

**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE**



**UNA DÉCADA DESPUÉS DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL
MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

Diciembre-2015

Autora: Carla Adrián Pastor

Tutora: Purificación Cremades García

Índice de contenido

I. ABREVIATURAS.....	2
II. INTRODUCCIÓN.....	3
III. CONCEPTO DE MATRIMONIO.....	4
1. Evolución del concepto de matrimonio.....	4
2. Reconocimiento en nuestra CE y CC del derecho al matrimonio.....	7
3. Garantía institucional y derecho a contraer matrimonio.....	8
IV. CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL.....	11
1. Tramitación parlamentaria de la Ley 13/2005.....	11
2. La sentencia 198/2012 de 6 de noviembre del Tribunal Constitucional.....	14
2.1 El recurso de inconstitucionalidad.....	14
2.2. Análisis de la sentencia.....	15
2.3 Los votos particulares.....	20
V. REGULACIÓN LEGAL.....	21
1. Introducción.....	21
2. Situación antes de la ley 13/2005.....	23
2.1. Situación en España.....	23
2.2. Situación en nuestro entorno europeo.....	26
3. Ley 13/2005, de 1 de julio.....	29
3.1. Principales modificaciones normativas.....	29
3.2 Aspecto internacionalprivatista de la Ley.....	32
4. Derechos y otras cuestiones derivadas de la aprobación de la ley 13/2005.....	33
4.1 Derecho a la pensión de viudedad.....	33
4.2 La doble maternidad.....	36
a) Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida en relación con la doble maternidad.....	37
b) Requisitos formales.....	39
4.3 La doble paternidad: La gestación por sustitución.....	40
4.4. La adopción.....	42
VI. CONCLUSIONES.....	46
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	48

I. ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LGTB	Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
RAE	Real Academia Española
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

II. INTRODUCCIÓN

Transcurridos diez años desde la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, he visto oportuno la realización de este estudio, en el que he realizado un análisis sobre la evolución del matrimonio en nuestra legislación, hasta la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo, la constitucionalidad de la ley y posteriormente los nuevos derechos adquiridos por las parejas del mismo sexo, que antes de la Ley 13/2005 carecían de ellos, y otras cuestiones derivadas de la aprobación de la ley. En los últimos años, debido al avance de nuestra sociedad, han sido más las voces que venían aclamando la igualdad, en todos los aspectos, de las personas homosexuales. En el caso de nuestro país, hemos pasado de una intolerancia y rechazo hacia este colectivo, a una igualdad en cuanto a derechos y obligaciones. Este camino, no ha sido fácil para las personas que a lo largo del tiempo lo han estado reivindicando, ya que la obtención de los derechos los se han ido consiguiendo de una manera paulatina.

En la actualidad, en nuestra sociedad conviven distintos tipos de familias. Ya quedó atrás el modelo de familia clásico del Derecho Romano, en el que predominaba la figura del *paterfamilias* o el modelo de familia de principios de siglo XX, también con un predominio del marido sobre la mujer. En los últimos tiempos, hemos pasado del matrimonio con prevalencia heterosexual, matrimonio fundado exclusivamente en la unión de un hombre y una mujer, a otros modelos diversos, como puede ser matrimonios homosexuales, tantos los formados por dos hombres, como los formados por dos mujeres, por lo que la regulación referente a la familia va cambiando conforme lo hace la sociedad.

Tras la aprobación de la Ley 13/2005 de 1 de julio, aparte del gran cambio que se produjo en nuestro ordenamiento jurídico al introducir el matrimonio homosexual, también hubo cambios importantes en otros ámbitos. Aquí cabe hacer mención, a la modificación que tuvo que realizar la Real Academia Española sobre la acepción de la palabra matrimonio. Al principio, el Pleno de la RAE por unanimidad consideró “un

desajuste lingüístico designar con la palabra matrimonio la unión de personas del mismo sexo”, pero finalmente añadió en su vigesimotercera edición una nueva entrada “en determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”.

Desde la promulgación de la ley, en España se han celebrado 31.610 enlaces entre personas del mismo sexo, cifra que apenas equivale al 1,72% de los matrimonios registrados en una década. Pero para los colectivos que promovieron la ley, nunca se trató de cantidad, sino de igualdad y de tener los mismos derechos que cualquier otra pareja¹.

Este cambio es debido, como dice el profesor DIEZ PICAZO² a que “lo que hace que el matrimonio entre personas del mismo sexo sea pensable hoy no es una consideración moral. Es una consideración antropológica: en los últimos decenios la perpetuación de la especie ha dejado de depender exclusivamente del acto sexual entre hombre y mujer. Una vez que la reproducción humana es posible por otras vías, no es de extrañar que la ancestral exigencia de diversidad de sexos entre los cónyuges se tambalee”.

III. CONCEPTO DE MATRIMONIO

1. Evolución del concepto de matrimonio

La palabra matrimonio proviene de las palabras latinas *matris* que corresponde con el término actual madre y *munium*, que significa deberes, cargos, funciones.

La figura jurídica del matrimonio nace cuando la ley atribuye la paternidad del

1 *Vid.* Artículo “Menos del 2% de los matrimonios son entre personas del mismo sexo”, publicado en Diario El País, 2 de julio de 2015.

2 DÍEZ-PICAZO, L. M., “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *InDret*, Barcelona, abril de 2007, p. 12.

hijo nacido de una mujer al varón que vive con ella: *pater est quem nuptiae demonstrant*.³ La finalidad de esta figura, no es otra que, la atribución automática de la paternidad del niño nacido de una mujer al varón que conviviera con ésta, ahorrándose la investigación de la paternidad, y a esa convivencia se le llamó matrimonio⁴.

El concepto de matrimonio, hasta nuestros días, ha hecho referencia siempre a la unión estable entre un hombre y una mujer, concepción vinculada a los orígenes de esta figura. La sociedad bien sea por aspectos religiosos o socioculturales ha venido defendiendo esta modalidad de matrimonio.

Ya en la sociedad romana prevalecía esta idea, concebía el matrimonio como un acto único de naturaleza consensual sustentado en la *affectio maritalis*⁵. El jurista romano MODESTINO afirmó que “*nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*” (D.23.2.1): “el matrimonio es la unión de hombre y mujer en comunidad plena de vida y en comunicación del derecho divino y humano”. También en las Instituciones de Justiniano (Inst. I,9 pr) el matrimonio se configura como la unión de un hombre y una mujer que comporta una vida en común “*matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens*”. Por lo tanto, la heterosexualidad ya se contemplaba desde el matrimonio romano, lo que no prevalece en nuestros días, al quedar totalmente obsoleto, es el derecho divino, al no tener cabida en los ordenamientos jurídicos de los Estados no confesionales, como ocurre en nuestro caso, art. 16.3 CE.

El cambio de esta concepción clásica de la figura del matrimonio, hasta ahora concebida como la unión entre un hombre y una mujer, se ha producido a finales del siglo XX, con la aparición de sentencias, como por ejemplo en Europa del TEDH, en contra de la discriminación de los homosexuales, consagrando la orientación sexual

3 CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La transformación del concepto de matrimonio en el Derecho Civil español tras las reformas de julio de 2005, (Breve estudio legislativo)”, *ADC*, tomo LX, 2007, fasc.I, p.5.

4 *Ibidem*, p. 13

5 FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A., “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual” *Foro, Nueva época*, núm. 3/2006: 93-112, p. 107.

como un criterio discriminador. Y la posterior regulación del matrimonio homosexual por los diferentes ordenamientos jurídicos.

En cualquier caso se debe considerar, que el matrimonio es una realidad anterior al propio Estado. En este sentido, se debe poner de manifiesto que el fin último de la salvaguarda jurídica del matrimonio es el de formar una familia como base de la sociedad. Desde el momento que dichas familias se pueden crear mediante otros medios que no son el simple acto sexual entre un hombre y una mujer, la salvaguarda jurídica del matrimonio, y con ello del Derecho de familia derivado de dicha institución, cobrará otra dimensión⁶. Como consecuencia de ello, en la actualidad coexisten diversos modelos familiares, entre los que cabe citar: a) Familia nuclear ya sea matrimonial o no, con descendencia o sin ella, de filiación biológica, por adopción o por técnicas de reproducción asistida. b) Familia monoparental, ya sean viudos, viudas o mujeres que se han sometido a la inseminación artificial solas. c) Familia homoparental, supuesto en el que al menos uno de los miembros de la pareja del mismo sexo, es padre. d) La familia reconstituida. e) Las uniones homosexuales y heterosexuales inscritas y las no inscritas. f) Las uniones ocasionales.⁷

En la mayor parte de la Edad Moderna, en España existía exclusivamente el matrimonio católico, fruto del Concilio de Trento. Felipe II aceptó los decretos tridentinos a través de la Real Cédula de 12 de julio de 1564, por la que concedió valor de ley del Reino a los cánones del Concilio de Trento.⁸

A finales de 1869, durante el Sexenio Revolucionario, se presentó en las Cortes el anteproyecto de ley del matrimonio civil. Finalmente, la ley fue aprobada y publicada el 18 de junio de 1870. A causa del poco éxito que tuvo y las críticas que recibió, fue derogada durante la época de Cánovas, por el Decreto 9 de febrero de 1875, volviendo a la situación anterior, exclusividad del matrimonio católico.

6 VERDERA IZQUIERDO, B., “Matrimonio entre personas del mismo sexo: estado de la cuestión una década después de la ley 13/2005”, *Revista de Derecho Privado*, Núm.4, Julio-Agosto 2015, p.48.

7 *Ibidem*, p.46.

