

SE MODIFICA EL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

María LINACERO DE LA FUENTE

Prof. Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid
marialin@der.ucm.es

RESUMEN

Matrimonio y adopción por cónyuges de igual sexo. Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil español en materia de derecho a contraer matrimonio.

Palabras clave: matrimonio, adopción, familia.

ABSTRACT

Marriage and adoption for same-sex couples. Law 13/2005 that amends the Spanish Civil Code with regards to the right to marry.

Keywords: marriage, adoption, family.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Ehe und die Adoption von den Ehepartnern des gleichen Geschlechts. Gesetz Nr. 13/2005, vom 1. Juli, je nachdem das spanische Bürgerliche Gesetzbuch im Fach des Eherechts modifiziert wird.

Schlüsselwörter: ehe, adoption, familie.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN.—II. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.—1. Art. 32 de la Constitución.—2. Doctrina, jurisprudencia y textos internacionales.—III. ADOPCIÓN CONJUNTA O SUCESIVA POR CÓNYUGES DEL MISMO SEXO. IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

INTRODUCCIÓN

Las últimas reformas del Derecho de Familia, especialmente las Leyes 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, permiten afirmar que estamos asistiendo a una auténtica redefinición del Derecho de Familia, que en algunos aspectos esenciales se asienta sobre bases que implican una quiebra o ruptura con el sistema anterior (*v. gr.*, el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción conjunta o sucesiva por «cónyuges homosexuales», la facultad de ejercitar el derecho a no estar casado sin previa concurrencia de causa alguna, el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad, la previsión expresa de la custodia compartida o el recurso a la mediación familiar).

La nueva etapa del Derecho de Familia se ve confirmada, asimismo, por la incesante y copiosa legislación nacional y autonómica de los últimos años.

En dicho sentido, y consecuentemente con diversos preceptos constitucionales (arts. 9.2, 10.1, 14, 32, 39, 40 y 50 de la CE) y con los instrumentos internacionales ratificados por España, se ha llevado a cabo un proceso de renovación de nuestro ordenamiento jurídico en el Derecho de la persona y de la familia.

Es sabido que el Derecho de Familia resulta especialmente sensible a los cambios sociales, lo que ha provocado profundas modificaciones del mismo a lo largo del siglo XX, básicamente como consecuencia de la necesaria adaptación de los preceptos del Código Civil a la Constitución de 1978.

Obviamente, las circunstancias políticas inciden, asimismo, en la institución familiar. Baste con recordar las sucesivas etapas por las que pasó el matrimonio civil en nuestro ordenamiento jurídico, y así, salvo dos breves períodos de vigencia del matrimonio civil obligatorio (Ley de 18 de junio de 1870, de Matrimonio Civil, consecuencia de la Constitución de 1879, y Ley de 28 de junio de 1932, durante la Segunda República), el régimen matrimonial español respondía al sistema del matrimonio civil subsidiario¹.

¹ Actualmente, la Ley 30/1981, de 7 de julio, establece un sistema de libre elección en cuanto a la forma de celebración del matrimonio.

Transcurrido casi un cuarto de siglo desde las fundamentales reformas del Derecho de Familia por Leyes de 13 de mayo de 1981 y 7 de julio de 1981, parecía inexorable una revisión de este sector del ordenamiento especialmente permeable al paso del tiempo, habida cuenta, asimismo, de la creciente conflictividad judicial y social, lagunas legales y nuevas cuestiones suscitadas.

En dicho sentido, son numerosas las leyes aprobadas en los últimos tiempos que afectan al Derecho de Familia y, en general, al Derecho de la persona, si bien, resulta complejo ordenar sistemáticamente el galimatías jurídico existente en torno a la familia, entre otras razones, por la dispersión normativa resultante de la regulación de diversas materias por las Comunidades Autónomas con o sin Derecho Civil propio.

En todo caso, y para facilitar su ordenación, podemos destacar las siguientes etapas en el íter del Derecho de Familia, tomando como punto de partida la Constitución de 1978.

Las leyes reformadoras del Derecho de Familia, consecuencia directa del texto constitucional (Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; 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).

Ley de reforma del Código Civil en materia de tutela de 24 de octubre de 1983, que dio nueva redacción y sistemática a los Títulos IX y X del Código Civil.

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que regula en el Libro IV, Título I, los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

1.º Matrimonio celebrado en forma civil, ante el Juez, el Alcalde o el Funcionario señalado en el Código Civil (art. 49, párrafo 1, núm. 1, del CC).

2.º Matrimonio celebrado en la forma religiosa legalmente prevista (art. 49, párrafo 1, núm. 2, del CC).

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad².

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

A las anteriores leyes que reflejan modificaciones sustanciales del Derecho de Familia, deben añadirse otras que han reformado aspectos concretos (*v. gr.*, Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los Alcaldes; Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores; y Ley 42/2003, de 21 de noviembre, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos).

De otra parte, en el esbozo del panorama legislativo sobre la materia, debe tenerse en cuenta la incesante y copiosa legislación autonómica (de CCAA con o sin Derecho Civil propio), sobre materias propias del Derecho de Familia (*v. gr.*, legislación de parejas de hecho³, protección jurídica del menor⁴ o mediación familiar⁵...).

² Véase Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (BOE, núm. 289, 3 de diciembre).

³ Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, de Cataluña. Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua, de Cataluña. Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, de Aragón. LF 6/2000, de 3 de julio, de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas de Hecho, de Islas Baleares. Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho, de la Comunidad de Madrid. Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, del Principado de Asturias. Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, de Andalucía. Ley 5/2003, de 6 de marzo, reguladora de las parejas de hecho, de Canarias. Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho, de Extremadura. Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco. Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho, de Cantabria.

⁴ Andalucía: Decreto 281/1988, de 13 de septiembre, por el que se establecen los medios para la aplicación en Andalucía de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y Atención al Menor (BOE, núm. 150, 24 de junio, y *DO de la Junta de Andalucía*, núm. 53, 12 de mayo).

Aragón: Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia (BOE, núm. 189, 8 de agosto).

Asturias: Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor (BOE, núm. 94, 20 de abril; *Boletín Oficial del Principado de Asturias y de la Provincia*, núm. 32, 9 de febrero).

Baleares: Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Guarda y Protección de los Menores Desamparados (BOE, núm. 119, 19 de mayo; *BO Illes Balears*, núm. 43, 8 de abril).

Canarias: Decreto 103/1994, de 10 de junio, de adopción y protección de menores. Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores (BOE, núm. 63, 14 de marzo; *BO Canarias*, núm. 23, 17 de febrero).

Cantabria: Decreto 66/1992, de 7 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de expedientes administrativos de adopción, tutela, guarda y acogimiento de menores. Ley 7/1999, de 28 de abril, del Parlamento de Cantabria, de Protección de la Infancia y Adolescencia (BOE, núm. 127, 28 de mayo).

Castilla y León: Ley 14/2002, de 25 de julio, de las Cortes de Castilla y León, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia (BOE, núm. 197, 17 de agosto).

Castilla-La Mancha: Decreto 143/1990, de 18 de diciembre, sobre procedimiento en materia de protección de menores (DOCM, núm. 95, 26 de diciembre). Decreto de 19 de diciembre de 1996, de distribución de competencias sobre protección de menores. Decreto 35/1997, de 10 de marzo, de acreditación de entidades colaboradoras de Adopción Internacional (DOCM, núm. 11, 14 de marzo). Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor, de Castilla-La Mancha.

Cataluña: Código de Familia, Ley 9/1998, de 15 de julio. La adopción, Título V, arts. 115-131. La potestad del padre y de la madre, Título VI, arts. 132-163. La tutela y demás instituciones tutelares, Título VII, arts. 167-258. Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de menores desamparados y de la adopción. Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y de los Adolescentes, y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre.

Extremadura: Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención de Menores (BOE, núm. 309, 27 de diciembre; *DO Extremadura*, núm. 134, 24 de noviembre).

Galicia: Decreto 112/1995, de 31 de marzo, sobre medidas de protección de menores y la adopción. Ley 3/1997, de 9 de junio, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia en Galicia (BOE, núm. 165, 11 de julio; *DO Galicia*, núm. 118, 20 de junio).

