

# EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ\*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONTENIDO DE LA LEY 13/2005.- III. LA DEBATIDA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA.- IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 13/2005.- V. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- VI. OPCIONES LEGALES PARA REGULAR LA CONVIVENCIA ESTABLE ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: 1. Matrimonio entre homosexuales en caso de reforma constitucional. 2. Opciones para regular la convivencia homosexual sin reforma constitucional.- VII. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se dedica al análisis de la debatida constitucionalidad de la reforma del art. 44 del Código Civil, que, tras la ley 13/2005, permite contraer matrimonio a los contrayentes con independencia de que sean del mismo o de diferente sexo.

Naturalmente, se trata ésta de una cuestión compleja, que admite un tratamiento mucho más extenso que el que se le dedica en estas líneas. Por ello mi única intención es aportar una visión personal<sup>1</sup> desde una perspectiva estrictamente constitucional bajo la premisa general de que el texto de la Carta Magna sigue siendo el límite que el legislador civil en ningún caso puede superar. Puesto que este trabajo se incluye en el homenaje que la *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* dedica al Profesor GONZÁLEZ CAMPOS me he permitido incluir algún apunte sobre las

---

\* Profesor Contratado Doctor del Área de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

<sup>1</sup> No debe esperar por tanto encontrar el lector un resumen ni siquiera sumaráfimo de las distintas posturas de los autores (a favor o en contra) más allá de las menciones que, a modo de ejemplo, se hacen en contados casos.

cuestiones que, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, suscita la citada Ley 13/2005.

## II. EL CONTENIDO DE LA LEY 13/2005

Recurriendo al tópico, las distintas opiniones encontradas sobre la reciente Ley 13/2005, de 1 de julio<sup>2</sup>, por la que «*se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*» han hecho correr ríos de tinta.

El punto de partida del legislador de la Ley 13/2005 es someter el matrimonio de los homosexuales al mismo régimen vigente hasta el momento para el matrimonio entre heterosexuales, tanto en sus requisitos como en sus efectos<sup>3</sup>. Ello implica una modificación de distintos preceptos del Código Civil que parece en principio sencilla. Consiste básicamente en la adición de un segundo párrafo al art. 44 CC, que dispone ahora, tras la reforma, que «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo*».

El resto de los cambios (16 artículos del Código Civil) se limitan a adecuar el tenor literal del CC al nuevo texto del art. 44 CC, por razones puramente «cosméticas». Así, en primer lugar, se han modificado la redacción de los artículos 66, 67, 637, 1.323, 1.344, 1.348, 1.351, 1.361, 1.365, 1.404 y 1.458, todos ellos del Código Civil (los dos primeros, sobre los derechos y deberes de los cónyuges, el siguiente, sobre las donaciones realizadas a los cónyuges, y el resto, sobre el régimen económico matrimonial, salvo el 1458 que establece en sede de compraventa la capacidad de los cónyuges para venderse bienes recíprocamente). Así, en estos preceptos, donde antes se decía «marido» y/o «mujer» se dice ahora «cónyuge» o «cónyuges».

En segundo lugar, se han modificado también los arts. 154, 160, 164 del Código, relativos a las relaciones paterno-filiales. Esta segunda adaptación pasa fundamentalmente por cambiar las menciones genéricas al «padre» y a la «madre», por la mención de los «progenitores» (arts. 154.1 y 160.1) o por mencionar, simplemente (art. 164.2° CC) a las personas «que ejerzan la patria potestad».

De este modo se prevé la posibilidad de que los matrimonios formados por homosexuales tengan hijos comunes, que no serán naturalmente fruto de las relaciones sexuales, sino los hijos de uno de los cónyuges, adoptados por el otro, los adoptados conjuntamente por ambos cónyuges y (en los matrimonios entre mujeres), los habidos fruto de las técnicas de reproducción asistida por una de las mujeres, con el con-

<sup>2</sup> BOE núm. 157, de 2 de julio.

<sup>3</sup> España se convierte así en el cuarto país del mundo en reconocer esta posibilidad, tras Holanda, Bélgica y Canadá, además de algunos estados de los Estados Unidos de América.

sentimiento de su cónyuge. Además, hay una «cláusula escoba» en la Disposición Adicional Primera, que dispone: «*Las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*». Con todo, no se subsana con esto el olvido del art. 110 CC, que sigue diciendo que «*el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos*»<sup>4</sup>.

En tercer lugar, la ley ha reformado los arts. 175.4 y 178.2 CC en materia de adopción, de modo que la posibilidad (novedosa en nuestra legislación) de que las personas del mismo sexo puedan adoptar conjuntamente como matrimonio se desprende ahora fundamentalmente del art. 44.2 CC, en conexión con los arts. 175.4 y 178 CC. Así, la Ley 13/2005 da una nueva redacción al primer inciso del art. 175.4 CC, que dispone: «*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*»<sup>5</sup>. De este modo se modifica el anterior art. 175.4 CC, que señalaba que «*fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona*». La norma permite por tanto la adopción conjunta por ambos cónyuges durante el matrimonio y la adopción por una persona soltera que luego contrae matrimonio, caso en el que el ahora cónyuge puede adoptar también. Es dudoso sin embargo, si cabe la adopción individual por uno de los cónyuges *constante el matrimonio*, produciéndose en un momento posterior la adopción del otro consorte. La interpretación «a contrario» del art. 175.4 milita en contra de dicha posibilidad, aunque seguramente la mejor protección del hijo adoptivo abogue por la solución contraria.

Por su parte, la nueva redacción del art. 178 CC ha suprimido el requisito de que el adoptante sea persona de distinto sexo al del progenitor legalmente determinado, de modo que determinada la filiación respecto de la madre, pueda otra mujer adoptar al hijo sin que se extingan los vínculos con la madre biológica<sup>6</sup>.

Las cuestiones de fondo que están fundamentalmente implicadas en la reforma son en mi opinión dos, aunque ambas están íntimamente relacionadas. La primera es de carácter positivo, e incide en la constitucionalidad de la reforma. Se tratará de discernir de acuerdo con las reglas de pura técnica jurídica si la Ley 13/2005 ha respe-

---

<sup>4</sup> Así lo señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «El matrimonio entre homosexuales», *Aranzadi Civil*, núm. 15/2004, p. 3.

<sup>5</sup> Sin embargo, no se ha modificado la Disp. Adicional Tercera de la Ley 21/87, que sigue diciendo «*las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*».

<sup>6</sup> Así lo señala VALLADARES RASCÓN, E., «El derecho a contraer matrimonio y la constitución», *Aranzadi Civil*, núm. 9, Septiembre 2005, p. 16.

tado la Constitución española, tanto en lo que se refiere a la literalidad del art. 32 CE como en lo relativo a la protección de la familia, prevista en el art. 39.1 CE, y la de los hijos, prevista en el art. 39.2 CE.

La segunda es una cuestión valorativa o axiológica, pero que mantiene vínculos indisolubles con la anterior, puesto que la valoración de fondo que se haga del matrimonio entre personas del mismo sexo y de su capacidad para adoptar conjuntamente a un menor afectará a la consideración sobre la legitimidad de la reforma, y, en última instancia, puede llevar a considerarla contraria a los valores y principios constitucionales antes enunciados. Por tanto, tras la pura argumentación jurídica late toda una batería de cuestiones e ideas previas que todos tenemos acerca de la concepción del matrimonio (y, por ende, de la familia), dado que la Ley supone respecto de dicha institución la ruptura con una tradición jurídica, sociológica y política literalmente milenaria. La valoración ética de la reforma condiciona entonces en muy buena medida su confrontación con la Constitución, que también se apoya en ciertos valores y principios elevados al rango de constitucionales por ser comunes en la sociedad.

Además de estas dos cuestiones que podemos considerar «fundamentales» o de fondo en conexión con su constitucionalidad, la Ley 13/2005 es susceptible de crítica desde el punto de vista de los conflictos de Derecho Internacional Privado (que la ley ha omitido en su regulación). Veamos.

### III. LA DEBATIDA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA

Respecto de la constitucionalidad de la reforma, el punto de partida del análisis ha de ser el art. 32.1 CE, que dispone que «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*». Por su parte, el art. 32.2 CE constituye una reserva de ley respecto de las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. El constituyente, con dicha normativa, ha contemplado una única forma de matrimonio, la civil. Ha impuesto también la igualdad entre los cónyuges. También ha admitido el divorcio. La cuestión central es entonces si la Constitución admite únicamente el matrimonio heterosexual o si la ley puede decidir que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio entre sí sin vulnerar la cláusula constitucional, que tan obviamente menciona al «hombre y la mujer».

Respecto de dicho problema existen (como es bien conocido) dos posturas antagónicas. La primera de ellas entiende que el matrimonio, como institución jurídica, está indisolublemente ligada a la idea de una unión estable y con vínculos afectivos entre un hombre y una mujer para la realización de un proyecto en común que les permita el libre desarrollo de la personalidad. Los argumentos favorables a esta pos-

tura, pueden sintetizarse, prescindiendo de los múltiples matices, de la siguiente manera:

En primer lugar, se señala que el reconocimiento constitucional de la institución civil del matrimonio no es un derecho subjetivo que tenga una traducción constitucional expresa. Y si no estamos ante un Derecho subjetivo (más allá de que la Ley configure en el matrimonio una posición jurídica de igualdad entre los cónyuges, entendida como «plena igualdad jurídica») entonces debemos estar sin duda ante una garantía institucional, de modo que la institución civil no sea disponible por el legislador ordinario.

El matrimonio está por tanto sujeto a reserva de ley, y dicha ley no puede alterar el «contenido esencial» de la institución. Se entiende que el contenido esencial del matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer en condiciones de igualdad. La ley ordinaria no puede entonces ignorar el contenido predeterminado por la Constitución para la institución matrimonial, caracterizado tanto por la igualdad como por la heterosexualidad de sus miembros.

Esta es, *grosso modo*, la postura sostenida en el conocido *Dictamen del Consejo de Estado* de 16 de diciembre de 2004<sup>7</sup>. La postura del Consejo de Estado era que existe un derecho constitucional al matrimonio entre marido y mujer. En cambio, si bien la Constitución no impide regular las uniones homosexuales, no genera un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, uniones que deberían tener una regulación distinta<sup>8</sup>. Esta es también la postura del Consejo General del Poder Judicial, que en su *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*<sup>9</sup>, apunta a la idea de pérdida de «recognoscibilidad jurídica» del matrimonio y a la pérdida de la «imagen maestra» del matrimonio.

La ley estaría así vulnerando el art. 53.1 de la Constitución por no respetar el contenido esencial de la garantía constitucional del art. 32 CE, que sólo da acceso a

---

<sup>7</sup> Número de expediente: 2628/2004 (JUSTICIA). Disponible en <<http://www.unav.es/civil/nsd/nosindebate/mhconsejodeestado.doc>>.

<sup>8</sup> Dice literalmente el Consejo de Estado que: «A la vista de todo lo anterior, cabe señalar que el artículo 32 reconoce un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer y no lo reconoce, en cambio, a las parejas del mismo sexo (si bien su apartado 2 remite a la ley la regulación de determinadas cuestiones); pero la mención expresa del «hombre y la mujer» en dicho artículo no impide, por sí y a priori, que el legislador pueda extender a parejas homosexuales, en términos del Tribunal Constitucional, «un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio».