8 LASARTE, Carlos. *Compendio de Derecho de Familia*, 3ª edición. Dykinson, Madrid, 2013, p.13.

Posteriormente, cabe resaltar la etapa de la II República (1931-1939), en la cual se instaura el sistema de matrimonio civil y se constitucionaliza el divorcio (art. 32 de la Constitución de 1931), que perduró hasta que, en 1938 todavía en Guerra Civil se aprobó la Ley de 12 de marzo. En esta ley, se instaura la supremacía del matrimonio católico quedando sin efecto el divorcio, esto es así hasta que en 1958 se aprueba la Ley 24 de abril de 1958 por la que se reforma el Código Civil, cuyo art. 42 reconoce dos clases de matrimonios el canónico y el civil, pero sujeto este último a que ninguno de los contribuyentes profesase la fe católica.

Con la proclamación de la Constitución en el año 1978, se pasa del Estado confesional al Estado laico. En concreto, lo proclama en sus arts. 16.3 y 32.2 en el que declara la aconfesionalidad del Estado y la regulación por la ley de las formas de matrimonio, existe una preeminencia del matrimonio civil frente al católico.

Finalmente, como consecuencia de la Constitución, en el año 1981 se reintroduce el divorcio mediante la ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

2. Reconocimiento en nuestra CE y CC del derecho al matrimonio

Desde la aprobación del Código Civil en 1889, en su redacción originaria, se ha regulado la figura del matrimonio. Con referencia a éste, en el Código Civil decimonónico predominaba un carácter patriarcal de la familia y la plena sumisión de la mujer a la autoridad del marido. Algunos ejemplos, de ese carácter patriarcal, venían reflejados en :

- Art. 57. *El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido.*
- Art. 58. *La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia [...].*
- Art. 60. *El marido es el representante de su mujer [...].*

No es hasta la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, que se cambia la redacción de los citados artículos, otorgando mayor igualdad :

- Art. 57. *El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos, y actuarán siempre en interés de la familia.*
- Art. 58. *Los cónyuges fijaran de común acuerdo el lugar de su residencia [...].*
- Art. 60. *El marido y la mujer menores de dieciocho años no podrán administrar los bienes comunes, cuando les corresponda, sin el consentimiento del otro cónyuge si fuere mayor de edad [...].*

Posteriormente, estos artículos tuvieron nueva redacción por la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, los arts. 57 y 58 sufrieron ulteriormente otra modificación por la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los Alcaldes, dando la redacción actual.

Con la promulgación de la Constitución de 1978, el concepto de matrimonio cambia por completo, instaurándose el principio basado en la igualdad de los cónyuges. El principio vigente básico que proclama nuestra Carta Magna con referencia al matrimonio es:

- Art. 32.1 CE: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Este artículo consagra el *ius connubi* y sanciona la igualdad entre marido y mujer respecto del matrimonio.

3. Garantía institucional y derecho a contraer matrimonio

El concepto de “garantía institucional” (Institutionelle Garantie), fue acuñado en los años veinte del siglo XX por la doctrina alemana, en particular por Carl Schmitt. Esta doctrina constitucionalista surgió para ensanchar el ámbito de vigencia y

efectividad de los textos constitucionales y las posibilidades de actuación de los órganos encargados de velar por la constitucionalidad. En consecuencia cuando una Constitución garantiza determinadas instituciones, prohíbe que los intérpretes la vacíen de contenido.

Esta doctrina, relativa a la garantía institucional, fue introducida en nuestro derecho por la Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 32/1981, de 28 de julio, para perseguir la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas. Ésta nació exclusivamente para la protección de las instituciones de carácter público. Pero con los años, se ha ido proyectando también a las instituciones privadas.

En nuestra Constitución Española es el art. 32 el que consagra la garantía constitucional de matrimonio:

- “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.
2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

Por eso cuando nuestra CE, en el citado artículo, garantiza el derecho a contraer matrimonio, quiere decir que, lo que está protegiendo son una serie de particularidades esenciales de esta institución, preservándolo incluso del legislador ordinario, actuando como un límite de éste.

El art. 32 CE consagra la garantía institucional del matrimonio con carácter heterosexual y tendencialmente orientado a la procreación. Por eso el constituyente del 78, así lo entienden los profesores ALBADALEJO y DIEZ PICAZO y GULLÓN, no tuvo que introducir en ese precepto concreciones del tipo *entre sí*, porque lo daba por supuesto. Esa expresa dualidad, hombre y mujer, quiere decir que la idea constitucional de matrimonio que había hasta la fecha, era aquella de matrimonio como unión entre dos personas de sexos diferentes, o sea heterosexual. De lo contrario, si la Constitución

estuviese previendo y aceptando como matrimonio la unión de un hombre con un hombre, o la unión de una mujer con otra, esa referencia de plena igualdad no tendría sentido⁹.

Por otra parte, el art. 32 CE, al mismo tiempo, también proclama el derecho al *ius connubi*. Este derecho al matrimonio, frente a los demás derechos que proclama nuestra Constitución, presenta una peculiaridad, su ubicación. Al encontrarse constitucionalizado en el art. 32, su protección es diversa, al no tener consideración de derecho fundamental carece de “protección por la vía de amparo constitucional, conforme a lo preceptuado en arts. 53.2 de la CE y 41.1 de la LOTC” (ATC 188/1993, de 14 de junio, FJ 2). Según el profesor ÁLVAREZ CONDE, esto tiene su lógica, porque nuestra Constitución no parte del clásico principio, que aparece presente en Diversas Declaraciones Universales, de que la familia sea un elemento natural de la sociedad, sino que nuestra Constitución mantiene una concepción menos ortodoxa de la misma, y ahora todavía menos al reconocer el matrimonio homosexual¹⁰.

De una interpretación literal y sistemática del precepto, se presupone la diversidad de sexos de los contrayentes, ya que en palabras textuales hace mención al hombre y a la mujer exclusivamente. El Tribunal Constitucional dijo en su Auto 222/1994, de 11 de julio, que “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer, que es un derecho constitucional (art. 32.1)”. De la interpretación del art. 32 CE conforme al art. 10 CE, en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España, también se deduce ese carácter heterosexual del matrimonio. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone en su art. 16.1 “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a

9 BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil* (Derecho de Familia), Edit. Bercal, 2013.

10 ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Volumen I, Sexta Edición, Tecnos, Madrid, p. 451.

casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”, como también lo hace el art 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

El derecho a contraer matrimonio, está íntimamente ligado con el derecho al principio de plena igualdad jurídica, entre hombre y mujer. Considerando que este principio de igualdad entre los cónyuges va más allá de la propia celebración del matrimonio, informando todo el sistema matrimonial y la propia configuración de la familia¹¹.

Sin embargo, a partir de la Ley 13/2005, el requisito único de la heterosexualidad desaparece, al contemplar también los matrimonios homosexuales. Con el fin de justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, la ley en su exposición de motivos se refiere a la exigencia del “establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquéllos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad”.

IV. CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

1. Tramitación parlamentaria de la Ley 13/2005

La tramitación parlamentaria y la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, fue polémica, debido al cambio revolucionario que produjo. Se puede considerar una de las más profundas reformas del Derecho de familia en nuestro Ordenamiento jurídico¹².

11 ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de ... op. cit.* 10.

12 DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio”, *Revista Boliviana de Derecho* nº17, enero 2014, p. 22.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en su dictamen de 16 de diciembre de 2004, señaló que “la Constitución Española, y en concreto los arts. 32, 14 y 10.1, no genera un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque amparan el reconocimiento de efectos jurídicos a la unión estable *more uxorio* entre ellas. El art. 32 sólo garantiza el derecho fundamental a contraer matrimonio a parejas de personas de distinto sexo, si bien, ello no impide que el legislador pueda regular otros modelos de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo, y les atribuya análogos derechos a los previstos en distintos ámbitos en relación con el matrimonio. No obstante, ese reconocimiento tiene un límite que impide privilegiar esas otras uniones frente al matrimonio heterosexual, dado que la garantía constitucional del matrimonio se ha restringido a las parejas heterosexuales”. En este sentido, además, añade que “la remoción de toda discriminación por razón de orientación sexual no requiere una inserción del nuevo modelo de pareja en la institución matrimonial; por una parte, porque la limitación del matrimonio a las parejas heterosexuales no supone un trato discriminatorio ni desde la perspectiva de la Constitución ni desde las Declaraciones internacionales de Derechos”.

A juicio del Consejo de Estado, el matrimonio homosexual al tratarse de “un nuevo modelo de pareja, lo coherente es crear una regulación adecuada a ese nuevo modelo, que dé respuesta a sus propias necesidades, y no insertarlo en una regulación que, como apunta la exposición de motivos, responde a un modelo diferente. Así, la pluralidad de realidades demanda una diversidad de instituciones, favoreciendo la especialización institucional, con reflejo en el plano terminológico (una denominación diferente)”.

Concluye en este sentido que “es preferible una acción gradual firmemente sustentada a un cambio traumático desprovisto de la necesaria seguridad y firmeza, aunque ello no suponga acoger en esta iniciativa el reconocimiento de un “derecho al matrimonio” de las parejas homosexuales”.

Por otra parte, el informe de 26 de enero de 2005 emitido por el Consejo General

del Poder Judicial fue más crítico al concretar que “el matrimonio -como la familia- es una institución anterior a la Constitución, anterior al Estado y a las formas jurídicas que crea y regula, por lo que el Estado desde su capacidad normativa no puede adulterarlo” además “hay que insistir en que a lo largo del tiempo habrán cambiado las formas de matrimonio, los requisitos para contraerlo; habrá diferencias en cuanto a su naturaleza, se habrán diseñado figuras jurídicas basadas en la aproximación analógica al matrimonio (uniones de hecho), etc. pero lo que siempre permanece es su carácter heterosexual, de ahí que una reforma que afecte a este núcleo identificador conllevaría el riesgo de modificar una institución jurídica hasta el extremo de hacerla perder su reconocibilidad en Derecho”.

