pronunciado en diversas ocasio-

7. España, a diferencia de los dos países que, con anterioridad, legalizaron el matrimonio homosexual, reconoce la adopción, sin restricción alguna, a los cónyuges del mismo sexo: Holanda permitió inicialmente la adopción pero sólo de niños de nacionalidad holandesa y Bélgica no la permitió en 2003, sino a partir de 2006.

nes⁸ acerca de la admisión de la constancia en el Registro Civil de un sexo distinto por consideraciones de tipo psíquico y social y en consonancia con el principio de libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1 CE⁹, si bien consideraba que dicha rectificación registral del asiento de inscripción de nacimiento no daba justificación legal al matrimonio entre transexual y persona de su mismo sexo cromosómico, pues el derecho fundamental del hombre y mujer a contraer matrimonio *ex* art. 32.1 CE quedaba limitado a personas de distinto sexo biológico, mostrándose, en consecuencia, contrario a reconocer al transexual aptitud para contraer matrimonio sobre la base de considerar esencial la diferencia biológica de sexo.

Pese a que la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) siguió inicialmente la misma línea doctrinal¹⁰, vedando el paso tanto al matrimonio homosexual como al matrimonio de transexual según su nuevo sexo rectificado tras la operación quirúrgica de cambio de

8. STS. de la Sala Primera de 2 de julio de 1987 (RJ 1987, 5045), comentada por R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Transexualidad y cambio de sexo. Comentario a la STS de 2 de julio de 1987”, *La Ley*, núm. 4, 1987, la cual fue seguida por otras como las de 15 de julio de 1988 (RJ 1988, 5722), 3 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1993) y 19 de abril de 1991 (RJ 1991, 2725).

9. Vid. J. VIDAL MARTÍNEZ, “¿Se incluye el ‘cambio de sexo’ (transexualidad) en el ‘libre desarrollo de la personalidad’ al que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución española?”, *RGD*, 1989; J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, “La posibilidad del transexual de contraer matrimonio con arreglo a su nuevo sexo jurídico”, *RGD*, 1996 y “Transexualismo. Cambio de sexo en las resoluciones de la DGRN, TEDH y TS”, *Aranzadi Civil*, vol. 1, 1997; J. LÓPEZ-GALIACHO PERONA: *La problemática jurídica de la transexualidad*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998; M^a. D. TOLDRA ROCA, *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2000; M^a. D. CERVILLA GARZÓN, “Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio”, *La Ley*, 2001; J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Autorización de la celebración del matrimonio de un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico”, *Actualidad Jurídica*, núm. 486, 2001, R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, “Matrimonio de los transexuales”, *Aranzadi Civil*, núm. 6, 2001; J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ: “El matrimonio del transexual”, *RDP*, 2002; C. GÓMEZ LAPLAZA, “Transexualidad”, *Aranzadi Civil* núm. 1, 2004; D. ESPÍN CÁNOVAS, “Los derechos fundamentales de igualdad e identidad en la familia y la identidad del transexual”, en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid, 27-29 junio 2005, C. LASARTE (Ed.), Madrid, 2006, pp. 145-155; C. NÚÑEZ MUÑIZ, “El matrimonio de los transexuales en el actual Derecho civil español”, *ibídem*, pp. 481-490 y, muy recientemente, Y. B. BUSTOS MORENO: *La transexualidad*, Dykinson, Madrid, 2008.

10. Rs. DGRN de 21 de enero de 1988 (RJ 1988, 215) y 2 de octubre de 1991 (RJ 1991, 8611).

sexo, con posterioridad, se apartó de su propia doctrina y, siguiendo la estela de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de marzo de 1992¹¹, autorizó oficialmente, en sus Resoluciones de 8 y 31 de enero de 2001¹², la celebración del matrimonio de un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico pero distinto sexo registral.

El cambio de criterio de la DGRN vendría fundado, principalmente, en dos razones.

