

NUEVOS CONFLICTOS DEL DERECHO DE FAMILIA (*)

Coordinador
Eugenio Llamas Pombo

(*) La edición del presente libro y las investigaciones que lo integran se han elaborado en el marco del Proyecto SEJ 2005-07112 del Plan Nacional I+D, *Familia, sociedad y Derecho*, cuyo investigador principal es el Dr. Eugenio LLAMAS POMBO.

Director General de LA LEY: Alberto Larrondo Ilundain
Director de Publicaciones: José Ignacio San Román Hernández
Coordinación editorial: Gloria Hernández Catalán
César Abella Fernández
Miriam Barca Soler
Diseño de cubierta: Raquel Fernández Cestero

1.ª edición: Febrero 2009

Edita: LA LEY
Edificio La Ley
C/ Collado Mediano, 9
28230 – Las Rozas (Madrid)
Tel.: 902 42 00 10 – Fax: 902 42 00 12
<http://www.laley.es>

© Wolters Kluwer España, S.A., 2009

Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ISBN: 978-84-9725-982-8
Depósito Legal: M. 11.270-2009
Printed in Spain.

Impreso en España por: Gráficas Muriel, S.A.
C/ Investigación, 9
Pol. Ind. Los Olivos
28906 GETAFE (Madrid)

COORDINADOR

Eugenio LLAMAS POMBO
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

AUTORES

Salomé ADROHER BIOSCA
Profesora Propia Ordinaria de Derecho Internacional Privado.
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Felisa-María CORVO LÓPEZ
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

Antonia DURÁN AYAGO
Profesora de Derecho internacional privado
Universidad de Salamanca

Eugenio LLAMAS POMBO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

Agustín MACÍAS CASTILLO
Profesor Encargado de Cátedra de Derecho de la Información y
Publicitario.
Universidad Pontificia de Salamanca

Pilar MAESTRE CASAS
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado.
Universidad de Salamanca

Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

Eva María MARTÍNEZ GALLEGO
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

Estrella TORAL LARA
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

Esther TORRELLES TORREA
Profesora Titular de Derecho civil.
Universidad de Salamanca

María del Mar VELÁZQUEZ SÁNCHEZ
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado.
Universidad de Salamanca

SUMARIO GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO.

INTRODUCCIÓN *por Eugenio Llamas Pombo*

CAPÍTULO SEGUNDO.

LA SUSTANCIAL REFORMA DEL DERECHO MATRIMONIAL ESPAÑOL

- I. El matrimonio entre personas del mismo sexo, *por Antonia Durán Ayago*
- II. La nulidad matrimonial, *por Nieves Martínez Rodríguez*
- III. La separación matrimonial tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, *por Eva María Martínez Gallego*
- IV. El divorcio, *por Nieves Martínez Rodríguez*
- V. La ley 15/2005, el régimen del non-fault divorce y los principios de Derecho europeo de familia, *por Esther Torrelles Torrea*
- VI. Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión, *por Eugenio Llamas Pombo*
- VII. La mediación como forma de solución del conflicto familiar, *por Felisa-María Corvo López*

CAPÍTULO TERCERO.

CONFLICTOS EN MATERIA DE FILIACIÓN Y MENORES

- I. Novedades en materia de determinación y prueba de la filiación, *por Estrella Toral Lara*
- II. Sustracción y restitución internacional de menores, *por Pilar Maestre Casas*

- III. **La nueva regulación de la adopción internacional**, *por Antonia Durán Ayago*
- IV. **Protección de menores responsabilidad parental en la UE**, *por María del Mar Velázquez Sánchez*
- V. **Protección de la imagen de los menores**, *por Agustín Macías Castillo*

**CAPÍTULO CUARTO.
CONFLICTOS DE DEPENDENCIA INTRAFAMILIAR**

- I. **Últimas tendencias en derecho de alimentos**, *por Nieves Martínez Rodríguez*
- II. **La protección de los mayores vulnerables: una cuestión pendiente**, *por Salomé Adroher Biosca*

I. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Escribir después de más de tres años de vigencia de la *Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* (en adelante, *Ley 13/2005*)⁽¹⁾ sobre la misma entraña algunos riesgos, al tiempo que también proporciona algunas ventajas. Los riesgos llegan de la saturación doctrinal que se ha producido en este tiempo, donde se ha escrito de todo y por todos y no siempre con el grado de objetividad que parece necesario cuando se aborda un trabajo científico de estas características. Por lo que este trabajo llega quizás tarde, o cuando menos, cuando parece que ya nada nuevo está por decir. Pero al tiempo, escribir aquí y ahora sobre este tema también esconde sus ventajas porque ha transcurrido tiempo suficiente para comprobar el grado de «eficiencia» de esta Ley y para comprobar que los tenebrosos augurios que muchos hacían de ella no se han visto, afortunadamente y como por otro lado era previsible, cumplidos.

Aunque mi formación es fundamentalmente internacionalprivatista, el contexto en que se encuadra este capítulo de libro me exige trascender o ir más allá de este sesgo e intentar proporcionar al lector, desde una perspectiva pluridisciplinar, cuáles son las principales cuestiones que ha suscitado esta Ley. No obstante, esta perspectiva por fuerza no puede ser

(1) *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 2005.

sino limitada, y por ello voy a centrarme en el análisis de la cuestionada constitucionalidad de la Ley; en sus aportaciones más relevantes desde la perspectiva civilista y en las incógnitas que esta Ley ha dejado sin resolver desde el ángulo del Derecho internacional privado (en adelante, DIPR).

2. CONTEXTO SOCIAL Y JURÍDICO DE LA LEY 13/2005

Con la Ley 13/2005 el legislador español ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio entre sí. España se ha convertido, de esta forma, en uno de los todavía pocos países del mundo que todavía contemplan esta posibilidad, junto con Holanda, Bélgica, Canadá, República Checa y algunos Estados de Estados Unidos (Connecticut y Massachussets)⁽²⁾.

Para elaborar esta Ley el legislador español ha tenido en cuenta varios instrumentos internacionales. En primer lugar, la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea*⁽³⁾. En esta Resolución, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que presentara una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales que debería, como mínimo, tratar de poner fin, entre otras cosas, «a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales», de modo que «la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio,

(2) Desde la perspectiva del Derecho comparado, véase CHECA MARTÍNEZ, M., «Matrimonios del mismo sexo y Derecho internacional privado», en GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Marcial Pons, 2007, págs. 389-416; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2004, *passim*; MOLINER NAVARRO, R. M., «El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado», en ALVENTOSA DEL RÍO, J. (dra.), *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2005, págs. 195-244; QUINONES ESCÁMEZ, A., *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Atelier, 2007, *passim*; SEOANE PRADO, J., «Matrimonio, familia y Constitución», en ALVENTOSA DEL RÍO, J. (dra.), *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, cit., págs. 21-104; ZABALO ESCUDERO, E. y DIAGO DIAGO, P., «Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (dir.), *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial, 130-2007, págs. 245-309.

(3) Resolución A3-0028/1994 del 8 de febrero de 1994 (DOCE 28 de febrero de 1994).

permitiendo la inscripción de la convivencia», y se solicita además de la Comisión que se ponga fin «a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños».

En segundo lugar, el art. 9 de la *Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea* de Niza, que constituye un hito de la máxima relevancia. Su texto indica que «[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio»⁽⁴⁾. En opinión de los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, de este precepto pueden extraerse varios datos. Primero, que se deja en manos de cada Estado miembro la decisión de configurar el matrimonio como una unión entre personas del mismo y/o de diferente sexo. Segundo, que ningún Estado miembro está obligado a «reservar» la institución del matrimonio a las personas de sexo distinto. Por eso un Estado miembro puede llamar «matrimonio» a la unión entre personas del mismo sexo. Y tercero, que la *Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea* no contiene criterios para determinar la legislación aplicable al matrimonio en los casos internacionales, ya que la determinación de la Ley aplicable a estos casos internacionales de matrimonio se lleva a cabo a través de las normas de DIPR contenidas en los sistemas nacionales de conflictos de Leyes⁽⁵⁾.

Se trata, pues, de dos instrumentos que han abierto el camino para que progresivamente se reconozcan este tipo de uniones en el seno de los países comunitarios, sin olvidar la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que también ha incidido y está incidiendo de una manera decisiva en la normalización de este tipo de uniones, salvando las discriminaciones a las que desde siempre se han visto sometidas. Más allá de lo que quepa deducir de otros textos inter-

(4) El mismo contenido tiene este precepto en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* aprobada en Lisboa el 12 de diciembre de 2007 (DOUE C 303, de 14 de diciembre de 2007). En la Explicación sobre la Carta, se precisa que este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca.

(5) CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio», BIMI, núm. 2007, 2006, pág. 675.

nacionales⁽⁶⁾ o del propio art. 32 CE, el derecho a contraer matrimonio es, razonablemente, un derecho de todos, sin distinción ni exclusiones y no debería concebirse como una prerrogativa o un privilegio de unos con exclusión de los demás, sobre la exclusiva base de una línea divisoria constitucionalmente infundada: la orientación sexual⁽⁷⁾.

