

# COMENTARIOS A LA LEY POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL EN MATERIA DE DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO\*

María de Montserrat PÉREZ CONTRERAS\*\*

SUMARIO: I. *Aproximación al tema.* II. *Antecedentes.* III. *Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.* IV. *Reflexiones finales.*

## I. APROXIMACIÓN AL TEMA

La lucha de los grupos homosexuales por el reconocimiento de sus derechos y libertades fundamentales viene de tiempo, en particular en el Occidente, pero con mayor fuerza a partir de la década de los setenta hasta nuestros días, la que ha encontrado respuesta en la progresiva modificación, adición y actualización de la legislación en algunos países del mundo, con el fin de posibilitarlos en el ejercicio y goce de los beneficios legales y jurídicos de los que venían siendo excluidos históricamente, lo que lleva implícito una cultura de discriminación.

En este proceso, en el caso de España, actualmente resaltan las legislaciones que regulan las relaciones de hecho homosexuales y el matrimonio entre homosexuales.

\* Ley 13/2005, de 1o. de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, publicada en el *Diario Oficial del Estado*, núm. 157, de 2 de julio de 2005, pp. 23632-23634.

\*\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Las leyes de parejas de hecho homosexuales en este país<sup>1</sup> son el primer paso a la consideración jurídica, política y sociocultural de los miembros de estos grupos, y fundamentalmente se encuentran orientadas a reconocer los mismos efectos que en el caso del concubinato, excepto en lo relativo a la adopción, por lo que sus contenidos están dirigidos a establecer la forma de constitución de tales parejas, regular el régimen patrimonial entre los miembros de la pareja, las sucesiones, y su forma de disolución, fundamentalmente. Queda claro que en estas leyes no se consideran aspectos de seguridad social, nacionalidad, impuestos, etcétera.

Así las cosas, se puede afirmar que la legislación española ha comenzado a dar respuesta a las peticiones de los grupos homosexuales sobre temas relativos a la puesta en marcha de reformas legales que reconozcan beneficios a este tipo de parejas con relaciones estables y que cohabitan, lo que va de la mano con la obligación del Estado de proveer seguridad jurídica a todos sus gobernados.

No hace mucho se veía lejos la posibilidad de reconocer jurídicamente el matrimonio homosexual, lo más parecido a ello se planteó a partir de la figura del Registro de Parejas de Hecho, establecido en las leyes ya mencionadas, y que precisamente *lo que se pretendía era alejar cualquier intento por llamar a las uniones de hecho: matrimonio*.

Sin embargo, considerando una connotación amplia, sin hacer distinciones de ninguna índole, y tomando en cuenta que puede tener origen en intereses personales, económicos, sentimentales, de protección de la familia, o procreación, fundamentalmente; el matrimonio se puede explicar como una relación entre dos o más personas, según la cultura en la que se aplique el término; por ejemplo, la musulmana para la poligamia, con un reconocimiento social, cultural y/o jurídico, cuyo objeto es establecer las bases para el desarrollo de la familia y sus fines esenciales, que son la asistencia y ayuda mutua entre sus integrantes y/o la de protección de la descendencia, y puede serlo o no la procreación, a través de la vida en común. La connotación

<sup>1</sup> Las primeras fueron las leyes de Cataluña y Aragón en 1999, véase Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derechos de los homosexuales*, México, Nuestros Derechos, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-UNAM, 2001, p. 32, y así desde entonces se han expedido algunas más en los territorios españoles, como las de Navarra, Cantabria, Valencia, Madrid, Baleares, Asturias, Andalucía, Extremadura y el País Vasco.

de que se debe realizar entre hombre y mujer es un matiz estrictamente cultural y religioso, existiendo antecedentes del matrimonio homosexual antes del cristianismo en la misma Roma y en las culturas prehispánicas.<sup>2</sup>

En el mismo sentido, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que contienen disposiciones específicas sobre el matrimonio,<sup>3</sup> establecen el derecho de las personas a contraer matrimonio, y concretamente, al aludir a quienes pueden casarse habla de hombres y mujeres, más la redacción no parece ser limitativa en cuanto a que deba realizarse entre un hombre y una mujer, el concepto es susceptible de interpretación en este sentido, misma que se ha hecho por todos aquellos que apoyan, en este caso, el matrimonio homosexual, y éste solo tema sería objeto de otro estudio. Aunque cabe considerar que en realidad las manifestaciones de los organismos internacionales en este tema, y en el tema de la homosexualidad, han sido tímidas si no es que nulas, a pesar de la acción de organizaciones de la sociedad civil reconocidas a este nivel, por lo que dudosamente pudiera pensarse que la interpretación de las disposiciones sea tan amplia. Aún así, ante esta situación y en casos concretos, se puede requerir una interpretación de los comités de vigilancia e implementación de las convenciones y pactos correspondientes, corriéndose el riesgo de una postura conservadora en la misma, razón por la que creemos, se han abstenido de hacerlo, puesto que en este momento de la historia representa un conflicto de intereses que pone en riesgo el papel de los organismos protectores de derechos humanos.