De un lado, porque las afirmaciones del TS y del propio Centro directivo acerca de la materia hasta 2001, contrarias a reconocer al transexual aptitud para contraer matrimonio apuntando que la diversidad biológica de sexos era esencial y que, en otro caso, el matrimonio sería nulo por ausencia de consentimiento matrimonial, no constituían la *ratio decidendi* de los respectivos fallos en los que se ordenaba la rectificación en el RC del dato sobre el sexo. Lo que se pretendía únicamente por el interesado era cambiar de sexo y la consiguiente modificación del mismo en el RC, cambio reconocido en dichas resoluciones, de modo que las demás aseveraciones no podrían constituir más que *obiter dicta* o declaraciones colaterales sin valor jurisprudencial alguno.

Por otro lado, tanto el TS como la DGRN permitirían que la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados pudieran ser precisados por los órganos jurisdiccionales, bien en ejecución de sentencia o bien en otra litis diferente, dejando, por consiguiente, la puerta abierta para que una decisión judicial declarase la capacidad del transexual para contraer matrimonio.

Así las cosas, el Centro directivo, reconsiderando su postura al respecto, manifestó en el F.J. 5º de sus Resoluciones de 2001 que “no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento que una sentencia judicial firme ha declarado el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución justifica, tras el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento

11. SSTEDH de 25 de marzo de 1992 (TEDH 1992, 43), seguida, posteriormente, por la S. de 11 de julio de 2002 (TEDH 2002, 45).

12. RJ 2001, 2568, 2569 y 5095.

de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos”.

Puede considerarse que dichos pronunciamientos acerca de que la heterosexualidad cromosómica no es presupuesto del matrimonio, bastando la heterosexualidad anatómica y psico-social comienzan a resquebrajar el tradicional concepto de familia matrimonial, a lo cual contribuye, sin lugar a dudas, la legislación autonómica sobre parejas de hecho, a todas luces, inconstitucional *ex art.* 149.1.8ª CE (precepto que, como es sabido, reserva al Estado la competencia exclusiva para legislar sobre las “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”)¹³.

De las 17 CCAA, 12 han promulgado sus propias leyes sobre convivencia extramatrimonial. Por orden cronológico: Cataluña (1998), Aragón (1999), Navarra (2000), Valencia (2001), Madrid (2001), Baleares (2001), Asturias (2002), Andalucía (2002), Canarias (2003), Extremadura (2003), País Vasco (2003) y Cantabria (2005), a las que se suma Galicia, si bien no mediante una normativa específica sino a través de su Ley 2/2006 de 14 de junio de Derecho Civil y su reforma por la Ley 10/2007, de 28 de junio¹⁴.

Las leyes autonómicas sobre uniones estables, heterosexuales y homosexuales, tienen en común —con ligeras variantes— el ofrecer un amplio estatuto personal y patrimonial a los integrantes de parejas de hecho registradas, con mayor o menor intensidad, similar al del modelo matrimonial¹⁵.

13. Como muy gráficamente expresa I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, “La inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho”, en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid, 27-29 junio 2005, C. LASARTE (Ed.), Madrid, 2006, pp. 353-362: “¿qué diferencia hay entre legislar en materia de formas de matrimonio y decir que unas determinadas uniones tendrán los mismos efectos —al menos en ciertas materias— que un matrimonio?. Es algo así como un trabalenguas. Consideraremos que ustedes están casados, pero nosotros no podemos decir eso, pues ello corresponde al Estado central, pero sí podemos decir que para nosotros es como si lo estuvieran” —p. 354.

14. En estos momentos, carecen de regulación específica sobre la materia La Rioja, Castilla y León, Castilla-La Mancha y Murcia.

15. El TC, en reiterada jurisprudencia, asevera que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial o *more uxorio* no son realidades equivalentes. En otras, SSTC. 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184), 29, 30, 31, 35, 38 y 77/1991 (RTC 1991, 29, 30, 31, 35, 38 y 77) y 29/1992 (RTC 1992, 29).

Como puede comprobarse, el modelo clásico del matrimonio se tambalea.

2. UN BREVE APUNTE SOBRE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY 13/2005.

Teniendo en cuenta el panorama recién descrito, el 3 de julio de 2005 entró en vigor la Ley 13/2005, de 1 de julio, tras una conflictiva tramitación parlamentaria¹⁶, muestra evidente de la marcada división existente en el Parlamento español sobre las cuestiones concernientes a la orientación homosexual y a la institución del matrimonio.

