

**ENCUADRE JURÍDICO Y CONSTITUCIONAL DE
LA LEY 13/2005 DE 1 DE JULIO EN MATERIA DE
DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO**

Alberto Panizo y Romo de Arce
Profesor Titular de la Universidad Complutense

Abstract: This work addresses the modifications that Act 13/2005 of July 1 has on private law concerning marriage; the problem of its controversial constitutionality; the trends to this regard in comparative law and the problem of conscientious objection of officials in charge of performing these marriages.

Keywords: Domestic Law, Marriage Law, Same-Sex Marriage, Civil disobedience.

Resumen: El presente trabajo trata las modificaciones que en el ordenamiento civil ha supuesto la ley 13/2005, de 1 de julio; el problema de su discutida constitucionalidad; las tendencias al respecto en derecho comparado, y el problema de la objeción de conciencia en el funcionario encargado de celebrar estos matrimonios.

Palabras clave: Derecho Civil, Derecho Matrimonial, España, Objeción de conciencia.

1.- INTRODUCCIÓN

Puede decirse que la tramitación legislativa de la Ley 13/2005, de 1 de julio sería, desde sus orígenes, complicada. Ya en su inicio como proyecto de ley fueron muchas las voces que salieron al paso de la misma, poniendo de manifiesto su oposición a un cambio legislativo que significaba importantes modificaciones en el concepto jurídico-civil que durante siglos ha tenido en España una institución de tan alto grado como es el matrimonio.

En este sentido, y con independencia de las discusiones políticas que la singular Norma desató, es preciso reseñar los avatares que la nueva regulación del derecho a contraer matrimonio tendría en la Cámara Alta. En efecto, durante su tramitación en el Senado, el Grupo Popular obtuvo los apoyos neces-

rios para vetarla, razones por las que el texto fue devuelto al Congreso de los Diputados, consiguiendo ser aprobada en la Cámara Baja, sin que el Congreso recogiera ninguna de las modificaciones propuestas en el Senado, rechazándose, incluso, las que en su día fueron pactadas con el partido de la oposición.

Indudablemente, la razón de tal polémica era diáfana, obedeciendo a la gran división, no sólo social, sino también política que el nuevo concepto de matrimonio producía en amplios sectores de la realidad social española, y todo ello porque el clásico concepto de matrimonio como unión permanente entre personas de distinto sexo se modificaba, al permitir la ley que *“el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos, con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción”*¹.

El legislador sigue recogiendo que no puede ignorarse la evolución de la sociedad en el modo de admitir otros modos de convivencia, aludiendo a que la realidad social española ha devenido en otra mucho más rica que la imperante en 1889, fecha de la que data el Código Civil, disponiendo acertadamente que la convivencia entre parejas de igual sexo basada en la afectividad, ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social, aunque olvidando que una cosa es ese reconocimiento fáctico o jurídico, y otra bien diferente, que puedan exportarse, hasta la integración en el concepto institucional de *matrimonio*, otras formas de uniones que carecen de uno de los principales elementos definidores de la institución, como es la diferencia de sexo requerida hasta ahora para que el Derecho pudiera considerar una unión como verdadero matrimonio.

Y es aquí donde puede detectarse lo más emblemático, pero a la vez lo más fallido institucionalmente del cambio obrado, al intentar justificar el legislador la nueva orientación, en la superación de prejuicios decimonónicos actualmente rebasados, cuando se refiere a 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. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho. Esta percepción no sólo se produce en la sociedad*

¹ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio.

española, sino también en ámbitos más amplios, como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los mismo derechos y beneficios del matrimonio²

Como puede apreciarse, el legislador ha empleado bastante retórica en intentar fundamentar el cambio legislativo en la lógica evolución social por la que ha atravesado la sociedad, desde que en 1889 alcanzara vigencia el Código Civil hasta nuestros días. Junto a este argumento principal, también se ha apelado a una peculiar visión del desarrollo de los derechos de la personalidad contemplados en los artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución, estimando que la Ley es un elemento que cataliza y proyecta positivamente los mismos, y a la actual tendencia en el Derecho comparado³. Seguidamente abordamos el contenido de la reforma, aspecto éste necesario a la hora de emitir un juicio sobre su ajuste constitucional y, en general, en lo referente a su encuadre global dentro del sistema matrimonial, dados los cambios que produce, no sólo en el núcleo terminológico, sino en la consideración jurídica sobre la capacidad de obrar que ha de regir en torno al acceso de las personas al matrimonio.