El Proyecto de Ley sobre el matrimonio homosexual fue enviado a las Cortes Generales el 31 de diciembre de 2004 y el Congreso de los Diputados en su sesión del día 21 de abril de 2005 aprobó con 183 votos a favor, 136 en contra, y 3 abstenciones la reforma del Código Civil. Posteriormente el 22 de junio pasó por el Senado, éste vetó el proyecto, gracias al voto del PP, cuatro senadores del CiU y uno del PAR. Por otra parte el Foro de la Familia presentaba más de un millón y medio de firmas para someter a referéndum la iniciativa.

Pero, finalmente, el Pleno del Congreso de los Diputados, el día 30 de junio aprobó con 187 votos a favor (PSOE, Grupo Mixto, Izquierda Verde, ERC, PNV, CC y 2 diputados de Convergencia, con libertad de voto y la ex ministra del PP Celia Villalobos), 147 en contra (Partido Popular y miembros de Unió Democràtica de Catalunya) y 4 abstenciones, el Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, sin modificaciones respecto al Dictamen de la Comisión publicado en el "BOCG. Congreso de los Diputados", serie A, núm. 18-9, de 19 de abril de 2005.

Tras la aprobación de dicha ley, España se convirtió en uno de los pocos países, el tercero en el mundo, en reconocer el matrimonio homosexual.

Todos los informes negativos emitidos por el CGPJ y Consejo de Estado en los

que sus argumentaciones jurídicas fueron bastante críticas con el Proyecto de ley, posteriormente las utilizará el Partido Popular en parte para fundar su recurso de inconstitucionalidad.

2. La sentencia 198/2012 de 6 de noviembre del Tribunal Constitucional

2.1 El recurso de inconstitucionalidad

Tras la aprobación de la ley, y su publicación en el BOE el día 2 de julio¹³, el Partido Popular interpuso un recurso de inconstitucionalidad, promovido por setenta y un diputados, contra la Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de contraer matrimonio. El recurso fue admitido a trámite mediante providencia de 25 de octubre de 2005.

El Partido Popular, sostenía que mediante la simple reforma de unas pocas palabras del Código Civil, se había modificado la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer, al incluir las uniones de personas del mismo sexo.

En el recurso también se alude, a que cuando se manipula una institución jurídica como es el matrimonio, se vulnera la Constitución, y no sólo eso, si no que además añade que es una institución mucho más que jurídica, que está plena y largamente acuñada, que tiene un valor capital tanto para la organización de la vida de las personas como para la estructura social y que es por ello objeto del reconocimiento inequívoco y la máxima protección por parte de todos los poderes públicos de todo tiempo y circunstancia.

Criticaron también, que debido a la transcendencia de la modificación, se hubiese producido por el legislador ordinario y no por el poder constituyente. Porque en dicha modificación no sólo se cambia la institución del matrimonio, sino que todo el sistema normativo relativo a la familia.

13 BOE núm. 157 de 02 de Julio de 2005.

La ley la consideran inconstitucional por la violación de los siguientes preceptos constitucionales:

- Vulneración del art. 32 CE, por no respetar la definición constitucional de matrimonio como unión de un hombre y una mujer;
- Vulneración del art. 10.2 CE, relativo a la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas;
- Vulneración del art. 14 CE en relación con los arts. 1.1 y 9.2;
- Y en relación con las normas de familia, los arts. 39 CE, en sus apartados 1,2 y 4, relativos a la protección de la familia, protección integral de los hijos y protección de los niños, y el art. 53 en relación con los arts. 32, 9.3 y 167 todos ellos de la Constitución Española.

El Partido Popular, sostuvo que no se recurría la ley por ampliarse los derechos de las personas homosexuales, sino porque es inconstitucional, al ampliarse tales derechos desvirtuando una institución social y jurídica, universalmente reconocible como es el matrimonio.

En la demanda se introdujeron ocho motivos distintos de inconstitucionalidad de la reforma del Código Civil, que se traducen en la vulneración de arts. 9.3, 10.2, 14 (en relación con los arts. 1.1 y 9.2), 32, 39.1, 2 y 4, 53.1 (en relación con el art. 32), y 167 de la Constitución española. Todos ellos aparecerán en la exposición de antecedentes de hecho de la STC 198/2012. Finalmente el Tribunal Constitucional desestimará el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Popular, declarando constitucional la ley.

2.2 Análisis de la sentencia

El Tribunal Constitucional, después de 7 años se pronunció en 2012 a favor de la constitucionalidad de la ley, aunque con cuatro votos particulares. La doctrina ha criticado este hecho, debido a la lentitud para dictar la sentencia que declarase constitucional o no la ley 13/2005 de 1 de julio, a diferencia de lo acaecido en otros

países de nuestro entorno. Por ejemplo: en el caso de Portugal, su Tribunal Constitucional se pronunció con carácter previo a la promulgación de la ley; en el caso de Francia se pronunció el *Conseil Constitutionnel* un mes después de la aprobación de la ley, y por último en Bélgica, la *Cour Constitutionnel* dictó sentencia un año y medio después. Queda así abierto el debate de si ese retraso de siete años fue intencionado o impremeditado¹⁴.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, desestimó por mayoría y con cuatro Votos Particulares (tres discrepantes y uno concurrente) el recurso de inconstitucionalidad que había sido interpuesto contra la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

La esencia del recurso viene recogida en el apartado primero del artículo único de la ley, al establecer que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”. Éste a la vez, según los recurrentes es contrario al art. 32 CE. Pero la clave de la sentencia se halla en la interpretación de los arts. 10.2 y 53.1 en relación con el art. 32 CE, que es “de todos los preceptos constitucionales, el único que podría conducir a la declaración de inconstitucionalidad de toda la Ley, en el caso de que se entienda vulnerado” (FJ6).

La jurisprudencia española, ha interpretado el art. 32 CE como a) una garantía institucional y b) como un derecho constitucional. En consecuencia el matrimonio en nuestro ordenamiento, es por un lado “una institución garantizada por la Constitución” y por otro “un derecho constitucional”.

Por tanto la Sentencia girará en primer lugar en torno a si la reforma impugnada supone un menoscabo constitucionalmente inadmisibles de la garantía institucional del matrimonio, y en segundo lugar, si la reforma limita o no el ejercicio del derecho fundamental a contraerlo.

A) En primer lugar, el TC aborda el matrimonio como *garantía institucional* (FJ7)

¹⁴ Sobre el tema de la duración del TC en dictar ciertas sentencias, *Vid.* “ El Constitucional acumula retrasos de hasta 13 años en leyes polémicas” Diario El País, publicado el 2 de abril de 2012.

acuñada por nuestro Tribunal Constitucional mediante la STC 32/1981, para proteger determinadas instituciones.

En la STC 32/1981 se afirmaba que “la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (FJ 3). El Tribunal de esta manera le reconocía un amplio margen al legislador para definir el contenido de la institución, siempre y cuando la preservara y no cambiara su naturaleza. En palabras del propio Tribunal Constitucional en estas instituciones, exceptuando las supremas del Estado, “la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza” (STC 32/1981. de 23 de julio, FJ3).

En el matrimonio como garantía institucional, el Tribunal parte de que la Constitución es un “árbol vivo” (expresión empleada en la Sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General of Canada de 1930*), que a través de una interpretación evolutiva, se va adaptando a las realidades sociales del momento. Por eso no sólo, hay que basarse en una interpretación literal, sistemática y originalista del art. 32 CE.

Esta evolución es llevada a cabo también en el ámbito del derecho internacional y de las jurisdicciones de los distintos órganos internacionales.

En la jurisprudencia del TEDH, con relación al art. 12 CEDH, se puede comprobar una evolución significativa desde la aprobación del Convenio de Roma, debido a la evolución social sobre la percepción de la institución social del matrimonio. El Tribunal de Estrasburgo, entiende que el art. 12 CEDH no puede imponer a ningún Estado la obligación de reconocer el matrimonio homosexual, y añade “el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad

a otra”, absteniéndose de imponer su propia apreciación sobre el matrimonio a “las autoridades nacionales que son las mejor situadas para apreciar las necesidades de la sociedad y responder a ellas” (§ 62).

Por otra parte, el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) establece “se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a formar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”, pero ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo.

El Tribunal Constitucional recoge en la sentencia datos estadísticos oficiales para confirmar que en España el matrimonio homosexual tiene una amplia aceptación social.

En conclusión, desde el punto de vista de la garantía institucional, no se ha producido una desnaturalización de la imagen predominante del matrimonio, por tanto el matrimonio homosexual, tiene cabida en el art. 32 CE interpretado conforme a la noción de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española.

- B) En segundo lugar, se aborda la cuestión del *matrimonio como derecho constitucional*, que por encontrarse ubicado en el art. 32 CE, carece de “protección por la vía de amparo constitucional conforme a lo preceptuado en los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC” (ATC 188/1993, de 14 de junio, FJ2), pero dotado de la preservación de su contenido esencial frente a la libertad del legislador.

La clave, en este supuesto, radica en esclarecer si la nueva regulación supone un ataque al contenido esencial (art. 53.1 CE) del derecho al matrimonio.

En resumen (FJ 11) considera que la garantía institucional del matrimonio, coincide con la dimensión objetiva del derecho constitucional al matrimonio, aunque dogmáticamente su naturaleza sea diferente, y que una vez que se ha establecido que la garantía institucional (dimensión objetiva) permanece

inalterada, lo mismo ocurre con el derecho constitucional al matrimonio (dimensión subjetiva) en el que no ha habido una mutación de su contenido, ya que no se modifica ni los requisitos, ni los efectos de éste, sino que sólo abre la institución al matrimonio homosexual.

Para concluir, el Tribunal examina si la posibilidad de adopción conjunta de menores por parejas homosexuales, vulnera el deber de protección integral de los hijos del art. 39.2 CE.