Madrid: Decreto 121/1998, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor. Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Autónoma de Madrid (BOE, núm. 183, 2 de agosto; *BO Comunidad de Madrid*, núm. 843, 7 de abril), modificada por la Ley 18/1999, de 29 de abril (BOE, núm. 195, 16 de agosto), de la Asamblea de Madrid, reguladora de los Consejos de Atención a la Infancia y Adolescencia de la Comunidad de Madrid. Ley 5/1996, de 8 de julio (BOE, núm. 284, 25 de noviembre) de la Asamblea de Madrid, del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid.

Murcia: Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia (BOE, núm. 131, 2 de junio; *BORM*, núm. 86, 12 de abril).

Navarra: Decreto Foral 90/1986, de 25 de marzo, sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores (BON, núm. 44, 7 de abril). Leyes 63 y ss. de la Compilación de Derecho Civil de Navarra.

País Vasco: Ley 3/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, sobre atención y protección de la infancia y adolescencia.

La Rioja: Ley 47/1998, de 18 de marzo, del Menor (BOE, núm. 79, 2 de abril; *BO Rioja*, núm. 36, 24 de marzo), modificada por la Ley 10/2003, de 19 de diciembre (BOE, núm. 43, 19 de febrero de 2004).

Valencia: Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia (BOE, núm. 21, 25 de enero de 1995; *DO Generalitat Valenciana*, núm. 2408, 16 de diciembre).

En cualquier caso, la protección de la familia no se agota ni se resuelve en los referidos textos legales.

En efecto, en puridad la tutela de la institución familiar no se limita exclusivamente al ámbito civil, sino que también se manifiesta en otros sectores (penal, procesal, laboral, administrativo, fiscal, social...). De otra parte, el incremento de la sensibilidad social hacia los problemas de la familia y, en particular, de los integrantes del grupo familiar especialmente desprotegidos (menores, mujeres víctimas de violencia de género, personas mayores, discapacitados...) va acompañada de la convicción clara de que los instrumentos legales son insuficientes y es preciso el recurso a otros medios o disciplinas extrajurídicas.

Con todo, la ordenación jurídica de la familia y del estatuto de los integrantes del grupo familiar corresponde irrenunciablemente al Derecho Civil⁶.

No se olvide que el Derecho Civil se define por antonomasia como el Derecho de la persona hasta el punto de que es ésta el eje y médula en torno a la que se ha desarrollado esta disciplina⁷.

I. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN

El art. 39 de la CE, único precepto de la norma fundamental relativo directamente a la familia, menciona expresamente a la misma en su párrafo primero, en los siguientes términos: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia».

El citado precepto en sus párrafos segundo y tercero respectivamente, establece también la obligación de los *poderes públicos* de proteger a los hijos, «iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación», y de

⁵ Leyes autonómicas de Mediación Familiar: Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Cataluña. Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Galicia. Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de la Comunidad Valenciana. Ley 15/2003, de 8 de abril, de Canarias. Ley 4/2005, de 24 de mayo, de Castilla-La Mancha.

⁶ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil IV*, 8.ª ed., 2001, p. 38: «La familia no es un organismo público o cuasi público, sino un cauce de desarrollo de fines estrictamente personales, dominado por el principio de personalidad, y, por tanto, perteneciente de lleno al mundo del Derecho Privado...».

⁷ A. HERNÁNDEZ GIL, «El concepto de Derecho Civil», *RDP*, 1943, pp. 384 y ss.; DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984, p. 116; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, I, 15.ª ed., Barcelona, Bosch, 2002, pp. 39-40; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Derecho Civil. Derecho Privado y Derecho de la Persona*, Madrid, 1996, p. 26; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, t. I, Trivium, 1992, p. 33; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil I*, vol. I, 3.ª ed., Madrid, Dykinson, 2002, p. 33.

prestar protección a la madre «cualquiera que sea su estado civil»; así como la obligación de los padres de prestar asistencia a los hijos «habidos dentro o fuera del matrimonio»⁸.

Otros preceptos de la Norma Fundamental contemplan diversos aspectos que afectan a la institución familiar (arts. 18, 27 y 50 de la CE).

Por su parte, el art. 32 de la CE, ubicado dentro del Capítulo II, Sección 1.ª, Título I, sanciona el *ius connubii* en los siguientes términos:

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

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».

Como señala Díez-Picazo⁹, el punto de partida de nuestro sistema matrimonial lo constituyen otros preceptos constitucionales: el de igualdad de todos los españoles ante la Ley y no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 de la CE), el de libertad religiosa (art. 16.1 de la CE), el de no obligatoriedad de declarar la ideología, religión o creencias (art. 16.2 de la CE), y el principio de no confesionalidad del Estado (art. 16.3 de la CE).

Respecto al concepto de «familia» el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la protección constitucional de la institución familiar.

⁸ Art. 39 de la CE:

Capítulo III, Título I, «De los principios rectores de la política social y económica»

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos antes la ley con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

El art. 39 de la Constitución tiene textos de Derecho comparado con los que establecer alguna relación: Constitución italiana (art. 29), alemana (art. 6), portuguesa (art. 36), venezolana (art. 73) y uruguaya (art. 40). Pero, posiblemente, la influencia más directa le venga de la vieja Constitución de Weimar (art. 119), a través del art. 43 de la Constitución Republicana de 1931.

⁹ Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, p. 67.

Inicialmente, la STC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990/184), considera que la familia es sólo la que tiene su origen en el matrimonio¹⁰.

Posteriormente, y a partir de la STC 222/1992, de 11 de diciembre¹¹, el Tribunal Constitucional se orienta de forma indubitada afirmando que la familia protegida en la Constitución no es sólo la familia que tiene su origen en el matrimonio, sino también la familia no matrimonial (en idéntico sentido, SSTC 47/1993, de 8 de febrero¹², y 6/1993, de 18 de enero).

¹⁰ La STC 184/1990, de 15 de noviembre, desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistratura de Trabajo de Álava y declaró que las disposiciones impugnadas (arts. 160 del TRLGSS de 1974 y Disposición Adicional Décima, 2, de la Ley 30/1981, de 7 de julio) no son contrarias a los arts. 10, 14 y 39 de la Constitución.

El FJ 2 afirma que: «matrimonio y convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio». La Constitución no reconoce «un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 sea acreedora al mismo tratamiento... que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1 contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza».

¹¹ STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5: «Nuestra Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen».

La tesis sustentada en dicha STC 222/1992 es fruto de la doctrina ya incipiente en el voto particular a la STC 184/1990, formulado por el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra, que aduce en defensa de su tesis las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de junio de 1979 (caso *Marckx*) y de 18 de diciembre de 1986 (caso *Jobnston*) a propósito del art. 8.1 de la Convención de Roma relativo a la protección de la vida familiar y en cuyos fallos no se distingue la «familia jurídica» de la «familia natural».

¹² La STC 47/1993, de 8 de febrero, FJ 3, estima que «en correspondencia con el pluralismo de opciones personales existentes en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE), la Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio —aunque a ésta se la proteja especialmente (STC 45/1989)—, sino también a la familia como realidad social, entendida como tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja».

El Tribunal Constitucional consideró que la diferencia derivada del tenor literal del antiguo art. 58.1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, entre las uniones matrimoniales y las «constituidas por quienes conviven *more uxorio*», no poseía una justificación objetiva y razonable, contradiciendo, además, el art. 14 de la Constitución Española, en relación con los mandatos y principios de los arts. 39.1 y 47 de la Constitución Española.

En la misma línea, frente a la opinión de algunos autores que sostienen que el art. 39 de la Constitución protege exclusivamente a la familia matrimonial¹³, la posición mayoritaria admite que la Constitución ampara también las uniones de hecho¹⁴.

Ahora bien, el hecho de que el art. 39 de la Constitución permita colegir la protección de la familia (matrimonial y no matrimonial) no significa que su tratamiento jurídico deba ser idéntico. La doctrina y la jurisprudencia han manifestado categóricamente que matrimonio y unión de hecho «no son realidades equivalentes».

No obstante, el panorama legislativo y jurisprudencial en punto al régimen jurídico de las uniones de hecho en el ordenamiento español es, cuanto menos, confuso.