2.- CONTENIDO DE LA LEY Y MODIFICACIONES QUE COMPORTA

El texto definitivo de la Ley es publicado en el BOE el 2 de julio de 2005⁴. La Ley consta de un único artículo (dividido en diecisiete puntos), dos disposiciones adicionales y dos finales.

El principal aspecto, sobre el que descansa toda la filosofía de la reforma, es sin duda el punto primero de su artículo, ya que viene a modificar sustancialmente la concepción del término matrimonio, al reformar el artículo 44 del Código Civil, añadiéndole un párrafo más con la siguiente redacción: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

La segunda cuestión en importancia es el cambio que se opera en la adopción, permitiendo la misma a los matrimonios de personas del mismo sexo. Para ello se modifica el número 4 del artículo 175, quedando redactado en los siguientes términos: “*Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El*

² Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994.

³ Cfr. SERRANO ALONSO, Eduardo, “*El nuevo matrimonio civil*”, Madrid 2005, pág. 23.

⁴ BOE, número 157, pág. 23632.

matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado". En este sentido, se introduce como novedad la posibilidad de adopción por el otro cónyuge (de igual o distinto sexo) en caso de matrimonio sobrevenido a aquélla.

Las restantes modificaciones de los puntos del único artículo de la Ley, son propiamente de estilo, consistiendo en la sustitución de los términos *padre* y *madre* por *progenitores*, tal ocurre en los artículos 154,160,164.2º; o familia *materna* o *paterna* por progenitor en el artículo 178.2º del Código Civil.

También sufre cambios la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957 (modificada por Ley Orgánica 7/92, de 7 de diciembre, y 40/99, de 5 de noviembre). Se trata también de modificaciones de estilo en los artículos 46, 48 y 53, sustituyendo las palabras *padre* y *madre* por *progenitores*, añadiendo en el caso del artículo 48 a la filiación *paterna*, la *materna*.

Asimismo, y con carácter general, se establece en la Disposición Adicional primera que "*Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*". Es una precisión con carácter netamente interpretativo y genérico, que al aplicarse a las restantes ramas del Derecho, posibilita la adaptación del ordenamiento al cambio conceptual que en referencia al matrimonio presupone esta Ley. Así, y a título de ejemplo, cuando una norma tributaria haga referencia al matrimonio, deberá entenderse aplicable a las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo.

Finalmente, la Disposición final primera del Texto legal hace hincapié en el ámbito estatal del mismo, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, y de las normas aprobadas por éstas en desarrollo de sus competencias en Derecho Civil.

3.— MARCO LEGAL Y CONSTITUCIONAL DE LA LEY 13/2005

Ya tratamos la preocupación del legislador por construir una fundamentación de la Ley que fuera válida en el terreno constitucional, labor que aborda insistentemente en la Exposición de Motivos, en donde explica que la relación y convivencia de pareja, basada en el afecto y su manifestación más importante, el matrimonio, viene recogida en la Constitución, en su artículo 32, siendo considerada, en términos de la jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social.

Recuerda que la Ley es la encargada de desarrollar este derecho en cada momento histórico de manera que, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución y de acuerdo con sus valores dominantes, habrá de ser la que determinará la capacidad, contenido y régimen jurídico de dicha institución matrimonial.

Sigue recordando el legislador en la Exposición, que en todo momento la regulación del matrimonio en el Derecho Civil español contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales, y así el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo.

Entiende que ese es el motivo por el que no ha sido necesario prohibir ni referirse siquiera al matrimonio entre personas del mismo sexo, puesto que la relación entre ellas, en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial.

Sin embargo, vuelve a remarcar en su preámbulo, la sociedad ha evolucionado en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia y el legislador no puede ignorar la realidad, por lo tanto es posible e incluso debe actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. Y como quiera que la realidad social española de nuestro tiempo se ha hecho mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad de tiempos pasados, y la convivencia como pareja entre personas de igual sexo basada en la afectividad, ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, superándose arraigos y prejuicios, no es posible ignorar esa realidad.

La Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

Se afirma finalmente en esa Exposición de Motivos, que la Constitución española, al encomendar al legislador la configuración formativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de forma diferente a la que ha existido hasta el momento para dar cabida a nuevas formas de relación afectiva.

Partiendo de la base de la premisa citada, bien puede decirse que el legislador de 2005 basa y fundamenta su reforma en los aludidos artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución; en la existencia de una permisibilidad social favorable a la ampliación del derecho a contraer matrimonio a personas de igual sexo; y en la tendencia que se observa actualmente al respecto en el Derecho comparado autonómico. Analicemos punto por punto tales planteamientos:

A) MANIFESTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

Como dejábamos apuntado en líneas anteriores, es patente la fundamentación que hace el legislador de la Ley 13/2005 en base a los preceptos constitucionales de los artículos 9.2, 10.1 y 14. En efecto, dispone el artículo 9.2 de la Constitución, “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*” y el segundo establece, entre otros principios, el de “*libre desarrollo de la personalidad ...como fundamento del orden político y social...*”, consagrando el artículo 14 el principio de igualdad.

En relación a ello, creemos que mantener que el *desarrollo de la personalidad* consista en posibilitar jurídicamente que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio entre sí, implica dar una interpretación forzada a un derecho (el desarrollo de la personalidad) que no se ajusta al verdadero significado del mismo, toda vez que identifica el ámbito propio del término matrimonio en su sentido jurídico, con una posibilidad más de carácter subjetivo que implicara dicho desarrollo, cuando esto precisamente puede conseguirse con un tratamiento de las uniones de hecho similar al que el Ordenamiento reserva para el matrimonio, pero sin denominarles como tales. Este planteamiento creemos es precisamente el que adopta el legislador constitucional cuando en el artículo 32 .1 reserva el término *matrimonio* para designar en exclusiva una unión entre hombre y mujer, excluyendo cualquier otra interpretación dada la literalidad expresa de los términos. En este sentido, entendemos que no es defendible la interpretación de que el artículo citado nada diga expresamente sobre qué tipo de matrimonio es el que tienen derecho a contraer el hombre y la mujer, afirmando que si nada dice el legislador constitucional al respecto, no se está excluyendo la legitimidad de una unión homosexual con pleno contenido jurídico.

Indudablemente esta tesis quiebra si la ponemos en relación con la realidad social del tiempo en que se redacta el precepto, pues es evidente que para el legislador constitucional del año 78, no existía más matrimonio que el heterosexual, por lo que haber hecho referencia a esa expresa característica, era innecesario por meramente superfluo, razón por la que intentar incluir dentro del ámbito del artículo 32.1 el matrimonio homosexual, va contra el sentido e interpretación literal de la norma y también contra la intención del legislador en torno a la génesis interpretativa del citado precepto ⁵.

⁵ Vid. SERRANO ALONSO, “*El nuevo matrimonio.....*”, pág. 27.

Sin embargo, lo que sí es cierto es que para el legislador someter a las parejas del mismo sexo a una normativa distinta de la aplicable al matrimonio heterosexual, implica una vulneración del principio constitucional de Igualdad, debiendo los poderes públicos remover los obstáculos legales que implican ese tratamiento *desigual* existente hasta la actualidad que les impedía contraer matrimonio.

Creemos, hay que partir de la base de que el razonamiento contrario tampoco es sólido, pues conlleva un tratamiento igualitario de situaciones que de por sí son desiguales, lo cual implica uniformidad; y ello siguiendo la más unánime tendencia que al respecto ha establecido el Tribunal Constitucional al afirmar en sus Sentencias de 22/81, de 2 de julio; 75/83, de 3 de agosto y 200/01, de 4 de febrero, que el tratamiento igualitario de situaciones desiguales implica una desigualdad que se aparta del propio principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución. En efecto, estimamos que la relación personal entre personas del mismo sexo, será lo que en su momento quiera calificarse desde una óptica jurídica, pero resulta evidente que es sustancialmente diversa a una relación matrimonial entre personas heterosexuales, cuyo tratamiento diferente no haría quebrar el principio de igualdad en base a las razones expuestas. Pese a todo ello, sin embargo no creemos pueda diagnosticarse una rotunda respuesta del Tribunal Constitucional, dado lo difuso y amplio de las interpretaciones que suscita el Texto, el gran contenido sociopolítico del mismo, el amplio espectro de apoyo que toda norma aparentemente antidiscriminatoria suscita en muchos estratos sociales, y el afianzamiento que el transcurso del tiempo produce en la estructura jurídica, tendente casi siempre a su consolidación.