El apartado séptimo del artículo único de la Ley 13/2005 da nueva redacción al apartado 4 del art. 175, que queda redactado de la siguiente manera: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el art. 179, es posible una nueva adopción del adoptado”.

Como la sentencia afirma, el interés del menor se tutela “en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del art. 39.2 CE no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge”.

El Tribunal tras citar la sentencia *Frette c. Francia*, de 26 de febrero de 2002 del TEDH, que reconoce a las autoridades nacionales, dentro de los límites de sus propias competencias, que dispongan de un margen de actuación en materia de adopción, a continuación alude a la STC 176/2008, de 22 de diciembre (FJ 7), posteriormente confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia *P.V c. España*, de 30 de noviembre de 2010, para destacar que no resultaría “constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno

u otro de sus progenitores”.

En consecuencia, después de todos los argumentos vistos, el Tribunal Constitucional determina que no existe tacha de inconstitucionalidad alguna en el artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, por lo que desestima el recurso de inconstitucionalidad.

2.3 Los votos particulares

El Magistrado ARAGÓN REYES, presentó un voto particular concurrente, en el que exponía su acuerdo con el fallo y su discrepancia con la fundamentación jurídica. El motivo principal de su desacuerdo es el uso de la denominada “*interpretación evolutiva*” porque mediante ésta “no puede hacerse decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia” pero se cambia sin emplear el cauce legalmente establecido.

De entre los tres votos discrepantes, GÓNZALEZ RIVAS manifiesta que el reconocimiento de la constitucionalidad de la Ley 13/2005, supone una manifiesta preterición de un signo estructural y básico de la institución matrimonial y reconocer una actuación que era indisponible para el legislador ordinario, supondría una mutación constitucional. Por tanto el legislador tendría que haber regulado al margen de la institución matrimonial, otras formas de convivencia dotadas de un régimen jurídico específico.

Por su parte OLLERO TASSARA señala que el motivo principal de su discrepancia es que la modificación, no se ha llevado a cabo mediante el cauce establecido en el art. 167 CE. También critica el predominante “*radicalismo individualista*” que dificulta la adecuada articulación entre las instituciones jurídicas, rebosantes de exigencias sociales, y los derechos individuales, haciendo que los segundos se conviertan en irrelevantes a las primeras.

También añade como conclusión, que el derecho al matrimonio da a su vez

derecho a una institución, pero no a redefinirla. Como bien señala la STC 247/2007, de 12 de diciembre “los derechos constitucionales no sólo se imponen al legislador, sino que son resistentes al mismo” pero en este caso es el legislador el que ha inventado un nuevo derecho, desfigurando una institución.

Por último el Magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS critica el significado enrevesado de la llamada “*interpretación evolutiva*” y la verdadera filigrana que realiza para evitar hablar del sexo, prescindiendo del componente biológico básico, ínsito en el matrimonio desde sus orígenes. Además, según su opinión, era imprescindible la reforma constitucional, con todas las formalidades y mayorías, para hacer lo que el legislador llevo a cabo por su cuenta e invadiendo las funciones del constituyente.

Respecto al tema de la adopción, los Magistrados de los tres votos discrepantes, se oponen a la posibilidad de la adopción efectuada por los miembros integrantes del matrimonio formado por personas del mismo sexo.

Recapitulando, el motivo fundamental de los votos discrepantes de los tres magistrados, no es la regulación de las uniones homosexuales, sino de la manera que se ha llevado a cabo.

V. REGULACIÓN LEGAL

1. Introducción

La homosexualidad, a lo largo de la historia, siempre ha estado tipificada como un delito, como un pecado y hasta como una enfermedad. Hasta los años 90 del siglo XX, la homosexualidad se consideraba una enfermedad mental. Esta concepción de homosexualidad cambió el 17 de mayo de 1990, cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) retiró la homosexualidad de su lista de trastornos mentales. Se consideró que la homosexualidad es una variación natural de la sexualidad humana y se rechazaron las terapias de cambio de orientación sexual.

Muchas son las religiones que rechazan la homosexualidad. En el caso del cristianismo, debido al arraigo y tradición cristiana que ha perdurado en España a lo largo de los siglos. Todo ello, es consecuencia directa de la regulación en materia de familia que hemos tenido hasta la Constitución de 1978, que estaba íntimamente ligada a la religión. La Biblia contempla varios versículos que penalizan la homosexualidad. Por ejemplo:

- En el Levítico 18:22: “No te acostarás con un hombre como se hace con una mujer, es una acción infame”.
- En los Corintios 6:9-10: “[...]Ni los afeminados, ni los invertidos heredarán el reino de Dios [...]”.

En España, ya en *Las Partidas* del rey Alfonso X El Sabio, en el Título XXI. “*De los que fazen pecado de luxuria contra naturam*”, se condenaba a las prácticas homosexuales bajo pena de muerte. En 1497, con los Reyes Católicos, bajo la rúbrica de “Como ha de ser castigado el pecado negando contra la naturaleza”, en la que se calificaba a la homosexualidad como herejía y crimen de lesa majestad. Posteriormente dicha disposición junto a la Pragmática de Felipe II en 1598, fueron recogidas en la *Novísima Recopilación* de 1805, y estuvieron en vigor hasta el Código Penal de 1822.

Ulteriormente, en la II República española se promulgó la Ley de Vagos y Maleantes¹⁵ que regulaba el tratamiento de rufianes, proxenetas, vagabundos, toxicómanos, etc. Esta ley fue modificada posteriormente por la Ley de 15 de julio de 1954, en concreto los arts. 2º y 6º de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933¹⁶, para incluir la homosexualidad como un estado peligroso. En 1970, la Ley de Vagos y Maleantes, fue derogada por la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social¹⁷, de esta ley caben resaltar, sus arts. 2 y 6:

- Art. 2: “Serán declarados en estado peligroso, y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación, quienes:

15 Gaceta de Madrid.- núm. 217 del 5 de agosto de 1933

16 BOE núm.198, de 17 de julio de 1954.

17 BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1970.

*a) Resulten probadamente incluidos en alguno de los supuestos de este artículo,
y*

b) Se aprecie en ellos una peligrosidad social.

Son supuestos del estado peligroso los siguientes:

Primero. Los vagos habituales.

Segundo. Los rufianes y proxenetas.

Tercero. Los que realicen actos de homosexualidad [...]”.

- Art. 6: “Las medidas de seguridad se aplicarán a los sujetos declarados en estado peligroso de la forma siguiente: [...]

Tercero. – A los que realicen actos de homosexualidad y a las que habitualmente ejerzan la prostitución se les impondrán, para su cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de reeducación.

b) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe o de visitar ciertos lugares o establecimientos públicos, y sumisión a la vigilancia de los delegados [...]”.

Esta situación de represión legal hacia el colectivo homosexual, cambió con la promulgación de la Constitución del 78 en el que su art. 14 promulga “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

2. Situación antes de la ley 13/2005

2.1 Situación en España

La llegada de la actual ley por la que se equipara el matrimonio homosexual al matrimonio heterosexual, ha sido fruto de un largo camino de lucha. Las diferentes asociaciones LGTB de toda España, reivindicaban diferentes demandas tanto sociales

como jurídicas. Éstas empiezan a hacerse notorias en la década de los noventa. Se inicia con la posible regulación de las uniones de hecho (en adelante UDH). Las uniones de hecho es la figura precedente al matrimonio homosexual. Antes de instaurarse éste en nuestro ordenamiento, hubo un amplio debate entorno a esta figura. A inicios del siglo XXI, comenzaron muchas de nuestras Comunidades Autónomas a legislar, por la falta de una regulación común en todo el territorio nacional y una descentralización por parte del Estado.

Antes de llegar a este punto, en el que cada Comunidad Autónoma ha aprobado una ley relativa a las uniones de hecho, tenemos que centrarnos en el debate político acaecido en los años noventa. Desde un primer momento, cuando se empezó a reconocer efectos jurídicos a las parejas de hecho, tanto en los preceptos de la legislación estatal, como en las primeras resoluciones judiciales, no se definía explícitamente la pareja de hecho, hasta que el 18 de mayo de 1992, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la materia, definiendo la pareja de hecho como “convivencia *more uxorio* debe desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”, unos meses más tarde el Tribunal Constitucional en su Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, reconoce la convivencia *more uxorio* como familia protegida por el art. 39 CE.

Las diferentes proposiciones de los distintos grupos políticos, giraban en torno a la instauración de una normativa general sobre la unión de hecho o también llamado contrato de unión civil, que incluyese tanto las uniones heterosexuales como las homosexuales, sin diferenciación alguna. En el año 1994, se aprobó, durante el gobierno de Felipe González, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que permitía que las uniones de hecho las formasen tanto parejas heterosexuales como homosexuales. Así el art. 12.4 de la LAU establece: “Lo dispuesto en los apartados

anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual [...]”. Un año más tarde, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, reconocerá la convivencia homosexual, en su art. 2, “Son beneficiarios a título de víctimas indirectas [...] a) El cónyuge del fallecido, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual [...]”.

Quien dió un primer paso para la elaboración de una ley, que regulase las UDH, fue Coalición Canaria, entendiendo que “la aceptación social de las uniones de hecho libres es creciente en nuestra sociedad” y “no debe permanecer al margen del derecho positivo, aquella convivencia de pareja estable e independiente, o no, de la sexualidad de quienes la constituyan”. A esta iniciativa se le sumaron otras como la del grupo parlamentario Federal de Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya que abogaban por “no existe una referencia a un modelo de familia predeterminado ni predominante, lo que hace necesario una interpretación amplia de lo que debe entenderse por familia, consecuente con la realidad social actual y con el resto del articulado constitucional referido a la persona”¹⁸

El Grupo Popular, el 29 de septiembre de 1997 también presentó otra proposición de ley, pero bastante alejada de las anteriores. Era la proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil. En su exposición de motivos manifestaba que “quienes lo deseen puedan formalizar una unión civil por medio de un contrato, registrado para garantizar la certeza exigida por el principio de seguridad jurídica”. Ésta fue rechazada por los colectivos de homosexuales, el PSOE, Izquierda Unida y el Grupo Mixto, al no hacer referencia alguna a las uniones homosexuales.