Si bien se contaba con un amplio apoyo social¹⁷, la Iglesia Católica, como era de esperar, a pesar de tratarse de la reforma del matrimonio civil y no del canónico, se opuso radicalmente al reconocimiento legislativo del matrimonio entre personas del mismo sexo, al igual que el principal partido político de la oposición, el Partido Popular. No obstante, el Congreso de los Diputados, la cámara alta del Parlamento, logró legalizar el matrimonio homosexual. Veamos cómo fueron los pasos previos.

Haciendo caso omiso de los informes y dictámenes presentados al Gobierno por el Consejo de Estado¹⁸, el Consejo General del Poder Judicial¹⁹ y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación²⁰ acerca del anteproyecto de ley de reforma del Código civil, que, si bien reconocían lo inadmisibles de la discriminación existente hacia las personas homo-

16. Para un estudio detallado de la azarosa tramitación parlamentaria de la Ley, vid. J. ALVENTOSA DEL RÍO, "La Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del matrimonio en el Código civil. Génesis y contenido", en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, pp. 105-194.

17. La mayoría de los españoles, el 66,2%, se mostraba favorable a que los homosexuales tuvieran derecho a contraer matrimonio y un 48,2% manifestaba estar de acuerdo o muy de acuerdo en que pudiesen adoptar niños, frente al 44,6 % en desacuerdo, según el barómetro de junio del Centro de Investigaciones Sociológicas (Estudio nº 2568). Una encuesta del Instituto Opina realizada un día antes de la aprobación de la Ley arrojaba similares porcentajes: un 62,1% de españoles apoyaba el matrimonio homosexual y un 49,1% la adopción por parejas homosexuales.

18. Dictamen de 16 de diciembre de 2004.

19. Informe de 26 de enero de 2005.

20. Informe de 1 de marzo de 2005.

sexuales²¹, sugerían una mayor reflexión y una regulación jurídica diferente a la del matrimonio²², el Gobierno presentó el Proyecto de Ley de Reforma del Código civil ante el Congreso de los Diputados en octubre de 2004, el cual fue aprobado por el Pleno el 21 de abril de 2005 con 183 votos a favor (PSOE y CC, IU-ICV, Grupo Mixto y CDC), 136 en contra (PP y UDC) y 6 abstenciones (entre ellas, la de Celia Villalobos, diputada del PP que se convierte, como veremos a continuación, en protagonista muy singular del *iter* parlamentario de esta Ley)²³.

Superado el primer trámite parlamentario, el Senado, tras una “curiosa” comparencia de expertos²⁴, rechazó el texto²⁵, devolviéndolo al Congreso

21. En sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Resolución del Parlamento Europeo sobre «igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea», aprobada el 8 de febrero de 1994, la cual solicita la supresión de las disposiciones que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo; las que persiguen la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres... y recomienda poner fin «a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas lesbianas o de homosexuales»; garantizando a dichas uniones «los mismos derechos y beneficios del matrimonio». También exige que se elimine, en los Derechos nacionales, «toda discriminación de los derechos de lesbianas y homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños». Vid. P. SCHLESINGER, “Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali”, *Corr. Giur.*, 1994 y P. PALLARO, “I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario”, *Riv. Intern. Diritti dell'uomo*, 2000.

22. Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo”, *La Ley*, núm. 6170, 18 de enero de 2005.

23. Vid. el debate en BOCG núm. 84, pp. 4110-4121.

24. El día 20 de junio de 2005 comparecieron en el Senado expertos convocados a propuesta de los grupos parlamentarios con presencia en dicha Cámara para informar sobre el Proyecto de Ley y, en particular, sobre los efectos que tenía en el desarrollo de los menores la convivencia con parejas homosexuales. La diversidad de opiniones de los expertos fue, realmente, llamativa: algunos sostuvieron que la adopción de niños por parejas homosexuales no tenía ningún efecto en los niños, más allá de su mayor tolerancia ante la homosexualidad. Sin embargo, el Catedrático de Psicopatología de la Universidad Complutense Aquilino Polaino Lorente, convocado como experto por iniciativa del Grupo Parlamentario Popular, calificó la homosexualidad de patología y, entre otras muchas polémicas afirmaciones a lo largo de su comparencia, afirmó que los homosexuales provenían, generalmente, de familias con padres hostiles, distantes, violentos o alcohólicos y madres sobreprotectoras con los hijos varones y emocionalmente vacías con las hijas lesbianas.