B) EXISTENCIA DE UNA PERMISIBILIDAD SOCIAL FAVORABLE A LA AMPLIACIÓN DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO A PERSONAS DE IGUAL SEXO. POSIBILIDAD DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA PARA EL AUTORIZANTE DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Parece incuestionable que una vez entrado el siglo XXI, la sociedad española es mayoritariamente favorable a regular las relaciones estables entre personas de igual sexo, y si el legislador hubiera abordado esa labor jurídica con más antelación en lo que al marco estatal se refiere, se habría evitado la proliferación de toda una legislación autonómica que, dada su abundancia y casuística, a veces plantea serios problemas de armonización e interpretación.

Sin embargo, cosa muy distinta es que la conciencia social sea notoriamente favorable a una plena equiparación jurídica de las uniones entre personas de igual sexo con el matrimonio, hasta el punto de aplicárseles la misma

denominación institucional. Como ha dicho cierto autor ⁶, “*no conocemos el método estadístico seguido por el legislador para llegar a esa conclusión, ni el tipo de encuesta realizado, ni el perfil de las personal encuestadas, para poder dar un cierto valor a la conclusión*”. No obstante, es tan suficientemente ilustrativo el elenco de críticas institucionales y sociales representativas que ha producido la Ley (sobre todo al relacionarla con la posibilidad de adopción), que basta de por sí para contestar a tal sistema justificativo, y para sostener que por mucho empeño que exista en ampliar el ámbito de la palabra matrimonio por imperativo legal, parece razonable que la realidad social del tiempo en que se aplicará la Ley tratada, seguirá mayoritariamente identificando *matrimonio* con unión heterosexual.

Basten como ejemplos los siguientes comentarios críticos que ha suscitado la reforma antes de su aprobación:

El Consejo de Estado, en sesión de su Comisión Permanente celebrada meses antes de la aprobación de la Ley, emitió, por unanimidad, un dictamen recabado al amparo de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Ley Orgánica 3/80, de 22 de abril, del Consejo de Estado, de acuerdo con el cual, este Órgano consultivo puede ser oído en cualquier asunto en que, sin ser preceptiva la consulta, ésta se estime conveniente por el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro.

En dicho dictamen se desaconseja regular la cuestión de las uniones homosexuales por la vía de su equiparación al matrimonio, puesto que se trata de un nuevo modelo de pareja, por lo que sería coherente crear una regulación adecuada a ese nuevo modelo, que dé respuesta a sus propias necesidades, y no insertarlo en una regulación que, como apunta la propia Exposición de Motivos, responde a un modelo diferente.

Hace notar este Organismo, que la diversidad de modelos de pareja que se da en las sociedades actuales, llevaría a una especialización y enriquecimiento jurídico y lingüístico, antes que a forzar las instituciones y conceptos existentes ya que, en España, el hecho de que este nuevo modelo no se incluya bajo el nombre de *matrimonio*, no determina la restricción de los derechos y beneficios que se le puedan reconocer, a diferencia de lo que ocurre en otros países.

Entiende que optar por una vía diferente, no supone un trato discriminatorio, ni desde la perspectiva de la Constitución, ni desde la de las Declaraciones Internacionales de Derechos y, además, las discriminaciones que se puedan dar en el tejido social, no se evitan mediante la configuración legal de un matrimonio que dé cabida a dos realidades diferentes, ya que esta solución podría incluso dificultar el control de tales discriminaciones.

⁶ Cfr. SERRANO ALONSO, op.cit., págs. 24 ss.