18 *Vid:* Exposición de Motivos de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm.88, págs.1-2)

Finalmente el Partido Socialista, en su programa para las elecciones generales de 2004, proponía una modificación del Código Civil para posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo, que se tradujo con la aprobación de la ley 13/2005 de 1 de julio.

2.2. Situación en nuestro entorno europeo

Mientras en España se luchaba por el reconocimiento de los derechos y libertades del colectivo homosexual, lo mismo acaecía en nuestro entorno europeo. A partir de la segunda mitad del siglo XX, la situación de los homosexuales en Europa, cambió notoriamente.

Las relaciones homosexuales estuvieron tipificadas como delito hasta principio de los años 80. Fue en la sentencia *Dudgeon c. Reino Unido* de 22 de octubre de 1981, en la que la doctrina del TEDH despenaliza por primera vez las relaciones homosexuales. Se reconoce el principio según el cual la penalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, constituye una violación del derecho al respeto de la vida privada. Este principio fue rápidamente afianzado por los jueces de Estrasburgo con ocasión de la legislación irlandesa, con la sentencia *Norris c. Irlanda* de 1988, por la que se censura finalmente las llamadas “leyes de sodomía”. El Tribunal Europeo declaró que “determinaban para los individuos involucrados un constante e injustificado sacrificio del respeto de las elecciones más íntimas de la vida privada”. Tres años más tarde lo hizo con la chipriota mediante la Sentencia *Modinos c. Chipre* del 22 de abril de 1991, para ir consolidando la tutela contra las discriminaciones en materia de orientación sexual.

También reconoció que, no sólo la condena sino también la simple acusación, de conductas homosexuales consentidas entre adultos, eran desproporcionadas respecto a las finalidades perseguidas y constituyen una violación del art. 8 del CEDH¹⁹.

Uno de los avances más significativos sin embargo, en la lucha por la no

¹⁹ Casos *S.L e Wolfmeyes c. Austria* del 2003 y 2005 respectivamente y *A.D.T c. Reino Unido* de 2007.

discriminación de los homosexuales, fue el análisis que realizó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar el alcance del art. 14 CEDH: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Éste destaca que, pese a que la orientación sexual no se contempla explícitamente en dicho artículo, se debe tener en consideración como criterio discriminador, porque la lista de dicho precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo. Este criterio lo encontramos en la sentencia STEDH 21 de diciembre de 1999 caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal o la sentencia Kernel c. Austria de 24 de julio de 2003.

Asimismo es pertinente la cita del art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea (introducido por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 y posteriormente modificado por el Tratado de Niza de 2003) que se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discriminación, cuando señala que “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Es destacable en este sentido, el denominado paquete de medidas contra la discriminación aprobado por la Comisión el 25 de noviembre de 1999, con fundamento en el art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea.

Por último el Parlamento Europeo, recientemente ha emitido una serie de resoluciones sobre la lucha contra la homofobia en Europa²⁰. Cabe resaltar la del 14 de enero de 2009. El Parlamento Europeo aprobó un texto que insta, entre otros, a los

²⁰ Resolución de 14 de enero de 2009, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008; Resolución de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa y Resolución de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

Estados miembros que no hayan reconocido las uniones homosexuales que las reconozcan y que en Europa el derecho a la libre circulación se garantice en igualdad de condiciones entre las parejas heterosexuales y homosexuales.

Respecto a la regulación del matrimonio homosexual en el Derecho europeo, cabe partir de la base de que, existen Estados que han introducido en su ordenamiento jurídico la institución del matrimonio homosexual, equiparándola por completo al matrimonio heterosexual, y países que han regulado de forma diversa, creando nuevas figuras jurídicas, como son las uniones estables entre personas del mismo sexo, sin compararlas con el matrimonio heterosexual.

Dinamarca fue el primer país en el mundo en aprobar una ley que regulase las uniones civiles homosexuales, ésta fue la Ley 372 de Parejas Registradas de 1989. Esta unión civil homosexual, se alejaba en cuanto a efectos, derecho y obligaciones al matrimonio civil heterosexual, pero fue un primer paso para el reconocimiento de esas parejas afectivas de personas del mismo sexo. Posteriormente esta figura se extendió por los países vecinos, así por ejemplo en Noruega la Ley de Cohabitación Registrada (*Act on Registered Partnerships*) que entró en vigor en 1993, o la sueca que entró en vigor en 1994²¹.

En 1999 en Francia se aprobó el “*Pacte civil de solidarité*” (Pacs), contrato mediante el cual se les permite a las parejas, ya sean del mismo o de distinto sexo, la posibilidad de organizar su vida en común. Pero no fue hasta el 2013 cuando la Asamblea Nacional francesa aprobó el matrimonio homosexual.

Alemania en 2001 reconoció la unión legal de las parejas del mismo sexo mediante la Ley de 16 de febrero de 2001 *Eingetragene Lebenspartnerschaftsgesetz*. En relación a la misma, el Tribunal Constitucional alemán se pronunció sobre la constitucionalidad en la Sentencia de 17 de julio de 2002, declarando la constitucionalidad de la misma ya que la introducción de la institución jurídica de la pareja de hecho homosexual no lesiona el art. 6.1 de la Ley Fundamental.

²¹ Estos países en 2009 reconocieron el matrimonio homosexual

Ulteriormente en 2005 en el Reino Unido y Gales las uniones civiles se reconocieron tras la entrada en vigor el 5 de diciembre la Ley de Uniones Civiles (*Civil Partnerships Act* 2004) en la que en su art. 1 declara que “la unión civil es una relación entre dos personas del mismo sexo”²². Aunque el matrimonio homosexual no se reconoció hasta el 2014.

El primer país en reconocer el matrimonio homosexual fue Holanda, mediante la Ley de 21 de diciembre de 2000, la cual modificó el Código Civil holandés, permitiendo la apertura de la institución del matrimonio a personas del mismo sexo. El segundo país en reconocerlo fue Bélgica en 2003, mediante la Ley de 30 de enero de 2003, el tercer país en reconocerlo fue España mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, posteriormente lo han reconocido países como Portugal (2010), Islandia (2010), Dinamarca (2012), Finlandia (2014) y Eslovenia (2015).

Para concluir cabe resaltar un caso particular y único, ha sido el ocurrido en Irlanda, país católico por antonomasia y que se ha convertido en el primer país en el mundo en aprobar el matrimonio homosexual mediante referéndum el pasado mes de mayo.

3. Ley 13/2005, de 1 de julio

3.1 Principales modificaciones normativas

Mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se produce en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo. Se trata fundamentalmente, de una reforma del Código Civil que, sin hacer una modificación de fondo del régimen jurídico del matrimonio, permite que éste sea contraído por personas del mismo sexo²³. La clave de esta ley, ha sido su art. 44, que con anterioridad a la reforma establecía: “El

22 <http://www.legislation.gov.uk/>

23 DÍEZ-PICAZO, Luis María, “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *InDret Revista para el Derecho*, Barcelona, abril de 2007, pág.8.

hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”. Tras la reforma, se le añadió un segundo párrafo “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”.

Como bien indica su exposición de motivos “la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualesquiera que sea su composición”.

El resto de modificaciones operadas en otros preceptos reguladores del matrimonio, arts. 66, 67, 637, 1.323, 1.344, 1.348, 1.351, 1.361, 1.365, 1.404 y 1.458 (los dos primeros relativos a los derechos y deberes de los cónyuges, el sucesivo, sobre las donaciones hechas a los cónyuges, y el resto trata sobre el régimen económico matrimonial, a excepción del art 1.458 que establece la capacidad de los cónyuges para venderse bienes recíprocamente) son por meras razones de adaptabilidad lingüística a la nueva situación²⁴. Porque cambia el léxico utilizado hasta la fecha para referirse a los miembros que forman el matrimonio «marido» y «mujer», y los vocablos «padre» y «madre», por términos más genéricos como «cónyuges» o progenitores. Con excepción de los arts. 116, 117 y 118 CC que emplean el término marido en relación con la presunción de paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio. En este punto, el profesor CLAVERÍA GOSÁLVEZ²⁵ hace una crítica: los redactores de la ley después de proclamar que el matrimonio tiene los mismo efectos independientemente del sexo de los cónyuges, tuvieron que reconocer lo contrario en el párrafo penúltimo de la Exposición de Motivos “Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los arts. 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”. Luego el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque se

²⁴ *Ídem*.

²⁵ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La transformación del concepto de matrimonio en Derecho Civil español tras las reformas de julio de 2005, (Breve estudio legislativo)”, *ADC*, tomo LX, 2007, fasc. I, p.13.

proclame lo contrario en varios textos de la misma reforma, no tienen los mismos efectos que el otro, sencillamente porque es imposible. En el mismo sentido, el profesor BERCOVITZ, también lo critica, considera que la equiparación plena del matrimonio homosexual al heterosexual no es posible, a pesar del empeño de nuestro legislador. Así lo prueba la imposibilidad de aplicar al matrimonio homosexual un efecto jurídico tan importante como es la presunción de paternidad del marido respecto a los hijos de su mujer²⁶.

Y por último el art. 108 CC relativo a la filiación por naturaleza que sigue empleando el término padre y madre.