A juicio de MOLINER NAVARRO, en el itinerario normalizador y equiparador de las uniones de personas del mismo sexo es posible dilucidar —como una especie de hoja de ruta— cuatro etapas fundamentales: a) La discriminación de las relaciones homosexuales; b) La lucha contra la discriminación y por la igualdad de trato; c) El reconocimiento jurídico de las uniones afectivas homosexuales, y d) La apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo⁽⁸⁾.

Dentro del ámbito europeo, todos los países han recorrido ya las dos primeras etapas, en el que han influido de manera decisiva, como apuntaba, las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La mayoría de ellos se encuentra ahora en la consolidación de la tercera etapa, y muy pocos han concluido ya este itinerario⁽⁹⁾. Ciertamente, una singularidad que puede apreciarse en el contexto español es que prácticamente se ha pasado de la segunda a la cuarta etapa sin solución de continuidad, puesto que más allá de las leyes autonómicas de parejas de hecho que

(6) También hay que tener en cuenta el art. 16.1 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* adoptada por Resolución de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1948, que 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 casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio». Por su parte, el art. 12 del *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 establece que «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».

(7) LÓPEZ AGUILAR, J. F., «Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655.

(8) MOLINER NAVARRO, R. M., «El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado», en ALVENTOSA DEL RÍO, J. (dra.), *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, cit., pág. 198.

(9) Además de España, Holanda (Ley de 21 de diciembre de 2000), Bélgica (Ley de 13 de febrero de 2003) y República Checa (Ley de 15 de marzo de 2006).

reconocían la posibilidad de unión entre personas del mismo sexo⁽¹⁰⁾, no se ha elaborado una Ley estatal previa (ni tampoco, de momento, posterior) a la Ley 13/2005 que regulara las parejas de hecho, ni para parejas heterosexuales ni para parejas homosexuales.

Como apunta MARTÍNEZ-CALCERRADA, los modelos tradicionales de convivencia afectiva han estado coligados al heterosexismo, principalmente debido a la existencia de seculares prejuicios homófobos cuyo resultado ha sido la persecución, incluso penal, que se ha producido respecto de estas personas y que todavía en pleno siglo XXI persiste en algunos países. Esta represión y discriminación histórica de la homosexualidad ha condicionado la normalización de estas relaciones, aunque lentamente estas realidades han comenzado a emerger y a reclamar una institucionalización jurídica de la que se han visto privadas⁽¹¹⁾.

Quizás sería bueno que reparásemos en algunos argumentos para comprender mejor la realidad a la que nos enfrentamos. En primer lugar, es necesario reivindicar la plena validez del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, regulado en el art. 10 CE y en el que se sustenta la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005. En segundo lugar, recordar que ya desde 1981, el legislador español desvinculó matrimonio y procreación⁽¹²⁾. Y quizás haya llegado el momento de depurar de atributos dogmáticos (judeocristianos) el matrimonio civil. Por último, es preciso señalar la incongruencia que supone vincular jurídicamente bienes como la herencia, la vivienda, la asistencia sanitaria o la pensión de viudedad al hecho de constituir una relación estable de orientación heterosexual⁽¹³⁾.

(10) Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja; Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; Ley foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho; Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables; Ley madrileña 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho; Ley asturiana 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables; Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho; Ley canaria 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho; Ley extremeña 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho y Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

(11) MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *La homosexualidad y el matrimonio. Ley 13/2005, de 1 de julio*, Ediciones Académicas, 2005, pág. 132.

(12) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «El nuevo matrimonio civil», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (dir.), *Novedades legislativas en materia matrimonial*, cit., págs. 13 y ss.

(13) MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *La homosexualidad y el matrimonio...*, cit., pág. 132.

Ciertamente, una institución de Derecho civil como es el matrimonio no debería verse afectada, como muchos han denunciado antes, durante y después de la aprobación de la Ley, en función de la identidad sexual de los integrantes. Pretenderlo es una falacia más. La Ley 13/2005 no altera el contenido de la institución del matrimonio, únicamente extiende la posibilidad de contraer matrimonio entre sí a personas del mismo sexo. Que desde algunos sectores se pretenda la exclusividad del matrimonio para las parejas de distinto sexo, no es más que una opinión, perfectamente posible, pero ya deslegitimada por la nueva realidad legislativa que inaugura la Ley 13/2005.

Al valorar la trascendencia que esta Ley ha tenido para la sociedad española, uno de los elementos al que podemos recurrir es el número de parejas del mismo sexo que han optado por contraer matrimonio. Si atendemos a los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística respecto del número de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005⁽¹⁴⁾, es posible apreciar que estos matrimonios alcanzaron su cima en 2006 con 4.313 matrimonios, bajando en 2007 hasta 3.250. Este mismo comportamiento tuvo lugar en Holanda⁽¹⁵⁾, en que se aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2001, año en el que se celebraron 2.400 matrimonios.

(14)

España (2005-2007). Matrimonios entre personas del mismo sexo					
	Diferente sexo	Entre varones	Entre mujeres	Mismo sexo	Mismo sexo en% del total
2005 (Jul.-Dic.)	119.459	914	355	1269	1,05
2006	203.453	3.000	1.313	4313	2,08
2007	200.447	2.180	1.070	3250	1,60

Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

(15)

Holanda (2001-2006). Matrimonios entre personas del mismo sexo			
	Entre varones	Entre mujeres	Total
2001 (Abr.-Dic.)	1.300	1.100	2.400
2002	900	900	1.800
2003	700	800	1.500
2004	600	600	1.200
2005	570	580	1.150
2006	579	633	1.212

Fuente: Statistics Netherlands (Anuario Estadístico y otras fuentes).

El siguiente año que más matrimonios entre personas del mismo sexo se celebraron fue en 2002 con 1.800 matrimonios.

3. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Pocas veces en España se ha discutido tanto sobre el nombre o calificación que dar a una realidad como respecto al concepto «matrimonio» utilizado para las uniones entre personas del mismo sexo. Los detractores de la Ley decían querer la Ley, pero no el nombre. Los defensores de la misma entendían que sólo si estaba el nombre de matrimonio sería realmente el reconocimiento de la plena igualdad para las uniones de parejas del mismo sexo⁽¹⁶⁾.

En la Exposición de Motivos de la Ley se apela como fundamentos constitucionales de la misma a la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo (habría que añadir, orientación sexual), opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 CE).

El *ius connubii* consagrado en el art. 32 CE es un derecho fundamental aunque no de los protegidos por el recurso de amparo ni de los reservados para su desarrollo mediante Ley Orgánica. Se trata de un derecho de la persona, perspectiva desde la cual difícilmente puede hablarse de la heterosexualidad aplicada al derecho fundamental⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, el Grupo Parlamentario Popular, cuestionando la constitucionalidad de la Ley 13/2005, se apresuró a presentar el correspondiente

(16) Para VALLADARES RASCÓN, E., «El derecho a contraer matrimonio y la Constitución», Aranzadi Civil BIB 2005/1388, si la unión civil entre personas del mismo sexo tiene los mismos efectos que el matrimonio, es un matrimonio.

(17) GARCÍA RUBIO, M. P., «La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *Diario La Ley*, núm. 6359, 15 de noviembre de 2005, consultado en www.laley.net.

recurso ante el Tribunal Constitucional⁽¹⁸⁾, recurso que fue admitido a trámite mediante providencia de 25 de octubre de 2005⁽¹⁹⁾.

Fundamentan su recurso en las siguientes consideraciones: 1) El carácter de institución básica del matrimonio, tal y como ha sido entendido hasta ahora, para nuestra organización social, que requiere y goza de una protección jurídica muy especial; 2) La imposibilidad de que el legislador ordinario y no el constituyente modifique la Constitución utilizando el sencillo fraude de cambiar el nombre acuñado de las cosas y como tal utilizado por el constituyente; 3) El hecho demostrable de que para conseguir la finalidad legítima que el legislador persigue con esta reforma, nuestro ordenamiento ofrece fórmulas adecuadas sin necesidad de originar la ruptura de la Constitución que se provoca con la opción escogida⁽²⁰⁾.

(18) Presentó el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864/2005 el 30 de septiembre de 2005.

(19) BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2005.

(20) En consecuencia, consideran que la Ley 13/2005 vulnera los siguientes preceptos:

1. El art. 32 CE por no respetar la definición constitucional del matrimonio como unión de un hombre y una mujer, contenida en dicho artículo, y la garantía institucional del matrimonio reconocida por la Constitución.
2. El art. 10.2 CE relativo a la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas a la luz de la DUDH y de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, ya que ello lleva a concluir que el derecho a contraer matrimonio se predica de la pareja heterosexual, ya que el art. 16 DUDH, el art. 23.2 PIDCP y el art. 12 Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales se refieren al derecho del hombre y la mujer a casarse y fundar una familia.
3. El art. 14 CE, en relación con los arts. 1.1 y 9.2 CE, relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual y su interpretación por el TC. No toda desigualdad de trato debe estimarse constitucionalmente inadmisible, ni cabe reputarse discriminatoria, por cuanto el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 CE hace referencia, inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso.
4. El art. 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. Entienden que las disposiciones de la Ley 13/2005 son contrarias al interés del menor. Además, en relación con la adopción señalan que este tipo de filiación, al tener como referencia la biológica, debe producirse en el ámbito natural en el que se desenvuelve el menor que es la unión heterosexual.
5. El art. 53.1 CE, por no respetar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio reconocido en el art. 32 CE. Estiman que esta ley que reconoce a las parejas del mismo sexo un derecho que no tienen constitucionalmente garantizado, determina

A la hora de valorar la trascendencia de este recurso, y en tanto aún no se ha producido el pronunciamiento del TC al respecto, podemos recabar en algunas de las consideraciones que el TC ha venido haciendo en relación con este tema.