Crítica que la adopción por parejas del mismo sexo se vaya a admitir como efecto colateral del cambio legislativo, y recrimina al Gobierno que, teniendo en cuenta el alcance del Anteproyecto en materia de adopción, no se haya recabado un informe de la Dirección General de la Familia y la Infancia; más aún cuando el informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma dice expresamente que *“los problemas sustanciales vienen planteados por los hijos habidos en el seno de estos matrimonios”*, y que, aunque no es objeto de esta Ley regular las cuestiones que plantee la procreación de esas parejas, *“es deber ineludible facilitar la mejor atención por parte de estos cónyuges a los menores que pudieran quedar integrados en tales uniones familiares”*, dada la primacía del interés del menor. Igualmente, se considera que surgirán problemas, entre otros, en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, aspectos sucesorios y de reconocimiento filial, régimen económico, derechos reconocidos por normas internacionales o supranacionales ⁷.

Desde otra óptica, el Consejo General del Poder Judicial acordó dirigirse al Gobierno en el Pleno de 6 de octubre de 2004 para que, a tenor del artículo 108.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, le fuera remitido el Anteproyecto para la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, y en el que se reforma parcialmente el Código Civil y demás Textos afectados, para su preceptivo informe, sin que el Gobierno accediese a ello.

En el Pleno del día 13 siguiente se acordó que la Comisión de Estudios e Informes elaborase un estudio jurídico sobre dicha reforma que era, en opinión de dicha Comisión, la de mayor calado que se haya hecho del régimen legal del matrimonio en la historia de nuestro Ordenamiento. El 26 de enero de 2005 el Pleno aprobó por 11 votos contra 9 el Informe en el que expresa sus dudas sobre la constitucionalidad de la reforma.

Explica dicho Informe que siempre ha habido debates en relación con aspectos relevantes de la configuración jurídica del matrimonio, como el tipo de unión (civil, religiosa o mixta), su naturaleza (contractual, negocial, sacramental, institucional) o la regulación de las causas de separación, nulidad y divorcio. También sobre elementos integrantes del mismo como, por ejemplo, la supresión del impedimento de impotencia en la reforma del 1981.

Señala que el hecho de que la Constitución disocie la figura del matrimonio en su artículo 32 de la protección a la familia del artículo 39, hace pensar que no existe propiamente una ligazón constitucional entre matrimonio y familia.

Entiende que la reforma da un paso sin precedente en nuestra historia, sólo secundada por el Derecho de Holanda y Bélgica, y que si se considera

⁷ Sesión de la Comisión Permanente de 16 de diciembre de 2004.

que la medida responde al deseo de los ciudadanos, podría ser preciso seguir el procedimiento de reforma constitucional.

Sería asimismo necesario, sostiene el Informe, eliminar de la institución matrimonial un signo identificador hasta ahora indubitado y jurídicamente incontestable, tanto por el legislador, como por la opinión prácticamente unánime de la doctrina más acreditada, esto es, que el matrimonio es una unión heterosexual, basada en la idea de complementariedad de sexos.

De esta misma forma, la Real Academia de la Lengua Española, en el Pleno celebrado el 20 de enero de 2005, debatió la conveniencia del uso del término "*matrimonio*" para aplicarlo a las uniones homosexuales, y llegaron al acuerdo de que sería inadecuado. Posteriormente se encargó un informe sobre el uso de la palabra matrimonio en el español de todos los tiempos, a técnicos que trabajan en el Instituto de Lexicografía, para remitirlo al Gobierno, como ya hiciera en su día al proponer la sustitución del término "violencia de género" por el de "violencia doméstica" ⁸.

También en el ámbito parlamentario se han hecho oír serias voces en lo relativo a este cambio legislativo; baste destacar la intervención del Sr. Guinart Solá de Unió Democràtica de Catalunya, defendiendo la discrepancia de su grupo con la regulación propuesta por el Gobierno. Entendiendo que, para conseguir los mismos fines de reconocimiento, igualdad y efectos jurídicos, podía haberse recurrido a otras figuras, conceptos o nuevas instituciones jurídicas perfectamente asumibles por todos. También en el ámbito de la adopción entiende este Diputado que el principio de inspiración del legislador debería ser el de poner en primer lugar y prioritariamente siempre el derecho del adoptado, que no puede opinar ni elegir sobre el derecho de los adoptantes. Estima que además, la mayoría de países con los que existen convenios, no aceptan la adopción conjunta por parejas homosexuales, datos todos que pueden distorsionar las listas de espera para la adopción nacional.