No obstante lo anterior, a partir del 2000, algunos países del Continente Europeo, como Holanda y Dinamarca, promulgaron leyes que reconocían el matrimonio entre homosexuales, objetivo que se continuó persiguiendo en otros países entre los que recientemente podemos contar a Canadá y España, éste último, un país en el que

<sup>2</sup> Sánchez Camacho, David, Memoria del Foro de Diversidad Sexual y Derechos Humanos, México, Nueva Generación Editores, 1999.

<sup>3</sup> Dichos instrumentos son la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, El Pacto de San José de Costa Rica y la Convención Europea de Derechos Humanos.

se acaba de aprobar la ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y a través de la cual se habilita jurídicamente la posibilidad de que los homosexuales puedan contraer matrimonio. Entre las novedades que se incluyen en los contenidos de las reformas al Código Civil español, está la posibilidad de que estos matrimonios puedan adoptar, a diferencia de las leyes de parejas hecho que señalaban impedimento para ello.

A partir de ahora el régimen jurídico español es exactamente igual en materia de familia para las parejas de matrimonios, independientemente de la orientación sexual de los miembros que las integran.

Es de esta forma que la realidad y la diversidad social, cultural y por supuesto la sexual, se encuentran imponiendo el camino a seguir en cuanto a las líneas de regulación de las relaciones de pareja homosexuales.

## II. ANTECEDENTES

Desde que se dio a conocer el trabajo que, en España, se estaba realizando por el legislativo en materia de una ley para regular el matrimonio entre homosexuales, se abrió un debate en torno a las consecuencias de una iniciativa de esta naturaleza.

Los que se encontraban y se encuentran en contra de esta ley afirman que no hay discriminación si no se regula un matrimonio homosexual.<sup>4</sup>

Lo que se tiene que regular son las uniones de los homosexuales frente al Estado, con el fin de que éstas tengan todos los efectos jurídicos, como sucede en el caso del matrimonio o del concubinato en el Código Civil y que aplican para todos los gobernados, y de esta forma generar seguridad jurídica para todos, con lo cual no existirá argumento para invocar la discriminación. En el mismo sentido, la realidad es que ya existen, aunque no en toda España, leyes específicas que regulan las relaciones de las parejas de hecho y particularmente las homosexuales, las cuales garantizan seguridad jurídica, prácticamente abrazando todas las características de protección del

<sup>4</sup> Para más información véase <http://www.ewtv.com/vnews/getstory.asp?number=56591> (revisada el 13-05-05).

matrimonio, en materia civil, excepto la posibilidad de adoptar; sin embargo, estas leyes se limitan a los efectos en el derecho de familia, y específicamente se señala en ellas que no abarca otro tipo de derechos como los laborales, los de seguridad social, los de nacionalidad, etcétera, lo que sí implica un grado de derechos no protegidos. Las reformas al Código Civil hechas a partir de la ley que reforma el derecho a contraer matrimonio cubren estas lagunas jurídicas y principios de discriminación, y además dejan la posibilidad a los miembros de la pareja homosexual, como lo es en el caso de los miembros de la pareja heterosexual, de elegir si se quiere vivir en matrimonio o bien en una unión de hecho, es decir, el concubinato para heterosexuales y las relaciones de hecho homosexuales, para este último grupo.

También se señala que la sociedad tiene un modelo de matrimonio el cual, etimológicamente y desde cualquier análisis ya sea social, antropológico, filosófico o religioso, siempre se ha concebido y definido como una unión heterosexual que protege a los miembros de la pareja y a la familia que forman.<sup>5</sup> Lo cual no quiere decir que los homosexuales no se puedan unir y que su unión tenga efectos jurídicos, como ya sucede, aunque parcialmente, en el caso de las leyes de parejas de hecho homosexuales. Sin embargo, el problema que ya mencionamos, sobre los aspectos que no quedan cubiertos a las parejas homosexuales por esta legislación local, deviene precisamente de que estas leyes son ajenas o diferentes al Código Civil y manejan términos distintos a los del código, y por lo tanto no cubren efectos jurídicos considerados en beneficio de las parejas de matrimonios o de concubinos o uniones de hecho estables en otras leyes, y la realidad es que resulta más complicado homologar la legislación nacional a los términos de esas leyes, que reconocer el matrimonio de homosexuales en el Código Civil. De tal forma que al considerar matrimonio y cónyuges, independientemente de la orientación sexual, queda resuelto el problema y no hay que reformar y modificar toda la legislación que tenga competencia en la materia.