Así, por ejemplo, el ATC 222/1994 precisa 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 una unión homosexual. Lo cual no excluye que por el legislador se puede establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales pueden llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo»⁽²¹⁾.

una alteración de la configuración institucional del matrimonio que va más allá de lo constitucionalmente admisible y que por lo tanto afecta al art. 32, lo que supone una vulneración del art. 53.1 CE.

6. El art. 9.3 CE por no respetar el principio de jerarquía normativa.

7. El art. 9.3 CE por no respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por entender que el art. 32 únicamente consagra el derecho a contraer matrimonio entre hombre y mujer, y su alteración no puede llevarse a cabo por una ley ordinaria sin haber modificado previamente la Constitución.

8. El art. 167 CE relativo a la reforma constitucional, ya que consideran que únicamente modificando la CE podría introducirse el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Véase al respecto, RAMOS CHAPARRO, E., «Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre matrimonio homosexual», *Aranzadi Civil*, núm. 1/2006, págs. 2035-2046, en el que analiza la confrontación existente, a su juicio, de la Ley 13/2005, con los arts. 32, 39 y 53.1 CE.

(21) Dicho recurso fue planteado por un ciudadano español que tras el fallecimiento de su compañero, con el que había convivido durante DOCE años, solicitó una pensión de viudedad a la Seguridad Social. El Iuss denegó dicha pensión por no existir vínculo conyugal con el causante. El recurrente en amparo señala en su demanda que entiende vulnerado el principio de igualdad del art. 14 CE. Conocedor de la jurisprudencia del TC que establece que la denegación de una pensión de viudedad a la pareja de hecho no infringe el art. 14 al no ser equivalente la convivencia marital y el matrimonio, argumenta que la situación de las parejas del mismo sexo es sustancialmente distinta a la de las parejas heterosexuales, puesto que tenían la imposibilidad legal de contraer matrimonio: «La razón alegada para justificar la presunta discriminación estriba en que al no existir posibilidad legal de contraer matrimonio entre homosexuales, se les coloca en una situación de desigualdad de trato, porque nunca pueden encontrarse en la situación legal del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social» (FJ 1.º).

Por su parte, la STC 32/1981, de 28 de julio, sostiene lo siguiente:

«El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las formaciones que las protegen son, sin duda, formaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, 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. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace»⁽²²⁾.

En consecuencia, de esta sentencia se pueden extraer las siguientes ideas: 1) La preservación de la institución matrimonial se considera indispensable. 2) La Constitución retiene y garantiza el núcleo esencial de la institución matrimonial, dejando al legislador ordinario su concreta configuración. 3) Como consecuencia de lo anterior, la garantía institucional del matrimonio no asegura un contenido concreto de la institución inamovible. 4) La garantía institucional del matrimonio asegura la preservación de la institución en términos reconocibles para la conciencia social de cada tiempo y lugar⁽²³⁾. Entonces podríamos pregun-

(22) FJ 3.º.

(23) BUSTOS PUECHE, J. E., «¿Existen instituciones en la Constitución que limitan al legislador ordinario?», *RDP*, núm. 9, 2006, pág. 88.

tarnos si algunos de estos postulados se han visto afectados por la promulgación de la Ley 13/2005.

Para dar respuesta a esta cuestión quizás sea conveniente analizar por su rigurosidad el Dictamen que elaboró el Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio⁽²⁴⁾, en el que se encuentran numerosas e interesantes ideas que a continuación vamos a desbrozar.

A juicio del Consejo de Estado:

«La referencia expresa que el art. 32 CE hace al hombre y la mujer tiene, al menos, un doble alcance: por una parte, al referir la plena igualdad jurídica al hombre y la mujer, evita que el legislador incluya desigualdades entre uno y otra que pudieran superar el juicio de razonabilidad derivado de la aplicación del art. 14, a la vista de las concepciones sociales dominantes o en alguna medida vigentes hasta la época en que se aprobó la Constitución. Por otra parte, introduce una mención expresa de la diversidad sexual al enunciar un concreto derecho fundamental, lo que supone que la aplicación del art. 14 en relación con ese concreto derecho habrá de partir, en todo caso, de dicha mención expresa».

Entiende que el art. 32.1 CE garantiza el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer, y no a las parejas del mismo sexo⁽²⁵⁾. Ahora bien, la referencia expresa al «hombre y la mujer» no supone, por sí misma, que se reserve a las parejas heterosexuales el acceso al conjunto de derechos y deberes que integran el estatuto matrimonial, sino que, entre las legítimas opciones de política legislativa, cabe la posibilidad de que el legislador lo extienda a las parejas integradas por personas del mismo sexo. De tal

(24) Número de expediente 2628/2004 (Justicia), de 16 de diciembre de 2004. Véase RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo», *Diario La Ley*, núm. 6170, de 18 de enero de 2005, consultado en www.laley.es.

(25) Los términos son semejantes a los contenidos en el Anteproyecto de Constitución. Dicho texto fue objeto de un voto particular de sustitución formulado por D. Gregorio Peces-Barba, del Grupo Parlamentario Socialista y miembro de la ponencia que elaboró la Constitución en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y su sexualidad: a contraer matrimonio, a crear en libertad relaciones estables de familia y a decidir, libremente, los hijos que desea tener, a cuyo fin tiene derecho a acceder a la información necesaria y a los medios que permitan su ejercicio» (*BCC* núm. 44, de 5 de enero de 1978, pág. 714).

manera, que estima que existe un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer y no existe un derecho constitucional a la unión entre personas de distinto sexo, aunque el apartado segundo del art. 32 remite la regulación de determinadas cuestiones a la ley; con ello no se impide, por sí, que el legislador extienda a las parejas homosexuales los derechos y deberes propios del matrimonio.

La garantía institucional es desconocida, según el TC, cuando la institución es reducida a un simple nombre, rompiendo con la imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y por la aplicación que de las mismas se hace. Ahora bien, la configuración institucional concreta se defiende al legislador, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza.

Por tanto, lo que debe discernirse, a juicio del Consejo de Estado, es si la extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo supone una ruptura de la concepción social vigente en España en nuestros días, o si, por el contrario, el matrimonio que la Constitución garantiza no se constriñe al formado por personas de distinto sexo, por relevante que sea esa modalidad en nuestra civilización, sino que se pueden percibir como matrimonio otras realidades existentes en la sociedad.

A juicio del Consejo de Estado no existe un derecho constitucional a contraer matrimonio (o unión civil de análoga significación) para las personas del mismo sexo, «todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional» (ATC 222/1994, de 11 de julio). En consecuencia, el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio sería, en definitiva, un derecho otorgado o reconocido por el legislador, pero que seguiría siendo disponible por el legislador, y que no estaría dotado de la protección que el art. 32 reconoce al derecho a contraer matrimonio por el hombre y la mujer.

A diferencia de este Dictamen que no aprecia inconstitucionalidad alguna en el entonces anteproyecto de Ley, tanto el Estudio del Consejo General del Poder Judicial sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo de 26 de enero de 2005, como el Informe aprobado por el Pleno de la Real Academia de Legislación y

Jurisprudencia en sesión de 21 de febrero de 2005 se manifiestan en contra de la constitucionalidad de la Ley 13/2005, por entender que el art. 32 CE únicamente permite el matrimonio entre hombre y mujer.

Personalmente pienso, a la espera de lo que declare el TC, que no es posible encontrar tachas de inconstitucionalidad en la Ley 13/2005. El legislador constituyente estimó oportuno incluir entre el catálogo de derechos del Título I, aunque en la Sección 2.ª del Capítulo II, el derecho a contraer matrimonio, en claro paralelismo a los textos convencionales que también contemplaban y contemplan este derecho. Sin embargo, en la Constitución no se contempla el régimen jurídico de desarrollo del matrimonio, haciéndose en el citado art. 32 una remisión al legislador ordinario para que lleve a cabo tal cometido y que hasta ahora se ha venido haciendo en el Código civil. El que en el art. 32 se haga referencia al hombre y a la mujer, por más que se quiera extraer de ahí la clara inconstitucionalidad de la Ley, no es más que la plasmación de una mínima perspectiva del matrimonio. Si me apuran, podremos decir con lo apuntado en el Dictamen del Consejo de Estado, que únicamente el matrimonio entre personas de diferente sexo tiene consagración constitucional, pero nunca que el haber desarrollado por ley la posibilidad de que el matrimonio pueda contraerse entre personas del mismo sexo sea inconstitucional. La institución del matrimonio queda garantizada en sus términos. Sigue siendo reconocible a todas luces; su contenido jurídico es el mismo. Únicamente se ha extendido la posibilidad de contraer matrimonio a personas del mismo sexo. Nada más. No hacía falta modificar la Constitución para dar cabida a esta Ley como han sostenido algunos. Quizás sería bueno que los que tan aferrados están al texto constitucional para algunas cosas, no olvidaran que dentro de él se contemplan otros postulados, de mayor entidad incluso que el derecho a contraer matrimonio, como son la libre determinación de la persona (art. 10) y el derecho a la igualdad (art. 14) que presiden todo el Título I de la Constitución. El sectarismo no es bueno en ningún caso, y más cuando de lo que se trata es de manipular una vez más el texto constitucional para hacerlo servidor de los intereses o concepciones particulares.