Finalmente, señalar la intervención de la Sra. Tomé Pardo, del Partido Popular, en donde destaca que el Gobierno ha actuado como si la única alternativa para superar las situaciones de discriminación fuese el matrimonio, cuando eso no es verdad, porque existen otras alternativas pacíficas, centradas y que tienen un amplio apoyo social y político, alternativas que son mayoritarias en Europa y en todo el mundo occidental.

Por lo demás, junto a todos estos planteamientos, se encuentran otros similares que han dejado entrever los problemas e imprecisiones que la reforma legislativa conlleva, poniendo siempre de manifiesto su desaprobación al Texto

⁸ Vid. MESSEGUER VELASCO, Juan, "*España: el Poder Judicial y la Real Academia desautorizan el matrimonio gay*" (consulta de 7 de marzo de 2005), Aceprensa 12/05 en línea <http://www.aceprensa.com/articulo.htm>.

legal desde ópticas dispares como puede ser: la Sociedad Española de Psiquiatría, el Foro de la Familia, el propio Vaticano, etc.

Indudablemente, todas estas corrientes de desaprobación del Texto legislativo, hacen que pueda plantearse el problema de la objeción de conciencia del funcionario autorizante de la celebración de los matrimonios tratados. Ello basado en que el artículo 16.1 de la Constitución española reconoce la citada excepción: *"Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley"*.

En este sentido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 15, de 23 de abril de 1982, ya declaraba que *"...la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en su artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española"*.

Sin embargo entendemos que en los supuestos que contempla la Ley 13/2005 se trata de una obligación general, que al estar expresamente impuesta a un funcionario, podría precisar de un también expreso reconocimiento, pues no hay que olvidar lo dicho por el Alto Tribunal en sus Sentencias 160 y 161 de 27 de octubre de 1987, en las que, precisando la naturaleza de la objeción de conciencia, señala que *"se trata de un derecho constitucional reconocido por la norma suprema en su artículo 30.2 protegido sí, por el recurso de amparo, pero cuya relación con el artículo 16 no autoriza a calificarlo como derecho fundamental"*. Partiendo de esta base, hay que distinguir entre derecho fundamental y concreción de ese derecho en la objeción de conciencia, la cual entendemos, no es de por sí suficiente para imponerse a una obligación general con su mera invocación, necesitando de una cláusula de conciencia que ampare la negativa al cumplimiento de aquélla, puesto que el Constitucional tiene declarado que el *"derecho a la libertad ideológica reconocido en la Carta Magna no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos, por motivos de conciencia, del cumplimiento de deberes legalmente establecidos (Sentencias 101/83, 160/87 y 127/88)*.

Fue sin duda en este sentido, en el que se inspiró durante la tramitación de la Ley 13/05 en el Senado, la iniciativa del Partido Popular y de Convergencia y Unión, para que se introdujera en el Proyecto una Disposición Adicional Tercera en la que se establecía: *"1º. Las autoridades y funcionarios de todo tipo que, debiendo intervenir en cualquier fase del expediente matrimonial entre personas del mismo sexo, adujeren razones de conciencia para no hacerlo, tendrán derecho a abstenerse de actuar. 2º. La Administración o Corporación a la que pertenezca la autoridad o funcionario que se acogiere al derecho reconocido en el apartado anterior, proveerá el sistema de sustitución adecuado"*

para garantizar, en todo caso, que quienes tienen derecho a contraer matrimonio puedan efectivamente contraerlo". Pues bien, tal Disposición desaparece del texto definitivo aprobado por el Congreso, siendo por ello muy dudoso, dada la jurisprudencia constitucional reseñada, que el simple derecho a la objeción de conciencia en abstracto, sea suficiente para eximir al funcionario de un deber general contemplado en la Ley ⁹

C) TENDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO, UNIONES HOMOSEXUALES Y LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE PAREJAS DE HECHO

No puede hablarse con propiedad de una tendencia monolítica en Derecho comparado basculante hacia el reconocimiento jurídico de uniones estables entre personas del mismo sexo, y mucho menos aún que a tales uniones se les denomine *matrimonio*. Si bien ya vimos las previsiones del Parlamento Europeo en su Resolución de 8 de febrero de 1994, no es menos cierto que tal recomendación, de entre los 25 Estados miembros, sólo ha sido seguida por Holanda y Bélgica, aunque con limitaciones en esta última en lo relativo a adopción y filiación.