<sup>9</sup> Vid. *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, pp. 27-28. No parece sin embargo que sea un argumento válido el hecho, citado en el Estudio (p. 8) de que la iniciativa sea novedosa en el terreno del Derecho Comparado, puesto que cada legislador nacional es libre para tomar la decisión que considere oportuna, siempre que sea conforme a su ordenamiento constitucional. Tampoco me parece demasiado relevante que la doctrina científica defina el matrimonio como unión de hombre y mujer, porque, aunque el Estudio lo niega, en realidad la mayor parte de las definiciones están basadas en el que era el dato legal positivo vigente hasta ahora.

la institución si los contrayentes son de sexo distinto. Se cita asimismo de forma generalizada el Auto del Tribunal Constitucional 222/1994, que de forma indirecta pero inequívoca señaló que el art. 32 CE no contiene un «derecho al matrimonio» que incluya a las personas del mismo sexo<sup>10</sup>.

En segundo lugar, se señala que hay que interpretar la Constitución en su sentido gramatical y lógico, de acuerdo con el sentido propio de sus palabras (art. 3.1 CC) y la definición del matrimonio que hace el Diccionario de la Real Academia. Según esta interpretación gramatical y lógica, la Constitución no contiene una cláusula abierta en la que quepa tanto el matrimonio entre heterosexuales como el matrimonio entre homosexuales. La mención al hombre y a la mujer no puede haberse hecho por tanto únicamente para garantizar su igualdad material y formal ante la ley, puesto que este cometido ya lo cumplen los arts. 14 y 9.2 de la Constitución. Es la propia Constitución la que ha dado una definición del matrimonio al mencionar de forma expresa al hombre y a la mujer<sup>11</sup>. Sólo una interpretación que tuviera el decidido propósito de prescindir de este obstáculo constitucional abogaría porque el reconocimiento legislativo del matrimonio entre homosexuales no violenta la Constitución<sup>12</sup>.

En tercer lugar, se alude a una interpretación histórica del art. 32 CE de acuerdo con sus antecedentes. Puesto que es evidente que el único matrimonio conocido e imaginable en la España de 1978 era el matrimonio entre personas de distinto sexo, la Constitución no ha creado *ex novo* la institución, únicamente se ha limitado a consagrar con el máximo rango jurídico posible la institución matrimonial tal y como estaba en nuestra tradición jurídica, es decir, como unión de hombre y mujer<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Señaló el TC en su Fundamento Jurídico 2º que: «*al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera ope legis una pluralidad de derechos y deberes*». Señala además el TC 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 pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo*».

<sup>11</sup> Así se señala, por ejemplo, en el texto del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Popular ante el TC.

<sup>12</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 66-67.

<sup>13</sup> Así se desprende además del análisis de los debates parlamentario que precedieron a la aprobación de la Constitución, en los que nunca se barajó la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario, en el voto particular al anteproyecto de constitución el Grupo Parlamentario Socialista proponía una redacción alternativa a lo que era el art. 27.1 del entonces Anteproyecto señalando que «*toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su afectividad y de 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*», texto que no fue sin embargo incorporado por la Ponencia constitucional.

En cuarto lugar, se señala que en los principales Tratados suscritos por España se define el matrimonio como unión de hombre y mujer. Así ocurre en el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en el Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 12) o en el art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. La ley estaría entonces vulnerando el art. 10.2 de la Constitución, en cuanto señala que los derechos y libertades fundamentales deben ser interpretados a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

En quinto lugar, se señala que el hecho de que el matrimonio esté reservado a las personas de distinto sexo no implica una discriminación vetada por el art. 14 CE, puesto que no es lo mismo una situación en la que los contrayentes tienen el mismo sexo que otra en la que su sexo es distinto, en especial en lo que se refiere a los roles que pueden jugar respecto de los menores que conviven en la familia. La diferencia se encuentra entonces justificada, no es arbitraria, irrazonable o basada únicamente en la orientación sexual de la persona. Lo discriminatorio según esta postura sería únicamente vetar el matrimonio a un hombre con una mujer o a una mujer con un hombre por el mero hecho de que uno de los contrayentes, o ambos, sean homosexuales.

En sexto lugar, se señala que no es posible construir una adopción para los matrimonios entre personas del mismo sexo por semejanza a la adopción conjunta en el matrimonio entre personas de distinto sexo, puesto que la adopción conjunta implica la reproducción por vía legal del modelo de la filiación biológica, y no es posible crear un vínculo semejante al que existe entre dos heterosexuales y su descendía biológica entre dos homosexuales, que no pueden tener descendencia biológica común (del mismo modo que nadie pretende dicha posibilidad en el caso de dos hermanos o un grupo de amigos). Lo que cuenta es únicamente el bienestar del adoptado, que no podría desarrollarse adecuadamente según esta postura si tiene dos progenitores adoptivos del mismo sexo. En fondo de la idea late el presupuesto de la «complementariedad de los sexos y el matrimonio como base ordinaria para la constitución de la familia»<sup>14</sup>. La diversidad biológica que existe entre el padre y la madre de cara al desempeño del rol paterno y materno es por tanto importante, y no puede ser sin más ignorada por el legislador. La Ley estaría por tanto infringiendo los arts. 39.1, 39.2 y 39.4 en lo que se refiere a la protección de la familia, protección integral de los hijos y protección de los niños.

En cuanto a los argumentos éticos o morales que se han manejado en apoyo de esta postura, no puedo pretender ni siquiera enumerarlos, puesto que aquí el debate

---

<sup>14</sup> Vid. el *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo* del CGPJ, p. 9.

tiene tantas aristas y matices como posiciones sobre la familia, el amor, las relaciones con los hijos y la convivencia puedan existir en la sociedad.

Puede identificarse, sin embargo, un polo de valores desde los que se contempla la reforma desde una perspectiva profundamente crítica. Desde este polo valorativo se ataca directamente la legitimidad de la reforma, que ha alterado radicalmente, hasta desnaturalizarla, una institución bien perfilada por el Derecho, la tradición jurídica y los usos y costumbres, el matrimonio como unión de hombre y mujer.

En general (aunque también haya excepciones), no se niega el derecho de las personas del mismo sexo a regularizar su situación de convivencia estable con la atribución de derechos similares a los de las parejas heterosexuales casadas. Pero ello puede hacerse sin recurrir al *nomen* de matrimonio, y (para el sentir mayoritario entre quienes defienden esta postura) sin hacer posible la adopción conjunta por la «unión matrimonial», lo que trasciende el concepto de matrimonio e incide directamente en el de familia. Sería admisible una unión personal, un pacto de solidaridad personal o algún otro nombre con el que designar y regular las situaciones de convivencia estable y basadas en el afecto entre las personas del mismo sexo (como se ha hecho en países de nuestro entorno como Alemania, Francia, Dinamarca, Suecia o Finlandia) pero sin recurrir a la institución matrimonial ni permitir la adopción conjunta por parejas homosexuales.

El argumento de fondo que sostiene esta postura es que, rotas las diferencias de género, la institución en realidad pierde sus señas de identidad. La heterosexualidad es según la tradición jurídica una seña de identidad del matrimonio<sup>15</sup>. Se afirma también que el matrimonio no pretende la regulación de simples relaciones asistenciales, amicales o sexuales, sino que está basado en la idea de estabilidad social y recambio en la educación de las futuras generaciones. La procreación común será entonces una de las finalidades esenciales del matrimonio, si no su finalidad esencial. Se señala también cómo el matrimonio ha sido históricamente una institución clave para la organización de la vida de la comunidad, institución que el legislador no puede manipular a su gusto sin socavar gravemente la propia convivencia social.

Se señala por último el «argumento de la pendiente resbaladiza», que proviene del ámbito de la filosofía moral. Dicho argumento defiende que si un agente realiza una primera acción contraria a un principio restrictivo será capaz de pasar inmediatamente después a una segunda, aunque la primera acción no implique necesariamente la segunda, porque realizar la una implica también el principio de permisividad para la otra. De este modo, una vez lanzados por la resbaladiza pendiente del matrimonio entre homosexuales, es más fácil admitir inmediatamente después otras conductas

---

<sup>15</sup> Vid. el *Estudio sobre la Reforma del Código Civil en materia del matrimonio entre personas del mismo sexo* del CGPJ, p. 38.

que intuitivamente repugnan a la conciencia social (como el matrimonio entre hermanos, o la poligamia o poliandria). Así, se pone como ejemplo el caso de la poligamia. Ésta es culturalmente extraña a nuestra civilización, pero muy común en países cercanos geográficamente, como Marruecos. En realidad, desde un punto de vista que no tuviera en cuenta los criterios valorativos a los que nos estamos refiriendo, la poligamia tiene unas bases culturales y de derecho positivo en el Derecho Comparado cuantitativamente más sólidas que las que hay para el matrimonio entre personas del mismo sexo. Lo único que sería necesario para hacerla «formalmente» conforme a nuestros esquemas constitucionales sería admitir la «recíproca», esto es, la poliandria, para no incurrir en «discriminación». Por tanto, admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, hay un peligro de resbalar hacia formas de poligamia o poliandria o uniones de varias personas entre sí. Lo único que detiene dicha caída es una concepción clara de la institución como unión de un hombre y una mujer, que ejerza de dique de contención frente al «deslizamiento» y relajación del concepto.

Vistos los argumentos que sostienen la postura de quienes atacan la constitucionalidad de la Ley 13/2005, cabe, sin embargo, una lectura distinta del art. 32.1 de la Constitución, que es la que ha pretendido sostener el legislador de 2005 para justificar la reforma. Los argumentos que sostienen este segundo modo de ver las cosas son los siguientes (de nuevo con las reservas necesarias a las posturas personales de los autores).

En primer lugar, se utiliza el argumento gramatical. Según esta interpretación el art. 32.1 CE lo que hace es reconocer una garantía institucional al hombre y a la mujer a contraer matrimonio, pero no dice que tengan derecho a contraerlo sólo *entre sí* (hombre con mujer y viceversa). Entonces, se argumenta, también puede contraer matrimonio un hombre con un hombre y una mujer con una mujer. La CE estaría garantizando un matrimonio, el heterosexual, pero no estaría prohibiendo otros matrimonios definidos por el legislador civil en el marco de la propia CE. Reconocer únicamente una «unión civil» matrimonial para las personas del mismo sexo sería degradar a estas personas, que no serían dignas de contraer matrimonio ni arroparse en el prestigio social inherente a la institución, debiendo refugiarse entonces en un «matrimonio de segunda» que ni siquiera merece dicho nombre.

En segundo lugar, se ha señalado que la Constitución no ha tratado de ningún modo de zanjar el debate con la mención al hombre y la mujer que se hace en el art. 32.1 CE. Se trata ésta de una cuestión que, para los defensores de esta postura, la Constitución ha dejado a la libre disposición del legislador. Así se afirma al menos en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, cuando señala que *«la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva»*.

En tercer lugar, se acude a una interpretación lógica para argumentar que la Constitución ha mencionado el género por vinculación íntima al principio de plena igualdad jurídica, esto es, para acabar con la situación de discriminación de la mujer en nuestro Derecho civil antes de la entrada en vigor de la Constitución. No habría, sin embargo, una concepción inmutable del matrimonio en la Constitución como unión de varón y mujer.

En cuarto lugar, se invoca una interpretación sistemática o conjunta de la Constitución, de modo que el art. 32 CE no sea lea de forma aislada, sino junto al resto de principios y preceptos que contiene nuestra Carta Magna (especialmente el principio de no discriminación del art. 14 CE, que implica una prohibición de discriminación de las personas por motivo de su orientación sexual). Expresamente alude a algunos de estos principios el legislador de la Ley 13/2005 (E. de M.) cuando señala que *«la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social»*.