El TC, por otro lado, ha tenido que resolver varias cuestiones de inconstitucionalidad contra la Ley presentada por diversos jueces encargados del Registro Civil. Así, el ATC 12/2008, de 16 de enero, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 y Encargado del Registro Civil de Cieza

(Murcia) sobre el art. 44.2 CC en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por su posible contradicción con los arts. 14, 16 y 32 CE.

Este auto, siguiendo la doctrina del TC en otros como el 505/2005 y el 508/2005, de 13 de diciembre y 59/2006, de 15 de febrero, ha concluido que el Juez Encargado del Registro Civil no está facultado con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial para plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Respecto a la posición institucional del Juez Encargado del Registro Civil en la tramitación de un expediente matrimonial, el Tribunal declaró que:

«Ni en el desempeño de dicha actividad desarrolla una función jurisdiccional, al integrarse en la estructura administrativa del Registro Civil, bajo la dependencia funcional que no orgánica del Ministerio de Justicia, ni puede calificarse de jurisdiccional la decisión, pese a su denominación de Auto, que ha de adoptar en el expediente matrimonial aprobando o denegando la celebración del matrimonio, al ser susceptible de recurso y revisión ante un órgano administrativo, por lo que tampoco en modo alguno dicha decisión puede merecer la consideración de “pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial”»⁽²⁶⁾.

Respecto de la posibilidad de que las autoridades españolas que deben aplicar la Ley aleguen objeción de conciencia para negarse a la celebración de este tipo de matrimonios, el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 22 de noviembre de 2006, sobre recurso contra el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judi-

(26) En la Resolución DGRN 6/2006, de 10 de noviembre, analizando esta cuestión, apunta que los Jueces y Magistrados-Jueces Encargados del Registro Civil, cuando operan en esta específica condición de «Encargados del Registro Civil» y en el ejercicio de las funciones que como tal les corresponden, se integran en una estructura administrativa, la del Registro Civil, bajo la dependencia funcional del Ministerio de Justicia, a través de la DGRN, a cuyas órdenes e instrucciones se encuentra sometido. De manera que el Encargado del Registro Civil no desarrolla, en dicho contexto, funciones jurisdiccionales, aunque la llevanza del Registro Civil esté, por razones históricas, encomendada a los órganos judiciales, no es una función jurisdiccional, sino una función registral ex art. 2 LRC. De ahí que el Registro Civil dependa del Ministerio de Justicia y de la DGRN, órgano directivo dependiente de la Secretaría de Estado de Justicia que tiene encomendadas todas las cuestiones referentes al art. 9 LRC y arts. 2.2 y 4 Real Decreto 1475/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Justicia (FJ 4.º párrafo séptimo). En consecuencia, cuando un juez encargado del Registro civil interviene debe acatar las instrucciones de la DGRN.

cial de 7 de febrero de 2006 sobre denegación del derecho de objeción de conciencia en expedientes matrimoniales entre personas del mismo sexo, ha afirmado que:

«El estricto sometimiento del juez al principio de legalidad —cualquiera que sea su específico cometido profesional, siempre que el mismo sea realizado, precisamente, por y en su condición de juez— impide considerar como conforme a derecho la objeción de conciencia planteada por el recurrente, en la medida en que la admisión de su ejercicio supondría dar carta de naturaleza a la inaplicación, por su parte (y con base en razones religiosas), de una norma legal que, en su calidad de miembro del Poder Judicial, está llamado a aplicar, sin que por lo demás, exista norma constitucional o legal que acapare o posibilite una tal posibilidad en el caso concreto examinado»⁽²⁷⁾.

4. PERSPECTIVA CIVILISTA

El Derecho canónico y el Derecho civil, usando la misma terminología, hablan de realidades diferentes. El carácter heterosexual y la indisolubilidad, propios del primero, chocan frontalmente con la disolubilidad y la desaparición de la nota de que sea entre personas de distinto sexo, propios del segundo. Ya anteriormente, en éste, había desaparecido la unión entre matrimonio y procreación, que es esencial en aquél⁽²⁸⁾.

Desde la perspectiva del Derecho civil, el matrimonio es, a día de hoy, un negocio jurídico bilateral de carácter familiar cuya celebración implica la aceptación del contenido del mismo, siendo éste la comunidad de vida integrada por los derechos y obligaciones, personales y patrimoniales establecidos en el CC Dicho con otras palabras, el matrimonio es un acuerdo entre partes, basado en el exclusivo consentimiento libre y consciente de

(27) Esta posibilidad sí está contemplada en el art. 3 de la Ley canadiense sobre matrimonio entre personas del mismo sexo. En Holanda, aunque en su Ley no se regula esta posibilidad, sí ha admitido que los funcionarios con objeciones de tipo religioso a estos matrimonios puedan remitir el caso a otra autoridad del mismo municipio o de uno cercano.

(28) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El concepto de matrimonio en el Código civil*, Thomson-Civitas, 2008, pág. 25.

las mismas, las cuales quieren que su convivencia tenga relevancia social y cobertura jurídica⁽²⁹⁾.

Hay quien ha afirmado que la reforma en el matrimonio entre personas del mismo sexo está muy relacionada con la idea de la desaparición de cualquier contenido objetivo del matrimonio y la primacía de la voluntad del individuo en el mismo⁽³⁰⁾. Ciertamente, nos encontramos en una etapa en que la autonomía de la voluntad va ganando terreno también en las relaciones de familia. Frente a un Estado intervencionista en cuestiones que no le incumbían, en los últimos años este papel se ha invertido para erigirse en garantizador de los derechos individuales de los que son acreedores los ciudadanos y que afectan a su esfera más íntima.

La técnica legislativa utilizada para llevar a cabo una reforma de tanto calado destaca por su especial simplicidad, ya que se centró en añadir un segundo párrafo al art. 44 CC en el sentido de que «[e]l matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Por su parte, la Disposición Adicional Primera de la Ley establece con carácter general que «[l]as disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes».

En realidad, la opción del legislador español no ha sido la de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino la de extender el régimen jurídico del matrimonio tal y como estaba también a las parejas homosexuales que decidan someterse a él⁽³¹⁾. Por ello se pregunta la profesora GARCÍA RUBIO que si el legislador ha pretendido la equiparación entre matrimonio homo y heterosexual, por qué ya en el primer precepto legal que lo regula, art. 44 CC, comienza diferenciándolos. Si se trata de la misma

(29) ALVENTOSA DEL RÍO, J., «La Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del matrimonio en el Código civil. Génesis y contenido de la Ley», en ALVENTOSA DEL RÍO, J. (dra.), *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, cit., pág. 177.

(30) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El concepto de matrimonio en el Código civil*, cit., pág. 60. Matiza esta afirmación en los siguientes términos: «[s]e entiende, en este sentido, que el individuo tiene un poder casi omnímodo para organizar según las propias preferencias, no sólo su matrimonio o su familia, sino en términos más generales su comportamiento sexual... El Estado debe dejar hacer: son legítimas, desde esta perspectiva, todas las diferentes formas en que las personas puedan organizar sus relaciones sexuales afectivas».

(31) GARCÍA RUBIO, M. P., «La modificación del Código Civil...», cit.

institución cabe preguntarse qué sentido tiene que el primer párrafo del art. 44 CC se refiera al matrimonio entre hombre y mujer y el segundo al matrimonio entre personas del mismo sexo, puesto que la alusión a las de sexo diferente era innecesaria con el tenor del primero⁽³²⁾.

En el CC se han sustituido los términos «el marido y la mujer» por el de «cónyuges» o «consortes»⁽³³⁾; y los de «el padre y la madre» por el de «progenitores»⁽³⁴⁾, aunque este último término no parece muy acertado desde el punto de vista semántico⁽³⁵⁾. Sin embargo, no ha habido modificación alguna en aquellos preceptos en que se habla genéricamente de padres, siendo una terminología no idónea cuando los miembros de la pareja sean mujeres⁽³⁶⁾. La adaptación terminológica no ha alcanzado por expresa voluntad del legislador a los arts. 116, 117 y 118 CC, preceptos que regulan la presunción de paternidad del marido⁽³⁷⁾.

La Ley 13/2005 dejó sin dar respuesta a la cuestión de la maternidad cuando ésta tuviera lugar en el seno de un matrimonio de mujeres en el que una de ellas se hubiera sometido a las técnicas de reproducción asistida. Tampoco la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida dio respuesta a esta cuestión. Hubo que esperar hasta la Disposición Adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las

(32) GARCÍA RUBIO, M. P., «La modificación del Código Civil...», cit.