25. El Senado vetó el texto remitido por el Congreso de los Diputados. La propuesta de veto fue presentada por el PP, que mantenía una mayoría casi absoluta en el Senado, junto con senadores de UDC y aprobada por 131 votos (126 votos del PP, 4 de UDC y 1 del PAR) contra 119 (94 del PSOE, 3 del Grupo Mixto, 15 de la Entesa Catalana del Progrès, 5 del PNV y 2 de Coalición Canaria) y las abstenciones de 2 senadores de CIU.

de los Diputados, Cámara que levantó el veto el 30 de junio de 2005 aprobando definitivamente la reforma por mayoría absoluta, concretamente, con el voto de 187 diputados (los del PSOE, IU-ICV, ERC, PNV, CC, el Grupo Mixto y dos diputados de CDC, así como con el voto de la ex ministra Celia Villalobos del PP), siendo 147 diputados (PP y UDC) los que se opusieron a levantar el veto y 4 las abstenciones de CIU.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del C.c. en lo concerniente al derecho a contraer matrimonio sería publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 157 del día 2 de julio de 2005, entrando en vigor el día siguiente, el 3 de julio.

3. PRIMERAS BODAS HOMOSEXUALES Y PRIMEROS PROBLEMAS DE APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY.

Vigente, pues, desde el 3 de julio, poco más de una semana después, el día 11 del mismo mes se celebró en Tres Cantos (Madrid) la primera boda entre dos hombres, que convivían en pareja desde hacía más de 30 años, y días más tarde, el día 22, en una localidad de Barcelona, contrajeron matrimonio dos mujeres, una española y una argentina.

Poco tiempo habría que esperar para que surgieran los primeros problemas prácticos.

En los meses de julio y agosto, una juez de Denia (Alicante) y otro de Telde (Gran Canaria), responsables de Registros Civiles en los que se solicitaba la autorización de matrimonios entre homosexuales, presentaron sendas cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC sobre la base de haberse operado un cambio del art. 44 C.c y no del art. 32 de la CE, precepto constitucional que, en consecuencia, vendría alterado a través de una Ley ordinaria.

Tales cuestiones no serían admitidas a trámite al considerar el TC, pocos meses después, concretamente, en un Auto de 13 de diciembre de 2005, que los Encargados del Registro Civil no tienen legitimación para promoverlas pues no desempeñan en este tipo de expedientes previos al matrimonio una actividad jurisdiccional en sentido estricto, al integrarse en una estructura administrativa bajo la dependencia funcional –no orgánica– del Ministerio de Justicia, por lo que no están facultados *ex arts.* 163 CE y 35 LOTC para promover cuestiones de inconstitucionalidad²⁶.

26. Vid. O. GONZÁLEZ SOLER, "Sobre la 'legitimación' de los encargados del Registro Civil para promover el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad", Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 21, 2005.

El 28 de septiembre del mismo año de promulgación de la Ley, 50 diputados del PP presentaron un recurso de inconstitucionalidad, admitido a trámite²⁷ pero aún pendiente de resolución por el Alto Tribunal²⁸.

Frente a la alegación del derecho a la objeción de conciencia fundada en motivos religiosos y, por consiguiente, la negativa de los jueces encargados de Registros civiles a tramitar expedientes sobre matrimonios entre personas del mismo sexo, el Pleno del CGPJ se pronunció en contra sobre la base de que los Jueces y Magistrados no pueden nunca ejercer el derecho a la objeción de conciencia al estar sometidos únicamente al “*imperio de la Ley*” ex art. 117.1 CE²⁹.