Se da a entender, por tanto, que partiendo de la igualdad formal que garantiza el art. 14 CE, el legislador puede optar por avanzar en cuotas de igualdad material al amparo del art. 9.2 CE respetando de esta manera mejor la dignidad de la persona y haciendo posible el derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 C) mediante la admisión del matrimonio entre homosexuales. La ley estaría ampliando el ámbito de derechos reconocidos en la Constitución (ampliación que ésta no prohíbe).

En quinto lugar, se acude a una interpretación sociológica de la Constitución, señalando que ésta como norma jurídica que es, ha de interpretarse de acuerdo con la nueva realidad social. En ese sentido, es obvio que la función del art. 32.1 CE no es abrir la puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero también parece claro que tampoco es razonable pensar que el constituyente perseguía impedir expresamente el acceso de los homosexuales a la institución matrimonial. Habrá que concluir entonces que, de acuerdo con la estructura sociológica de la España de 1978, el constituyente ni siquiera se planteó esta posibilidad. En ese sentido, y como reconoce el propio Consejo de Estado en su Dictamen de 16 de diciembre de 2004<sup>16</sup>, tratándose de una innovación legislativa que afecta a distintos bienes, intereses y valores de relevancia constitucional, corresponde fundamentalmente al legislador la ponderación de unos y otros, como consecuencia de su posición constitucional y, en definitiva, de

---

<sup>16</sup> Vid. el Dictamen del Consejo de Estado de 16 de diciembre de 2004, p. 6. Disponible en <<http://www.unav.es/civil/nsd/nosindebate/mhconsejodeestado.doc>>.

su específica legitimidad democrática. Es posible que exista por tanto una «indiferencia constitucional» respecto del modelo de matrimonio<sup>17</sup> salvo en los aspectos expresamente declarados intangibles para el legislador (igualdad jurídica, posibilidad de disolución, reserva de ley, etc.).

En sexto lugar, se suele señalar que, respecto de la adopción, es discriminatorio no permitir la adopción conjunta por personas el mismo sexo cuando ambas se unen en matrimonio. Se señala también que actualmente es posible la adopción individual por parte de una persona homosexual que convive en relación de afectividad análoga a la conyugal con otra persona de su mismo sexo, lo que hace que se desarrollen vínculos emocionales entre el conviviente no adoptante y el niño, vínculos que, en caso de fallecimiento del progenitor adoptivo no tiene ningún sentido ignorar. Bien el contrario, hay que facilitar su reconocimiento jurídico, de modo que se considera más beneficioso que el menor sea adoptado por las dos personas que, de facto, realizan las funciones propias de la patria potestad.

Por último, se suele alegar para cerrar la cuestión la prohibición de toda discriminación por razón de la orientación sexual de la persona en el art. 21.1 *in fine* y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 81. *in fine* de la (ahora fracasada) Constitución Europea. También la resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, en la que se solicitaba a la Comisión que presentara una Propuesta de Recomendación que solicite a los Estados Miembros que se ponga fin a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales.

Considerada desde el punto de vista axiológico o de sus principios inspiradores, esta segunda postura apunta a que la reforma lo único que hace es garantizar la igualdad de derechos entre personas, sin distinguir entre la orientación sexual, incluida la igualdad respecto a contraer matrimonio y la adopción conjunta. Se dice además (y en esto el *nomen* de la ley no es nada inocente), que en realidad lo que está en juego es el *ius connubii*, el «derecho a contraer matrimonio» que toda persona tiene con independencia de su orientación sexual.

Se dice además que («argumento democrático» o «sociológico») esta solución es la querida por la mayoría de la sociedad española, que la conciencia colectiva admite ya esta posibilidad, por lo que el Derecho simplemente debe reconocer algo que ya está en la mente social. En esto las menciones de la Exposición de Motivos al componente histórico y sociológico son constantes. Así, se hace referencia a «*los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales*», al «*reconocimiento y aceptación social creciente de la convivencia como pareja entre personas del mismo sexo*», y a que la Ley «*trata de dar satisfacción a una realidad pal-*

<sup>17</sup> Así se señala en el *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo* del GCPJ, p. 20.

*pable*». También se señala que «*La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones*».

En la práctica hay al menos dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas al TC sobre la Ley. Una primera de una juez del Registro Civil de Dénia, y una segunda de un Juzgado de Primera Instancia de Gran Canaria. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite con fecha 28 de octubre de 2005 el recurso de inconstitucionalidad planteado de acuerdo con lo previsto en los arts. 33 y 33.1 de la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, por 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular.

#### IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 13/2005

Vistas las dos posiciones sobre la cuestión, es conveniente optar por la propia, teniendo en cuenta que no hay una solución que cuente con todas las bazas en su haber. En mi opinión la constitucionalidad de la ley es más que dudosa, por las razones que se apuntan a continuación:

En primer lugar, el argumento literal para sostener la constitucionalidad de la nueva redacción del art. 44 CC esto es, que la Constitución no menciona el matrimonio de hombre y mujer «entre sí» es poco convincente. Dicha interpretación literal de nuestra norma constitucional trata de pasar por alto algo evidente, como es que el constituyente, al marcar el sexo de los contrayentes, y mencionarlo en la norma, da por lo menos una pista significativa. Es indudable (según lo que hemos explicado) que el constituyente no tuvo en mente el matrimonio entre personas del mismo sexo en 1978. Por este motivo, el art. 32 CE se refiere a la unión de hombre y mujer para definir el matrimonio, y no dice «entre sí» porque da por supuesto que sólo podía ser así. Esta era además la conclusión a la vista del art. 44 del CC vigente en 1978.

Respecto de la interpretación literal hay que tener en cuenta además que cuando no se quiere dar relevancia al género para reconocer un derecho en la Constitución, el constituyente acude a formas suficientemente neutras como para no dar lugar a dudas. Así, por ejemplo simplemente se dice que «*todos tienen derecho*» (por ejemplo, a sindicarse libremente, art. 28.1 CE, a la educación, art. 27.1, a la vida, art. 15.1.). En otras ocasiones (art. 23.1 CE) el derecho se reconoce en general a «los ciudadanos». Y aún en otras ocasiones la Carta Magna se refiere a «Todas las personas» (art. 24.1, 17.1 y 17.3) o «los españoles» (art. 19 CE). Incluso en algunas cuestiones en las que el género ha tenido especial importancia histórica (como la obligación de defender a España en el art. 30.1 CE), ésta se predica de «todos los españoles».

Es claro, por tanto, que la mención del hombre y la mujer (la única que marca una diferencia basada en el sexo en todo el Título I de la Constitución), no es superflua. Si la intención del constituyente hubiera sido garantizar que el legislador pudiera permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo hubiera dicho algo similar a «*todos tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*». De ahí que se haya afirmado que el marco constitucional excluye del matrimonio las uniones homosexuales<sup>18</sup>.

En segundo lugar, la interpretación lógica del precepto apunta a que se pretende apuntalar el principio de igualdad jurídica en el matrimonio entre hombre y mujer, el único que la Constitución contempla. La mención al hombre y la mujer se realiza por tanto al hilo de la igualdad, pero dando por supuesto que es la igualdad en el matrimonio, en el único matrimonio que la Constitución reconoce.

En tercer lugar, la interpretación histórica es igualmente clara. Nadie defiende seriamente que los constituyentes no incluyeron la coletilla «entre sí» para dar una salida al legislador para la regulación o no del matrimonio entre homosexuales (cosa que si hicieron conscientemente, por ejemplo, con el polémico «*Todos tienen derecho a la vida*» del art. 15 CE).

En realidad, parece que el propio legislador de la ley 13/2005 delata su «mala conciencia» respecto de la constitucionalidad de la norma. Así, mantiene el primer párrafo del art. 44 CC, que por tanto sigue diciendo «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código». Es claro que si luego se dice que «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando los contrayentes sean del mismo, o de distinto sexo*», el párrafo anterior pierde totalmente su sentido. Sería mejor eliminarlo. Pero al hacerlo se resaltaría el contraste con el texto constitucional. Se mantiene, por tanto, por motivos únicamente estéticos, para mantener en el Código lo que se dice en el art. 31.2 CE. Con ello se hace un flaco favor a la fuerza normativa de dicho art. 44.1 CC, que resulta inútil. Además, si existe una perfecta coherencia entre la Constitución y la Ley 13/2005, y la Constitución sigue mencionando al «hombre y la mujer», ¿qué inconveniente hay en que en el art. 66 CC se siga diciendo «*El marido y la mujer son iguales en derechos y libertades*»? Los maridos serán iguales entre ellos, y las esposas entre ellas, será cuestión de interpretar el art. 66 CC en relación con el 44.2 CC, según la lógica del legislador de 2005.

En cuarto lugar, no me parece convincente el argumento de que impedir el acceso a los homosexuales al matrimonio implique una discriminación motivada por su orientación sexual. Así, desde el punto de vista meramente formal, para el art. 31.2 CE lo importante es que, de los dos miembros del matrimonio, uno sea hombre y otro

---

<sup>18</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», cit., p. 65.

mujer, pero no necesariamente que ambos sean heterosexuales. De hecho, es claro que, pese a que la idea evidente que late en la Ley 13/2005 es hacer posible el matrimonio entre personas del mismo sexo *que además sean homosexuales* (y de ahí la mención a los «arraigados prejuicios» y a la «estigmatización» de los homosexuales a que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley), en realidad, se abre la puerta al matrimonio entre dos personas del mismo sexo en el que uno o ambos cónyuges sean heterosexuales (del mismo modo que, antes de la ley, había matrimonios formados por hombre y mujer en los que uno de los dos, o los dos, eran homosexuales)<sup>19</sup>.

La manera lógica de acabar con este argumento (de acusadísimo formalismo, pero con apoyo en el tenor literal de la Constitución) es acudir a una interpretación histórica y a una interpretación teleológica que sostenga que la necesidad de un sexo distinto en los contrayentes «presupone» la orientación heterosexual de ambos. Eso explicaría además, porqué el art. 68 CC (reformado a su vez por la Ley 15/2005) sigue mencionando que los cónyuges están obligados a «guardarse fidelidad», fidelidad que siempre se ha entendido sexual. De ahí deberemos concluir que la orientación sexual de los contrayentes que se ha considerado relevante por el constituyente es la heterosexual, no la homosexual. La otra opción, como digo, es hacer simplemente una interpretación formal: la orientación sexual de los contrayentes es irrelevante para el constituyente, sólo lo es su sexo legal.

Respecto del fondo de la cuestión, en mi opinión el art. 14 CE no sirve de base suficiente para justificar que la Ley 13/2005 hace posible la plena equiparación de derechos para todos con independencia de su orientación sexual. Evidentemente, todas las personas tienen los mismos derechos, con independencia de su orientación sexual. Lo que ocurre es que el matrimonio no es *estricto sensu* un derecho. Ni siquiera en su acepción más reducida (*el ius connubi*) el matrimonio es un derecho subjetivo, simplemente expresa la capacidad para contraer matrimonio según la legislación vigente en cada momento (matrimonio *in fieri*). El derecho a contraer matrimonio significa simplemente que si se reúnen los requisitos que la ley señala, el funcionario, Alcalde o concejal encargado de autorizarlo no puede denegar su celebración sin atentar contra el art. 32 CE y las reglas de capacidad del Código Civil.