<sup>5</sup> Y estos fines se establecen tanto desde el punto de vista jurídico como religioso, y en éste último aspecto especialmente el de la función reproductiva del matrimonio.

El argumento de la eficacia del matrimonio heterosexual, en el sentido más genérico, podríamos cuestionarlo, en cuanto el ascenso en el número de divorcios en los últimos tiempos. Y este comentario va en torno a aquellos que afirman que la inestabilidad de las relaciones homosexuales propiciarán el desgaste de la figura del matrimonio y la crisis de la familia.

En este mismo sentido, respecto a la protección que se supone proporcionará el matrimonio homosexual, en cuanto a los derechos sucesorios, enajenaciones y copropiedades, entre otros temas, se afirma que no es necesario el matrimonio. Como ya mencionamos en las leyes de parejas de hecho homosexuales, españolas, este tipo de cuestiones se pueden arreglar a través de la realización de acuerdos determinados en la misma escritura de constitución de la relación de hecho, o bien, como cualquiera, en acuerdos legales ante notario, el problema es, por ejemplo, en los casos de intestado, en los cuales, la enumeración hecha en el Código Civil sobre quiénes pueden acudir a la sucesión no suele contemplar a la pareja homosexual, sí a los cónyuges y a los concubinos, mas no a la pareja homosexual. Las leyes de parejas de hecho, españolas, regulan el aspecto de la sucesión, pero el problema del intestado es el mismo. Además, no en todo el territorio existen leyes de parejas de hecho homosexual,<sup>6</sup> como ya mencionamos, lo cual en ciertos casos puede implicar un obstáculo para acceder a la protección de los derechos reconocidos a las parejas homosexuales.

Por otra parte, contamos con aquellos que están de acuerdo y apoyan la ley de matrimonios homosexuales.

Entre los argumentos que esgrimen quienes apoyan la ley, se encuentra el que enuncia que permitir el matrimonio entre homosexuales es cumplir con un mandato constitucional. Se evidencian entre otros, el interés en garantizar el goce y ejercicio plenos de los derechos a la igualdad y la no discriminación en y ante la ley a los grupos homosexuales y lésbicos, en particular a las parejas, y por supuesto el respeto a la dignidad de las personas; uno de los criterios

<sup>6</sup> Se han expedido las leyes de Navarra, Cantabria, Valencia, Madrid, Baleares, Asturias, Andalucía, Extremadura, el País Vasco, Cataluña y Aragón.

que pensamos llevó al planteamiento de las reformas al Código Civil y no a una legislación específica sobre matrimonio homosexual.

Igualmente se señala que parejas de homosexuales que han vivido o viven juntas como matrimonio tienen derecho a la seguridad jurídica que implica el poder ejercer ciertos derechos derivados del reconocimiento de la vida en común que se comparte como, por ejemplo: una pensión por viudez y a ser herederos legales de la pareja, los derechos relativos a la nacionalidad y al trabajo.

Como es obvio y natural, uno de los grupos que ha presentado gran oposición es el de la iglesia católica, la que argumenta, naturalmente, que la regulación que se está haciendo de estas uniones no es en defensa de derecho humano alguno, sino que por el contrario se está actuando contra natura, lo que genera relaciones disfuncionales en los individuos y en las sociedades. Las realidades de hecho superan en muchas ocasiones los ideales y estándares sociales, culturales, jurídicos y religiosos que se quieren mantener, independientemente de los argumentos que se tengan para aceptar o rechazar a aquellas; es necesario que el orden jurídico regule las nuevas formas de convivencia para garantizar igualdad, seguridad jurídica y todos los derechos fundamentales a los miembros de la sociedad.

Los grupos menos radicales afirman que la oposición de la iglesia limita la autonomía de la vida política y obviamente interfiere con la organización jurídica y social de algunas instituciones, en este caso la familia, célula fundamental de la sociedad.<sup>7</sup>

### III. LEY POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

#### 1. *El proceso de aprobación*

El proceso de esta ley ha sido largo, el camino comenzó cuando el grupo parlamentario mixto (BNG) presentó la propuesta para la expedición de una ley, ante el congreso, en la que establecía la reforma del Código Civil de forma que se reconociera la celebración del ma-

<sup>7</sup> Para más información, véase <http://www2.jornada.unam.mx/2005/may05/050511/040n1soc.php> (consultada el 19 de mayo de 2005).

trimonio entre personas del mismo sexo. La iniciativa tenía como objeto lograr la igualdad jurídica entre las relaciones de pareja, independientemente de la orientación sexual, alcanzándose de esta forma la máxima equiparación entre las uniones formales heterosexuales y homosexuales.<sup>8</sup>

El 10. de octubre de 2004, el Consejo de Ministros aprobó el anteproyecto de Ley que modificaba el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, para regularlo entre personas del mismo sexo, y en su última reunión del año, en diciembre, acordó el envío de la iniciativa a las Cortes Generales, las que aprobaron el proyecto y lo publicaron en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, siendo turnado por éstas al congreso el 12 de enero del mismo año.