En febrero de 2007, el Foro Español de la Familia presentó una iniciativa popular firmada por 1,5 millones de personas y respaldada en el

27. Providencia de 25 de octubre de 2005 (BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2005).

28. En la doctrina vid., entre otros, G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “¿Es inconstitucional hoy el matrimonio homosexual?”, Revista de Derecho Privado, marzo-abril de 2005, pp. 37-56 y “El matrimonio ‘homosexual’ ante las Constituciones Europea y Española, Hoy”, en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid, 27-29 junio 2005, C. LASARTE (Ed.), Madrid, 2006, pp. 443-449; E. VALLADARES RASCÓN, “El derecho a contraer matrimonio y la Constitución”, Aranzadi Civil, núm. 9, 2005; M. MURILLO MUÑOZ, “Matrimonio y homosexualidad. La constitucionalidad de la Ley 13/2005 de modificación del Código Civil español sobre derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, n. 5, vol. 1, 2005, pp. 261-316; C. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “Sobre la posible constitucionalidad del matrimonio homosexual”, en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid, 27-29 junio 2005, C. LASARTE (Ed.), Madrid, 2006, pp. 417-423; S. PÉREZ ALVAREZ, “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?”, Revista electrónica de Estudios Internacionales, núm. 12, 2006; M^a. P. FERRER VANRELL, “El modelo constitucional de la institución del matrimonio”, en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid, 27-29 junio 2005, C. LASARTE (Ed.), Madrid, 2006, pp. 451-459; J. R. POLO SABAU: *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2006 y T. J. ALISTE SANTOS, “Argumentos acerca de la inconstitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, La Ley, núm. 6839, 12 de diciembre de 2007.

29. M. PULIDO QUECEDO, “Sobre la objeción de conciencia en materia de celebración de matrimonios”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 4, 2005 y J. L. MUERZA ESPARZA, “Los jueces y la objeción de conciencia”, Actualidad Jurídica, núm. 672, 2005.

Congreso de los Diputados por el PP y Unión Democrática de Catalunya, para derogar el matrimonio entre personas del mismo sexo y que sólo los matrimonios heterosexuales pudieran adoptar. La iniciativa fue rechazada por los demás partidos.

Apuntada ya la controvertida constitucionalidad de la Ley, duda jurídica que todavía sigue rondando sobre ella, la otra gran cuestión que suscitó la reforma pocos días después de su aprobación vino de la mano de la denegación de solicitud de matrimonio de un español y un hindú (país que no permite estas uniones) en Barcelona, cuando, como ya se ha tenido ocasión de ver, el 22 de julio de 2005 se autorizó el matrimonio entre una española y una argentina (país que tampoco reconoce estos enlaces).

Dicho de otro modo, el silencio de la Ley planteaba el problema en torno a la norma de conflicto aplicable a la capacidad para contraer un matrimonio gay entre español/a y extranjero/a procedente de país que no reconociese validez alguna al matrimonio homosexual³⁰, el cual vino resuelto por la Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, cuyo estudio permítaseme no abordar por ocuparse de él, en otra parte del presente estudio monográfico y con impecable maestría, mis queridas colegas de Derecho Internacional Privado.

4. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS.

¿De qué estamos, realmente, hablando?

Somos conscientes de que las cifras estadísticas varían considerablemente según los intereses de quienes las manejan, ofreciendo una visión sesgada de la realidad acorde con su particular percepción (pro o contragubernamental) de la misma.

Claro lo anterior, y sin pretender adoptar nosotros ninguna posición, nos limitamos a dar cuenta de algunos datos que se han hecho públicos hasta el momento.

De un lado, de acuerdo con los datos del censo de Población de 2001, en el que el Instituto Nacional de Estadística (INE) contabilizó,

30. Vid. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "Laguna legal y matrimonio de los homosexuales", Aranzadi Civil núm. 18, 2005; J. M^a 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, núm. 6449, 2006 y S. ALVAREZ GONZÁLEZ, "Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica", La Ley, núm. 6629, 2007, pp. 1531-1538.

por primera vez, las parejas de hecho homosexuales, en España había censadas 10.474 parejas del mismo sexo (3.619 de sexo femenino y 6.855 de sexo masculino), es decir, el 0,11% del total de 9,5 millones de parejas.