Baste, como constatación de lo anterior, algún pronunciamiento jurisprudencial, así, *v. gr.*, STS de 5 de julio de 2001 (cuya doctrina confirma la posterior STS de 16 de julio de 2002), que aplica analógicamente el art. 97 del CC pensando para el matrimonio, al caso concreto de ruptura de unión de hecho.

¹³ J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La subrogación en la vivienda arrendada y las parejas de hecho*, Madrid, 1995, pp. 54 y ss. En la p. 69 afirma: «Y es que, quiérase o no, matrimonio y unión de hecho son realidades distintas. Vivir en una unión de hecho no concede la cualidad de cónyuges a los que así unidos, aunque en ocasiones pueda ser un modo mejor de realización personal, o de lograr el libre desarrollo de la propia personalidad (...) Si decidieron excluir en su relación el entramado institucional de derechos y deberes que el matrimonio conlleva, es decir, si no desearon vinculación jurídica, lógicamente ellos mismos deberían excluir que se les aplicasen después, en sus propias relaciones o frente a terceros, las consecuencias que la Ley establece para el matrimonio».

DE LOS MOZOS, «Familia y Derecho, de nuevo sobre las parejas no casadas», *La Ley*, núm. 5162, octubre de 2000, pp. 1 y ss.: «hay que partir de la afirmación de que las uniones de hecho no constituyen familia, bien se trate de uniones *more uxorio*, uniones entre homosexuales, concubinatos, menaje a tríos, comuna, o cualquier otra forma de poligamia o poliandria, aunque socialmente se hallaren muy extendidas».

GARCÍA CANTERO, *Familia y Constitución*, Zaragoza, 1982, p. 207; GARRIDO DE PALMA y REGOJO OTERO, «La familia no matrimonial», *RGLJ*, 5, 1986, p. 617; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1986, pp. 394 y ss.

¹⁴ ROCA Y TRÍAS («Familia, familias y derecho de la familia», *ADC*, 1990, p. 1067) sostiene que «al utilizar la Constitución un concepto abierto y no primar en ningún momento a la familia matrimonial, debe afirmarse que la protección ofrecida en el art. 39 de la Constitución Española no puede limitarse a las familias constituidas a partir del matrimonio».

LACRUZ BERDEJO y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil IV*, Dykinson, 2002, pp. 10-12; X. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, 3.^a ed., Madrid, 1991, p. 50; GAVIDIA SÁNCHEZ, *La unión libre*, Valencia, 1995, pp. 43 y ss.; L. MERINO GUTIÉRREZ, «Las uniones libres y su perspectiva actual», *La Ley*, 1998-1, p. 1006; C. AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *Unión de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 23-24; A. TORRENT, «Las uniones de hecho. Nueva tipología de la familia», en *Libro Homenaje al Prof. Albaladejo*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2004, p. 4794.

Según dicha STS, de 5 de julio de 2001: «otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuviera o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica norma o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles, proclamado en el art. 14 de la Constitución, precepto fundamental en cuanto que garantiza el derecho de tal clase que es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor del Texto Fundamental».

Sin embargo, y como afirma juiciosamente Amunategui¹⁵: «No parece riguroso que por la existencia en algunas Comunidades Autónomas de Leyes de parejas tengan que extenderse a otras, a través de la analogía, normas pensadas para el matrimonio, porque tal argumento permitiría extender a las uniones de hecho cualquiera de las normas pensadas para las uniones matrimoniales. Es cierto que en muchas ocasiones el Supremo está buscando la justicia material, pero eso no autoriza a una creación judicial del Derecho, lo que está llevando a una gran incertidumbre, a la hora de saber qué normas o principios van a aplicarse a las uniones de pareja, revelando que es al legislador a quien corresponde actuar para restablecer la seguridad jurídica».

Recientemente, la STS de 15 de septiembre de 2005, en su Fundamento de Derecho III, afirma que «debe huirse de la aplicación por *analogia legis* de normas propias del matrimonio como son los arts. 96, 97 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja».

En punto a la inclusión de las uniones de hecho homosexuales en el ámbito de protección del art. 39 Constitución, el Auto del TC 222/1994 afirmó que «al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterose-

¹⁵ C. AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, «Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de parejas no casadas», en *Libro Homenaje al Prof. Albaladejo*, t. 1, Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2004, p. 232. Dicha autora confirma que: «La jurisprudencia expuesta está siendo secundada mayoritariamente en SAP de Madrid (Sala 24.ª) de 16 de enero de 2003 (JUR 2003/83448); SAP de Valencia (Sala 10.ª) de 1 de febrero de 2002 (JUR 2002/112236); SAP de Ciudad Real (Sala 1.ª) de 28 de enero de 2002 (JUR 2002/23996); SAP de Alicante (Sala 7.ª) de 19 de diciembre de 2001 (TOL 144921); o SAP de Valencia (Sala 10.ª) de 7 de marzo de 2002 (TOL 231496). En todas ellas se concede pensión, sin exigir enriquecimiento sin causa de ningún tipo, dispensando a la unión el tratamiento de matrimonio y valorando la presencia de las distintas circunstancias enumeradas en el art. 97: edad, tiempo de convivencia, dedicación a la familia, falta de cualificación profesional, posible abandono de trabajo, situación económica del deudor, mantenimiento del *status* adecuado, exclusiva dependencia económica del otro, etc.».

xual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una unión jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento: todo lo contrario al matrimonio entre un hombre y una mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y obligaciones».

Sin embargo, también señala que «ello no obsta a que el legislador pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse del matrimonio tal como propugna el Parlamento Europeo».

En dicho sentido, algunos autores¹⁶ sostienen que si bien es razonable tratar más favorablemente a los cónyuges que a los convivientes de hecho, lo que ya no parece admisible es tratar desigualmente a los convivientes *more uxorio* por razón de su orientación sexual.

En la referida línea pueden invocarse los arts. 9.2 y 10 de la Constitución, y II 81 *in fine* de la Constitución Europea, que prohíbe toda discriminación por razón de la orientación sexual, y la Resolución A3 0028/1994, del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994¹⁷, sobre «igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Unión Europea»¹⁸.

II. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

La cuestión fundamental que se plantea a raíz de la reciente reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (Ley 13/2005, de 1 de julio), es si a la luz del art. 32 Constitución y demás preceptos que

¹⁶ C. AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *Unión de hecho...*, *op. cit.*, pp. 78-79; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 127; DE VERDA Y BEAMONTE, «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)», *RDP*, 1998, p. 728.

¹⁷ Texto íntegro de la Resolución de 8 de febrero de 1994. Véase N. PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho Español*, Granada, Comares, 1996, pp. 42-47.

¹⁸ A dicha Resolución han seguido las Resoluciones 17/12/1998, 29/12/2000 y 15/1/2003. En concreto la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2003 (DOCE, de 12 de febrero de 204) insiste en la lucha contra la discriminación de los homosexuales, recomienda a los Estados miembros «que reconozcan las relaciones no matrimoniales, tanto entre personas de distintos sexo como entre personas del mismo sexo, y que conceda a las personas que mantienen estas relaciones los mismos derechos que a las que celebran matrimonio», e insta a la Unión Europea «a que incluya en la agenda política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y a que desarrolle propuestas concretas al respecto».

constituyen el punto de partida del sistema matrimonial español, es admisible el reconocimiento del matrimonio homosexual por el legislador y su correspondiente sanción en el Código Civil español.

Las reformas introducidas en la citada Ley 13/2005 y, en particular, el matrimonio entre personas del mismo sexo biológico responden esencialmente a razones de política-jurídica que trascienden del ámbito estrictamente jurídico y tienen un componente ideológico indudable.

En todo caso, los elementos jurídicos tienen que brindar un abanico de soluciones a los temas que la realidad social ofrece, y que serían (si se me permite el símil comercial) distintas ofertas.

Pues bien, en el tema de los convivientes homosexuales, una oferta sería la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, y otra sería la regulación de las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales o exclusivamente homosexuales (*v. gr.*, Alemania, Ley de parejas registradas, de 26 de febrero de 2001, en vigor desde el 1 de agosto, que se limita a las parejas de personas del mismo sexo)¹⁹.