El matrimonio es además una institución jurídica (matrimonio *in facto esse*) institución de la que deriva un haz complejo de derechos y deberes en aspectos tales como las relaciones personales de los cónyuges entre sí, la filiación de los hijos (que se determina de forma distinta si hay matrimonio que si no lo hay, aunque los efectos

---

<sup>19</sup> No me parece sin embargo convincente el argumento de la «pendiente resbaladiza», pues nada impide que podamos diferenciar una situación de otra para permitir una y negar la otra. Género, número y parentesco entre los contrayentes son condiciones del matrimonio, pero condiciones distintas. Nos puede parecer bien o mal desde el punto de vista de la filosofía de la moral, pero el admitir el matrimonio sin tener en cuenta la variable del género (matrimonio entre homosexuales) no implica necesariamente admitir el matrimonio sin tener en cuenta la variable número (lo que impediría los «tríos matrimoniales» o versiones más o menos amplias en número de poligamia y poliandria) y la variable del parentesco entre los contrayentes (matrimonio entre hermanos).

una vez fijada han de ser por imperativo constitucional los mismos), las relaciones económicas entre los contrayentes, el derecho sucesorio, etc. En este caso lo que no puede hacer la ley ordinaria es tratar de forma desigual situaciones que son iguales. Y, si el trato es desigual, ha de existir una justificación suficiente. En ese sentido, es claro que la unión matrimonial de homosexuales no es igual que la unión matrimonial de heterosexuales. Por ello, es plenamente conforme con la Constitución tratar de forma desigual situaciones de partida que también son desiguales. De no ser así, es evidente que la interpretación del art. 44.1 CC que vedaba el matrimonio entre personas del mismo sexo siempre ha sido inconstitucional.

En quinto y último lugar, creo importante tener en cuenta también las repercusiones de la decisión adoptada por el legislador de la Ley 13/2005, que afectan al propio modo de entender la Constitución. En ese sentido, me parece claro que una decisión como la que ha tomado el legislador es difícilmente reversible. Si se permite el acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo no parece haber vuelta atrás, la transición de estas personas a la institución es irreversible. En ese sentido, una posterior declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional crearía problemas de enorme magnitud a las personas que contrajeran matrimonio durante el periodo de vigencia de la ley. Por ello en mi opinión se hacía especialmente importante realizar dicha reforma dentro del marco constitucional. Así, aunque es evidente que el legislador es el mejor colocado para interpretar el sentir mayoritario de la sociedad en una sociedad democrática, en este caso dicho legislador no goza de margen alguno dentro del texto constitucional. La Constitución estableció una serie de principios básicos, acordados de forma abrumadoramente mayoritaria por la sociedad española, que no quedan dentro del ámbito de disposición del legislador ordinario que de forma coyuntural goce de determinada mayoría parlamentaria. Este es sin duda el sentido de la primacía de la norma constitucional, y, en concreto, de la idea que anima el art. 53.1 CE.

En conclusión, a mi juicio la reforma de la Ley 13/2005 desconoce que el art. 32.1 CE sigue vigente, y se convierte en un escollo insalvable para admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, haciendo que la ley sea inconstitucional en este punto. Por ello, si admitimos una Ley como la 13/2005 sin reformar el texto constitucional, estamos diluyendo la eficacia directa del texto de la Carta Magna como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico.

## V. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Además de las dudas acerca de su constitucionalidad, ya apuntadas, tampoco las cuestiones de Derecho Internacional Privado se han resuelto bien en la reciente refor-

ma. La cuestión de los atributos de la persona (entre ellos, el género) y la capacidad para contraer matrimonio (y en concreto la de si pueden contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo) depende de la ley personal de los contrayentes, que es la determinada por su nacionalidad (art. 9.1 CC). En estos casos la excepción de orden público es el único límite que debe jugar respecto de las leyes extranjeras (así, se esgrime la excepción de orden público del art. 12.3 CC para negar la validez de la norma de capacidad extranjera que permite a un varón contraer válidamente matrimonio con más de una mujer, y hasta un máximo de cuatro, habitual en los países de la tradición jurídica de la *Sharia* islámica). En ese sentido, y con las excepciones de los países que admitan en sus ordenamientos el matrimonio entre personas del mismo sexo, la ley personal del contrayente extranjero no le va a permitir en la inmensa mayoría de los casos contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo.

El problema se planteó en la práctica ya en un Juzgado de Paz de Arenys de Mar, al que acudieron solicitando iniciar los trámites administrativos del expediente matrimonial Enric B., varón español de 44 años y Vipul D. varón natural de la India y de 33 años de edad. El Juzgado aplica la literalidad del art. 9.1 CC, señalando que la capacidad para contraer matrimonio ha de medirse para Don Vipul de acuerdo con la Ley de la India, que no sólo no reconoce la capacidad para contraer matrimonio a Vipul con una persona de su mismo sexo, sino que sigue criminalizando las relaciones homosexuales consentidas entre adultos. Naturalmente, además, el matrimonio español no surtiría ningún efecto en la India, y Vipul nunca podría lograr su inscripción en el Registro Civil de su país. La solución de este problema por parte de la DGRN ha sido muy contundente, e inusitada por su rapidez.

Así, en la Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005<sup>20</sup> el Centro Directivo ha aplicado en este caso de matrimonio entre personas del mismo sexo la doctrina ya apuntada por la Resolución de 24 de enero de 2005<sup>21</sup> con ocasión del matrimonio en España del transexual extranjero<sup>22</sup>.

En dicha resolución el Centro Directivo reiteró su doctrina de que un transexual que se ha sometido a una operación quirúrgica y ha obtenido sentencia española declaratoria de su sexo legal, distinto del cromosómico, no tiene obstáculos en España para contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo cromosómico. Luego

---

<sup>20</sup> BOE de 8 de agosto.

<sup>21</sup> RJ 2005/1954.

<sup>22</sup> La DGRN resuelve el recurso contra una decisión del Juez Encargado del Registro Civil de Barcelona, que no había autorizado el matrimonio entre un varón español y un transexual costarricense respecto del que se declaró su cambio de sexo por sentencia del JPI de Barcelona, pero al que el Registro Civil de su país seguía considerando como un hombre. De ahí que, según el Consulado de Costa Rica (al que se le solicitaron los correspondientes certificados) el contrayente transexual siguiera siendo varón conforme a su ley personal. Puesto que en la fecha de la Resolución no se admitía en España el matrimonio entre personas del mismo sexo, éste no se podía celebrar según el Juez encargado del asunto.

señala (y esto es lo importante para lo que a nosotros nos ocupa), que en los casos en los que una ley nacional no reconozca el derecho del transexual a cambiar de sexo en el Registro Civil de su país tras la realización de cirugía transexual y la obtención de una sentencia que ordene dicha modificación del Registro, debe aplicarse por motivos de orden público el ordenamiento español<sup>23</sup>, que sí permitía dicha posibilidad aún antes de la Ley 13/2005 según la doctrina de la propia DGRN<sup>24</sup>.

Pues bien, con una argumentación muy similar, ahora en la Resolución de 29 de julio de 2005 se considera que el hecho de que la persona pueda contraer matrimonio con otra de su mismo sexo es un principio básico e irrenunciable de nuestro ordenamiento, por lo que hay que aplicar en todo caso la ley española por motivos de orden público, desplazando las leyes extranjeras más restrictivas. De este modo, en caso de matrimonio entre un extranjero al que su ley personal no le permite contraer matrimonio con una persona de un mismo sexo y un español, el orden público español desplaza la aplicación de la ley personal del contrayente extranjero. Debe aplicarse la ley española (que no contempla ahora la igualdad en el género como un impedimento para contraer matrimonio) y por tanto el matrimonio puede celebrarse válidamente en España y en los Consulados de España en el extranjero.

En concreto, la DGRN señala muy claramente que: «Todo ello conduce a la obligada conclusión de 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 (...)*»<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Para la DGRN, uno de los principios básicos del orden público constitucional (y cita el art. 9.1 CE) es la posibilidad del cambio de sexo, de modo que cuando la ley extranjera no admite dicha posibilidad, no debe de ser aplicada por los Tribunales españoles. El resultado correcto en el caso del transexual extranjero debe ser por tanto según la DGRN que la Ley extranjera no puede aplicarse en España por motivos de orden público, y la cuestión debe regirse por la Ley española. En consecuencia, la sentencia que declara el cambio de sexo es válida y eficaz en España, por lo que la ciudadana costarricense es una «mujer» a los efectos del ordenamiento jurídico español y puede contraer matrimonio en España con un varón.

<sup>24</sup> Dicha doctrina dio un giro radical a partir de la RDGRN de 8 de enero de 2001, en la que la DGRN reconoce sin ningún género de dudas el derecho del transexual a contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo cromosómico, siempre que la persona se hubiera sometido a una operación de cirugía transexual y hubiera obtenido una sentencia en la que se ordenara la rectificación de sexo en su inscripción de nacimiento. No era ésta sin embargo la postura de la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, que en sus SSTs de 3 de marzo de 1989 y de 19 de abril de 1991 declaró que el cambio de sexo judicialmente declarado es una base suficiente para rectificar la inscripción registral acerca del sexo de la persona, pero no incluye una equiparación absoluta respecto de personas del sexo registral de que se trate. En concreto, la jurisprudencia había venido negando la posibilidad a los transexuales de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo biológico o cromosómico, aunque legalmente tuvieran un sexo distinto.

<sup>25</sup> Los argumentos que maneja la DGRN son los siguientes: «a) la analogía con la figura de las «parejas de hecho homosexuales» reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión bien como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, acuden preferentemente

Es indudable, por tanto, que dicha doctrina es aplicable también al matrimonio en España entre dos extranjeros del mismo sexo, siempre que ambos sean residentes legales en nuestro país. Ello ocurre porque el matrimonio celebrado en España por dos extranjeros del mismo sexo, cumpliendo la forma prescrita por la ley personal de cualquiera de ellos, es válido formalmente, según establece el art. 50 del Código Civil, y, respecto del fondo, sería válido ahora también en cuanto a la capacidad de los contrayentes por la aplicación de la ley española de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta<sup>26</sup>.

Cabe esperar por tanto un aumento del número de extranjeros que, siendo residentes legales en nuestro país, soliciten el acceso al matrimonio con una persona de su mismo sexo. Eventualmente, también cabe esperar que nuestro país ejerza como polo de atracción a personas que quieran realizar dicha aspiración, provocando movimientos internacionales únicamente a estos efectos.