Con la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, la previsión del Gobierno para los dos años siguientes era de 100.000 matrimonios homosexuales.

Según la FELGT (*Federación Estatal de Lesbianas, Gays y Transexuales*), unas 4.500 parejas del mismo sexo se casaron durante el primer año de vigencia de la ley, se realizaron 50 peticiones de adopción y se consumaron 3 divorcios.

El 27 de junio de 2007 la DGRN hizo público que 3.340 parejas homosexuales (2375 masculinas y 965 femeninas³¹) habían contraído matrimonio desde que la Ley entró en vigor, si bien el Centro directivo reconocía que dicha cifra podía ser “una tercera parte de la realidad”, ya que sólo se incluían los datos de los 356 registros informatizados y no se contabilizan los datos de los más de 7.000 Juzgados de paz ni del País Vasco.

A la vista de tales datos, tras el gran alboroto social que rodeó a la reforma del matrimonio, puede concluirse que no ha habido una avalancha de matrimonios homosexuales.

Sin embargo, creemos que ha de irse mucho más allá de la realidad que revelan los concretos porcentajes de parejas beneficiadas por la Ley. A nuestro juicio, lo fundamental es progresar en la línea de la igualdad y reconocimiento de derechos y libertades fundamentales removiendo cualquier tipo de discriminación y promoviendo el libre desarrollo de la personalidad como elemento esencial de la dignidad personal, aunque existiese una sola persona homosexual, bueno, en este caso, necesariamente dos.

Esta Ley no quita derechos, los da, razón más que suficiente para celebrar sus tres años de vigencia.

31. Madrid sigue siendo la Comunidad Autónoma con mayor número de bodas, con 1.060, seguida de Cataluña, con 871, Andalucía, con 399, y Valencia, con 263, Baleares registró 116 matrimonios; Asturias, 101; Castilla y León, 89; Aragón, 86; Canarias, 83; Murcia, 61 y Castilla-La Mancha, 56; Extremadura, 54; Galicia, 31; Cantabria, 28; Navarra, 25 y La Rioja, 13.

5. LA HOMOPARENTELA: LAS DISCRIMINACIONES DE LA PROPIA LEY.

Con el reconocimiento explícito del derecho al matrimonio por las parejas del mismo sexo se crea una filiación doblemente masculina o doblemente femenina, la homoparentela.

Ciertamente, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley podía recurrirse al coito con persona ajena a la pareja, a la inseminación artificial con donante anónimo y a la adopción individual (por persona heterosexual u homosexual³²), además del reconocimiento por parte de algunas leyes autonómicas de la adopción por parejas homosexuales³³, pero, tras la Ley 13/2005, ambos cónyuges pueden recurrir conjuntamente a la adopción, en la que jamás podemos olvidar, debe primar el interés del menor sobre el de los adultos, sean de la orientación sexual que sean.

En este punto ha de ponerse de relieve la existencia de un fallo garrfal cometido por la propia Ley que nos ocupa y que refleja, con absoluta claridad, las prisas con las que se aprobó no una reforma que regulase explícitamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino una simple remisión en bloque al régimen del matrimonio heterosexual, de ahí que se le escapasen cuestiones al legislador³⁴.

32. Como señala A. LÓPEZ TENA, "Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Separación y divorcio", Actualidad jurídica, núm. 655, 2005, "hay que tener en cuenta que la adopción por personas de orientación homosexual no ha estado jamás prohibida, ni cabría dicha prohibición sin incurrir en discriminación inconstitucional. Siempre es prevalente en la adopción el interés del menor, pero ello no supone que puede discriminarse entre los que pretenden adoptar por causas no relacionadas con dicho interés (como sería prohibir la adopción a los judíos, los negros o los homosexuales)".

33. J. NANCLARES VALLE, "La adopción por parejas homosexuales en Derecho navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio", Aranzadi Civil núm. 8, 200; M. PULIDO QUECEDO, "Sobre la adopción por parejas homosexuales", Actualidad Jurídica, núm. 613, 2004 y M^a P. GARCÍA RUBIO: "La adopción por y en parejas homosexuales", en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Puig Ferriol*, 2005, pp. 1381-1400.