Posteriormente, el congreso celebró un debate sobre el proyecto, y luego se presentaron propuestas para una enmienda total al proyecto, puesto que algunos miembros del congreso consideraban que tal equiparación al matrimonio heterosexual no constituía una vía apropiada, como sí podía serlo una legislación particular para el caso, con los problemas que ya mencionamos.

En este mismo orden de ideas, el 17 de marzo de 2005, como resultado del debate se rechazaron las enmiendas propuestas, y se dio inicio al trámite para la promulgación de la ley que reforma el Código Civil para permitir el matrimonio homosexual. Es así que el 21 de abril del mismo año, el Pleno del Congreso de los Diputados aprueba el proyecto de ley por el que se modifica el Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pasó a la siguiente etapa que consistía en la aprobación del Senado. El paso por esta cámara tampoco fue fácil, se presentaron desde el inicio propuestas de enmienda, y finalmente de veto a la iniciativa de ley. Para evitar el veto se propusieron alternativas por parte de los opositores, entre las que se encontraron que la regulación de las uniones se realizara al margen de la institución matrimonial; que se eliminara la posibilidad de adoptar para este tipo de parejas; así como que se regulara el derecho a la objeción de conciencia para los funcionarios del registro civil.

<sup>8</sup> Para más información véase, [http://premium.vlex.com/actualidad/Actualidad\\_vLex/Matrimonios\\_entre\\_personas\\_mismosexo/2100-211301,01.html](http://premium.vlex.com/actualidad/Actualidad_vLex/Matrimonios_entre_personas_mismosexo/2100-211301,01.html)



El 31 de mayo comenzaron los trabajos en el Senado sobre el debate, en ponencia, del proyecto de ley; en el seno de la Comisión de Justicia se presentaron dos propuestas de veto, la del Partido Popular y la de los democristianos de Unión (Grupo Catalán de CIU), las que serían debatidas en junio, y acto seguido, el texto pasaría a ser votado por el pleno de la Cámara de Senadores, y se daría a conocer el resultado el 22 de junio de 2005. El pleno del Senado vetó, con mayoría absoluta, el proyecto de ley. El proyecto en estos términos fue devuelto al Congreso de los Diputados, quienes resolverían en la última instancia sobre el futuro de la ley. Así las cosas, el 29 de junio de 2005, el Congreso de los Diputados levantó el veto a la ley, aprobando la normativa que extiende el derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo, y además les otorga la posibilidad de adoptar.

A la fecha, los únicos países que regulan este tipo de matrimonio hasta el momento son Holanda, Bélgica, ahora España y Canadá.

## 2. *Contenido de la ley*

La ley se presenta con una exposición de motivos y un artículo único que se divide en 17 numerales, una disposición adicional única, una disposición final primera y finalmente una disposición final segunda.

Del texto se puede concluir que no es una ley, o más bien no se trata de una ley especial para las uniones entre homosexuales, sino un proyecto de reformas en materia de matrimonio al Código Civil.

### A. *Exposición de motivos*

En la exposición de motivos se hace mención, como antecedente, a la resolución del Parlamento Europeo de 1994 en el sentido del deber de los Estados parte de eliminar todo impedimento legal para el reconocimiento y regulación del matrimonio entre homosexuales.

También se expresa que forman parte de la naturaleza humana las relaciones y la convivencia de pareja, elementos importantes, no indispensables para el desarrollo de la persona y de la personalidad social. Que este tipo de relaciones de siempre han estado reguladas co-

mo derechos fundamentales y como elementos esenciales para el orden social, y como tal, regidas y reconocidas por la Constitución a través de la figura del matrimonio, institución jurídica que garantizará el ejercicio y goce del derecho a una vida en pareja, cuyos efectos estarán regulados y protegidos por el orden jurídico.

Señala que son la Constitución y la ley secundaria, aplicable, las que regulen, considerando la evolución y circunstancias históricas y sociales prevalecientes, la institución del matrimonio, señalando las características y condiciones necesarias para poder contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico.