En todo caso, la diferencia entre pareja registrada y matrimonio puede ser meramente semántica, todo depende de los derechos y deberes que se atribuyen a la pareja como consecuencia de su decisión de registrar esa unión²⁰.

¹⁹ El 17 de julio de 2002, el Bundesverfassungsgericht declaró constitucional la ley, afirmando que la «protección que al matrimonio brinda el art. 6, apdo. 1, GG no impide al legislador atribuir a las parejas derechos y deberes parecidos a análogos a los que se derivan del matrimonio».

²⁰ J. F. LÓPEZ AGUILAR («Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Código civil en materia matrimonial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XV, núm. 655, febrero de 2005, p. 2) afirma: «En este tiempo del presente todas las uniones estables y con voluntad expresa de asumir por consentimiento derechos y obligaciones recíprocas, fundamentadas en el mismo ejercicio de autonomía de la facultad, merecen un respeto esencial por parte del Estado y de los poderes públicos. Y este respeto se expresa también y sobre todo llamando por el mismo nombre a aquellas cosas jurídicamente iguales. Por su configuración y por sus efectos no hay por qué darles nombres distintos, salvo que se quiera por decisión política, señalar sus diferencias, más que sus similitudes».

GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, *op. cit.*, p. 26.

E. VALLADARES RASCÓN («El derecho a contraer matrimonio y la Constitución», *Aranzadi Civil*, núm. 9, septiembre de 2005, p. 33) afirma: «incluso desde el punto de vista semántico parece absurdo afirmar que es posible que coexistan dos instituciones que tengan exactamente la misma regulación y que produzcan idénticos efectos, con nombres completamente distintos. Tan absurdo como suponer que podemos denominar de forma distinta a la compraventa de bienes inmuebles realizada entre hombres, y a la realizada entre mujeres. El legislador puede hacer muchas cosas, pero no puede regular de manera igual dos supuestos idénticos y denominarlos de manera distinta. Si la unión civil entre homosexuales tiene los mismos efectos que el matrimonio, es un matrimonio».

Como posteriormente desarrollaré, la Constitución no es literal ni técnicamente opuesta al matrimonio homosexual, ciertamente en la mente del legislador no se contemplaba dicho matrimonio, pero la Constitución no constituye un obstáculo, ni debe considerarse expresamente prohibido por ella.

Cuestión distinta es el juicio que merezca su reciente regulación por el legislador español, por cuanto se trata de un tema con un marcado carácter ideológico.

1. Art. 32 de la Constitución

Prima facie, el carácter heterosexual del matrimonio se deduciría aparentemente del tenor literal del art. 32 de la Constitución, que refiere el derecho a contraer matrimonio no a la persona humana «en general» (no emplea las fórmulas impersonales «todos», «toda persona», «los españoles»...), sino expresamente al «hombre y mujer».

En dicho sentido, y según expresa la RDGRN²¹, de 21 de enero de 1988, es el único precepto de la Constitución dedicado a «los derechos y libertades fundamentales» (Capítulo II, Título I) que se preocupa de precisar que el «hombre y la mujer» son los titulares del *ius connubii* frente a los demás preceptos que utilizan expresiones como «todos», «toda persona», «los españoles»²².

²¹ RDGRN de 21 de enero de 1988: «No hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial. Y este concepto tradicional es el que recogen, sin duda alguna, las normas vigentes en España, rectamente interpretadas. En efecto, el hecho de que el art. 32.1 de la Constitución proclame que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” no autoriza a concluir que, al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión “entre sí”, la Constitución permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario, es muy significativo que en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución, dedicado a los derechos y libertades fundamentales, es el artículo 32 el único que se preocupa de precisar que “el hombre y la mujer” son los titulares del *ius nubendi*, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas impersonales, como “todos”, “toda persona”, “se garantiza”, “se reconoce”, “tienen derecho”, sin estimarse necesario referir el derecho al sexo concreto de la persona».

²² G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA [«¿Es constitucional, hoy, el matrimonio “homosexual” (entre personas de idéntico sexo)?», RDP, marzo-abril de 2005, p. 44] señala: «A mayor abundamiento, atendiendo a la *ratio legislatoris*, la exigencia de intersexualidad contenida en la expresión “hombre y mujer” fue intencionadamente defendida por la UCD y secundada por el PNV y del Partido Comunista, frente a la propuesta del PSOE que pretendía que el art. 32 CE se refiriese a “toda persona”».

Sin embargo, también es cierto que la letra del art. 32 de la Constitución no es absolutamente clara en este punto, por cuanto después de reconocer que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» no añade «entre sí», o «entre ellos» lo que permite interpretaciones diversas²³.

Como en su día dijera Albaladejo al referirse al tenor del art. 32 de la Constitución: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio entre sí, debería haber dicho el texto, para así acoger literalmente como único sentido posible algo que, sin duda, está en su espíritu y en la esencia del matrimonio, pero no necesariamente en la letra del precepto, que al hablar de uno y otra, no de uno con otra, admite también la acepción de los dos, es decir, de que significa simplemente que tanto uno como otra pueden casarse (...) Como lo que abunda no daña, quizás haber hecho la precisión hubiese evitado defensas futuras —que todo puede esperarse— del matrimonio “gay”, y cortado argumentos en tal sentido que pudieran sacarse de la supresión del viejo impedimento de impotencia que recogía el anterior art. 83.3»²⁴.

Asimismo podría sostenerse que la letra del art. 32 de la Constitución, al proclamar la igualdad de derechos del hombre y la mujer al contraer matrimonio, parece prejuzgar que necesariamente el matrimonio es entre personas de distinto sexo, y ello como exponente reactivo frente a la tradicional inferioridad jurídica que la mujer sufría por el matrimonio²⁵.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial (estudio para la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo) argumenta: «Así, desde el sentido literal del art. 32 en relación al resto de los derechos y libertades fundamentales regulados en el Capítulo II del Título I, no es irrelevante el dato de que mientras que para la regulación de otros derechos fundamentales y libertades públicas se empleen expresiones como “los españoles” (art. 19), “los ciudadanos” (art. 23), “las personas” (art. 24.1), “todos” (arts. 24.2, 27.1, 28.1, 31), “todos los españoles” (arts. 29.1, 35.1) o “los españoles” (art. 30.1), no es irrelevante, decimos, en términos de interpretación que el único precepto que hace referencia al hombre y a la mujer —diversidad sexual de las personas—, en el que se basa el presupuesto de hecho de su formulación sea precisamente el art. 32.1, y que lo haga en consonancia con los Convenios y Tratados internacionales suscritos por España».

²³ J. R. DE VERDA Y BEAMONTE («Principio de libre desarrollo de la personalidad...», *op. cit.*, p. 720) afirma: «debe admitirse que el texto constitucional al sancionar el *ius connubii*, reconociendo el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, sin especificar “el uno con el otro”, se presta a interpretaciones diversas».

²⁴ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil IV*, Bosch, 1994, p. 38.

²⁵ G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «¿Es constitucional, hoy el matrimonio “homosexual”...», *op. cit.*, p. 44.

El Dictamen del Consejo de Estado de 16 de diciembre de 2004, núm. 2628/2004, señala: «De acuerdo con los términos del art. 32.1 de la Constitución, el hombre y la mujer tienen constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio, lo que no se predi-

Sin embargo, lo cierto es que, tal como se produce realmente el texto del artículo, «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» podría entenderse que dicha expresión no va referida exclusivamente a la mencionada hipótesis (matrimonio entre personas de distinto sexo), sino que también puede entenderse referida a las distintas hipótesis en que el matrimonio sea posible (matrimonio entre hombre y mujer, pero también matrimonios entre dos hombres o entre dos mujeres), lo cual reforzaría la conclusión contraria.

Es decir, la plena igualdad jurídica a la que alude el art. 32 de la Constitución vale tanto para garantizar la igualdad jurídica entre los cónyuges en el seno del matrimonio tradicional, como en el marco de las formas de matrimonio entre homosexuales.

En consecuencia, el texto del art. 32 de la Constitución no sólo no excluye el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que vendría a dar cobertura a matrimonios de este tipo, aunque probablemente dicha previsión nunca debió estar presente en la mente del legislador constitucional.