(33) En realidad, únicamente se usa el término «consorte» en singular en el art. 175.4 CC. En el resto de los casos se ha sustituido los términos «marido y mujer» por el de «cónyuges». Así en los arts. 66, 67, 637.2, 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1365, 1404 y 1458.

(34) Arts. 154.1, 160.1, 178.2 CC. También se introduce el término «progenitores» en el párrafo segundo del art. 46 LRC, sustituyendo a «padres» y en el art. 53 LRC sustituyendo a «paterno y materno». En el art. 48 LRC, el término «la filiación paterna» se sustituye por «la filiación paterna o materna».

(35) Véase RODRÍGUEZ CHACÓN, R., *Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación. Estudio sistemático de las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio*, Ediciones Experiencia, 2005, pág. 29.

(36) ZURITA MARTÍN, I., «Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-filiales», en GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, cit., pág. 302.

(37) En el penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley se establece que «[s]ubsiste, 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».

personas para que se modificara el art. 7 de la Ley 14/2006⁽³⁸⁾, permitiendo que la mujer casada con la usuaria de las técnicas de reproducción asistida pueda consentir que se determine a su favor la filiación respecto del así nacido, de manera que se admite la posibilidad de una filiación matrimonial a favor de dos mujeres⁽³⁹⁾.

En relación con la adopción, la Ley 13/2005 modifica el art. 178.2.2.º CC, suprimiendo la exigencia de que el adoptante sea de distinto sexo al del único progenitor legalmente determinado. No se otorga expresamente a los cónyuges del mismo sexo la posibilidad de adoptar, sino que la supresión de la heterosexualidad como característica del matrimonio y la atribución de los mismos efectos a los matrimonios entre contrayentes del mismo o diferente sexo lleva consigo implícitamente la posibilidad de que dos varones o dos mujeres adopten conjunta o sucesivamente. Y esta posibilidad sólo existe para las parejas del mismo sexo casadas, al no haberse modificado la Disposición Adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, que extendía la capacidad para adoptar simultáneamente al «hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectiva análoga a la conyugal».

Por lo que respecta a la realidad registral, en la actualidad, y tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, existe un doble régimen en materia de inscripción de la filiación en el Registro civil. De un lado, el que distingue

entre padre y madre a efectos de inscripción y, de otro, el que distingue entre A-progenitor/a y B-progenitor/a, a los efectos de posibilitar a una persona tener dos padres o dos madres⁽⁴⁰⁾.

5. PERSPECTIVA INTERNACIONALPRIVATISTA

Desde la aprobación de la Ley 13/2005 era claro que la reforma introducida por el legislador español en su Derecho material iba a acarrear consecuencias para el DIPR español⁽⁴¹⁾. Sin embargo, ninguna norma de DIPR experimentó entonces ni en el tiempo transcurrido de vigencia de la Ley variación alguna. ¿Quiere ello decir que no era necesaria ninguna adaptación, o simplemente que éste no era el momento adecuado para llevar a cabo tal introducción?

Desde luego, esta coyuntura podría haber servido de base para formular una reforma en el DIPR español en cuanto a la ley aplicable a la celebración del matrimonio, o dicho con mejor criterio, para crear una norma de conflicto que determine la ley aplicable a la celebración del matrimonio, dado que el actual sistema de DIPR español carece de una norma en este sentido⁽⁴²⁾. A falta de una *lex matrimonii*, hay que proceder a la estratificación de sus cuestiones y para cada una de ellas señalar la ley aplicable y, aun así, sólo para la forma del matrimonio existen preceptos específicos (arts. 49 y 50 CC). La capacidad y el consentimiento matrimonial se regu-

(38) Dispone el art. 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida: 1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos. 2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

(39) Véase NANCLES VALLE, J., «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», Aranzadi Civil núm. 7/2008, ZURITA MARTÍN, I., «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres», *Diario La Ley*, núm. 6427, de 22 de febrero de 2006, consultado en www.laley.es; DÍEZ MARTÍNEZ, A., «La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007.

(40) Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modificación de los modelos de asientos y certificaciones del Registro civil y del Libro de Familia, cuya redacción indujo a pensar que en adelante se aplicaría a todas las relaciones de filiación y matrimoniales, y no sólo a aquellas en que interviniese una pareja de personas del mismo sexo. La Orden JUS/644/2006, de 6 de marzo, deshizo este equívoco, al declarar que la adecuación terminológica procedería únicamente en el segundo caso descrito.

(41) Véase la interesante reflexión sobre la Ley 13/2005 desde la perspectiva del DIPR de SÁNCHEZ LORENZO, S., «Comentario a la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *AEDIPr* 2005, págs. 509-515. Según los datos del INE 2007, el 3,7% de los matrimonios con al menos uno de los cónyuges extranjero se llevó a cabo entre personas del mismo sexo.

(42) En el Dictamen del Consejo de Estado se apuntaba que el legislador debería hacer una regulación específica de determinados efectos o situaciones a los que podría dar lugar una reforma genérica como la que finalmente se ha realizado.

lan, recurriendo a la analogía, por la ley aplicable a la capacidad, esto es, por la ley nacional de cada contrayente (art. 9.1 CC)⁽⁴³⁾.

Pues bien, no habiéndose introducido ninguna reforma acerca de la ley aplicable a la celebración del matrimonio, la pregunta que surge espontánea es: ¿van a poder contraer matrimonio en nuestro país personas cuya ley personal no contemple este tipo de matrimonio? Y esta pregunta voy a reconducirla en torno a dos situaciones concretas: español que quiera contraer matrimonio con extranjero cuya ley nacional no contemple esta posibilidad y dos extranjeros que quieran contraer matrimonio en España, donde residen y cuyas leyes personales no se lo permitan.

La cuestión de fondo radica en dilucidar si la identidad/diversidad sexual de los contrayentes es una cuestión que incide en la capacidad nupcial o, por el contrario, hay que entenderla como un elemento objetivo o estructural de la propia institución matrimonial. Se trata, en fin, de un problema de calificación⁽⁴⁴⁾.

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 sexo⁽⁴⁵⁾, analiza cuál es el estado de la cuestión tras la aproba-

ción de la Ley 13/2005 y propone varias soluciones interpretativas, que no son más que eso, interpretación, y que no suplen la carencia legislativa que existe respecto de esta materia⁽⁴⁶⁾.

En torno a si puede contraer matrimonio en España una pareja formada por español y extranjero, si la ley nacional del extranjero (art. 9.1 CC) no contempla esta posibilidad y si reconducimos este planteamiento a un problema de capacidad nupcial, una interpretación rígida de la norma nos llevaría a impedir este matrimonio, puesto que uno de los contrayentes no posee, según su ley nacional, capacidad nupcial, uno de los requisitos constitutivos del matrimonio, al concurrir un impedimento bilateral. Ciertamente, la solución más fácil —aunque no la mejor— para lograr que este matrimonio pueda celebrarse es remover el obstáculo alegando que la ley nacional extranjera contraría el orden público internacional español por limitar el *ius connubii* vulnerando el principio de igualdad, y aplicar en consecuencia la *lex fori*, introduciendo una versión positiva del orden público que hasta hace bien poco era negativa⁽⁴⁷⁾. En principio, la misma respuesta podría darse para la pareja de extranjeros que, residiendo en España al menos uno de ellos, quiere contraer matrimonio en nuestro país, no contemplando sus respectivas leyes nacionales esta posibilidad.

Sin embargo, esta solución no parece que sea la más adecuada, tanto más si reivindicamos que la flexibilización y materialización de la norma no debe venir necesariamente por esta vía. Aunque soy consciente de que en la actualidad, a falta de una norma que regule específicamente la situación, es la solución que parece tener más fácil salida⁽⁴⁸⁾. Aunque claro

(43) SSTs 29 de mayo de 1970 y de 22 de noviembre de 1977; RDGRN [1.ª] 6 de noviembre de 2000; RDGRN [3.ª] 24 de mayo de 2002; Con RDGRN 12 de noviembre de 2003; RDGRN [1.ª] 30 de enero de 2004; RDGRN [3.ª] 15 de junio de 2004. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Granada, Editorial Comares, 2000, págs. 22-40; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. en AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho civil internacional*, Servicio de publicaciones. Facultad Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4.ª ed., 1975 (reimpresión en 1979), págs. 245-249; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Artículo 9 CC», *Com. CC y Comp. For.*, 1978, págs. 176 y ss.; *Id.*, «La familia en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado», *REDI*, 1993, págs. 7-37; BATIFFOL, H. Y LAGARDE, P., *Droit international privé*, cit., pág. 376 y págs. 449-450; CARLIER, J. Y., *Autonomie de la volonté...*, cit., págs. 205-207; DE WINTER, L. I., «Domicile or Nationality. The Present State of Affairs», *R des C.*, t. 128, 1969, págs. 347-504, entre otros muchos.

(44) Véase la interesante perspectiva de GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, cit., págs. 122-129, un año antes de la elaboración de la Ley 13/2005. También es muy clarificador el análisis de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado español», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, núm. 122, mayo-agosto 2008, págs. 913-941 y el de ZABALO ESCUDERO, E. Y DIAGO DIAGO, P., «Matrimonio entre personas del mismo sexo...», cit., págs. 277 y ss.