Igualmente, que los antecedentes de la legislación en materia de matrimonio, al tener como modelo el Código de Napoleón y de acuerdo con la realidad de la época, sólo planteaba la posibilidad de contraer matrimonio entre parejas de diferente sexo, elemento que se ha establecido como requisito para contraer nupcias, ya se tratara de matrimonio civil o religioso.

Se afirma que ello no obsta para que el legislador considere los cambios y las necesidades de las sociedad actuales y los modelos de familia y convivencia que se han venido gestando, con mucha más fuerza, en las últimas décadas y quizás afirmaríamos del nuevo siglo. E igualmente se señala, que ello obliga al legislador a actuar y a regular tales fenómenos evitando así la violación a derechos, la discriminación, la violencia y el generar un orden jurídico que violente el principio de generalidad del derecho.

Se afirma que las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo en España han tenido una creciente aceptación y reconocimiento, lo que se refleja en la ideología social, en tanto se ha logrado, como se señala, superar prejuicios y estigmatizaciones, los que, como sabemos, forman parte de una estructura social y de las desigualdades.

También se reconoce en este instrumento que cada día son más las parejas del mismo sexo que optan por vivir juntos, como en matrimonio, puesto que el derecho no reconoce estas uniones, para prestarse ayuda mutua, asistencia y apoyo emocional y económico, bajo las premisas de una unión basada en el afecto y, por supuesto, de orden privado.

Obviamente se habla de una discriminación, no sólo en España, sino en todo el mundo, dirigida a las personas homosexuales y la cual es necesario eliminar, para lo cual el legislador debe actuar en consecuencia, acción que en España, éste último, a decidido implementar de manera que, de ahora en adelante, sea posible que las uniones entre homosexuales puedan ser reconocidas también como matrimonios, y tengan los mismos efectos y reconocimiento que éste, a través de una ley que modifica las disposiciones relativas al matrimonio para reconocer el matrimonio entre homosexuales.

La igualdad en el ejercicio y goce de derechos y libertades fundamentales es el fundamento de las reformas al Código Civil en materia de matrimonio, y del reconocimiento del matrimonio homosexual, sobre la base de que ello es indispensable para el desarrollo de la persona humana en igualdad de condiciones como todo ciudadano.

El Código Civil como ordenamiento que regula la célula primaria de la sociedad y las relaciones que en ella se dan, es la justificación de la iniciativa de ley y en la promulgación de la misma, y por ello se efectuó un análisis sobre la constitucionalidad de la ley, y se estableció que la diversidad de las relaciones humanas deben ser considerados por el legislador en su función, y en particular respecto a la regulación de los matrimonios homosexuales.

Con estas reformas, el matrimonio como institución y su regulación no cambian en el fondo y naturaleza, lo único que se hace es abrir la puerta para que en las mismas condiciones que los heterosexuales, lo celebren las personas con preferencia sexual por los de su mismo sexo. Jurídicamente la institución y sus fines no son modificados, por lo que sus efectos serán los mismos para todos los que lo contraigan.

#### B. *Reformas al articulado del Código Civil*

Las reformas están dirigidas a aquellas disposiciones que hacen referencia al matrimonio y a aquellas que hacen referencia al sexo o integrantes del matrimonio, con el fin de adecuarlos y reconocer los derechos y obligaciones derivados de él para los miembros de la pareja homosexual.

Las reformas comienzan por enfocarse en el título relativo al *matrimonio*. El primer artículo reformado fue el que señalaba el derecho a contraer matrimonio y que se encuentra en el capítulo relativo a los requisitos para contraer matrimonio. En este sentido, el Código Civil español señalaba:

#### Artículo 44

El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código.

Sobre la costumbre y el rigor de la acepción del matrimonio, que tenía como base la unión de personas de distinto sexo, el artículo plantea, limitativamente, que el derecho reconocido a contraer matrimonio sólo puede ser ejercido por un hombre y una mujer que han decidido hacer vida en común bajo la sanción del Estado.

Con las reformas realizadas a partir de la promulgación de la Ley por la que se Modifica el Código Civil en Materia del Derecho a Contraer Matrimonio, el artículo 44 quedó de la siguiente forma:

#### Artículo 44

El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código.

*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.*

La siguiente disposición reformada se encuentra en el capítulo relativo a los derechos y deberes de los cónyuges, y en particular se trata de la que establece la igualdad entre los mismos frente a la ley y en la ley.

El artículo decía:

#### Artículo 66

El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes.

Con las reformas en el artículo, se eliminan las denominaciones diferenciadas relativas a marido y mujer, que obviamente aluden a una

pareja heterosexual, y lo modifican de manera que sea incluyente, independientemente del sexo de los consortes o cónyuges.