---

*a la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros; b) la proximidad «forum-ius»; c) el principio general de nuestro Derecho civil del «favor matrimonii»; d) la consideración del «ius nubendii» como derecho fundamental en nuestro Ordenamiento constitucional (art. 32) puesto en conexión con la extensión de la prohibición de toda discriminación a las ejercidas por razón de «orientación sexual», acogida novedosamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en su artículo 21 como categoría autónoma y distinta de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos había asociado tradicionalmente a las discriminaciones de género (Sentencias de 17 de octubre de 1986 –Caso Rees contra Reino Unido–, de 27 de septiembre de 1990 –Caso Cossey contra Reino Unido–, de 27 de septiembre de 1999 –Caso Smith y Grady contra Reino Unido–), hasta su Sentencia de 21 de diciembre de 1999 –Caso Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal– y 31 de julio de 2000 –Caso A.D.T. contra Reino Unido– en que se afirma la existencia de violación de los artículos 8 y 14 del Convenio, por apreciar la existencia de una discriminación por razón de «orientación sexual»; e) la vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución; e) la necesidad de interpretar las leyes con arreglo a la «realidad social del tiempo en que han de aplicarse» (art. 3 C.c.), siendo así que en la actualidad en España se viven de forma coetánea los fenómenos del reconocimiento social de muy diversas formas de convivencia familiar y el de una intensa inmigración, cuya integración reclama la ampliación de los espacios jurídicos de reconocimiento del estatuto personal basado en la residencia habitual, como pone de manifiesto la reciente reforma del artículo 107 del Código civil operada por Ley 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de ley aplicable a la separación y el divorcio; f) finalmente, ésta fue también la solución que alumbró la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932 para permitir el divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época esta institución (vid. Sentencias de 27 de enero de 1933, 10 de julio de 1934 y 4 de diciembre de 1935)».*

<sup>26</sup> Para finalizar, la RDGRN de 29 de julio de 2005 recapitula otros supuestos similares al del matrimonio entre personas del mismo sexo en los que la excepción de orden público español sigue siendo aplicable vetando la aplicación de la ley extranjera. Así ocurre en el caso de leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto (Resoluciones de 14 de diciembre de 2000 y 4 de diciembre de 2002, entre otras); en el de leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, en particular respecto de las leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán (Resoluciones de 7 de junio de 1992 y 10 de junio de 1999) y en el de leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre niños, es decir, respecto de menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento de edad es dispensable (Resolución de 15 de junio de 2004).

## VI. OPCIONES LEGALES PARA REGULAR LA CONVIVENCIA ESTABLE ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Si concluimos, como se hace en el presente trabajo, que nuestra Constitución no permite actualmente una regulación legal del matrimonio que incluya a las parejas de homosexuales podemos plantearnos distintas opciones jurídicas para regular la situación de convivencia estable y basada en la afectividad entre personas del mismo sexo. Para ello, parto de un principio que a mi juicio es indiscutible, como es que estas personas deben tener un marco adecuado en el Derecho al que ajustar sus relaciones estables de convivencia basadas en una relación afectiva. El libre desarrollo de su personalidad, y el derecho a su dignidad como personas así lo exigen. Pero, partiendo de dicho principio, es necesario plantearse dos escenarios.

El primero de ellos es ya altamente improbable a estas alturas, y consiste en que se aborde una reforma del art. 32 CE para que señale por ejemplo, que *«todos tienen derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad jurídica»*, o un tenor similar que evite la mención expresa al distinto sexo de los contrayentes. En el segundo de dichos escenarios no se produciría la reforma. Las soluciones habrían de venir entonces por la vía de la mera legalidad, legalidad que necesariamente tiene que respetar el texto actualmente vigente de la Carta Magna. Veamos las distintas posibilidades.

### 1. Matrimonio entre homosexuales en caso de reforma constitucional

En mi opinión, una vez introducido en el art. 32 CE una reforma que no hiciese referencia al distinto sexo entre los contrayentes del matrimonio, el legislador tiene plena legitimidad en nuestro sistema constitucional para regular mediante ley ordinaria el matrimonio entre personas del mismo sexo. No veo obstáculos insuperables ni razones *inmanentes*, de la naturaleza de las cosas o de justicia natural que impliquen que el matrimonio, como institución jurídica, haya de estar formada únicamente por un hombre y una mujer. Estaremos sin duda ante un «nuevo concepto» del matrimonio, pero, dicho «nuevo matrimonio» queda dentro la libertad de elección del legislador. Me parece por tanto que no hay nada previo o anterior a la Constitución que impida que el matrimonio lo formen personas del mismo sexo, no hay un concepto previo del matrimonio indisponible para el legislador. Lo único indisponible para el legislador es el texto de la Constitución.

Ello incluye en mi opinión la posibilidad de que, si se reforma la Constitución, los matrimonios formados por personas del mismo sexo puedan adoptar de forma conjunta. Esta ha sido sin duda la cuestión que más ampollas ha levantado en relación

con la Ley 13/2005, como la discusión en los medios de comunicación social y la propia tramitación parlamentaria demuestra. Con todo, es evidente que ello tiene más que ver con la adecuada protección del menor que con la regulación misma del matrimonio entre personas del mismo sexo. En ese sentido, a mí me parece que adopción conjunta y matrimonio homosexual no son realidades imposibles de conciliar teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre el principio de no discriminación (art. 14 CE) e igualdad ante la ley y las reglas sobre protección de la familia y de los menores. Respecto del principio de igualdad, la cuestión clave es que si estamos ante situaciones de hecho distintas, dichas situaciones admiten tratamientos distintos por el legislador sin conculcar el art. 14 CE, siempre que las diferencias no sean arbitrarias o carentes de una justificación suficiente.

En ese sentido, me parece claro que no es lo mismo un matrimonio que una pareja de hecho. Tampoco es obviamente lo mismo una y otra situación formada por homosexuales o por heterosexuales. La existencia de un vínculo matrimonial o de una situación de convivencia *more uxorio* es suficiente para justificar un tratamiento distinto a las uniones de pareja estable y a los matrimonios, como ha reiterado la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>27</sup> y del propio Tribunal Supremo<sup>28</sup>. Y, natural-

<sup>27</sup> Así ha sido desde la STC 184/1990, que descarta la inconstitucionalidad de distintos preceptos que negaban la pensión de viudedad en el supuesto de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja estable (en caso, la convivencia había tenido lugar durante más de 40 años). Se trata de situaciones distintas, que admiten tratamientos también distintos siempre que las diferencias no sean caprichosas, arbitrarias o irrazonables. La doctrina del Tribunal Constitucional en este aspecto de la pensión de viudedad ha sido constante desde entonces hasta este momento (la última sentencia en este sentido es la STC 140/2005, de 6 de junio, que vuelve a confirmar la constitucionalidad en la denegación de la pensión de viudedad a personas que, pudiendo casarse, no lo hicieron). Sin embargo, cuando el supuesto de hecho de la norma tenga únicamente en cuenta la convivencia estable entre dos personas, y no el tipo de vínculo que les une, no estaría justificada una diferencia de tratamiento legal. Así lo declaró la conocida STC 222/1992 respecto de la inconstitucionalidad del art. 58.1 de la LAU de 1964 que no reconocía el derecho de subrogación mortis causa en el arrendamiento a favor del miembro superviviente de una pareja de hecho. Dicha doctrina es reiterada por la STC núm. 155/1998, de 13 julio. Respecto del principio de igualdad en general, hace un buen resumen de la doctrina del TC la STC 180/2001, de 17 de septiembre. En ella el TC afirma respecto del principio de igualdad en la ley y de las diferencias de trato legislativo entre las uniones matrimoniales y no matrimoniales la legitimidad constitucional del trato diferenciado en base a la existencia o no de libertad por parte de quienes deseen convivir para escoger entre mantener una relación extramatrimonial o contraer matrimonio. Se reitera además de nuevo que la unión extramatrimonial es una realidad no equivalente al matrimonio, por lo que el legislador tiene libertad de configuración si bien ésta no es absoluta: las diferencias deberán mostrar un fin discernible y no incurrir en desproporciones.

<sup>28</sup> Ha señalado el Tribunal Supremo respecto del matrimonio y de la convivencia estable de pareja que se trata de dos situaciones distintas y no equiparables. Ello implica que la pareja de hecho no puede quedar sometida al régimen económico-legal supletorio que le habría correspondido en caso de haberse celebrado el matrimonio. Así se señala entre las primeras sentencias de la Sala 1ª, las SSTs 18.8.92, (RJ 1992/4907), 11.12.92 (RJ 1992/9733), 22.7.93 (RJ 1993/6274), 11.10.94 (RJ 1994/7476), y, entre las recientes, las SSTs 5.7.2001 (RJ 2001/4993), 16.7.2002 (RJ 2002/6246), 17.1.2003 (RJ 2003/4), 17.6.2003 (RJ 2003/4605), 7.7.2004 (RJ 2004/51.18), 23.11.2004 (RJ 2004/7385). Ello no ha sido obstáculo para que la doctrina jurisprudencial haya usado distintas doctrinas y figuras jurídicas que impidan que la extinción de la vida en pareja suponga un quebranto económico de una de las dos partes en comparación con la otra. De todos los instrumentos que se han utilizado a tal fin sobresalen el reconocimiento explícito de la validez y eficacia de los pactos establecidos respecto de su

mente, el hecho de que los miembros del matrimonio o de la unión estable de pareja sean del mismo o de diferente sexo también sirve para justificar un tratamiento diferenciado.

Así, aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad al caso de la adopción conjunta, me parece que sería una decisión respetuosa con la Constitución que el legislador permitiera la adopción por matrimonios heterosexuales, y no por los homosexuales. También lo sería permitir la adopción a las parejas de hecho heterosexuales y negársela a las homosexuales, como ocurría hasta hace bien poco en el Derecho de Cataluña<sup>29</sup>.

Pero el legislador también es libre para no tomar en cuenta la diferencia en la orientación sexual sin infringir el principio de igualdad. Por ello creo que es constitucionalmente legítimo que, si tuvieran competencia para ello (cosa que en mi opinión no ocurre, como luego trataré de argumentar) las leyes autonómicas regulen la adopción conjunta tanto de parejas de hecho homosexuales como heterosexuales. En la práctica, esta posibilidad de adopción se concedió desde el mismo momento de la promulgación de sus respectivas leyes sobre uniones estables a las parejas homosexuales en la ley navarra (art. 8) y la del País Vasco (art. 8.1). En otras Comunidades Autónomas, aunque en principio no se admitía, ahora, tras las pertinentes reformas legales, también es posible la adopción conjunta por parejas de hecho formadas por homosexuales. Es lo que ocurre en Cataluña (derogación del art. 6 de la Ley de uniones estables de pareja por la Ley 3/2005, de 8 de abril) y en Aragón (tras la ley aragonesa 2/2004, de 3 de mayo, que da una nueva redacción al art. 10 de Ley de parejas de hecho). También, aunque de forma muy peculiar, en Cantabria<sup>30</sup>.

Finalmente, y respecto de la Ley 13/2005, que es lo que ahora nos ocupa, creo que es conforme con el principio de no discriminación permitir la adopción conjunta tanto a los matrimonios formados por homosexuales como a los formados por heterosexuales, siempre que se haga bajo los mismos requisitos y condiciones (por ejemplo, no pueden ser más estrictos los requisitos para la adopción en el caso del

---

régimen económico (que incluso puede fijarse por referencia a los que la ley establece para los matrimonios) y la utilización de la figura del enriquecimiento injusto.

<sup>29</sup> En efecto, la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, no permitía la adopción conjunta a las parejas de hecho homosexuales sujetas a la ley. Sin embargo, posteriormente la Ley ha sido modificada por la Ley 3/2005, de 8 de abril para permitir la adopción a las parejas homosexuales.

<sup>30</sup> Así, dispone el art. 11.1 de la ley cántabra que: «*la pareja de hecho podrá acoger y adoptar con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio de acuerdo con la legislación aplicable*». Puesto que es claro que la legislación aplicable a las «*parejas unidas por matrimonio*» en cuanto a la adopción es la Ley estatal 13/2005 y el Código Civil, la interpretación literal de la norma es que en Cantabria las parejas de hecho homosexuales pueden adoptar siempre que se cumplan los demás requisitos de la legislación del Código civil (por ejemplo, que al menos uno de los miembros de la pareja tenga más de 25 años), aunque dada la falta de competencia de la comunidad cántabra para legislar en materia civil dicha elección de la norma aplicable al supuesto carece en mi opinión de base constitucional suficiente.

matrimonio homosexual que en el del heterosexual). Por ello creo que, admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo (lo que en mi opinión insisto que no puede hacerse sin una previa reforma constitucional) es conforme con el principio de no discriminación admitir la adopción conjunta por ambos cónyuges, aunque los dos sean del mismo sexo.