(45) BOE núm. 188, de 8 de agosto de 2005.

(46) Véase, en el mismo sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica», *Diario La Ley*, núm. 6629, de 15 de enero 2007, consultado en www.laley.net.

(47) Véase CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado», *Diario La Ley*, núm. 6391, 2 de enero de 2006.

(48) Como acertadamente aprecia QUINONES ESCÁMEZ, A., «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», *RJC* 2005, pág. 202, nota 28, si la excepción va a ser la regla es que la norma principal (la norma de conflicto) está mal formulada; *Id.*, *Uniones conyugales o de pareja...*, cit., pág. 343, apunta que de generalizarse el uso de la «excepción» de orden público internacional, la regla general (ley nacional) tendría los días contados, pues la excepción se convertiría en regla y acabaría revelando (*sic*) —o reforzando— la imperatividad de la ley española. Véase también RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «Los matrimonios entre personas del mismo sexo...», cit., págs. 929 y ss.

está, este orden público internacional no podría estar integrado únicamente por lo establecido en el art. 32 CE, si consideramos que el matrimonio entre personas del mismo sexo no tiene una consagración constitucional, sino en el respeto y la protección al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE, en la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual del art. 14 CE y en la protección de la familia del art. 39 CE.

No obstante la crítica, no me parece que la misma deba sostenerse en que ello podría provocar la celebración de matrimonios claudicantes y mucho menos el fomento del turismo matrimonial homosexual. Ambas críticas son fácilmente rebatibles. Comenzando por la última, sólo podrán celebrarse matrimonios, hetero u homosexuales, en España cuando al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en nuestro país (art. 57 CC), con lo que se descarta un criterio de competencia exorbitante, ya que debe existir una mínima relación entre el matrimonio y nuestro país. Respecto al peligro de celebrar matrimonios claudicantes, puede tratarse sólo de un temor infundado, primero porque al tratarse de un matrimonio vinculado con España es más que probable que sus efectos principales se desarrollen en nuestro país, y segundo, porque si los contrayentes deciden casarse en España, asumen voluntariamente que podrá ser un «matrimonio claudicante», válido en España pero no en el país del que sean nacionales⁽⁴⁹⁾. Por eso me parece acertada la afirmación que se hace en la Resolución-Circular, según la cual la autoridad española no debe operar como «guardián» del sistema legal extranjero, por lo que no se debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio, probablemente, no producirá efectos⁽⁵⁰⁾.

Ahora bien, no hay que menospreciar la importancia del reconocimiento, principalmente en el contexto comunitario⁽⁵¹⁾. Parece evidente que

(49) CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo...», cit., págs. 695-696.

(50) En opinión de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «Los matrimonios entre personas del mismo sexo...», cit., pág. 935, esta interpretación puede dar al traste con la armonía internacional de soluciones.

(51) Véase CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo...», cit., págs. 709 y ss.; REQUEJO ISIDRO, M., «Derecho Internacional Privado de la familia y libre circulación de trabajadores: reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual», en XIX Jornadas de la Asociación

negar todo tipo de efectos a estos matrimonios supondría atentar contra el principio de libre circulación de las personas en el espacio comunitario (art. 18 TCE)⁽⁵²⁾, puesto que esto podría conducir a que los que estarían casados en España a todos los efectos legales, en Italia, por ejemplo, no serían, en principio, nada jurídicamente hablando. Ello cercena la seguridad jurídica y nos lleva a cuestionarnos si realmente nos encontramos en un espacio judicial europeo. Desde luego, hasta que no exista una norma de conflicto comunitaria uniforme, cada Estado será libre de adoptar una postura singular al respecto, lo que claramente irá en detrimento de la integración⁽⁵³⁾. Pero, en todo caso, considero exacerbada la posibilidad de recurrir al orden público internacional para impedir que estos matrimonios gocen de efectos en cualquier otro Estado comunitario, si no tanto para impedir el acceso al Registro civil, sí al menos para reconocer una serie de efectos periféricos (pensión de viudedad, alimentos, posibilidad de divorcio)⁽⁵⁴⁾.

Española de Profesores de Derecho Internacional «La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza». JAYME, E., «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con stati terzi», *RDIPP*, 2006-2, págs. 353-360, afirma, con total acierto, que en la actualidad el principio de reconocimiento recíproco entre los Estados comunitarios se ha convertido en la super-law.

(52) El TJCE, en relación con las sociedades mercantiles y en sus SSTJCE 9 de marzo de 1999, asunto C-212/1997, *Centros*, de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering* y de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, *Inspire Art*, ha indicado que una sociedad válidamente constituida y existente en un Estado miembro debe considerarse como válidamente constituida y existente también en los demás Estados miembros, y en relación con el derecho al nombre de las personas físicas, las STJCE 30 de marzo de 1993, asunto C-168/1991, *Konstantinidis*, de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, *García Avello*, y de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/2006, *Grunkin-Paul* llevan a concluir que el nombre de una persona física atribuido con arreglo al Derecho de un Estado miembro, debe ser aceptado por los demás Estados miembros.

(53) CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Matrimonio entre personas del mismo sexo...», cit.; GONZÁLEZ BELFUS, C., «Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común», *AEDIPr*, t. IV, 2004, págs. 117-186; ZABALO ESCUDERO, E. y DIAGO DIAGO, P., «Matrimonio entre personas del mismo sexo...», cit., págs. 305 y ss.

(54) La Ley federal suiza sobre parejas registradas entre personas del mismo sexo, de 18 de junio de 2004 que ha introducido un nuevo art. 45.3 en la Ley federal de DIPR de 18 de diciembre de 1987 establece que «[u]n matrimonio válidamente celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo se reconocerá en Suiza como pareja registrada». Utiliza, pues, la técnica de la calificación por la función. La otra técnica sería la de utilizar el orden público atenuado que es la que han seguido muchos países europeos en el tratamiento de los matrimonios poligámicos. Se reconocerían los efectos que esta relación produce,

En la Resolución-Circular de la DGRN se ofrece una alternativa a la aplicación del orden público internacional a la hora de determinar el Derecho aplicable a la celebración del matrimonio a la que se ha denominado «tesis positiva de la calificación»⁽⁵⁵⁾. Esta tesis defiende que la diferencia de sexos entre los contrayentes no debe calificarse como una cuestión atinente a la capacidad nupcial, sino como un requisito objetivo de la institución matrimonial. Por tanto, al no considerarse la diferenciación de sexos como una cuestión incardinable en la capacidad nupcial, ya no dependerá de la ley nacional «autorizar o no» este tipo de matrimonio. Entonces, ¿a qué ley corresponderá? Esta Resolución sostiene que la solución será aplicar la ley material española ante la laguna que en la actualidad existe en el DIPR español⁽⁵⁶⁾. Y ello porque aplicar la ley material española fomenta el *ius connubii*, la validez del matrimonio y el libre desarrollo de la personalidad, lo que provocará que siempre sea posible celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo cuando el matrimonio se celebra ante autoridad española. Además, aplicar la ley española supone aplicar la ley de la residencia habitual de al menos uno de los contrayentes, ya que para que las autoridades españolas sean competentes para celebrar el matrimonio es necesario que al menos uno de ellos esté domiciliado en nuestro país (art. 57 CC y art. 238 RRC)⁽⁵⁷⁾. Sin embargo, estas no son más que interpretaciones

aunque no sería posible que tal matrimonio se celebrara en un país que no reconoce este tipo de matrimonios, ni tampoco que pudiera acceder a su Registro civil.

(55) Véase DÍAZ FRAILE, J. M., «Exégesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la reforma del Código civil en materia de matrimonio introducida por la ley 13/2005, de 1 de julio», *Diario La Ley* núm. 6449, 27 de marzo de 2006, consultado en www.laley.net; PÉREZ ÁLVAREZ, S., «La incidencia de la Ley 13/2005 en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el ámbito de la Unión Europea», *REDI*, 2005-2, págs. 851 y ss.; lo., «El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?», *REEI*, núm. 12, 2006, consultado en www.reei.org. Desde una perspectiva crítica con esta interpretación, ABARCA JUNCO, A. P. y GÓMEZ JENE, M., «Breves notas sobre 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 sexo», *REEI* núm. 12, 2006, consultado en www.reei.org.

(56) Muy crítico con esta interpretación, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Laguna legal y matrimonio de los homosexuales», *Aranzadi Civil*, núm. 18/2005.

(57) Algún autor ha propuesto que hasta que no se corrija el sistema, podría considerarse que el art. 44 CC es una norma material imperativa, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo...», cit., pág. 55, nota 9. También puede considerarse que la ley española es de aplicación necesaria o inmediata a todos los matrimonios que se celebren en territorio español, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Límites a la celebración en España de matrimonios internacional del mismo sexo», cit., pág. 207.

e, insisto, lo necesario sería que se produjera una reforma legislativa orientada a aclarar esta cuestión.