La reforma queda de la siguiente forma:

#### Artículo 66

*Los cónyuges son iguales en derechos y deberes.*

Dentro del mismo capítulo se reforma el artículo relativo al deber de respeto entre los cónyuges y el de ayuda recíproca que se deben entre sí los mismos y para con la familia. La reforma nuevamente elimina los términos diferenciados por sexo. Así las cosas, el artículo decía:

#### Artículo 67

El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.

De tal forma que la disposición queda como sigue después de la reforma a las disposiciones en materia de matrimonio:

#### Artículo 67

Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.

Las siguientes reformas se encuentran en el título sobre las *relaciones paterno filiales*, en el capítulo de las disposiciones generales. El primer artículo reformado es el que se refiere a la patria potestad y los deberes con respecto a los hijos. La reforma, como en los anteriores casos, sólo consiste en eliminar la diferenciación por sexo del padre y de la madre.

El artículo decía:

#### Artículo 154

Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2. Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.

Como se observa, la parte que resulta esencialmente necesario transformar es aquella en la que se identifica expresamente los roles sexuados de los progenitores, puesto que el resto del artículo no hace alusión a los sujetos de forma determinada.

El artículo después de la reforma queda de la siguiente forma:

#### Artículo 154

Los hijos no emancipados están bajo la potestad *de sus progenitores*.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2. Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.

En el mismo capítulo, es decir, el de disposiciones generales se reforma otro artículo el que se modifica en cuanto a la referencia que se hace de los padres nuevamente.

El artículo antes de la reforma se encontraba redactado de la siguiente forma:

#### Artículo 160

El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

El artículo posterior a las reformas queda adecuado a las necesidades de las parejas homosexuales al quedar de la siguiente forma:

#### Artículo 160

*Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.*

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

La siguiente reforma se da en el marco del capítulo relativo a *los bienes de los hijos y de su administración*, y nuevamente se elimina la referencia a los padres de forma sexuada; el artículo decía:

#### Artículo 164

Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria.

Se exceptúan de la administración paterna:

1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.

2. Los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un Administrador judicial especialmente nombrado.

3. Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.

A partir de la reforma, se modifica el numeral 2 del artículo, en cuanto a los bienes administrados por quienes ejercen la patria potestad en primer término, expresado a continuación:

#### Artículo 164

Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria.

Se exceptúan de la administración paterna:

1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.

*2. Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieren sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.*

3. Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.

De las modificaciones en la parte relativa a las obligaciones paterno-filiales, se observa una buena intención de seguir el mismo criterio



que en el matrimonio, de hablar podríamos decir en términos neutros, de “los consortes”, “los cónyuges”, en el caso del capítulo que nos ocupa *los progenitores*.

*Progenie*. Casta, generación o familia de la cual se origina o desciende una persona. Descendencia o conjunto de hijos de alguien.

*Progenitor, ra*. Pariente en línea recta ascendiente (el padre y/o la madre).<sup>9</sup>

Esto quiere decir que, desde el punto de vista biológico o natural serán progenitores aquellos que sexualmente han aportado los elementos para la procreación de los hijos. Las definiciones proporcionadas permiten considerar también como progenitores a los adoptantes cuando dice: *Descendencia o conjunto de hijos de alguien, Pariente en línea recta ascendiente*. Lo cual permite, en ambos casos, que puedan ser progenitores los homosexuales. En un primer momento, atendiendo a cada caso concreto, tratándose de una unión homosexual, sea cual fuere el método utilizado para la procreación (maternidad subrogada, inseminación artificial, etcétera), sólo uno de los miembros de la pareja será progenitor por la vía natural, por la misma naturaleza de los elementos que se requieren para la fecundación, por lo que sólo por parte de uno se generarán efectos jurídicos derivados de la filiación y el parentesco, y el otro los tendrá que adquirir vía jurisdiccional. Claro que jurídicamente tal situación se puede subsanar, y sólo de una manera, mediante la adopción por el otro elemento de la pareja del hijo procreado de común acuerdo, sea cual fuere la opción tomada para la concepción. Entonces se puede hablar de progenitores, libres de todo prejuicio de género y atendiendo a la naturaleza de las relaciones que se pretenden regular.

En el caso de la adopción conjunta, por parte de la pareja homosexual casada, ambos tienen el carácter de progenitores.

Luego entonces, al hablar de progenitores, lo que se pretende es eliminar la diferenciación sexual de los padres.

Y es precisamente en el capítulo quinto, relativo a la *adopción*, donde se proponen nuevamente reformas a la legislación en materia de familia, con el fin de adecuarla por cuanto hace a las uniones homosexuales.

<sup>9</sup> *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Real Academia Española, 1992.