En efecto, lo que recoge la mayor parte de la legislación europea es un reconocimiento jurídico a las uniones estables de personas de igual o distinto sexo, pero sin emplear el término matrimonio para ello, o sin que exista plena equiparación de derechos u obligaciones entre tales uniones y el matrimonio heterosexual, salvo las excepciones citadas y el reciente caso de Suiza, donde una Ley federal sometida a referéndum el 5 de julio de 2005 permite la unión de personas del mismo sexo con idénticos derechos a los del marido y mujer, aunque sin denominarla tampoco matrimonio, y sin autorizar la adopción a sus integrantes.

En otro orden de cosas, debe sin embargo quedar claro que la existencia de uniones personales de carácter estable denominadas *parejas de hecho* ha sido una constante desde la segunda mitad del siglo pasado. En las últimas décadas hemos podido asistir a un aumento muy significativo de las mismas y a la aparición de múltiples legislaciones autonómicas que, dado el silencio legislativo a nivel nacional, han intentado paliar ese déficit normativo con resultados bastante desiguales, e incluso con una eficacia más que discutible. El hecho será que en la mayor parte de las Normas autonómicas se posibilita el acceso al *status* jurídico de *parejas de hecho*, también a las uniones homosexuales, lo cual ha sido aprovechado por los integrantes de tales uniones

⁹ Pueden verse las Sentencias del T. Constitucional 225/02 y 199/99, de 9 de diciembre y 8 de noviembre sobre cláusula de conciencia en la profesión periodística.

para acogerse a esa normativa reconocedora de su realidad, que atribuye unos derechos y obligaciones similares a los que el ordenamiento reconoce al matrimonio. Partiendo de la base de que la Ley analizada no afecta a las uniones de hecho, sí consideramos interesante ofrecer un resumen de la legislación autonómica en base a la citada consideración general que engloba bajo el término *pareja de hecho*, cualquier unión más o menos estable entre dos personas con independencia de su sexo. Dentro de este panorama, encontramos Comunidades Autónomas que sólo han creado registros administrativos para la inscripción de parejas de hecho (Castilla la Mancha –Decreto de 11 de julio de 2000-; Castilla-León –Decreto 117/2000-), y otras, la mayoría, con una legislación propia y específica más o menos amplia ¹⁰:

ANDALUCÍA:

LEY DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA DE 26 DE DICIEMBRE DE 2002

Contiene una regulación amplia del concepto *pareja*, aplicándolo a cualquier relación afectiva entre personas mayores de edad o emancipadas, que no sean parientes en línea recta o colateral hasta el segundo grado, debiendo comparecer para alcanzar dicho estatus, ante el funcionario encargado del Registro de parejas de hecho o ante el Alcalde o Concejal delegado.

En el acto ante el funcionario, la pareja deberá emitir su voluntad de constituirse en pareja de hecho, indicando el régimen económico que libremente establezcan, los deberes y derechos en caso de disolución voluntaria o por muerte.

ARAGÓN:

LEY DE LAS CORTES DE ARAGÓN DE 26 DE MARZO DE 1999 DE PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

Solamente exige que los miembros de la pareja sean mayores de edad, con independencia de su sexo, y que haya existido una relación de afectividad de, al menos, dos años. Con estos datos se tiene acceso al registro administrativo de parejas no casadas.

Puede pactarse el régimen económico que libremente se haya elegido y, en caso de extinción voluntaria de la unión, se reconoce al conviviente más necesitado un derecho de compensación económica.

¹⁰ Vid. Al respecto AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ C., “La aplicación de las leyes de parejas no casadas por parte de los tribunales”, en Revista de Derecho Privado, sep.-oct. de 2004, págs. 527 ss.

Esta ley autonómica tiene de particularidad la reforma acaecida por ley de 3 de mayo de 2004, que reforma el artículo 10, autorizando a las parejas homosexuales la adopción.

ASTURIAS:

**LEY DE LA JUNTA GENERAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS,
DE 23 DE MAYO DE 2002**

Se puede aplicar a cualquier persona que sea mayor de edad o emancipado, sin parentesco en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que hayan convivido juntos durante más de un año.

En lo relativo a los derechos y obligaciones de la pareja, se deja a ésta que estipule el elenco de derechos y obligaciones recíprocos. Existe un Registro de Uniones de Hecho, si bien la inscripción es voluntaria.