También se han modificado, los arts. 154, 160 y 164, relativos a la patria potestad. Con anterioridad a la modificación de la ley el art 154.1 hacía referencia a “Los hijos emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre”, una vez modificada ésta, quedó redactado de la siguiente manera “Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores”. Así, con el término progenitores, se incluye el supuesto de que un matrimonio homosexual, tengan hijos en común, no mediante la descendencia biológica, pero sí mediante la adopción o por vía de la fecundación asistida.

En cuanto a la adopción se ha modificado el art. 175.4 que pasa de estar redactado “Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el art. 79, es posible una nueva adopción del adoptado” a “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el art. 179, es posible una nueva adopción del adoptado”. Aunque la redacción actual no se refiera expresamente a la condición sexual de los adoptantes, permite que las parejas

26 BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho Civil (Derecho de Familia)*, Bercal, 2013.

homosexuales que contraigan matrimonio a partir de ese momento, puedan adoptar los mismos hijos.

Cabe resaltar la disposición adicional primera de la ley, en la que subraya que “Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”.

3.2 Aspecto internacionalprivatista de la Ley

La doctrina ha criticado la ley, en cuanto al aspecto internacional privado de ésta, porque la reforma producida no ha regulado ninguna cuestión. Por lo que resulta difícil regular este asunto, con los principios de derecho internacional privado del matrimonio heterosexual, debido a que la institución del matrimonio homosexual, se encuentra regulada en un número reducido de países²⁷, con regulaciones diversas cada uno de ellos, provocando situaciones de compleja solución.

Esta coyuntura podría haber servido de base para formular una reforma en el Derecho Internacional Privado español (en adelante DIPr) en cuanto a la ley aplicable a la celebración del matrimonio homosexual, para crear una norma de conflicto que determine la ley aplicable a la celebración del matrimonio, ya que el actual sistema DIPr español carece de una norma en este sentido.²⁸

Aunque no exista una norma de conflicto específica para el matrimonio homosexual, está siempre la norma de conflicto general del art. 9.1 CC, según la cual, la capacidad y el consentimiento para contraer matrimonio, corresponde a la ley personal del contrayente, que es la determinada por su nacionalidad.

El problema surge cuando en la práctica, contraigan matrimonio un español y un extranjero cuya ley personal no le reconozca tal posibilidad, o bien, el caso de que dos

27 Sólo veinte en el mundo reconocen el matrimonio homosexual: Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Sudáfrica, Suecia y Uruguay.

28 DURÁN AYAGO, Antonia, “*La Sustancial Reforma del Derecho Matrimonial Español*”, en la obra colectiva, Llamas Pombo, Eugenio (Coordinador), *Nuevos Conflictos del Derecho de Familia*, La Ley, Madrid, 2009.

extranjeros cuyas leyes personales no les permiten contraer matrimonio y decidan casarse en España. En este sentido, cabe citar la Resolución - Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo²⁹, al considerar que el hecho de que una persona pueda contraer matrimonio con otra personas de su mismo sexo, es un principio básico de nuestro ordenamiento. Por lo tanto en el supuesto de que dos personas homosexuales, una de ellas española y la otra extranjera a la cual su ley personal no le permite contraer matrimonio con una persona del mismo sexo, el matrimonio será válido. Así lo señala la DGRN “El matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero [...]”.

Por último, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha consolidado una jurisprudencia, en la cual considera que las normas de DIPr de los Estados miembros no pueden ser aplicadas cuando constituyan obstáculos a la libre circulación de personas y a las demás libertades comunitarias. Por ello, el TJCE ha declarado que una situación jurídica válidamente creada y válidamente constituida en un Estado miembro que resulta necesaria para ejercer las libertades comunitarias, debe ser considerada como válida y existente en los demás Estados miembros con independencia de lo que dispongan las normas de DIPr de los Estados miembros.³⁰

29 BOE núm 188, de 8 de agosto de 2005.

30 FJ 4º párrafo cuarto RDGRN 6/2006, de 10 de noviembre. STJCE de 30 de marzo de 1993, asunto C-168/1991, Konstantinidis; de 2 de diciembre de 1997, asunto C- 336/1994, Dakefi.

4. Derechos y otras cuestiones derivadas de la aprobación de la Ley 13/2005

4.1 Derecho a la pensión de viudedad

En primer lugar, cabe señalar que, esta prestación es de las que más conflictos ha planteado. El derecho a la pensión de viudedad, ha sido un tema bastante controvertido en los últimos años sobre todo con referencia a las uniones estables homosexuales.

Como regla general el art. 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (en adelante LGSS) prevé el carácter vitalicio de dicha prestación, aunque puede extinguirse, si por ejemplo, el cónyuge sobreviviente contrae nuevas nupcias. Y a continuación establece como beneficiario de ésta, al viudo o viuda cuando, al fallecimiento de su cónyuge, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, y hubiera completado el período de cotización que se requiere. En cuanto a estos requisitos que se le exigen al causante, para que nazca a favor de su cónyuge el derecho a recibir la pensión de viudedad, la jurisprudencia ha sido bastante flexible.

Sin embargo, lo más llamativo en cuanto a las exigencias de la ley, es que el legislador establece con carácter esencial que sólo el cónyuge sobreviviente tiene derecho a la pensión. Por lo tanto, es imprescindible, que haya existido con anterioridad a la fecha del hecho causante de la pensión vínculo matrimonial.

En este sentido, los tribunales han sido muy rígidos, pronunciándose el Tribunal Constitucional sobre la materia, declarando reiteradamente que la exigencia de vínculo matrimonial como requisito para acceder a la pensión de viudedad, establecida dentro del Sistema de Seguridad Social, no pugna con el art. 14 CE³¹.

Esta imposibilidad legal para contraer matrimonio aparece como argumento principal aducido por algunas parejas de homosexuales, ya que a ellos les estaba vedado el vínculo conyugal antes de la Ley 13/2005, consecuencia de ello es que no podían acceder a la prestación. Respecto esta exigencia del vínculo matrimonial, el TC se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, a favor de la constitucionalidad del requisito del

31 SSTC 184/1990, 29/1991, 30/1991, 31/1991, 29/1992.

matrimonio, al entender que “el matrimonio y la convivencia matrimonial no son realidades equivalentes, sino realidades jurídicamente distintas”³². Además afirmaba que “se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a la unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo”.³³

A raíz de la promulgación de la Ley 13/2005, la situación de las parejas homosexuales cambia por completo, ya que pueden acceder a dicha pensión como matrimonio. Finalmente cabe resaltar, la reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, al art. 174.3 de la LGSS, mediante la cual, las uniones homosexuales a través de su consideración como pareja de hecho, gozan del derecho a esta prestación sin que sea necesario que medie matrimonio, ya que se afirma textualmente: “Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho [...]”.

La problemática nace en relación con aquellas uniones establecidas antes del 2005, que no cumplen con el requisito del vínculo conyugal por no haber podido contraer matrimonio y fallece un miembro antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

La Ley 13/2005 carece de una disposición transitoria «de repesca» semejante a la que, en su día, previó el legislador para las parejas heterosexuales en la disposición adicional décima, en su 2º apartado de la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se

32 SSTC 260/1988 (RTC 1988, 260); 35/1991 (RTC 1991, 35), 29/1992 (RTC 1992, 29); 66/1994 (RTC 1994, 66); AATC 188/2003 (RTC 2003, 188 AUTO), 77/2004 (RTC 2004, 77 AUTO), 203/2005 (RTC 2005, 203 AUTO).

33 ATC 222/1994, de 11 de julio, F2.

modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio³⁴. Pronunciándose sobre la materia el Tribunal Supremo en la STS 3689/2009, declarando la irretroactividad de la Ley 30/2005, al no contemplar la misma ninguna norma transitoria, que permita sostener la aplicación de los efectos de dicho matrimonio, a las parejas donde el fallecimiento del causante se produjo antes de la entrada en vigor de la ley. Además “sería contrario al art. 3-2 del Código Civil, que dispone la irretroactividad de la Ley, salvo que se dispusiere lo contrario”.

Por lo tanto si el fallecimiento de un miembro de una unión homosexual, se produjo antes de la modificación del Código Civil en 2005, se regirá por la norma vigente del momento, y ésta no reconocía la pensión de viudedad al superviviente de las parejas del mismo sexo.

BUTRÓN OCHOA considera que esta imposibilidad de aplicación con carácter retroactivo de la Ley 13/2005 atenta contra los principios propios del sistema de Seguridad Social cuyo objetivo de protección en la cobertura de situaciones de necesidades, provoca una distinción en tal protección atendiendo o no a la norma transitoria que lo prevea, y es que si en su momento se tuvo en cuenta la imposibilidad del matrimonio heterosexual por inexistencia de divorcio y vínculo de impedimento alegada antes del fallecimiento del causante, la entrada en vigor y posibilidad de los matrimonios homosexuales se comprendería en identidad de razón, donde las normas de Seguridad Social en conexión con las constitucionales, en la búsqueda de la justicia y el derecho, deben interpretarse de forma y modo que su aplicación no frene ningún dinamismo progresivo y sea coherente con las garantías de asistencia y prestaciones sociales que postula la Constitución Española³⁵.

Posteriormente el Pleno del Tribunal Constitucional, planteó la cuestión interna de constitucionalidad núm. 693/2013, en relación con el art. 174.1 de la LGSS, siendo

34 DESDENTADO DAROCA, E., *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm 10/2009 parte Estudio.

35 BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. C., «Pensión de viudedad y derecho de familia», en AA.VV., *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 539.

ésta desestimada por la STC 92/2014 que declaró su constitucionalidad. Por último cabe resaltar, el recurso de amparo interpuesto núm. 1326/2007, que denunciaba la violación de lo dispuesto en el art. 174 LGSS con relación a los arts. 14, 39.1 y 41 CE. Finalmente la STC 115/2014, declaró la inexistencia de lesión del derecho fundamental del art 14 CE.

4.2 La doble maternidad

Tras la introducción en nuestro Ordenamiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, han surgido nuevas dudas y problemas en relación con la filiación. Y este es el caso de la posibilidad de someterse uno de los miembros de la pareja a las técnicas de reproducción asistida, en el supuesto de matrimonio formado por dos mujeres. Desde el año 2005 que se produjo dicha reforma hasta el año 2007, el procedimiento para concretar la filiación en las parejas de mujeres que se sometían a las técnicas de la reproducción asistida, no era otro que la adopción. Supuesto que venía reflejado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de junio de 2006 que denegaba la inscripción de la doble maternidad: “la maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza o adopción” basado en el principio de veracidad biológica: “el principio de veracidad biológica en nuestro Ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer”. En nuestro Código Civil, el art. 108 sigue concediendo una especial importancia a la filiación derivada de la consanguinidad, es decir la filiación biológica, regulando en un segundo plano, por tanto, la filiación adoptiva, equiparada a la biológica. Cabe resaltar, en este sentido, que el Código Civil no hace ninguna referencia a la filiación derivada de la asunción de una paternidad o maternidad mediante las técnicas de reproducción asistida humana.

A raíz de la aprobación del matrimonio homosexual, y la equiparación de éste al heterosexual, se permite que la mujer no gestante adopte al hijo de su pareja, de manera

que tendríamos una doble maternidad: una, derivada de una filiación por naturaleza y otra, derivada de la filiación adoptiva.³⁶

a) Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida en relación con la doble maternidad

Tras la aprobación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA), se introdujeron importantes novedades en cuanto a la procreación o generación de los hijos, respecto a las leyes emanadas con anterioridad sobre dicha materia, como eran la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, pese a las innovaciones que introdujo, no se adaptó sin embargo a la Ley 13/2005, de 1 de julio. No contemplaba el supuesto del matrimonio formado por dos mujeres, hasta la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Ésta en su disposición adicional primera añade al art. 7 de la Ley 14/2006 un tercer apartado, recientemente modificado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, y que dice así: “3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.”³⁷ esto quiere decir que la mujer que estuviese casada con otra mujer que se este sometiendo a un tratamiento de reproducción asistida, manifieste conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil, que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto de ese recién nacido. Por consiguiente, en nuestro Ordenamiento a raíz de dicho cambio

36 VERDERA IZQUIERDO, B. “La Ley de reproducción asistida y el matrimonio homosexual. La doble maternidad”, en Verdera Izquierdo, Beatriz (Directora y Coordinadora), *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar*, Dykinson, 2013, p. 41.

37 En vigor a partir del 15 de octubre de 2015.

legislativo nos podemos encontrar con una doble maternidad o comaternidad por naturaleza, no derivada del hecho biológico – por su imposibilidad natural – sino por la ficción jurídica derivada de dicho consentimiento; equiparada a la filiación por naturaleza.³⁸

b) Requisitos formales

La nueva redacción del tercer apartado del art. 7 LTRHA requiere una manifestación conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil, por la que la mujer consienta que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación.

La exigencia de esta forma solemne se justifica en que, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio heterosexual en el que se precisará el consentimiento del marido para la aplicación de las técnicas (art. 6.3 LTRHA), en el caso del matrimonio formado por dos mujeres, la mujer no gestante, no separada legalmente o de hecho, no deberá prestar el consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción por su cónyuge para que surjan los efectos de la filiación, sino que puede acudir ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal o en el mismo centro sanitario, antes de que nazca el hijo, para manifestar que cuando se produzca el nacimiento se determine la filiación a su favor. Se trata por tanto de un consentimiento previo al nacimiento, no a las técnicas de reproducción asistida como ocurre en el caso de las parejas heterosexuales, para que la cónyuge no gestante asuma la maternidad del hijo de su cónyuge. En este supuesto, no puede operar presunción alguna de filiación, porque la presunción no se basa en quién es el progenitor, sino en quien tiene más probabilidades de serlo³⁹.

En las parejas formadas por dos mujeres, es requisito indispensable que una persona ajena a la pareja aporte sus gametos para la fecundación, por lo que en este caso no cabe hablar de un sistema basado en presunciones, pues como sucede en los

38 VERDERA IZQUIERDO, B. “La Ley de reproducción asistida y ...”, *op.cit.* 37.

39 FARNÓS AMORÓS, E., “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc.I, pág.12.

supuestos de las parejas heterosexuales que recurren a la fecundación heteróloga o con gametos de donante, sino que la filiación resulta de una relación jurídica puramente legal⁴⁰. Ante la ajeneidad de los gametos, el consentimiento es el único elemento por tanto para determinar la filiación.

Tras la reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil⁴¹, permite la inscripción de los recién nacidos se realice en los centros sanitarios, mediante el formulario oficial de declaración que se remitirá al Registro Civil, no será por tanto necesario presentarse en la Oficina del Registro Civil para inscribir al nacido.

Para finalizar, cabe recalcar que pese a las diferencias en cuanto al consentimiento del cónyuge en el matrimonio heterosexual y en el matrimonio formado por dos mujeres, existe un importante punto en común: se aplica el criterio de la voluntad personal de quien quiere ser progenitor como origen de la paternidad y maternidad con plena eficacia jurídica, criterio que prevalece sobre el principio de coincidencia de la verdad biológica y la verdad jurídica⁴². También son comunes sus efectos en cuanto a la guarda y custodia sobre los hijos, patria potestad, apellidos, alimentos y derechos sucesorios.

4.3 La doble paternidad: La gestación por sustitución

En el supuesto de los matrimonios formados por dos hombres, por razones biológicas no pueden engendrar por lo que deben acudir a las técnicas de reproducción asistida para poder llevar a cabo su paternidad. Pero en este caso, sólo cabe recurrir a la gestación subrogada, que nuestro ordenamiento prohíbe expresamente el art. 10.1 LTRHA declarando nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la

40 Así lo expresa el preámbulo de la ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro segundo del Código Civil de Cataluña.

41 BOE núm. 167 de 14 de julio de 2015.

42 CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “La llamada doble maternidad <<por naturaleza>>: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”. *Diario La Ley*, N° 8240, Sección Doctrina, 30 de enero de 2014, Año XXXV, Ref. D-35, pág. 3.

gestación, con o sin precio. Por este motivo, cada vez son más el número de parejas españolas que viajan al extranjero para poder acceder a la gestación subrogada. El principal país era Estados Unidos, aunque últimamente se han impuesto países asiáticos por el abaratamiento de los costes. Este ha sido el caso de Tailandia, país asiático que en los últimos años se ha convertido en un referente para las parejas que buscan la paternidad por este método⁴³.

Como consecuencia derivada de la nulidad de los acuerdos de gestación subrogada en España, por el art 10.1 de la LTRHA, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) dictó la Instrucción fechada el 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁴⁴. La Instrucción en su primera directriz permite la inscripción de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución. Es requisito básico para la inscripción la presentación de la resolución judicial dictada por el Tribunal competente del país origen del menor, que determine la filiación del nacido. Esta exigencia, tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto al marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante, para asegurar que no se incurre en tráfico de menores.

En relación con la gestación por sustitución hemos de mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Dicha sentencia, sólo se pronuncia sobre el reconocimiento de una certificación registral extranjera. Ésta, trata la impugnación de una resolución de la DGRN que acordó la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de unos menores nacidos en California tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución, al considerar que no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor.

43 Este país asiático en febrero de este año, prohibió a extranjeros y parejas homosexuales acceder a la gestación subrogada. *Vid.* artículo " Tailandia dejará de ser el útero de alquiler del mundo", publicado en Diario El Mundo, 20 de febrero de 2015.

44 BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

En referencia con el orden público internacional español el TS, afirma en este sentido que “las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y dentro de ellas las relaciones paterno filiales, vienen recogidos en el Título I CE e integran ese orden público que actúa como límite del reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión”. En cuanto a la discriminación por razón de sexo que alegaban los afectados, el Tribunal no considera admisible tal argumento porque la causa de denegación no se justifica en que ambos solicitantes sean varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución. Por último, el TS alude que “nuestro ordenamiento jurídico, y en la mayoría de ordenamientos basados en principios y valores similares, no se acepta la generalización de los avances de las técnicas de reproducción humana asistida, que vulnera la dignidad de la mujer gestante y el niño, mercantilizando la gestación y la filiación, permitiendo a determinados intermediarios hacer negocio con ello”.

Por todo ello se acuerda dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada en la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009. Además la propia sentencia insta “al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en su núcleo familiar de facto”. Lo que el Tribunal Supremo concluye, es que se compruebe si alguno de los comitentes es progenitor biológico de los menores, de ser así, de acuerdo con el art. 10.3 LTRHA, le correspondería la acción de reclamación de paternidad y la determinación de la filiación jurídica respecto de aquéllos, pudiendo ser inscrita en el Registro Civil. Sin embargo, el otro comitente deberá acudir a la institución de la adopción, convirtiéndose en padre adoptivo. Para el supuesto en el cual, ninguno de los comitentes sea progenitor biológico, sólo el acogimiento familiar o la

adopción servirían para legalizar la situación de hecho existente⁴⁵.

Los recurrentes en casación promovieron un incidente de nulidad de actuaciones, siendo éste desestimado por auto fechado el 2 de febrero de 2015.

4.4 La adopción

La posibilidad de adopción por parejas homosexuales tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, fue uno de los temas que generó una mayor oposición en la sociedad. Los colectivos homosexuales, venían reclamando la equiparación total con las parejas heterosexuales a los efectos de poder crear una familia.