De tal forma que el artículo 175 decía:

Artículo 175

1. La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.

2. Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

3. No puede adoptarse:

1. A un descendiente.

2. A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

3. A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

4. Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.

Como se podrá observar, en los cambios hechos a este artículo, queda claro que, primero, la adopción por más de una persona sólo puede presentarse en los casos en que los adoptantes se encuentren casados de conformidad con lo estipulado en el código civil; respecto al matrimonio, a partir de esta ley, independientemente de la orientación sexual de los miembros de la pareja. También queda de manifiesto que en principio los homosexuales nunca han estado impedidos, por la legislación civil, para poder adoptar, puesto que la norma plantea una regla: cualquier persona, ya que no hace distinciones, puede adoptar siempre que tenga catorce años más que el adoptado y tener por lo menos veinticinco años al momento de adoptar, parece entonces que los impedimentos no son jurídicos.

Por otro lado, ello quiere decir que tampoco existe impedimento para que cuando una pareja homosexual hubiere decidido procrear un hijo, por cualquier método alternativo de fecundación en los tér-

minos ya expuestos y de conformidad a la ley, el otro miembro de la pareja pudiera adoptar, y además sin problemas respecto al consentimiento, a ese hijo decidido a procrear de *común acuerdo*, puesto que se encuentra dentro de la regla, es decir, cualquier persona que cumpla con los requisitos arriba señalados.

Quizás el problema mas grave en cuanto a adopción en el caso de los homosexuales, y que no es de carácter jurídico, se encuentra en otro supuesto al que se pueden enfrentar estas parejas, al igual que la heterosexuales, que consiste en cuando no se puede, por la razón que sea, procrear hijos, caso en el cual se acude igualmente a la adopción, simple o plena de un menor expósito o abandonado, susceptibles de ser adoptados en términos de ley, en este caso, por parte de la pareja homosexual unida en matrimonio. A partir de estas reformas, no existe problema jurídico por cuanto a este concepto, como tampoco en el caso de los heterosexuales casados. Creemos que este es el supuesto que más preocupa a los grupos que se oponen a la adopción por homosexuales, debido a los prejuicios de género que fundamentan, entre otros, el argumento de que se afecta la sexualidad de los menores.

Así las cosas, la reforma al artículo plantea la siguiente modificación:

#### Artículo 175

1. La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.

2. Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

3. No puede adoptarse:

1. A un descendiente.
2. A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

3. A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

4. *Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción, permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.*

Con las reformas, lo que se plantea es que mediante el reconocimiento y celebración de matrimonios homosexuales, los miembros de estas parejas tengan la posibilidad de adoptar conjuntamente. Es más, como lo dice la propia ley, la de entrar directamente en el supuesto, existiendo la regla ya mencionada del adoptante individual, de poder adoptar a los hijos que se tenga con la otra parte de la pareja homosexual, por cualquier método de fecundación asistida.

Nuevamente parece que los impedimentos para adoptar, por cuanto a los derechos de la pareja homosexual o de los homosexuales estrictamente, con y sin las reformas, se encuentran fuera de la legislación civil, quizás en la intervención de los criterios del Poder Judicial, que no quedan ajenos al prejuicio social y de género, o a los de las autoridades administrativas, en el mismo sentido, encargadas de realizar todos los trámites para la aprobación o no de la adopción.

Resulta pertinente comentar que en este caso particular, es decir, el de la adopción, existe otro punto de vista que contrapone los derechos fundamentales de éste grupo objeto de la presente ley, es decir, los homosexuales, frente a los de los niños; pero esto es materia de otro trabajo.

En este caso, como en todos en los que se encuentren las resoluciones en la situación de los menores, deberá privilegiarse y ser preponderante el interés superior de la infancia; sin embargo, hay que recordar que este concepto no es concreto, sino que implica siempre y como principio básico en la administración de justicia, considerar las características y circunstancias particulares de cada caso o de cada niño en el momento histórico, es a estos elementos que estarán sujetas las resoluciones en el mejor interés del niño. Así que en un lugar y circunstancias determinadas, para un niño puede resultar la adopción homoparental una posibilidad de familia en su mejor interés y para otros no.

Baste señalar por el momento que, aún antes del proyecto de reforma y de la promulgación de la ley, existe en España la posibilidad de que personas pertenecientes al grupo homosexual puedan adoptar, y salvo que se demostrara, en condiciones de igualdad con los matrimonios heterosexuales, que no es conveniente de conformidad con los supuestos específicos de la legislación aplicable, se tendrá que cumplir con la ley, salvo que se quiera correr el riesgo de caer en actos discriminatorios y violatorios de derechos fundamentales reconocidos por la misma.