BALEARES:

LEY DEL PARLAMENTO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2001 DE PAREJAS ESTABLES

Contempla como pareja estable la compuesta por dos personas que convivan de forma notoria y pública en relación afectiva similar al matrimonio, siempre que inscriban esa unión en el Registro pertinente creado a tal efecto.

El régimen económico será el libremente pactado en el momento de la inscripción en lo que se denomina *contrato de pareja*.

En el supuesto de disolución puede reconocerse una pensión a favor de la parte más necesitada. En caso de fallecimiento la parte superviviente tiene derecho al ajuar familiar y a los restantes derechos que la Compilación Balear reconoce al cónyuge sobreviviente.

CANARIAS:

**LEY DEL PARLAMENTO DE CANARIAS DE 6 DE MARZO DE 2003
DE PAREJAS DE HECHO**

Considera *pareja de hecho* la integrada por personas que, con independencia de su sexo, han convivido de manera estable un mínimo de doce meses, debiendo ser mayores de edad o emancipados y no tener relaciones de parentesco en línea recta o colateral hasta el tercer grado. Cumplidos estos requisitos se puede acceder a un Registro especial de carácter administrativo.

El régimen económico es el pactado libremente. No se regulan los efectos de la disolución de tales uniones.

CANTABRIA:

LEY DE 16 DE MAYO DE 2005 DE PAREJAS DE HECHO

Se considera *pareja de hecho* aquéllas que estén inscritas en el Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma, con lo cual la inscripción tiene carácter constitutivo. Existe la presunción de convivencia estable transcurrido un año de convivencia. Reconoce a estas parejas el derecho a adoptar en las mismas condiciones que las unidas por matrimonio.

CATALUÑA:

LEY DEL PARLAMENTO DE 15 DE JULIO DE 1998 SOBRE UNIONES ESTABLES DE PAREJA

Es la más antigua de estas normas, regula la unión de parejas de distinto e igual sexo, si bien en el caso de estas últimas, deben ser forzosamente mayores de edad.

Precisa un transcurso de tiempo en convivencia de dos años, y la posibilidad de adopción conjunta sólo se reconoce a la pareja heterosexual.

EXTREMADURA:

LEY DE LA ASAMBLEA DE EXTREMADURA DE 20 DE MARZO DE 2003 DE PAREJAS DE HECHO

También se considera *pareja de hecho* a aquellas personas que, con independencia de su sexo, hayan convivido durante al menos un año, sean mayores de edad o emancipadas e inscriban su relación en el registro creado a tal efecto.

El régimen económico es el que se haya pactado libremente. A la hora de la disolución de la sociedad, la parte que se considere perjudicada puede solicitar de la otra una compensación económica.

MADRID:

LEY DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE 19 DE DICIEMBRE DE 2001 DE UNIONES DE HECHO

Han de ser mayores de edad o emancipados, convivir un mínimo de doce meses e inscribir la unión en el Registro especial.

No se regula la adopción, ni los efectos de la disolución.

NAVARRA:**LEY DEL PARLAMENTO DE 3 DE JULIO DE 2000 PARA LA IGUALDAD JURÍDICA DE LAS PAREJAS ESTABLES**

Es la normativa más amplia al respecto, regulando los derechos civiles de las parejas y las normas sobre el régimen económico.

Deben ser sus integrantes mayores de edad o emancipados, sin parentesco por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado, y convivir un mínimo de un año.

Es de las pocas que permite la adopción con independencia del sexo de los integrantes de la unión.

VALENCIA: LEY DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 6 DE ABRIL DE 2001 SOBRE UNIONES DE HECHO

Su identidad con la Ley de la Comunidad de Madrid, hizo que se considerase a ésta como una copia de la de 6 de abril.

PAÍS VASCO:**LEY DEL PARLAMENTO AUTÓNOMO VASCO DE 7 DE MAYO DE 2003**

Tiene una regulación muy similar a las anteriores, si bien, es de las pocas que permite la adopción a parejas de igual y distinto sexo.

En el supuesto de disolución de la unión por muerte, el sobreviviente goza de los mismos derechos que los herederos forzosos, conservando el ajuar familiar y, en general, iguales derechos que los casados.