2. Doctrina, jurisprudencia, textos internacionales

Desde otro punto de vista, el reconocimiento del *ius connubii* únicamente a los contrayentes de distinto sexo biológico, y el consiguiente rechazo al matrimonio homosexual es criterio prácticamente unánime de nuestra doctrina²⁶, jurisprudencia constitucional²⁷ y del Tribunal Supre-

ca de las parejas del mismo sexo. La referencia expresa al “hombre y la mujer” tiene, al menos, un doble alcance: por un parte, al referir la plena igualdad jurídica al hombre y la mujer, evita de forma terminante que el legislador incluya desigualdades entre uno y otra que pudieran superar el juicio de razonabilidad derivado de la aplicación del 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 de la Constitución en relación con ese concreto derecho habrá de partir, en todo caso, de dicha mención expresa».

²⁶ M. ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho Civil IV, op. cit.*, p. 31) afirma: «El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida y funda una familia».

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil IV, op. cit.*) considera que «el art. 32 de la Constitución española explicita el carácter heterosexual del matrimonio».

LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil IV, op. cit.*, p. 63) define el matrimonio como «unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida».

O'CALLAGHAN (*Compendio de Derecho Civil IV, op. cit.*): «El matrimonio es un negocio jurídico bilateral y formal por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena».

mo²⁸, así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁹, invocándose en su favor el texto de los arts. 12 del Convenio de Roma³⁰ y 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³¹.

Sin embargo, también es cierto que existe un sector doctrinal, todavía minoritario, que considera admisible la regulación en nuestro ordenamien-

LASARTE ÁLVAREZ (*Principios de Derecho Civil IV, op. cit.*, p. 21) afirma: «La unión matrimonial comporta la unión de un hombre y una mujer, sin que otras posibles relaciones de pareja que se encuentren compuestas por personas del mismo sexo quepa considerarlas matrimonio».

R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Las parejas de hecho», *Aranzadi Civil*, núm. 1, septiembre de 1992, pp. 1823 y ss.; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el derecho de Familia*, Madrid, 1996; R. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1995; J. L. LACRUZ BERDEJO, «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», en *Centenario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ceura, 1990, pp. 1061 y ss.; J. M. GONZÁLEZ PORRAS, *La familia, el Derecho y la libertad*, Córdoba, Caja de Ahorros de Córdoba, 1987; L. H. CLAVERRÍA GOSÁLVEZ, «Hacia una nueva concepción del matrimonio», *La Ley*, 1983-2, pp. 1829 y ss.; I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1995, pp. 50-54.

²⁷ Auto del Tribunal Constitucional 222/1994, de 11 de julio (Sala 1.ª, Sección 1.ª), recurso de amparo núm. 1101/1993, *Jurisprudencia constitucional*, t. XXXIX, mayo-agosto de 1994, pp. 1414-1416. En dicho Auto, el Tribunal Constitucional señala que, «al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personal del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente garantizada. Ni existe un derecho constitucional a su establecimiento, todo lo contrario que el matrimonio entre hombre y mujer, que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes», ello no obsta a que el legislador 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 y como propugna el Parlamento Europeo».

Véase DE VERDA, «Principio de libre...», *op. cit.*, pp. 684 y ss.; AMUNATEGUI, *Unión de hecho...*, *op. cit.*, pp. 33-34; GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho...*, *op. cit.*, pp. 126-128.

²⁸ Las SSTs de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 14 de abril de 1999 y 6 de septiembre de 2002 se pronuncian en el sentido de que el transexual no tiene capacidad para contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico, aunque de distinto psicológico y social, porque se razona que la diferencia de sexo es esencial y en otro caso el matrimonio sería nulo por ausencia de verdadero consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73).

²⁹ SSTEDH de 17 de octubre de 1986 (caso *Rees c. Reino Unido*, sobre una mujer con apariencia de hombre), 27 de septiembre de 1990 (caso *Cossey c. Reino Unido*), 25 de marzo de 1992 (caso *Botella c. Francia*), 30 de julio de 1998 (caso *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*).

³⁰ 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 (instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979): «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».

³¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Resolución de la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, 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».

to jurídico del «matrimonio homosexual»³² o, en su caso, la institucionalización de las uniones homosexuales³³.

Los argumentos frecuentemente utilizados para posibilitar el matrimonio homosexual (algunos referidos en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005)³⁴ son esencialmente los siguientes:

Diversos preceptos constitucionales que consagran de forma genérica la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE).

La promoción de la igualdad efectiva de todos los ciudadanos (art. 9.2 de la CE).

La preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 de la CE).

La no discriminación por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 de la CE).

La libertad sexual e intimidad personal (arts. 16 y 18 de la CE).

La desaparición del impedimento de impotencia (antiguo art. 83.3 del CC) en la reforma de 7 de julio de 1981.

La no inclusión en los arts. 46 y 47 del CC de la igualdad de sexo entre los impedimentos matrimoniales.

A lo anterior puede añadirse el expreso reconocimiento de la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual (arts. 21.1 *in fine* de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y II 81 *in fine* de la Constitución Europea).

Con posterioridad a la reforma del Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, Valladares Rascón sostiene la admisibilidad del matrimonio entre homosexuales a la luz de la Constitución concluyendo que, «en efecto, el art. 32.1 de la Constitución no puede interpretarse aisladamente, sino a la luz de los demás preceptos constitucionales. Sin necesidad de retorcer su significado, habrá de convenirse que la dignidad de la persona y el libre

³² C. GONZÁLEZ BEILFUSS (*Parejas de hecho...*, *op. cit.*, pp. 128-129) sostiene que «la garantía constitucional del matrimonio sólo se refiere a la unión heterosexual, pero ello no impediría al legislador ordinario introducir el matrimonio homosexual, si así lo estima oportuno».

GAVIDIA SÁNCHEZ, «Uniones homosexuales y concepto constitucional del matrimonio», *Revista española de Derecho Constitucional*, 2001-2, p. 46; PÉREZ CANOVAS, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho Español*, Granada, Comares, 1996.

³³ P. A. TALAVERA FERNÁNDEZ, «La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España», *La Ley*, 2001-4, pp. 1519-1532.

³⁴ E. VALLADARES RASCÓN, «El derecho a contraer matrimonio y la Constitución», *Aranzadi Civil*, 2005, p. 36.

desarrollo de la personalidad (art. 10.1) se encuentran menoscabados en cuanto a las personas homosexuales si no pueden obtener la sanción que la ley otorga a las relaciones entre personas de distinto sexo para sus relaciones afectivas. Con el reconocimiento de su derecho a contraer matrimonio los poderes públicos no hacen sino actuar el mandato del art. 9.2 que les incita a remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, uno de los cuales es el matrimonio».

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun siendo prevalente la consideración de que el derecho a contraer matrimonio del art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sólo incluye al matrimonio entre hombre y mujer, existen algunas sentencias que suponen cambios importantes respecto a decisiones anteriores, al menos por lo que respecta a los transexuales, cuyo derecho a contraer matrimonio con personas de su mismo sexo biológico guarda relación con el matrimonio homosexual.

En dicho sentido, las dos Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de julio de 2002 (casos *Mme. I. y Christine Goodwin vs. Reino Unido*) entienden con relación a dos personas que se habían sometido a un cambio de sexo, que la negativa del Reino Unido a modificar las actas de nacimiento de las personas que se habían sometido a un cambio de sexo, y la prohibición a los transexuales de casarse con persona de su mismo sexo biológico violaban los arts. 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales³⁵.

Dichas sentencias incluso llegan a afirmar que el art. 12 del Convenio de Roma no exige en su literalidad la diversidad de sexo cromosómico, entre otras razones porque el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni siquiera hace referencia al hombre y la mujer³⁶.

³⁵ Sentencia de 11 de julio de 2002, Acta núm. 25680/1994, caso *I. c. Reino Unido*: «DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO: *Alcance*: derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y fundar una familia, sin que el segundo sea condición del primero; la incapacidad para una pareja de concebir o criar un hijo no puede en sí misma privarle del derecho citado por la primera parte de la disposición en cuestión; *Transexuales*: consideración legal del sexo registrado al nacer; imposibilidad en la práctica de contraer matrimonio; limitación que vulnera la sustancia misma del derecho a casarse excediendo el margen de apreciación de los Estados; violación existente».

Véase C. GÓMEZ LAPLAZA, «Transexualidad», *Aranzadi Civil*, núm. 1, abril de 2004, pp. 18-25; contiene cita detallada de la jurisprudencia del TEDH sobre transexualidad.

³⁶ El art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 dispone: «El derecho a casarse y el derecho a fundar una familia se garantizan según las leyes nacionales que regulen el ejercicio».

En la misma línea, y anticipándose al TEDH, las Resoluciones DGRN de 8 de enero de 2001 y 31 de enero de 2001, en contra de la jurisprudencia anterior (SSTS 2 de julio de 1987, 3 de marzo de 1989 y 14 de abril de 1991, y RDGRN 2 de octubre de 1991 que niegan el matrimonio transexual por la exigencia de intersexualidad en el matrimonio), admiten el matrimonio de transexuales con personas del mismo sexo biológico aunque distinto legal³⁷.

Al respecto Gómez Laplaza destaca diversos argumentos que permiten concluir que «el transexual que ha rectificado el sexo registral, debería tener derecho a contraer matrimonio civil con persona de distinto sexo registral aunque coincidieran los sexos cromosómicos»³⁸.

Recientemente *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* (BOE, núm. 188, 8 de agosto), resuelve la consulta en torno a si la permisón de la ley española respecto a los matrimonios integrados por personas del mismo sexo se extiende también en presencia de elementos personales de extranjería, esto es, cuando uno o ambos contrayentes sean de nacionalidad extranjera.

³⁷ La Dirección General de los Registros y del Notariado emitió con fecha 21 de marzo de 2001 una nota doctrinal del Centro Directivo sobre el posible matrimonio de un transexual.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos en la citada nota (véase BIMJ, 1 de abril de 2000, pp. 1203-1204), la Dirección General de los Registros y del Notariado en tres Resoluciones recientes (dos de 8 de enero y otra de 31 de enero de 2001) autorizó el matrimonio entre personas de distinto sexo legal, aunque no biológico, siendo una de ellas un transexual operado quirúrgicamente y cuyo cambio de sexo había sido autorizado judicialmente.

Resolución de 8 de marzo de 2001, sobre matrimonio de transexual.

«El transexual, operado quirúrgicamente y que ha obtenido sentencia judicial de cambio de sexo, puede contraer matrimonio con persona de distinto sexo legal, aunque coincide el sexo biológico.

Fundamentos de Derecho

VI. No puede defenderse que el matrimonio entre un varón y un transexual que ha pasado a ser mujer sea, por este solo motivo, nulo por ausencia de consentimiento matrimonial. Si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar consentimiento ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro. Por lo demás, si ese matrimonio pudiera ser declarado nulo por error en las calidades personales esenciales del contrayente (cfr. art. 73.4 del CC), no ocurre así en este caso, en el que el varón conoce el proceso sexual de la otra parte, aparte de que la nulidad por error sólo puede ser invocada por el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (cfr. art. 76 del CC).

³⁸ C. GÓMEZ LAPLAZA, «Transexualidad...», *op. cit.*, p. 46. M. LINACERO DE LA FUENTE (*Derecho del Registro civil*, Cálamo, 2002, p. 22) afirma: «Y así, si siendo varón permitimos el cambio a mujer (o viceversa), o bien se autoriza plenamente y a todos los efectos se pasa a mujer (o varón), o, de lo contrario, los transexuales integraran una especie de tercer género (ficción de hombre o ficción de mujer), con un *status* ciertamente ambiguo».

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en una elaborada Resolución, sostiene, en base a distintos argumentos³⁹ y ante la existencia de una laguna en nuestro Derecho internacional privado, «que 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, sin perjuicio en este último caso del obligado cumplimiento de los requisitos de forma y competencia a que se refiere el siguiente apartado».

Por lo que respecta a los textos legales internacionales, frente a la literalidad de los arts. 12 del Convenio de Roma y el 16.1 de la Declaración de Derechos Humanos, que refieren expresamente el *ius connubii* al hombre y la mujer, el art. II 69 de la Constitución de la Unión Europea⁴⁰ (Título II, «Libertades»), bajo el epígrafe «derecho a contraer matrimonio y fundar una familia», garantiza el derecho a contraer matrimonio sin hacer referencia al sexo de los contrayentes, en los siguientes términos: «Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

Como explica el informe del Praesidium de la Convención: «Este artículo no prohíbe ni impone el que se conceda el derecho matrimonial a la unión de personas del mismo sexo».

En definitiva, dicho precepto «ni abre ni cierra la puerta al matrimonio homosexual», dejando que sea el Derecho interno de cada Estado miembro el que la abra o mantenga cerrada⁴¹.

Hasta la fecha en Europa únicamente han equiparado el matrimonio heterosexual y homosexual Holanda, Bélgica y, más recientemente, España, en Leyes de 1 de abril de 2001, 30 de enero de 2003 y 1 de julio de 2005, respectivamente.

Otros ordenamientos, como Dinamarca (que fue pionero, Ley de 1 de octubre de 1989), Noruega (Ley de 30 de abril de 1993), Suecia (Ley de 23

³⁹ Uno de dichos argumentos fue la solución que alumbró la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del Divorcio de 1932 para permitir el divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época esta institución (véanse Sentencias de 27 de enero de 1933, 10 julio de 1934 y 4 de diciembre de 1935).

⁴⁰ El art. II 69 de la Constitución Europea reproduce casi literalmente el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴¹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «¿Es constitucional, hoy el matrimonio "homosexual" ...», *op. cit.*, p. 45.

de junio de 1994), Islandia (Ley de 12 de junio de 1996) y Finlandia (marzo de 2002), disponen leyes de cohabitación o convivencia registrada.

Francia introdujo en el *Code* (art. 515.1) el pacto civil de solidaridad (15 de noviembre de 1999); Alemania aprobó la Ley sobre parejas registradas de personas del mismo sexo, el 16 de febrero de 2001, en vigor el 1 de agosto, y Portugal, la Ley 7/2001, de 11 de mayo, que adopta medidas de protección de las uniones de hecho.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la Resolución A 3 0028/1994, del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, de igualdad de derechos de homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea (véase Resoluciones de 17 de diciembre de 1998, 29 de diciembre de 2000 y 15 de enero de 2003).

*En conclusión los textos legales vigentes del máximo nivel en la pirámide jurídica, tanto de rango internacional como de rango constitucional, no impiden en orden técnico la admisión del matrimonio homosexual*⁴², lo que, unido a la fuerza de las corrientes de opinión, a los medios de comunicación o al influjo electoral, avocará a que probablemente los Estados acaben admitiéndolo.

Dicha situación ha conducido a que algunos Estados, el español acaso con inusitada celeridad, hayan dado carta de naturaleza al matrimonio entre personas del mismo sexo⁴³.

En todo caso, la solución viene condicionada por valores ideológicos y morales y debería estar refrendada por un amplio consenso social por cuanto implica un cambio «esencial» de una institución milenaria como es el «matrimonio»⁴⁴.

⁴² El informe del Consejo General del Poder Judicial, aunque rechaza el matrimonio homosexual, llega a decir literalmente: «aun cuando la iniciativa informada fuese constitucional y se tratase de una cuestión de pura legalidad ordinaria, hay razones que desaconsejan seguir con esa iniciativa... Lo que es constitucional no implica, *per se*, que sea conveniente».

⁴³ C. LASARTE, *Derecho de Familia*, 4.^a ed., Marcial Pons, 2005: «La ley ha introducido una idea absolutamente revolucionaria si se atiende a la experiencia secular del Derecho... que requiere una cierta perspectiva histórica para determinar el alcance de semejante idea revolucionaria, pues a veces otras ideas asumidas por el legislador y contando con la enemiga de buena parte de la sociedad, finalmente, en plazos de tiempo que analizados desde la perspectiva histórica han de considerarse bastante breves, han dejado de ser revolucionarias y se han convertido en principios por todos aceptados: piénsese, en la igualdad entre hombre y mujer; en el sufragio activo femenino; en la igualdad entre personas de raza blanca y de raza negra; en la abolición de la esclavitud y, por acabar, en la idea de igualdad entre las personas que presidió la revolución francesa, que dio origen a los Códigos Civiles y abolió radicalmente la intolerable desigualdad inherente al *ancien régime*».

⁴⁴ Durante siglos la clásica definición de Modestino ha mantenido —en lo fundamen-

III. ADOPCIÓN CONJUNTA O SUCESIVA POR CÓNYUGES DEL MISMO SEXO

Como consecuencia implícita de la introducción en el Derecho español del matrimonio homosexual, los cónyuges del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta o sucesiva en los términos del art. 175.4 del CC modificado por la Ley 13/2005, de 1 de julio⁴⁵.

Inicialmente, y al margen de valoraciones ideológicas o morales, si se admite el matrimonio entre personas del mismo o diferente sexo, los requisitos y efectos serán idénticos con independencia del sexo igual o distinto de los contrayentes y dentro de los mismos, la posibilidad de los cónyuges homosexuales de ser parte en los procedimientos de adopción⁴⁶.

Ahora bien, en materia de menores debe tenerse en cuenta el principio prevalente del interés superior del menor.

Y, así, siendo «el interés superior del niño»⁴⁷ la consideración primordial, en el ámbito no ya sólo de la adopción, sino también del acogimiento, habrá de determinarse *la idoneidad de los adoptantes* (o, en su caso, acogedores preadoptivos), para el ejercicio de la patria potestad en función del referido *favor filii*.

tal— su vigencia: «*nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae, divini et humani rerum communicatio*» (D. 23-2.1).

⁴⁵ Art. 175.4 del CC: «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».

⁴⁶ G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA («¿Es constitucional, hoy, el matrimonio “homosexual”...», *op. cit.*, p. 53) afirma: «lógico es que, siendo matrimonio, deba admitirse la adopción conjunta. Lo ilógico es la premisa permitir el matrimonio en sí».

En sentido contrario, P. A. TALAVERA FERNÁNDEZ («La institucionalización jurídica...», *op. cit.*, p. 1527) dice: «En definitiva, la adopción puesto que no constituye un derecho del/de el/los adoptante/s, no puede considerarse un efecto esencial inherente al régimen jurídico del matrimonio, o del estatuto básico de la convivencia *more uxorio* no matrimonial... En consecuencia, puesto que la posibilidad de adopción (o de reproducción asistida) no pueden considerarse en ningún caso como aspectos esenciales para el establecimiento y desarrollo ni de un matrimonio ni de una unión de hecho, resultaría incongruente incluirlos en sus respectivas regulaciones como tales».

⁴⁷ El principio prevalente del «interés superior del niño» se consagra como directriz básica en toda la legislación de menores: arts. 3.1, 9.1, 9.3, 18.1, 21.37.C) y 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989; 1.a) y b), 16.1.d), 21.1 y 24 del Convenio de La Haya en materia de adopción internacional; 39.4 de la Constitución; II-84 de la Constitución Europea; numerosos preceptos del Código Civil (arts. 92.2, 154.2, 156.5, 159, 161, 170.2, 172.4, 176.1, 216 y 224).

En dicho sentido, en sede de adopción, el art. 176.1 *in fine* y 2, párrafo 1, del CC (modificado por la Ley Orgánica 1/1996)⁴⁸, dando cumplimiento a lo previsto en los arts. 21.c) de la Convención de los Derechos del Niño⁴⁹ y 5.a) del Convenio de La Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional⁵⁰, introdujo la exigencia de idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

Dicho requisito de idoneidad habrá de ser apreciado por la entidad pública si es ésta la que formula la propuesta, o directamente por el juez, cuando no se requiera propuesta de la Entidad Pública por concurrir en el adoptante determinadas circunstancias⁵¹.

Asimismo, la idoneidad de los adoptantes se prevé expresamente en el actual art. 9.5 *in fine* del Código Civil para la eficacia en nuestro país de las adopciones constituidas en el extranjero⁵².

⁴⁸ Art. 176 del Código Civil:

«1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta».

⁴⁹ Art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño:

«Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

c) velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen».

⁵⁰ Art. 5 del Convenio de La Haya:

«Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción:

a) Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar».

⁵¹ Art. 176 el CC:

«No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.^a Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

2.^a Ser hijo del consorte del adoptante.

3.^a Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo.

4.^a Ser mayor de edad o menor emancipado.

3. En los tres primeros supuestos del apartado anterior podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento».

⁵² La Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 1/1996 añadió un último párrafo al art. 9.5 del CC en los siguientes términos:

Pues bien, la cuestión principal que se suscita en cuanto a la idoneidad de los adoptantes y acogedores preadoptivos es la determinación de los criterios que deben ponderarse para valorar dicha idoneidad, y para seleccionar a los candidatos adoptantes (o acogedores).

La legislación civil común, a salvo los requisitos para adoptar del art. 175 del Código Civil y lo dispuesto en el art. 1.829.a) de la LEC, no prevé criterios concretos para resolver las solicitudes de adopción.

Por el contrario, algunas Comunidades Autónomas han regulado, en ocasiones muy extensamente, los criterios para proponer adopciones y acogimientos³³.

«No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por el adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción».

Por su parte, la Ley 18/1999, de 18 de mayo, incorporó al art. 9.5 del CC un último apartado:

«La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil».

³³ Las Leyes 6/1995, de Madrid, y 4/1998, de La Rioja, establecen criterios de valoración comunes para adopción y acogimiento.

Ley 4/1998, de 18 de marzo, de La Rioja:

«Artículo 74. Criterios de valoración.

1. Los criterios que se tendrán en cuenta para valorar las solicitudes de adopción y acogimiento son los siguientes:

- a) Tener medios de vida estables y suficientes.
- b) Estado de salud física y psíquica que no dificulte el normal cuidado del menor.
- c) Tendrán preferencia los matrimonios y el hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal.
- d) Convivencia mínima de tres años de pareja.
- e) En caso de esterilidad de la pareja, asunción sana de dicha circunstancia.
- f) Que el deseo de acogimiento o adopción de un menor sea compartido por todos los miembros que conviven en la familia.
- g) Que exista un entorno relacional amplio y favorable a una integración del menor acogido o adoptado.
- h) Capacidad de cubrir las necesidades de educación y desarrollo del niño.
- i) Carencia, en las historias personales de vivencias que impliquen riesgo para la acogida del menor.
- j) Flexibilidad de aptitudes y adaptabilidad a nuevas situaciones.
- k) Comprensión de las dificultades que entraña la situación para el niño.
- l) Respeto a la historia personal del niño, con aceptación de las características particulares.
- m) Aceptación de relaciones con la familia de origen del menor, en su caso.
- n) Capacidad de respetar el vínculo de los hermanos que ya estén adoptados o se encuentren en otra situación.
- ñ) Actitud positiva y abierta para la formación y seguimiento.

A mi entender, toda vez que la idoneidad de los adoptantes (o acogedores) se determina en función del interés superior del niño, del mismo modo que son criterios de selección comúnmente admitidos, entre otros, la edad de los adoptantes⁵⁴ o la preferencia de matrimonios o parejas para

- o) Capacidad de asumir el carácter temporal de la medida de protección con posibilidad de retorno, en su caso.
- p) Se valorarán negativamente las solicitudes en las que se aprecien actitudes discriminatorias, que condicionen el acogimiento y la adopción a características físicas, al sexo de los menores o a la procedencia sociofamiliar de los mismos.
- q) Se valorará negativamente el rechazo injustificado de un menor, salvo el que tenga su motivo en el estado de salud.
- r) Postura realista ante las dificultades educativas y sociales que conllevan la adopción y el acogimiento familiar.
- s) Se tendrán en cuenta las solicitudes de persona o personas con hijos naturales o adoptivos cuando las necesidades del menor susceptibles de adopción o acogimiento lo aconsejen.

2. Se podrán aplicar aquellos otros criterios profesionales que, a juicio de los técnicos, sean imprescindibles para determinar la idoneidad o no de las personas».

Ley 6/1995, de 28 de marzo, de la Comunidad de Madrid:

«Artículo 58. Valoración de los solicitantes.

1. Para valorar las circunstancias que concurren en los ofrecimientos de Acogida o Adopción de un menor se deberán tomar en consideración, al menos, los siguientes criterios:

- a) Tener medios de vida estables y suficientes.
- b) Disfrutar de un estado de salud, física y psíquica, que no dificulte el normal cuidado del menor.
- c) En caso de parejas, convivencia mínima de tres años.
- d) En caso de existir imposibilidad de procrear en el núcleo de convivencia, que la vivencia de dicha circunstancia no interfiera en la posible acogida o adopción.
- e) Existencia de una vida familiar estable y activa.
- f) Que exista un entorno relacional amplio y favorable a la integración del menor.
- g) Capacidad de cubrir las necesidades de todo tipo del niño o niña.
- h) Carencia en las historias personales de episodios que impliquen riesgo para la acogida del menor.
- i) Flexibilidad de actitudes y adaptabilidad a situaciones nuevas.
- j) Comprensión de la dificultad que entraña la situación para el menor.
- k) Respeto a la historia personal del menor.
- l) Aceptación de las relaciones con la familia de origen del menor, en su caso.
- m) Actitud positiva para la formación y la búsqueda de apoyo técnico.

2. *La toma en consideración de todas estas circunstancias se hará en su conjunto mediante la valoración ponderada de las que concurren en la persona o pareja que formula el ofrecimiento».*

Véase arts. 46 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Asturias; 20.2 de la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Baleares; 10.4 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de Cataluña; 61.1 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Canarias.

⁵⁴ La fijación de una edad máxima para adoptar (por ejemplo, cincuenta años), superada la cual no sería posible la adopción, no se ha recogido en el art. 175.1 del CC, conforme a nuestra tradición legislativa que, en ningún caso, ha establecido un límite máximo para la adopción.

Sin embargo, algunas legislaciones autonómicas, incluso de carácter reglamentario, o bien prohíben directamente la adopción a partir de una edad máxima [art. 12.c) Decreto

niños de corta edad, la preferencia de un matrimonio heterosexual o de una pareja integrada por hombre y mujer frente a un matrimonio formado por dos hombres («padres») o dos mujeres («madres»), estaría plenamente justificada en atención al referido interés del menor.

A lo anterior se podría objetar que la preferencia de un matrimonio o pareja de personas de distinto sexo frente a un matrimonio de personas del mismo sexo supondría un trato discriminatorio de los matrimonios o parejas de igual sexo, por razón de su orientación sexual.

Sin embargo, debe considerarse que la Ley de 13 de mayo de 1981 de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, consagró una concepción de la patria potestad, no como un derecho sino como una función (derecho-deber) de los hijos, y dicha concepción es plenamente trasladable a la filiación adoptiva.

Es decir, no se trata de un derecho de los adoptantes y una eventual discriminación de personas o parejas no seleccionadas para una concreta adopción, sino de una cuestión de idoneidad de los futuros padres adoptivos en función de la formación integral y la protección de los intereses y derechos del niño.

En dicho sentido, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2002 (dda. núm. 36515/1997, caso *Fretté c. Francia*) entiende que no hay discriminación por negar a una persona homosexual la adopción de un menor.

Foral 92/1986, de 25 de marzo de Navarra, requisito de los adoptantes: «tener una edad máxima de 40 años las mujeres y de 45 los hombres, salvo que las especiales circunstancias que concurren en el menor permitan excepcionalmente una edad mayor en los adoptantes», o bien establecen entre los criterios orientativos de selección de los adoptantes que la diferencia de edad adoptante-adoptado no sea superior a un límite máximo (normalmente cuarenta años).

Art. 59 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de la Comunidad de Madrid:

«1. En los casos de ofrecimiento para adopción de menores, tendrán preferencia:

a) Los residentes en la Comunidad de Madrid.

b) Los ofrecimientos cuya diferencia de edad entre adoptado y adoptante o adoptantes no sea superior a cuarenta años. En caso de adopción por parejas se considerará la edad media de ambos.

c) Los matrimonios y parejas, en el caso de menores de tres años de edad.

2. No se aceptará el ofrecimiento para la adopción de más de dos menores por una misma persona o pareja, salvo que los menores sean hermanos».

Art. 33.a) Ley 3/1997, de 9 de junio, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia, de Galicia:

«a) Que entre el adoptante y el adoptado exista una diferencia de edad adecuada y no superior a los cuarenta años, excepto que los solicitantes estén en disposición de aceptar grupos de hermanos o menores con especiales dificultades, en cuyo caso la diferencia de edad podrá ser superior».

La cuestión planteada es si la denegación por las autoridades francesas (que permiten la adopción individual) de adopción de un menor por un ciudadano francés soltero homosexual viola los arts. 8 (respeto al derecho a la vida privada y familiar) y 14 (discriminación por razón del sexo) de la Convención de los derechos del hombre y libertades fundamentales.

El TEDH señala que un trato diferente es discriminatorio en el sentido del art. 14 si falta una justificación objetiva y razonable, afirmando que la justificación que ofrece el Gobierno francés parece objetiva y razonable.

Para concluir puede decirse que si se admite el matrimonio de personas del mismo sexo, los efectos del mismo deben ser plenos⁵⁵, y uno de ellos será la posibilidad de los cónyuges homosexuales de ser parte en los procedimientos de adopción.

Ahora bien, en materia de adopción debe prevalecer el interés del menor sobre cualquier otra consideración, y dicho interés puede determinar la *no idoneidad* de los cónyuges homosexuales respecto de una concreta adopción o, en su caso, la preferencia de cónyuges o parejas heterosexuales frente a cónyuges o parejas de idéntico sexo.

A lo anterior se añade el dato estadístico de que en España la mayor parte de las adopciones son internacionales, y los cónyuges y convivientes homosexuales tendrán como impedimento para adoptar la propia legislación de numerosos Estados de origen del niño, que prohíben expresamente la adopción a parejas del mismo sexo⁵⁶.

No obstante y a la vista del nuevo tenor de los arts. 44 y 175.4 del CC, no puede rechazarse la adopción por cónyuges homosexuales.

Téngase en cuenta que en el Derecho común (arts. 175.4 y 173.1.2 del CC) se admite la adopción y el acogimiento, respectivamente, por «una sola persona», y, por tanto, con independencia de su orientación sexual.

⁵⁵ G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA («¿Es constitucional, hoy, el matrimonio “homosexual”...», *op. cit.*, p. 52) afirma: «Siendo matrimonio, la unión homosexual, como pretende el gobierno del PSOE, deberá equipararse a todo matrimonio, sin hacer distinción de clases, hacerla sería inconstitucional por injusto, por desigual (arts. 14 de la CE, II-80 y II-81 de la Constitución Europea)».

⁵⁶ El Informe del Consejo General del Poder Judicial explica: «Pues bien, en cuanto a la posibilidad de adoptar de los matrimonios de personas del mismo sexo y partiendo de que la adopción internacional es la mayoritaria en España, ésta se rige por las normas de cada país de origen, siendo de destacar que, hasta ahora, ninguno de los que tienen convenio con España permite la adopción a parejas del mismo sexo. Por otra parte, con independencia de la existencia o no de convenio bilateral, los diez principales países en número de adopciones — Rusia, China, Ucrania, Colombia, Bulgaria, Bolivia, Etiopía, India, México y Perú— que con 3.582 suponen más del 90 por 100 de las totales producidas en España el año pasado, prohíben que los matrimonios de personas del mismo sexo puedan adoptar niños en su territorio».

Asimismo, las leyes autonómicas de parejas de hecho de Navarra (Ley 6/2000, de 3 de julio), País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo), Aragón (Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo) y Cataluña (Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de las Leyes 9/1998, 10/1998 y 40/1991), permiten la adopción por parejas homosexuales.

De otra parte, las leyes autonómicas de uniones de hecho de Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre), Asturias (Ley 4/2002, de 23 de mayo) y Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo), conceden a toda unión de hecho —heterosexual u homosexual— el acogimiento familiar conjunto.

En cualquier caso, se trata de una materia que excede del ámbito jurídico y en la que resulta necesario recabar la opinión e informes de la comunidad científica (médicos, psicólogos, educadores), sobre los efectos que para el menor implique tener «dos padres» o «dos madres» y carecer del referente paterno o materno.