34. Así lo pone de relieve, M^a P. GARCÍA RUBIO, "La modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio", ob. cit., pp. 79-80, justificando las incoherencias y lagunas detectadas en la Ley: "la opción del legislador español 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. Este planteamiento supone una 'remisión' en bloque al régimen del matrimonio heterosexual, lo que sin lugar a dudas ha impedido a nuestro legislador meditar suficientemente y en consecuencia, dar solución expresa a problemas jurídicos específicos del matrimonio homosexual. Algunos de ellos hubieran sido fáciles de adivinar y hasta de solucionar en el texto de la ley. No sé a ciencia cierta si la falta de voluntad política de hacerlo o simplemente la precipitación han obviado la respuesta legal y han remitido la solución al encargado de interpretar y aplicar la norma lo cual tendrá costes importantes en términos de seguridad jurídica".

Si bien el objetivo prioritario del legislador era eliminar todo tipo de discriminación basada en la orientación sexual y alcanzar la plena integración de la homosexualidad, no consiguió tan anhelada paridad en cuanto a las reglas de la filiación al incurrirse en una discriminación hacia dos mujeres casadas que decidan someterse a inseminación artificial, pues el bebé nacido por procreación asistida sólo puede ser adoptado (con lo que, en la actualidad, conlleva el proceso de adopción) por la “progenitora” no biológica si quiere figurar en el RC como hijo suyo, a diferencia de lo que sucede en los matrimonios heterosexuales, para los cuales existe la presunción de paternidad del marido y la consiguiente determinación de la filiación matrimonial del nacido tras la celebración del matrimonio.

Dicho fallo sobre la ausencia de presunción de paternidad/maternidad en las parejas casadas del mismo sexo se enmendó, si bien, a nuestro juicio, de manera lamentable desde el punto de vista de la técnica legislativa.

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y del nombre propio³⁵ modifica la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006, introduciendo un pfo. en su art. 7 sobre filiación de los hijos nacidos mediante tales técnicas: “3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. De esta suerte, la falta de consentimiento determinará la filiación extramatrimonial del nacido.

Muy bien, pero, entonces, resuelta legalmente una situación discriminatoria se produce otra hacia los matrimonios integrados por dos hombres frente a las posibilidades de procreación de dos mujeres casadas motivada por la obvia infecundidad masculina. Dos hombres casados no pueden ser los padres genéticos de un hijo, sino sólo adoptivos y, siendo realistas, es poco factible, a día de hoy la adopción internacional conjunta por parte de matrimonios homosexuales dado que los países de los cuales provienen los niños no lo permiten. Sólo uno de ellos puede hacerlo y ocultando su orientación sexual.

35. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, “Transexualidad, matrimonio entre personas de un mismo sexo y nombre”, Aranzadi Civil num. 3, 2007.

La receta para conseguir un tratamiento igualitario es fácilmente adivinable: la maternidad subrogada o de sustitución (popularmente conocida como “madres de alquiler”)³⁶.

Admitir ésta sería la última pieza del puzzle, pero ¿estamos dispuestos a completar el rompecabezas destrozando el antiguo brocardo romano *mater certa semper est*?³⁷.

No nos precipitemos esta vez y tomémonos el tiempo necesario para responder.

36. Acerca de la cuestión, vid. el estudio monográfico de J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ/J. M. MASSIGOGE BENEGIU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Madrid, Dykinson, 1994.

37. Al respecto, M^a D. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, “Las técnicas de reproducción humana asistida con especial referencia a las uniones de personas del mismo sexo”, en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid, 27-29 junio 2005, C. LASARTE (Ed.), Madrid, 2006, pp. 157-167, en especial, p. 167: “téngase en cuenta que no soy partidaria de las madres de alquiler, pero me parece que si se da un paso tan polémico como equiparar las uniones homosexuales con las heterosexuales, se deberá realizar con todas las consecuencias y otorgándoles todos los derechos”.