Por otro lado, por cuanto hace al tema de los diferentes modos de adquirir la propiedad, regulado en el Código Civil, libro III, título II, se reforman disposiciones del capítulo III, relativo a *los efectos y limitaciones de las donaciones*. El artículo reformado es el 637 que a la letra dice:

#### Artículo 637

Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.

La reforma a este artículo, como sucedió en las disposiciones relativas al matrimonio, tiene como fin uniformar la legislación en el sentido de hacer referencia a los cónyuges o consortes, y no al marido y la mujer, dejando fuera toda consideración diferenciada por sexo de los sujetos a los que se dirige la disposición. De tal modo que, después de la reforma, el artículo queda de la siguiente forma:

#### Artículo 637

Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a *ambos cónyuges*, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.

De igual forma se proponen reformas al Código Civil en el libro cuarto, que trata *de las obligaciones y contratos*, por cuanto al tema del régimen económico matrimonial establecido en el capítulo primero.

El artículo 1323 se refiere a la transmisión de bienes y a la letra dice:

#### Artículo 1323

El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

Como resultado de la propuesta de reforma, se establece, respecto de los sujetos a los que va dirigida la norma, denominaciones que permitan la inclusión de cualquiera que contraiga matrimonio, sin importar el sexo o la orientación sexual de los mismos.

Como lo muestra el proyecto, el artículo se modifica de la siguiente forma:

#### Artículo 1323

Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

En el mismo libro, pero en el capítulo IV sobre *la sociedad de gananciales*, se realizan modificaciones, en el mismo sentido que en los artículos anteriores, en el artículo 1344 que a la letra dice:

#### Artículo 1344

Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla.

Con las reformas volvemos a la referencia de cónyuges, tendente a permitir la inclusión de aquellos que pueden invocar el artículo por haber contraído matrimonio. La reforma propone el siguiente texto:

## Artículo 1344

Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para *los cónyuges* las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla.

El mismo proceso se establece para los artículos 1361, 1365 y 1404, también relativos a la sociedad de gananciales en los que se establece:

## Artículo 1361

Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer.

Quedó, con la propuesta de reforma, en los siguientes términos:

## Artículo 1361

Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente *a uno de los cónyuges*.

## Artículo 1365

Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:

1. En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda.
2. En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios.

Si el marido o la mujer fueren comerciantes, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.

Quedó, con la propuesta de reforma, en los siguientes términos:

## Artículo 1365

Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:

1. En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda.

2. En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria *de los propios bienes*.

*Si uno de los cónyuges fuere comerciante*, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.

En el caso del artículo 1404, el artículo original establece:

#### Artículo 1404

Hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos.

Quedó, con la propuesta de reforma, en los siguientes términos:

#### Artículo 1404

Hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad *entre los cónyuges* o sus respectivos herederos.

Finalmente, por cuanto al articulado del Código Civil se refiere, se propone reformar el artículo 1458, que se encuentra en libro IV, título IV, relativo al contrato de compra y venta, en su capítulo II, denominado *de la capacidad para comprar o vender*. El artículo en cuestión señala:

#### Artículo 1458

El marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente.

Quedó, con la propuesta de reforma, en los siguientes términos:

#### Artículo 1458

*Los cónyuges* podrán venderse bienes recíprocamente.



Como resulta obvio, pueden existir otras disposiciones relativas a aquellos que contraen matrimonio, en el mismo código o en otras disposiciones aplicables que no han sido modificadas al tenor del reconocimiento del matrimonio entre homosexuales, por lo que se hace necesario una disposición específica en la que se señale que el mismo criterio de esta ley se aplicará a todas las disposiciones que los afecten, es decir, a los integrantes del matrimonio, por lo que se establece en el proyecto:

*Disposición adicional única:* Aplicación en el ordenamiento.

Las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

Como se observa, esta ley tiene como finalidad establecer las reformas necesarias a las disposiciones del Código Civil para la debida adecuación terminológica con referencia a los sujetos a las que se dirigen, en este caso utilizar la palabra *cónyuges* para referirse a aquellos unidos en matrimonio, independientemente del sexo y orientación sexual.

La realidad muestra que aún cuando en mucho a las parejas homosexuales les es aplicable la legislación, sin particularizar su situación, si existen algunas que los colocan en un estado de inseguridad jurídica en cuanto al goce y ejercicio de ciertos derechos, de los cuales son titulares por disposición constitucional, independientemente de su sexo u orientación sexual. El no considerar lo anterior genera sociedades con estructuras fuertes de desigualdad, no sólo jurídica, que llevan a prácticas discriminatorias que atentan contra el desarrollo integral de los gobernados, su calidad de vida y el reconocimiento de los derechos fundamentales.