Sin embargo, y dicho lo anterior, me parece rechazable que acuda para justificar la adopción conjunta por personas homosexuales a la realidad sociológica de que hay personas homosexuales que adoptan de forma individual y que, sin embargo, luego conviven de forma estable con otra persona, de modo que, de facto, hay una auténtica adopción conjunta, asumiendo el conviviente homosexual el rol de «segundo padre» o «segunda madre». Lo mismo ocurre en el caso de la mujer soltera que es madre como fruto de la práctica de técnicas de reproducción asistida cuando convive de forma estable con otra mujer. Que estas situaciones se estén dando en la práctica no significa por sí mismo un argumento válido en favor de la adopción conjunta de los matrimonios formados por personas del mismo sexo.

En mi opinión resulta claro que lo que realmente hay que tener en cuenta para permitir o negar la adopción conjunta por personas homosexuales (casadas o no) es el interés del menor (art. 39.2 CE) que es preferente a otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos.

Y a mi me parece que es muy dudoso que (como afirmó el Consejo General del Poder Judicial en su Estudio<sup>31</sup>), la adopción por matrimonios formados por homosexuales sea contraria a la protección que los poderes públicos (y por tanto también el legislativo) deben asegurar al menor. En este caso me parece que late un cierto grado de apriorismo en la afirmación. Se tratará de determinar si esas personas son idóneas como pareja con un proyecto de vida en común para ejercer la patria potestad, lo que creo que no viene siempre determinado de modo inamovible por la orientación sexual de los miembros de la pareja y por ser ambos del mismo sexo.

Es cierto que dicha determinación es en la práctica ciertamente difícil, si no imposible, pues seguramente no hay un consenso amplio en la comunidad científica acerca de si la adopción por parejas del mismo sexo resulta perjudicial para el menor o no. Se registra en este punto, al parecer, una división similar a la que existe en la sociedad.

En esto, por tanto, parece que debe imperar la prudencia. Sin negar la legitimidad del legislador para que regule la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo una vez producida la (a mi juicio) necesaria reforma constitucional, debería haberse llevado a cabo una valoración ponderada de todas las circunstancias

---

<sup>31</sup> Vid. *Estudio sobre la Reforma del Código Civil en materia del matrimonio entre personas del mismo sexo del CGPJ*, p. 31.

implicadas en la decisión (valoración que, dada la urgencia del trámite parlamentario, me parece que no se ha hecho con el detenimiento y la publicidad que la ocasión merecía en la Ley 13/2005).

## 2. Opciones para regular la convivencia homosexual sin reforma constitucional

Hemos dicho ya que en nuestra opinión la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad permiten que, si se considera adecuado, se reforme la Constitución y se «abra» la institución matrimonial para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Si no se deseaba «tocar» la Constitución ¿había otra posibilidad para dotar de una regulación coherente a la convivencia estable entre homosexuales sin violentar la Constitución ni el derecho a la dignidad de las personas homosexuales? No lo creo. Desde el punto de vista teórico, las opciones reales de política legislativa que existían para abordar esta situación eran al menos tres.

La primera es la que ha tomado el legislador de la Ley 13/2005, es decir, entender que la Constitución no impide el matrimonio entre personas del mismo sexo, dando directamente acceso a los homosexuales a la institución. Ya he explicado antes porqué esta opción no es a mi juicio posible en nuestro sistema sin socavar la eficacia de la Constitución como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, y no voy a insistir más en ello.

Una segunda opción es regular una «unión civil» destinada específicamente a tipificar los efectos jurídicos de la unión entre personas del mismo sexo, que sería en sus efectos exactamente igual que el matrimonio, excepto en el nombre que usamos para referirnos a la institución y, según algunos, en la posibilidad de adopción conjunta por estas uniones civiles formadas por homosexuales. Esta es la opción que muchos defensores de la inconstitucionalidad de la Ley 13/2005 plantean de forma más o menos abierta, como demuestra que la cuestión se planteara varias veces durante el trámite parlamentario de la norma<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Los defensores de esta postura plantearon distintas enmiendas en el trámite parlamentario de la Ley 13/2005 para vetar la ley, entendiendo que no podía llamarse «matrimonio» a la unión entre dos personas del mismo sexo. En concreto, la enmienda núm. 6 del Grupo Parlamentario Catalán (a la totalidad del Proyecto) afirmaba que el matrimonio es la unión estable y comprometida entre un hombre y una mujer, de lo que derivaba que los efectos jurídicos debían ventilarse mediante un «contrato de unión civil». Respecto de la adopción entre parejas formadas por homosexuales, el Grupo Parlamentario Catalán argumentaba la negativa de la siguiente manera: *«Entendemos que el niño tiene derecho a una familia estable que le permita crecer social, cultural y espiritualmente. También en virtud de la alteridad tiene derecho a un padre y una madre que le cuiden y le eduquen. Consecuentes con este modelo de familia que defendemos, y consecuentes con el hecho de considerar al niño como el verdadero sujeto de derecho en el proceso de adopción, y también porque consideramos la adopción como una institución que genera vínculos equivalentes a los de la filiación biológica, creemos que debe reservarse la adopción únicamente*

Sin embargo, en mi opinión esta es seguramente la peor de las soluciones. Y ello no sólo porque resulta ilógico que el legislador regule dos instituciones con nombre distinto pero que en sus efectos son exactamente iguales, sino porque dicha opción posiblemente estaría creando una diferencia irrazonable de acuerdo con el art. 14 de la Constitución. Si el legislador entiende que los efectos del matrimonio entre personas homosexuales y heterosexuales son exactamente los mismos, no parece haber una justificación suficiente para hablar en un caso de matrimonio y en otro de unión matrimonial. No se trata por tanto de querellar con las palabras. En mi opinión se trata de que, debido al sexo igual o distinto de los contrayentes, puede haber un matrimonio entre heterosexuales y una unión civil entre homosexuales con efectos distintos (por ejemplo respecto de la adopción), pero si los efectos son los mismos seguramente la diferente nomenclatura enmascara una diferenciación en el trato irrazonable o arbitraria.

La tercera de las opciones de política legislativa que en teoría permite no dejar a las uniones estables de homosexuales en un limbo jurídico que resulta contrario a su dignidad como personas es considerar su encuadre en la regulación que actualmente existe en doce Comunidades Autónomas respecto de las parejas de hecho<sup>33</sup>, normas que admiten generalmente su aplicación a las uniones entre parejas homosexuales que en cada caso cumplan con los requisitos que las distintas leyes establecen<sup>34</sup>.

Sin embargo, en mi opinión esa tercera solución también lleva aparejada numerosos problemas. Ante todo, y viendo la cuestión desde el prisma estrictamente cons-

---

*para las uniones estables —matrimoniales o no— entre personas de diferente sexo, así como para las personas individuales, entendiendo en este último caso que ni se excluye ni se sustituye la alteridad». Vid. BOCG (Congreso de los Diputados), Serie A, 15 de marzo de 2004, núm. 18-5, p. 14. En un sentido similar, la enmienda núm. 7, propuesta por el Grupo Parlamentario Vasco, proponía que el art. 44 CC fuese redactado de la siguiente manera «las uniones civiles entre personas del mismo sexo tendrán los mismos efectos del matrimonio». En un sentido similar iban las enmiendas 13 a 17, presentadas por el Grupo Parlamentario Popular.*

<sup>33</sup> Hasta el momento contamos con doce leyes: la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (modificada por la Ley 3/2005, de 8 de abril para permitir la adopción a las parejas homosexuales), la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo, para permitir la adopción a las parejas homosexuales), la Ley foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, la Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho, Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre uniones de hecho, la Ley Balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, la ley asturiana 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, la Ley andaluza núm. 5/2002, de parejas de hecho, de 6 de diciembre de 2002, la Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, la Ley canaria núm 5/2003, de 6 de marzo, de parejas de hecho, la Ley extremeña 5/2003, de 20 de marzo de parejas de hecho y Ley cántabra 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho. Sólo cinco Comunidades Autónomas, por tanto (Galicia, La Rioja, Castilla-La Mancha, Castilla-León y Murcia) se han mantenido al margen del proceso.

<sup>34</sup> Así, la ley catalana contiene todo un capítulo dedicado a la unión estable homosexual (arts. 19 y ss.) conforme a un esquema que resulta paralelo al de la regulación de las parejas heterosexuales. En otras leyes se declara expresamente que todo el contenido de la ley es aplicable a las uniones homosexuales (art. 2.1 de la Ley vasca, 1.1 de la de Andalucía) mientras que en otras no se dice nada, por lo que hay que entender que la ley autonómica se aplica igualmente a parejas homosexuales o heterosexuales (art. 14 CE).

titucional, ha de señalarse que buena parte del contenido de las leyes autonómicas es de constitucionalidad más que dudosa, aunque en este caso no desde el punto de vista material, sino competencial.

Así, cabe señalar que prácticamente todas las leyes distinguen entre un bloque de normas relativas a la situación de los miembros de las parejas de hecho respecto de las correspondientes Administraciones Públicas y otro bloque de normas relativas a las relaciones entre privados. Aunque las normas del «bloque de derecho público» son de lo más variopintas, casi siempre se trata de dotar a los convivientes de una situación de igualdad respecto de los matrimonios para gozar de distintos beneficios y derechos otorgados por las administraciones autonómicas<sup>35</sup>. Pues bien, en términos generales, cabe afirmar la constitucionalidad del bloque «público», que tiende a equiparar a los miembros de las parejas de hecho en sus relaciones con las Administraciones, en la medida en que se corresponden con las distintas competencias legislativas contenidas en los Estatutos de Autonomía<sup>36</sup>.

Dentro del segundo bloque de normas, los que se refieren a las relaciones puramente civiles o entre particulares la cuestión de la competencia es muy dudosa en aquellas Comunidades que tienen derecho civil, foral o especial propio por gozar de competencia legislativa en materia civil (de las que todas, menos Galicia, han dictado leyes al respecto), y más clara respecto de las Comunidades que no tienen competencia legislativa en materia civil (que también han promulgado legislación al respecto en algunos casos).

En realidad, la competencia para legislar en cuanto a las relaciones civiles de las parejas de hecho en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil, foral o especial no se ha contestado con firmeza ante el Tribunal Constitucional. De hecho, han sido raros los recursos de inconstitucionalidad planteados frente a estas leyes (art. 8 de la ley navarra y art. 8 de la ley vasca, en ambos casos por permitir la adopción a las parejas de hecho homosexuales<sup>37</sup>, aunque el recurso contra la ley vasca ha sido retirado posteriormente por el Gobierno<sup>38</sup>). Hay también una cuestión de constitucionalidad respecto del art. 2.3 de la Ley Navarra, según la cual las disposiciones de la Ley foral se aplicarán a las parejas estables cuando al menos uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra<sup>39</sup>, lo que según el TSJ de Navarra entra en

---

<sup>35</sup> Arts. 34 y 35 de la Ley catalana, arts. 15, 16 y 17 de la aragonesa, arts. 8 y ss. de la valenciana, arts. 10 y ss. de la extremeña, 14 y ss. de la de Andalucía, arts.10 y ss. de la del País Vasco y arts. 14 y ss. de la cántabra.