En realidad, esta tesis positiva de la calificación podría encontrar una explicación más sencilla: el consentimiento matrimonial dado ante una autoridad civil española no puede si no adecuarse a la noción de matrimonio que impera en la legislación a la que pertenece dicha autoridad⁽⁵⁸⁾. La diferenciación o identidad de sexos a la hora de contraer matrimonio es un requisito objetivo del matrimonio que no depende, por tanto, de la capacidad nupcial. Así, la pareja que quiera contraer matrimonio ante autoridad española lo hará conforme al concepto de matrimonio que rige en su legislación (*lex fori-lex auctoris*). La capacidad nupcial se regirá por la ley personal de cada cónyuge, pero su importancia en el matrimonio entre personas del mismo sexo es relativa o nula. Conforme a ella se valorará la edad mínima para contraer matrimonio o la imposibilidad de contraer matrimonio si previamente se está casado, además de otros impedimentos. Si conforme a la legislación aplicable a la capacidad nupcial de uno de los cónyuges se hiciera referencia al impedimento de contraer matrimonio con otra persona del mismo sexo, esto no imposibilitaría el poder contraer matrimonio ante autoridades españolas, ya que esta cuestión no es considerada como afecta a la capacidad nupcial.

Por tanto, podemos concluir que los matrimonios celebrados en España deberían estar sometidos en cuanto a sus requisitos a la ley española, reservando la ley nacional para los estrictos aspectos de capacidad. Es la lógica del matrimonio que no es sino la institucionalización de una realidad que cada ordenamiento jurídico perfila según sus criterios de organización social, con independencia de que historia y bases culturales comunes hayan deparado una noción también común en grandes círculos jurídicos que ha permitido y permite hablar de una cierta equivalencia institucional⁽⁵⁹⁾.

(58) En este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Matrimonio entre personas del mismo sexo...», cit.; ARENAS GARCÍA, R., «Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español», *De conflictu legum*, núm. 6, Santiago de Compostela, 2004, pág. 202; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, 2002, *passim*; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Uniones conyugales o de pareja...*, cit., *passim*.

(59) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho español: perspectiva internacional», en NAVAS NAVARRO, S.,

¿Cómo ha solucionado este asunto el Código de DIPR belga de 2004? Su art. 46 dispone, en primer lugar, que las condiciones de validez del matrimonio se rigen, para cada uno de los esposos, por el Derecho del Estado de su nacionalidad en el momento de celebración del matrimonio. Pero a renglón seguido se especifica que se descartará la aplicación de este Derecho si el mismo prohíbe el matrimonio de personas del mismo sexo, cuando una de ellas tenga la nacionalidad o posea su residencia habitual sobre el territorio de un Estado cuyo derecho permite este tipo de matrimonio⁽⁶⁰⁾.

Me parece una solución del todo acertada. No alude directamente al orden público internacional⁽⁶¹⁾, lo que establece es una cláusula de flexibilización orientada a la protección del matrimonio entre personas del mismo sexo⁽⁶²⁾. Basta con que uno de los contrayentes tenga la nacionalidad o resida en un Estado que permite este tipo de matrimonios (principio de proximidad) para que éste pueda celebrarse, con lo que se materializa la solución⁽⁶³⁾.

En cuanto a la cuestión de si podrán celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo los cónsules españoles, es necesario tener en cuenta los siguientes datos. En primer lugar, que al menos uno de los contrayentes debe ostentar la nacionalidad española (Con.DGRN 18 de marzo de 2002). En segundo lugar, que al menos uno de los contrayentes debe estar domiciliado en la circunscripción consular correspondiente (arts. 51.3.º y 57 CC). Por último, el Estado extranjero receptor del cónsul español no debe oponerse a que éste celebre matrimonios en su territorio [art. 5.f) del

Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional, Colección Jurídica General-Jornada-Díaz-Bastien & Truán Abogados, 2006, págs. 54-55.

(60) FIORINI, A., «New Belgium Law on Same Sex Marriages and its PIL Implications», *ICLO*, 2003, págs. 1039 y ss.

(61) Aunque ciertamente puede decirse que tras esta formulación se encuentra oculto un orden público internacional de proximidad.

(62) CARLIER, J. Y., «Le Code belga de droit international privé», *RCDI*, 94 (1), 2005, pág. 31, entiende que se trata de una cláusula especial de orden público positivo. En el mismo sentido, FALLON, M., «La matérialisation du nouveau droit international privé belge», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, tomo II, *Derecho internacional privado, Derecho constitucional, Varia*, UAM-Eurolex, 2005, pág. 1507.

(63) Véase FALLON, M., «La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado», *REDI*, 2004-2, pág. 829.

Convenio sobre relaciones consulares, hecho en Viena el 24 de abril de 1963⁽⁶⁴⁾.

Si el Estado receptor no permite la celebración de este tipo de matrimonio, puede recurrirse a la «delegación de funciones». Con arreglo al art. 57.2.º CC, si el matrimonio entre personas del mismo sexo no es posible en país extranjero porque tal matrimonio vulnera las leyes del Estado receptor, el cónsul español conserva la competencia para instruir, a título de Encargado del Registro civil del domicilio del contrayente domiciliado en su demarcación consular, el expediente previo. Instruido el expediente matrimonial y recaído auto favorable, el cónsul instructor del expediente puede delegar la prestación del consentimiento, en favor de otra autoridad encargada del Registro Civil en España⁽⁶⁵⁾.

Desde la promulgación de la Ley 13/2005, se han producido varias Resoluciones de la DGRN que es conveniente destacar por su interés. La Resolución DGRN 6/2005, de 26 de octubre, resuelve el recurso por el que se había denegado la autorización para celebrar matrimonio a una pareja del mismo sexo siendo uno de ellos español y el otro indio con residencia en España⁽⁶⁶⁾. En esta Resolución se reproducen buena parte de los argumentos fijados en la Resolución-Circular de 2005, concluyéndose que es innecesario y en consecuencia improcedente como trámite superfluo la exigencia de la prueba de conformidad con el Derecho extranjero de la nacionalidad de uno de los contrayentes del matrimonio cuya autorización se solicita.

Cuestión que se reafirma en la Resolución DGRN 4/2006, de 7 de abril que resuelve el recurso de denegación de autorización para celebrar matrimonio civil entre una pareja del mismo sexo siendo una de ellas española y la otra de nacionalidad portuguesa, residentes en España, a cuya argumentación se une que lo anteriormente dicho no puede verse alterado

(64) Véase DÍAZ FRAILE, J. M., «Exégesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado...», cit.

(65) RRDGR 15 de septiembre de 1995 y [10.º] 4 de julio de 2002. En este sentido se pronuncia también la Resolución-Circular DGRN 29 julio de 2005.

(66) En relación con el caso que suscita esta Resolución, véase TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., «Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español», *Actualidad Civil*, núm. 20, 2.ª quincena de noviembre de 2005, consultado en <http://revista-actualidadcivil.laley.es>.

por el *Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial*.

Mayor detenimiento exige la Resolución DGRN 6/2006, de 10 de noviembre. El caso tiene como punto de partida el inicio de expediente solicitando autorización para contraer matrimonio civil en nuestro país por parte de dos nacionales británicos del mismo sexo domiciliados en España.

La jueza encargada del Registro Civil de Denia deniega dicha solicitud en virtud de los siguientes argumentos: 1) La posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es una cuestión de «capacidad matrimonial» que se rige por la ley nacional de los contrayentes según lo preceptuado en el art. 9.1 CC. No concurre la necesaria capacidad matrimonial en los interesados con arreglo a su ley nacional, ya que ambos ostentan la nacionalidad británica y en el Derecho británico el matrimonio entre personas del mismo sexo no está contemplado. 2) Si se celebrase este matrimonio en España con arreglo al Derecho civil español, dicho matrimonio sería nulo o inexistente en el país cuya nacionalidad ostentan los interesados. 3) La extensión del *ius connubii* a los contrayentes del mismo sexo a pesar de lo dispuesto en su correspondiente ley nacional, contraviene el orden público internacional. 4) La posibilidad de contraer un matrimonio entre personas del mismo sexo no integra el concepto español de orden público internacional, de manera que no puede rechazarse la aplicación de una ley extranjera que no contemple dicho matrimonio entre personas del mismo sexo en virtud del art. 12.3 CC, siendo además impropio invocar el concepto y la excepción de orden público internacional contra la aplicación de un país miembro de la Comunidad Europea. 5) La Resolución-Circular DGRN de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo es una instrucción ilegal que contraviene lo establecido en la Ley, en concreto, vulnera el art. 9.1 CC y el art. 117 CE, ya que el art. 9 LRC debe entenderse derogado por la CE, pues los jueces y magistrados a los que está atribuido el Registro Civil son integrantes del Poder Judicial y, por tanto, son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, lo que impide que la Administración pueda dictar instrucciones a tales jueces y magistrados.

La Resolución precisa que la consideración de la posibilidad de contraer un matrimonio con persona del mismo sexo como una cuestión de capacidad matrimonial no es pacífica ni clara en nuestro Derecho. Desde la perspectiva de su calificación a efectos de determinar la norma de con-

licto aplicable se recuerda por el Centro directivo que los impedimentos matrimoniales vienen recogidos en los arts. 46 y 47 CC, alusivos a los absolutos o unilaterales y a los relativos o bilaterales, respectivamente, siendo así que en ninguno de ellos se ha mencionado nunca el impedimento de identidad de sexo, argumentando que:

«[u]na significativa parte de nuestra doctrina indica que el requisito de la diversidad de sexo constituye un elemento constitutivo o esencial del propio derecho a contraer matrimonio. Sería, pues, un elemento estructural u objetivo de la institución matrimonial, y no un requisito subjetivo de capacidad de los contrayentes».

Tras apuntar que no existe en DIPR español una norma de conflicto específica que indique la ley aplicable a los requisitos objetivos del matrimonio en los supuestos internacionales, se apunta que una fórmula para solventar esta laguna es recurrir al principio de los vínculos más estrechos, de manera que la ley del país con el que la situación fáctica esté más vinculada será la elegida para regular estos requisitos. En el supuesto en cuestión claramente la ley más vinculada es la española.

Si se considerara que la posibilidad de contraer un matrimonio con persona del mismo sexo es una cuestión de capacidad matrimonial, no puede dudarse de que, en principio, la regla sobre la ley aplicable a la capacidad y al consentimiento matrimonial, determinada por el estatuto personal de los contrayentes es la contenida en el art. 9.1 CC.

Además, precisa que:

«[a]unque la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no es, en Derecho español, una exigencia constitucional, es claro que el derecho a contraer matrimonio con individuos del mismo sexo sí tiene un evidente fundamento constitucional, como indica la Exposición de Motivos (II) de la Ley 13/2005. En este sentido, el matrimonio entre personas del mismo sexo fomenta la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 CE)»⁽⁶⁷⁾.

(67) FJ 4.º párrafo segundo RDGRN 6/2006, de 10 de noviembre. Además, apuntan que «[e]n un reciente caso, los Tribunales italianos han estimado que las leyes holandesas,

Pone de manifiesto la citada Resolución que la Civil Partnership Act 2004, que entró en vigor el 5 de diciembre de 2005, concede a los convivientes del mismo sexo cuya unión ha sido registrada en el Reino Unido, derechos muy similares a los concedidos a los sujetos de distinto sexo unidos en matrimonio⁽⁶⁸⁾. Señala que las diferencias entre matrimonio y unión civil en el vigente Derecho británico son las siguientes: 1) El nombre de la institución: «matrimonio» («*marriage*») en un caso y «unión civil» en el otro («*civil partnership*»); 2) El modo en el que se registra el matrimonio y la unión civil, ya que siguen procedimientos distintos; 3) Un matrimonio se entiende celebrado cuando se pronuncian determinadas palabras (*I now pronounce you man and wife*), mientras que en relación con las uniones civiles, no existen palabras particulares que deban pronunciarse en la ceremonia para que tal unión civil sea considerada válidamente celebrada; 4) No es posible disolver una unión civil por ciertas causas que sólo son aplicables a la disolución de un matrimonio: no consumación de la unión y el adulterio; 5) Legalmente, el matrimonio se considera como una vinculación duradera con intención de permanencia en el tiempo; 6) Los integrantes de una unión civil no tienen derecho a ser llamados con el título de cortesía de marido y esposa. El resto de efectos legales que surten la unión civil y el matrimonio son idénticos en el Derecho británico.

Señala la Resolución que incluso en el caso de que resultara aplicable la Ley británica al matrimonio aquí debatido, una calificación por la función debería llevar a admitir dicho matrimonio entre personas del mismo sexo en España, ya que la ley británica, en su sustancia, admite una unión civil registrada cuya función y efectos legales son prácticamente idénticos a la función y efectos legales que surte el matrimonio, aunque bajo distinto *nomen iuris*. No admitir el matrimonio en España de ambos sujetos resultaría injusto, ya que los sujetos ingleses del mismo sexo no pueden unirse en

que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, vulneran el orden público internacional italiano, por lo que no pueden recibir aplicación en Italia (decreto del Tribunale di Latina de 10 de junio de 2005). Por la misma razón puede afirmarse que las leyes de un país comunitario que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo vulneran el orden público internacional español y que por tanto no pueden ser aplicadas en España».

(68) Citando a McCLEAN, D. & BEEVERS, K., *The Conflict of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, pág. 212.

virtud de unión civil registrada en España, pues dicha institución no existe en Derecho civil común español⁽⁶⁹⁾.

Por otro lado, en el Reino Unido la capacidad matrimonial se rige por la ley del país del domicilio de cada contrayente. Se produciría un reenvío de primer grado que devolvería la regulación de la cuestión al Derecho material español (art. 12.2 CC). A juicio de la DGRN, en este caso resulta muy conveniente admitir el reenvío, ya que su proyección en este concreto supuesto fomenta valores constitucionales, debido a que potencia el *ius connubii* y conduce a aplicar la ley del país más vinculado con la situación jurídica, lo que refuerza la seguridad jurídica.

Incide, por otro lado, en que el orden público internacional actúa con mayor intensidad cuando de lo que se trata es de crear o constituir una nueva situación jurídica y opera con menor intensidad cuando lo que se valora es la posible aplicación de la ley extranjera a los efectos de una relación jurídica ya perfeccionada al amparo de dicha ley. Es por ello que en Reino Unido ciertos matrimonios poligámicos se consideran matrimonios a ciertos efectos jurídicos, lo que invita a creer que en dicho país el matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en nuestro país no será de peor condición que un matrimonio poligámico celebrado en un tercer país y que, por tanto, también surtirán efectos legales en Reino Unido como matrimonio⁽⁷⁰⁾.

El TJCE ha consolidado una jurisprudencia integradora en cuya virtud 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⁽⁷¹⁾.

(69) FJ 4.º, párrafo tercero RDGRN 6/2006, de 10 de noviembre.

(70) FJ 4.º párrafo cuarto RDGRN 6/2006, de 10 de noviembre.

(71) FJ 4.º 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, *Dafeki*; de 23 de noviembre de 2000, asunto C-135/1999, *Elsen*; de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/1997, *Centros*; de 5 de noviembre de 2002, asunto

6. CONCLUSIONES

No descubro nada si afirmo que nuestro país no se ha caracterizado por estar a la vanguardia en lo que a cambios legislativos reconocedores de derechos se refiere. Por ello quizás la primera legislatura del Gobierno del Sr. Rodríguez Zapatero haya brillado con luz propia, en la que el reconocimiento de la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio entre sí puede ser la que más comentarios, debates y titulares haya acaparado, pero en cuyo haber también se encuentran leyes como la de la dependencia⁽⁷²⁾, la de igualdad efectiva entre hombres y mujeres⁽⁷³⁾, la de la lucha contra la violencia de género⁽⁷⁴⁾, entre otras.

Conquistar derechos en una sociedad como la presente caracterizada por cierto adormecimiento no es algo baladí. Por eso, la Ley 13/2005 es una conquista que llama la atención primero por haber sido España uno de los primeros países que ha reconocido legalmente este tipo de uniones; segundo, porque ello supone un paso que me atrevo a pronosticar que no tendrá vuelta atrás, dado que el debate ya se ha producido, la sociedad española se ha manifestado y tras tres años de vigencia de la Ley ningún hecho funesto ha ocurrido, como se atrevían a vaticinar los agoreros que siempre hay en toda sociedad y que actúan como lastres al cambio.

Dicho esto, quizás hubiera sido deseable que el legislador español, al llevar a cabo una empresa de estas características, hubiera recabado, como hemos puesto de manifiesto al tratar el tema desde la perspectiva civilista, en que no bastaba únicamente con sustituir términos como «marido y mujer», por «cónyuges», o «padre y madre», por «progenitores», dado que la trascendencia que un reconocimiento como éste tiene, demandaba del legislador mayor esmero y quizá menos prisas.

C-208/00, *Überseering*; de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, *Inspire Art*; de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, *García Avelló*; de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/2006, *Grunkin-Paul*.

(72) Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006).

(73) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

(74) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

La falta absoluta de previsión se ha notado en la carencia de normas de DIPR que vinieran a dar respuesta a las situaciones que inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley se han planteado. La encomiable labor de la Dirección General de los Registros y del Notariado interpretando el vacío legislativo en estos términos no suple el olvido o la dejadez del legislador en esta materia. Que el legislador español se haya mostrado siempre renuente a legislar sobre cuestiones de DIPR, no es excusa para esa deficiencia. A día de hoy, en que las situaciones privadas internacionales ya no son una excepción anecdótica, quizás debieran reparar las instancias políticas que no legislar sobre cuestiones presentes en la sociedad supone una dejación de funciones que está muy lejos de encontrar acomodo en la España constitucional de nuestros días.

Por último, la cuestión de la constitucionalidad de la Ley 13/2005. Ya he manifestado mi opinión en el sentido de que entiendo que no es posible encontrar tachas de inconstitucionalidad en la citada Ley. Será el TC, en todo caso, el que habrá de pronunciarse para otorgar y quitar razón a todos los que nos hemos venido pronunciando sobre esta cuestión. Pero más allá de ese esperado pronunciamiento, hay otro que también ha de tenerse en cuenta, y es que cuando una sociedad conquista derechos como el analizado, el camino de vuelta, se quiera o no, queda irremisiblemente vallado.