En primer lugar, a diferencia de como sucede con “el derecho a contraer matrimonio” (reconocido en el art. 32 CE y art. 44 del CC), ni la Constitución ni el Código Civil reconoce el derecho a adoptar. En este sentido, el Tribunal de Derechos Humanos se pronunció al respecto en el caso Frette c. Francia, supuesto en el que las autoridades francesas denegaron la adopción a un homosexual. El TEDH declaró que “el art. 8 del Convenio europeo de Derechos Humanos no garantiza, como tal, un derecho a adoptar [...] el derecho al respeto a la vida privada y familiar, presupone la existencia de una familia, pero no protege el simple deseo de fundar una familia”.

Hay que tener en cuenta que según el informe del CGPJ, éste propugno la posibilidad de equiparar el matrimonio homosexual al matrimonio heterosexual, si bien, no permitir la adopción a tales sujetos. Se descartó tal diferenciación, porque la misma crearía un matrimonio de primera y un matrimonio de segunda que, en tal caso, ocasionaría una discriminación al respecto⁴⁶.

Antes de la Ley 13/2005, en España ya existía en algunas Comunidades Autónomas (en el caso de Aragón, Cataluña, País Vasco y Navarra) la posibilidad de adopción conjunta por una pareja del mismo sexo. La modificación efectuada por la ley 13/2005, afectó únicamente al supuesto de la adopción conjunta, porque el supuesto

45 VELA SÁNCHEZ, A., “A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”. *Diario La Ley*, N° 8279, Sección Doctrina, 26 mar. 2014, Año XXXV, p. 10.

46VERDERA IZQUIERDO, B., “Matrimonio entre personas del mismo...”, *op. Cit.* 6, p. 61.

típico de adopción por una persona, no plantea ningún problema, debido a que el Código Civil sólo exige que el adoptante sea mayor de veinticinco años .

Tras la reforma operada por la citada ley, el apartado 4 del art. 175 CC queda redactado de la siguiente manera “4. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el art. 179, es posible una nueva adopción del adoptado”. La nueva redacción dada al artículo, no alude expresamente a la orientación sexual de los adoptantes, lo cual significa que una persona puede ser adoptada por ambos cónyuges ya sean del mismo o distinto sexo.

En consecuencia, tras la aprobación de la Ley 13/2005, los matrimonios formados por personas del mismo sexo podrán adoptar en igualdad de derechos y deberes que los matrimonios tradicionales. Como bien señala la Exposición de Motivos de la ley, que proclama “los efectos del matrimonio [...] serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción”.

La adopción, ha sido, uno de los aspectos más polémicos de la Ley 13/2005, especialmente por la técnica legislativa empleada para llegar a este resultado, consistente en efectuar una equiparación en bloque entre el régimen jurídico del matrimonio heterosexual y el del matrimonio homosexual⁴⁷.

Para concluir tenemos que recordar en este sentido la máxima establecida por TEDH cuando afirma que “la adopción es dar una familia a un niño, y no un niño a una familia”, no se puede configurar la adopción como institución derivada del matrimonio, sino como institución cuyo fin principal y último es el interés del menor⁴⁸.

47 GÓNZALEZ PILLADO, E.; GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, p. 83.

48 VERDERA IZQUIERDO, B., Matrimonio entre personas del mismo sexo: estado de la cuestión una década después de la Ley 13/2005, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto, p. 62.

Por todo ello se puede llegar a afirmar que la pretensión de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por el que se modifica el derecho a contraer matrimonio, en cuanto equiparar, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones al matrimonio entre personas de diferente sexo y personas del mismo sexo, se consigue de una manera total con la posibilidad de adopción en el caso de parejas homosexuales. Ya el preámbulo de la Ley establece que: “Los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes: entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción”.



VI. CONCLUSIONES

- I. La sociedad cambia, y con ella las normas que la regulan, por ello, era necesario una adaptación legal. Como bien aboga el art. 3.1 CC, las normas se tienen que adaptar a la realidad social del momento en el que vivimos. En la actualidad, la realidad social imperante hace que el modelo de familia y el modelo de matrimonio sea diferente al de otros periodos históricos. La consecuencia de dicha adaptación, radica en que, en los últimos tiempos se ha pasado de la familia con prevalencia en el modelo heterosexual, basado en la unión de un hombre y una mujer, a otros modelos de familia como pueden ser: la familia reconstituida, la familia homoparental, la familia de acogimiento de menores o personas mayores, las uniones ocasionales, etc. Lo mismo ha sucedido con la institución del matrimonio, institución que ha ido evolucionando con el paso del tiempo, adecuándose a las exigencias sociales de cada momento, llegando a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.
- II. La Ley 13/2005, de 1 de julio, supuso toda una revolución hasta el momento impensable, al equiparar por completo en cuanto a derechos y obligaciones el matrimonio homosexual y el matrimonio heterosexual, consiguiendo así una igualdad plena.
- III. Con anterioridad a la Ley 13/2005, en España la única posibilidad que les restaba a las personas homosexuales, era la figura de las uniones de hecho. El problema de éstas, era que sólo se encontraban reguladas en algunas Comunidades Autónomas, generando una gran desigualdad entre los habitantes de una Comunidad y otra. Por lo que la ley supuso un avance muy importante; además de reconocer el matrimonio homosexual, creó una única ley común a todo el Estado, desapareciendo la desigualdad que existía entre las diferentes Comunidades Autónomas.
- IV. La constitucionalidad de la ley se justifica en base a dos cuestiones; el matrimonio como garantía institucional, y el matrimonio como derecho

constitucional. Desde la perspectiva del matrimonio como garantía institucional, el TC parte de la premisa: la Constitución es un “árbol vivo” que a través de su interpretación evolutiva se va adaptando a las realidades sociales del momento. Como consecuencia, la Ley 13/2005, de 1 de julio, no ha hecho más que adaptar el matrimonio a las exigencias de la sociedad actual; la institución como tal no ha sufrido transformación alguna. Desde la perspectiva del matrimonio como derecho constitucional, el matrimonio homosexual tiene cabida en nuestro ordenamiento, porque éste no produce una mutación del contenido del derecho, al no modificarse ni los requisitos, ni los efectos de éste, sino que sólo se ha abierto la institución al matrimonio homosexual.

- V. La Ley 13/2005, desde un principio ha buscado la plena igualdad al dar un paso más allá, puesto que no sólo reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que además, permitió la posibilidad de adoptar y así poder crear una familia. En consecuencia, la pretensión de nuestra Ley 13/2005, en cuanto a equiparar con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones el matrimonio entre personas del mismo sexo con personas de distinto sexo, se consigue en su totalidad con la posibilidad de adopción en el caso de parejas homosexuales.
- VI. El Tribunal Constitucional tardó siete años en pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley. A pesar de todos los debates acaecidos antes y después de la aprobación de la ley, durante esos siete años y hasta ahora, se ha ido normalizando el matrimonio homosexual, debido a la evolución social sobre la percepción de la institución del matrimonio, hoy en día entendido no sólo como la unión de un hombre y una mujer, sino también como la unión de dos hombres o de dos mujeres.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Volumen I, Sexta Edición, Tecnos, Madrid.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S, y otros. *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones*, De Conflictu Legum Grupo de Investigación, Santiago de Compostela 2009.

BARRERO ORTEGA, A., “El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época) ISSN: 0048-7694, Núm. 163, Madrid, enero-marzo (2014), págs. 41-46.

BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. C., «Pensión de viudedad y derecho de familia», en AA.VV., *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*. Madrid: Dykinson, 2011.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil* (Derecho de Familia), Edit. Bercal, 2013.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “La llamada doble maternidad <por naturaleza>: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, *Diario La Ley*, Núm. 8240, Sección Doctrina, 30 de enero de 2014, Año XXXV.

CARRIÓN OLMOS, S., “En torno a la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el derecho a contraer matrimonio”, *Diario La Ley*, Núm. 8286, Sección Doctrina, 4 de abril de 2014, Año XXXV, Ref. D-110, Editorial LA LEY.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La transformación del concepto de matrimonio en Derecho civil español tras las reformas de julio de 2005, (Breve estudio legislativo)”, *ADC*, tomo LX, 2007, fasc. I.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio”, *Revista Boliviana de Derecho*, Núm. 17, enero 2014.

DÍEZ-PICAZO, L. M., “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *InDret*, Barcelona, abril de 2007.

ESCUADERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones*

- Político-Administrativas*, Cuarta Edición, Edisofer, 2012.
- FARNÓS AMORÓS, E., “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc I.
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A., “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual” Foro, *Nueva época*, Núm. 3/2006, págs. 93-112.
- GÓNZALEZ PILLADO, E.; GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- HERRERA DE LAS HERAS, R.; Martínez Ruano, P.; Paños Pérez, A., “Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 de 23 de abril”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 749, págs. 1173 a 1195.
- LASARTE, C. *Compendio de Derecho de Familia*, 3ª edición. Dykinson, Madrid, 2013.
- MONTESINOS SÁNCHEZ, N. “Matrimonio y Homosexualidad”, *Revista Feminismo/s*, Núm. 8, diciembre 2006, págs 159-180.
- RAFFIOTA, E. C.; Pérez Miras, A.; Teruel Lozano, G. M.,(Directores) *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Familia y Religión*, Aranzadi, 2013.
- SORIANO MARTÍNEZ, E. “El matrimonio homosexual en Europa”, *Revista Boliviana de Derecho* Nº 12, julio 2011, págs. 204-216.
- VELA SÁNCHEZ, A., “A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”. *Diario La Ley*, Núm. 8279, Sección Doctrina, 26 marzo 2014, Año XXXV.
- VERDERA IZQUIERDO, B.:
- “Matrimonio entre personas del mismo sexo: estado de la cuestión una década después de la ley 13/2005”, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 4, Julio- Agosto 2015, págs. 45-73.

– “La Ley de reproducción asistida y el matrimonio homosexual. La doble maternidad”, en Verdera Izquiero, Beatriz (Directora y Coordinadora), *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar*, Dykinson, 2013.