<sup>36</sup> En ese sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», cit., p. 84.

<sup>37</sup> Recursos de inconstitucionalidad 5297/2000 y 5174/2000.

<sup>38</sup> No lo ha sido sin embargo el recurso contra la ley foral navarra, ya que el mismo no lo presentó el Gobierno, sino 83 diputados del Grupo Parlamentario Popular.

<sup>39</sup> Se trata de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 228-2003, en relación con el artículo 2.3 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de junio, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas de hecho El Tribunal Constitucional, por providencia de 25 de marzo de 2003 admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 228-2003, planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra

contradicción con la competencia exclusiva que el Estado tienen en materia de conflicto de leyes *ex art.* 149.1.8 CE<sup>40</sup>.

A la vista de esta «paz competencial» parece haber un consenso entre nosotros (al menos a nivel institucional) que parte de la base de que las parejas de hecho son una institución jurídica distinta del matrimonio, pero conexas a ésta. Es claro que en materia matrimonial y a salvo las especificidades propias de las comunidades con derecho civil, foral, o especial, tiene competencia exclusiva el Estado en virtud de los arts. 32.2 y 149.1.8 CE. El art. 32.2 de la Constitución impone la existencia de una única clase de matrimonio (el civil, de competencia estatal), aunque quepan la diversidad de formas en su celebración<sup>41</sup>.

La competencia del legislador autonómico en materia civil (allí donde existe) se apoyaría entonces únicamente en el «criterio de conexión», criterio que ha sido generosamente utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para admitir la competencia de distintas leyes autonómicas en materia civil<sup>42</sup>. El argumento fundamental para defender la constitucionalidad de las leyes autonómicas de parejas de hecho es que se trata de situaciones que guardan una íntima conexión con el matrimonio civil, de forma que si se tiene competencia en materia de régimen económico matrimonial y en materia sucesoria, también se tiene para regular estas cuestiones respecto de las parejas de hecho.

Sin embargo, esta diferencia sustancial entre matrimonio y parejas de hecho se ha puesto en duda por la doctrina<sup>43</sup>, acudiendo a distintos argumentos. Así, se apunta en primer lugar que desde el punto de vista causal, el negocio matrimonial se aproxima mucho al negocio jurídico por el que dos personas manifiestan su voluntad de convivir basándose en el afecto y atracción recíprocas. Tan es así, que prácticamente todas las leyes autonómicas definen la situación de pareja de hecho por referencia a la convivencia marital o la relación de afectividad análoga a la conyugal<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> En realidad, casi todas las leyes incluyen sus propios puntos de conexión, lo que da lugar a una importante confusión en la materia y a que, como ha señalado R. BERCOVITZ, difícilmente pueda evitarse que una misma persona pueda disfrutar formalmente de manera simultánea de los efectos jurídicos correspondientes a más de una pareja de hecho, al amparo de diversas leyes autonómicas. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», cit., p. 87.

<sup>41</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», cit., p. 84.

<sup>42</sup> TC configura su postura en las SSTC 121/1992 y 121/1992, y sobre todo, en las fundamentales SSTC 88/1993, de 12 de marzo (F. J. 3) y 156/1993, de 6 de mayo (F.J. 1). Según el TC, las CC.AA. en las que exista Derecho foral tendrán competencia no sólo para desarrollar los contenidos de sus Compilaciones, sino también para actualizarlos. Sin embargo, en caso de abordarse la regulación *ex novo* de nuevas instituciones debe existir un «punto de conexión» entre el contenido actual del derecho civil foral o especial y las instituciones hacia las que se vaya avanzando en el ejercicio de la competencia legislativa.

<sup>43</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», cit., p. 80-84.

<sup>44</sup> Art. 1.1 de la ley catalana, art. 3.1 de la aragonesa, art. 2.1 y 2 de la navarra, art. 1.1 de la valenciana, 1.1 de la extremeña, 1.1 de la canaria, 4.2 de la cántabra, 3.2 de la asturiana, 1.1 de la balear, 1.1 y 3.1 de la andaluza, 1.2 de la vasca y 1 de la madrileña.

En segundo lugar, refuerza también la simetría entre el matrimonio y las uniones estables de pareja los distintos impedimentos que establecen las leyes autonómicas en esta materia (similares a los de los arts. 46 y 47 CC), puesto que al referirse a la cuestión de capacidad, las distintas leyes contienen un catálogo de prohibiciones común<sup>45</sup>. Así, se exige que los integrantes de la pareja sean personas mayores de edad o menores emancipados. También se suele señalar la existencia de una especie de «impedimento de vínculo», de modo que no pueden constituir válidamente una unión estable de pareja quienes se hallen ligados a otra persona por matrimonio o mediante otra unión estable de pareja. Es también generalizada la existencia de una prohibición por razón de parentesco, de modo que los miembros de la pareja no pueden tener relación de parentesco entre sí por consanguinidad o adopción, en línea recta o colateral (en este último caso normalmente hasta el tercer grado). Además, se prohíbe expresamente que la unión quede sometida a término o a condición<sup>46</sup>.

En tercer lugar y aunque resulta en cierto modo paradójico (y desde luego, nada adecuado al nombre de «parejas de hecho»), las uniones estables de pareja requieren para su constitución de distintos requisitos formales, requisitos que las leyes autonómicas establecen para la plena eficacia de la unión o para su relevancia frente a los terceros. Así, algunas leyes exigen la constancia de la voluntad de conformar la pareja estable en documento público o fehaciente<sup>47</sup>. En Andalucía se admite la constitución mediante escritura pública «*o cualquier otro medio admisible el Derecho*», incluyendo la declaración de voluntad ante el encargado del Registro (arts. 5.2 y 5.2 de la Ley andaluza). Para inscribir dichos documentos o declaraciones de voluntad se crean además Registros de parejas de hecho, que ocasiones son los que determinan mediante inscripción constitutiva si se desencadena la regulación legal sobre una situación de convivencia determinada<sup>48</sup>.

En cuarto lugar, también en la materia patrimonial encontramos simetrías muy acusadas. Así, y como ocurre también en la regulación del Código Civil (art. 1315 CC) el régimen económico de la unión estable de pareja se rige en primer lugar por los convenios o pactos acordados por los miembros de la pareja. Estos pactos sólo tienen como límite según algunos legisladores (Aragón, Valencia, Andalucía) el de las leyes imperativas y el respeto a la igualdad de derechos de los dos miembros de la

---

<sup>45</sup> Arts. 1 y 4 de la Ley de Aragón, art. 3 de la ley de Extremadura, 4.4 de la cántabra, 2.1 de la ley navarra, 2.1 de la Ley del País Vasco, art. 2 de la de Islas Baleares, art. 3.2 de la Ley andaluza y art. 2.1 de la ley de Valencia. En Cataluña se exige que los miembros de la pareja no presenten impedimento para contraer matrimonio entre sí (art. 1.1).

<sup>46</sup> Vid. a este respecto el art. 5.2 de la ley aragonesa, art. 4.1 de la de Islas Baleares, el art. 3.2 de la extremeña, el art. 5.5 de la cántabra, art. 5.2 de la ley navarra, art. 5.2 de la Ley del País Vasco, y el art. 2.2 de la ley valenciana.

<sup>47</sup> Así ocurre en los arts. 1.1, 2 y 21 de la ley de Cataluña, art. 1.2 de la extremeña, art. 31 de la ley aragonesa y art. 2.2 de la ley navarra.

<sup>48</sup> Vid. el art. 1.3 de la ley extremeña, 3.1 de la ley valenciana, 6 de la cántabra, art. 3.1 de la ley vasca, art. 1.2 de la de Islas Baleares y art. 6 de la Ley andaluza

unión estable. En otras CC.AA (Cataluña, País Vasco, Islas Baleares, Cantabria, Navarra, Extremadura) se recuerda además que la libertad de pactos está limitada por los derechos mínimos que las respectivas leyes contemplan para el caso de disolución, derechos que son por tanto indisponibles. Se suele admitir la inscripción de estos pactos en los Registros de Parejas de Hecho, y nunca pueden perjudicar a terceros que los desconozcan (en Cantabria, incluso aunque estén inscritos, según el art. 8.5 de la Ley). De hecho, en defecto de pacto las leyes en ocasiones establecen una serie de reglas para regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, reglas que tienen normalmente carácter dispositivo<sup>49</sup>.

En quinto lugar, la relación como unión estable permite a la pareja acceder a ciertas posibilidades reservadas en principio a los matrimonios. Así, se reconoce generalmente de forma expresa a las parejas estables no casadas (con independencia de que estén formadas por personas del mismo o de distinto sexo) la facultad de realizar un acogimiento de menores. Esto ocurre en Asturias, Cataluña, Aragón, Cantabria, País Vasco y Extremadura. Algunas leyes también reconocen a las uniones estables de hecho la posibilidad de adoptar conjuntamente, con independencia del que estén formadas por personas del mismo o de diferente sexo, (Aragón, Navarra, País Vasco, Cataluña y Cantabria) aunque en algunos casos han sido necesarias reformas legislativas para ello, como antes mencionamos.

En sexto y último lugar cabe mencionar que en aquellas Comunidades Autónomas que tienen normas propias en materia sucesoria se aplica generalmente el régimen previsto por los Códigos o Leyes de sucesión por causa de muerte respecto del cónyuge viudo al supérstite de la unión estable de pareja, tanto en el caso de uniones homosexuales como heterosexuales<sup>50</sup>. En algún caso también en las Comunidades

---

<sup>49</sup> Así ocurre en los arts. 3.2, 4 y 5 de la ley catalana, el art. 5.3 y 4 de la ley aragonesa, los arts. 3.3 y 5 de la Ley de Islas Baleares y el art. 7 de la ley de Navarra. También, aunque mucho más parcos, el art. 4.2 y 4.3 de la ley valenciana y el 8.2 de la cántabra. Nada se dice en la ley extremeña ni en la andaluza. Característica peculiar del País Vasco es que en lugar de prever directamente un régimen legal subsidiario para los supuestos en los que las partes no hayan otorgado pacto expreso alguno, facilita la adhesión de las mismas a un pacto-tipo cuyas cláusulas se establecerán (se entiende que mediante reglamento). Con todo, su contenido aparece ya bastante delimitado en el art. 6 de la Ley vasca.

<sup>50</sup> Así, para el Derecho de Vizcaya y el del Fuero de Ayala, art. 9 de la Ley del País Vasco. También en los arts. 15 a 17 de la Ley de Aragón. En Cataluña, existe un tratamiento diferenciado para las uniones heterosexuales, (art. 18) y para las uniones homosexuales (arts. 34 y 35), régimen que contiene alguna especialidad respecto del previsto en el Código de Sucesiones. En el País Vasco hay una equiparación entre las parejas de hecho y las parejas casadas a los efectos sucesorios de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (Ley 3/1992). Sin embargo, las parejas de hecho con vecindad civil común (no aforadas) sólo tendrán derecho al ajuar doméstico y a la utilización de la vivienda común tras el fallecimiento del otro miembro de la pareja durante un año. En Navarra se equipara al miembros supérstite de la pareja de hecho con el cónyuge viudo (nueva Ley 253 del Fuero Nuevo). En Baleares, el régimen sucesorio de la pareja de hecho es exactamente igual que el del matrimonio recogido en la Compilación de Derecho civil Balear. Sólo en Aragón el trato sucesorio es distinto, puesto que la posibilidad que la ley reconoce a los miembros de la pareja para utilizar la legislación aragonesa sobre el testamento mancomunado, los pactos sucesorios y la fiducia sucesoria no implica trato especial alguno respecto de lo que pueden hacer todos los aragoneses con vecindad civil de esta comunidad.

sin competencia en materia civil se señala que en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja el supérstite tiene derecho a residir en la vivienda habitual durante el plazo un año (Andalucía<sup>51</sup>). La falta de respaldo constitucional en este último caso parece evidente, pese a que sin duda se pretende evitar situaciones injustas en determinados supuestos.

Las mayores distinciones estaban hasta ahora en la disolución de la pareja de hecho y del matrimonio, donde el régimen era muy distinto. Sin embargo, la aproximación en esta materia ha sido igualmente sensible. En primer lugar, por la propia regulación de las leyes autonómicas sobre parejas de hecho. Así, las leyes de las distintas Comunidades Autónomas señalan generalmente un elenco de causas de extinción de la unión<sup>52</sup> que incluye el mutuo acuerdo y la voluntad unilateral de uno de los miembros<sup>53</sup>. También se contempla en algunos casos (aunque hay excepciones, como Valencia, Canarias, Asturias, Madrid o Andalucía) el derecho de uno de los ex convivientes a reclamar del otro una compensación económica para los supuestos en los que la dedicación a la vida familiar de uno de los miembros de la unión haya supuesto para él un detrimento en su patrimonio que deba compensarse en el momento de la ruptura de la unión<sup>54</sup>. Esto ocurre incluso en Comunidades que posiblemente no tienen competencia legislativa para establecer dicha consecuencia, como Extremadura<sup>55</sup> o Cantabria<sup>56</sup>. En ocasiones también se reconoce el derecho a reclamar una pensión periódica en caso de ruptura de la pareja si uno de los miembros así lo requiriese<sup>57</sup>.

En segundo lugar, la aproximación respecto de la regulación jurídica ha venido también desde la perspectiva del matrimonio regulado por la legislación estatal, tras la reforma de la causas de separación y divorcio llevada a cabo por la Ley 15/2005. Resulta paradójico que la separación y el divorcio puedan actualmente completarse tras la reforma en los matrimonios con mayor rapidez que el tiempo que se exige para la constitución de una unión estable de pareja. Ello ocurre porque las distintas leyes exigen que estemos ante una convivencia estable que se haya desarrollado durante un

---

<sup>51</sup> Art. 13 de la ley andaluza.

<sup>52</sup> Vid. art. 12 de la ley de Cataluña, art. 6 de la de Aragón, art. 12 de la de Cantabria, art. 5 de la de Extremadura, art. 4 de la de Navarra, art. 8 de la de Islas Baleares, art. 12 de la ley andaluza, art. 18 de la del País Vasco, art. 12 de la de Cantabria y art. 6.1 de la de Valencia

<sup>53</sup> También se apunta a la muerte de o declaración de fallecimiento o matrimonio de alguno de los miembros de la unión y el cese de la convivencia o separación de hecho durante un periodo de tiempo que se suele cifrar como superior a un año (Así en Cataluña, Cantabria, Extremadura, Aragón y Navarra, aunque en Valencia basta con que ese periodo sea superior a seis meses).

<sup>54</sup> Vid. art. 13 de la ley catalana, art. 7.1 de la ley aragonesa, art. 9.2 de la de Islas Baleares, 2.b) de la Ley del País Vasco y art. 5.4 de la ley navarra.

<sup>55</sup> Art. 7 de la Ley extremeña.

<sup>56</sup> Art. 9 de la Ley cántabra.

<sup>57</sup> Vid. art. 14 de la ley catalana, art. 9.1 de la de Islas Baleares, art. 7.2 de la ley aragonesa, 2.a) de la Ley del País Vasco y art. 5.5 de la ley navarra.

periodo interrumpido de tiempo periodo que varía según la Comunidad a la que nos estemos refiriendo, pero que, en general, oscila entre uno y dos años<sup>58</sup> aunque dicha exigencia no es necesaria según las leyes catalana, extremeña, cántabra, asturiana, canaria y navarra cuando los integrantes de la pareja hayan tenido descendencia en común<sup>59</sup>.

Además, normalmente para la disolución de la unión estable se exige y el cese de la convivencia o separación de hecho durante un periodo de tiempo que se suele cifrar como superior a un año<sup>60</sup>. En ese tiempo es posible ahora casarse y divorciarse según el régimen general del Código Civil, que además contempla también ahora como causa de separación o divorcio el mutuo acuerdo y la voluntad unilateral de cualquiera de los contrayentes.

A la vista de esta regulación autonómica, y de sus simetrías evidentes respecto de la regulación del matrimonio que contiene el Código Civil tras la reforma de la Ley 15/2005, parece claro que estamos en realidad ante «nuevas formas de matrimonio»<sup>61</sup>. El matrimonio se caracteriza por ser una unión estable a la que se asocian una serie de efectos personales y patrimoniales. Y dichos efectos son extraordinariamente coincidentes si analizamos las distintas regulaciones autonómicas y las comparamos con el régimen del Código Civil. Rápidamente reconocemos las características esenciales de la institución, incluso en lo que se refiere a las formas de disolución.

Pues bien, a partir de esta equiparación entre las uniones estables de pareja como «nuevos matrimonios» tiene a mi juicio lógica afirmar la falta la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar en esta materia. Sólo las Comunidades que tengan normas de derecho civil foral o especial propio tienen competencia propia para legislar en lo que se refiere al reconocimiento de la validez de los pactos a los que llega la pareja y los pactos sucesorios que concluyan si el derecho civil foral o especial los reconoce y permite<sup>62</sup>. En el caso de las Comunidades Autónomas sin derecho civil foral o especial propio, no tendrán ni siquiera esta posibilidad, por carecer de competencia legislativa en materia civil<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Dos años en Cataluña y Aragón, un año en los casos de Asturias, Extremadura, Cantabria, Navarra y Valencia.

<sup>59</sup> En algunos casos, además, no se fija un plazo concreto, sino que se requiere que la unión sea «estable». Esto ocurre en Madrid, País Vasco, Baleares o Andalucía.

<sup>60</sup> Así en Cataluña, Cantabria, Extremadura, Aragón y Navarra, aunque en Valencia basta con que ese periodo sea superior a seis meses.

<sup>61</sup> Nos estamos refiriendo naturalmente a las uniones que han sido reguladas por el derecho, no a las auténticas parejas de hecho, es decir, personas que deciden libremente convivir sin someterse a regulación legal alguna.

<sup>62</sup> *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», cit., p. 84.

<sup>63</sup> En realidad, a falta de dicha competencia en materia civil, los distintos legisladores citan en las Exposiciones de Motivos de las leyes distintas normas de los Estatutos de Autonomía sin conexión directa con la materia civil. Así, por ejemplo, la ley extremeña invoca el art. 6.2.b de su Estatuto, que se refiere a la actuación de los poderes públicos para promover que la libertad y la igualdad de los extremeños sean reales y efectivas. La ley andaluza, por

De hecho, en mi opinión, e incluso si consideramos que las distintas leyes autonómicas que regulan las parejas de hecho no incurren en vicio de inconstitucionalidad alguno, ésta no puede ser la solución más adecuada para regular la convivencia estable entre personas del mismo sexo en nuestro sistema constitucional. Las leyes autonómicas son variopintas, incompletas y fragmentarias. Se han elaborado desde perspectivas competenciales e ideológicas distintas. Sin perjuicio de sus elementos comunes, no pueden ser una salida razonable a una cuestión de importancia como ésta, que exige a mi juicio una única regulación a nivel estatal.

El problema estriba en que es dudoso que el Estado tenga competencia para abordar una ley de parejas de hecho que regule de forma completa las relaciones jurídicas entre los convivientes homosexuales, y de éstos con los hijos. Para un sector de la doctrina, el art. 31.2 CE impone la existencia de una única clase de matrimonio (el civil, de competencia estatal), aunque quepan la diversidad de formas en su celebración<sup>64</sup>. Desde otro punto de vista, sin embargo, la constitución garantiza el matrimonio civil, pero caben otras «clases de matrimonio» (no sólo otras «formas de matrimonio») cuya regulación correspondería en exclusiva al Estado.

Pese a que admitir la posibilidad de que el legislador del Estado regule «nuevas clases de matrimonio» permitiría dar una salida a la situación jurídica de la convivencia estable de homosexuales sin necesidad de abordar una reforma constitucional, no parece que, según la postura que hemos mantenido, ello sea posible con nuestro sistema en la mano. La discusión acerca de si el matrimonio canónico era sólo una «forma» del matrimonio o una «clase de matrimonio» al hilo de la discusión acerca de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ilustra entre nosotros suficientemente la cuestión.

---

su parte, remite al art. 13.22 de su Estatuto, que se refiere a asistencia y servicios sociales, orientación y planificación familiar. La ley madrileña se ampara en el art. 7 del Estatuto, que se refiere sólo en sus apartados 1 y 4 de forma muy genérica a los derechos y deberes de los ciudadanos de Madrid, que son los establecidos en la Constitución, y a que los poderes públicos madrileños han de promover la igualdad real de individuos y grupos. Igual referencia a la promoción de la igualdad (y a la remoción de obstáculos para hacerla efectiva) encontramos en el art. 9.2 d) del Estatuto asturiano (que es el que menciona la Ley asturiana para defender su competencia), en el art. 5.1 y 5.2 del Estatuto canario (al que se remite la ley de dicha comunidad) y en el art. 5.2 del Estatuto cántabro, al que se refiere su reciente ley. Como se ve, las precitadas normas estatutarias pueden servir para fundar la competencia del bloque «público», pero no bastan para justificar la competencia en materia civil, por muy razonable que pueda ser su contenido. En ese sentido, es claro tras una apariencia meramente «administrativa», hay normas que tienen claramente trascendencia en el ámbito civil. Así ocurre por ejemplo cuando el art. 4.3 de la Ley 11/2001 de la Comunidad de Madrid regula la trascendencia frente a los terceros de los pactos económicos que no estén inscritos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. Así ocurre también en determinados preceptos de la Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho. Aunque la Ley se presenta por el propio legislador valenciano en su Preámbulo como una ley de carácter meramente administrativo que no afecta las competencias estatales en materia de legislación civil, *de facto* algunos de sus preceptos se refieren a cuestiones de índole genuinamente civil (art. 4.2, contribución al sostenimiento de las cargas comunes de manera proporcional a los recursos de cada miembro de la pareja, art. 6, en lo que se refiere a la extinción de la unión).

<sup>64</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», cit., p. 84.

## VII. CONCLUSIÓN

A la vista de las consideraciones expuestas en este trabajo se impone una reflexión final. Como hemos visto, si concluimos que nuestro sistema constitucional no está preparado para asumir la nueva realidad de las uniones estables de pareja, lo que debe cabalmente hacerse es modificarlo, no acudir a un *sorpasso* basado en una interpretación dudosa del texto constitucional (como la que hecho el legislador de la Ley 13/2005), llamar al matrimonio entre personas del mismo sexo «unión civil» o refugiarse como mal menor en una regulación autonómica o estatal sobre uniones estables de pareja que cree una «nueva clase de matrimonio» (legislación para la cual ni el Estado ni las Comunidades Autónomas tienen competencia suficiente). Es la apertura a la institución del matrimonio, una vez producida la pertinente reforma constitucional, la que a mi juicio conjuga mejor la protección de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad de las personas homosexuales con la propia eficacia directa del texto constitucional como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico.