

# ESPAÑA

## MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

### INTRODUCCIÓN

El matrimonio entre personas del mismo sexo fue legalizado en España en 2005, mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Con la aprobación definitiva de esta ley España se convirtió en el tercer país de la UE en legalizar el matrimonio homosexual después de los Países Bajos y Bélgica. Entre tanto se han aprobado leyes permitiendo uniones civiles de efectos similares en Suecia y el Reino Unido.

Dicha ley fue aprobada a pesar del informe negativo del Consejo de Estado y con la oposición de los partidos conservadores Partido Popular y la Unió Democràtica de Catalunya. Había también una fuerte oposición promovida y canalizada por la Iglesia Católica y el Partido Popular. Especialmente beligerante estuvo el Foro Español de la Familia que sacó un millón de personas a la calle en una manifestación en Madrid contra el proyecto de ley. Actualmente existe pendiente de resolución ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad contra la ley presentado por cincuenta diputados del Partido Popular.

Según datos del Eurobarómetro de diciembre de 2006 una mayoría de los ciudadanos de la UE (49%) rechaza que se autorice el matrimonio gay en todo el territorio comunitario, frente a un 44% que lo apoya. Por ello no es de extrañar que la ley que legaliza el matrimonio homosexual en España contaba y cuenta todavía con una fuerte oposición social, si bien en España la cifra de personas que respaldan las uniones de personas del mismo sexo se elevaba, según el mismo Eurobarómetro al 56%.

### LA SITUACIÓN ANTES DE LA LEY 13/2005

Durante la década de 1990, en algunas Comunidades Autónomas se habían venido aprobando legislaciones propias sobre parejas de hecho, que permitían a las parejas formadas por personas del mismo sexo registrar su unión y obtener algunos beneficios administrativos. Por entonces, la ley española permitía a personas solteras adoptar a menores. De esta forma, una pareja homosexual podía realizar una adopción de facto, pero el miembro de la pareja que no fuera el progenitor legal carecía de derechos si la relación terminaba o el progenitor legal fallecía. La competencia exclusiva para regular las formas de matrimonio corresponde según la Constitución española que establece el régimen de competencias entre Estado Central y Comunidades Autónomas, al Estado central, por lo que la mencionada legislación autonómica no podía otorgar a dichas parejas de hecho el estatus de matrimonio.

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

La Ley 13/2005 reforma el Código Civil en lo concerniente al derecho a contraer matrimonio.

En particular, esta reforma añade un segundo párrafo al vigente artículo, manteniendo el primer párrafo intacto:

**“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”.**

Las restantes modificaciones del Código civil efectuadas por la Ley 13/2005 van dirigidas a sustituir las expresiones de «marido y mujer» por «cónyuges», y «padre y madre» por «progenitores».

Como consecuencia de esta reforma, dos mujeres o dos varones pueden contraer matrimonio, y ese matrimonio tiene la misma naturaleza, requisitos y efectos que el que podían contraer, y tras la reforma pueden seguir contrayendo, una mujer y un varón.

Estos efectos se extienden a todas las materias en las que el matrimonio tenga relevancia: derecho de sucesiones, derecho de residencia, adopción de los hijos del cónyuge, efectos tributarios, derecho a no declarar contra el cónyuge, alimentos, separación, divorcio, etc.

#### MATRIMONIO CON PERSONA DEL MISMO SEXO DE NACIONALIDAD EXTRANJERA

Dada la circunstancia de que en la mayoría de los países aún no está legalizado el matrimonio entre homosexuales, la aplicación de la ley española, especialmente teniendo en cuenta la gran cantidad de extranjeros residentes, no está exenta de problemas. Había jueces que entendían que debían denegar la solicitud cuando en el país del contrayente extranjero el matrimonio entre personas del mismo sexo no estaba permitido o reconocido.

Sin embargo en julio de 2005 la Junta de Fiscales de Sala se pronunció a favor de esta posibilidad: el matrimonio sería válido de acuerdo con las leyes españolas, pero no implicaría una validez automática en el país de origen del contrayente extranjero. A juicio de la Fiscalía, y dado que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles (artículo 27 del CC), salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados, la capacidad de contraer matrimonio debe extenderse a las parejas de extranjeros que residen en España y que cumplan el resto de los requisitos exigidos por la ley española.

La Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, plantea la cuestión de si pueden válidamente contraer matrimonio entre sí, dos personas del mismo sexo, siendo una de ellas española y la otra extranjera y si, en caso afirmativo, tienen competencia para ello no sólo las autoridades españolas (Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes), sino también los Encargados de los Registro Civiles Consulares en el extranjero.

Según el DIP español la capacidad matrimonial se ha de regir por la ley personal del individuo (Art. 9.1 CC) y resulta que el contenido de tal Ley puede mantener como

requisito esencial del matrimonio la condición heterosexual de sus miembros como sucedía en España hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

A pesar de ello, la citada resolución-circular concluye que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero, sin perjuicio en este último caso del obligado cumplimiento de los requisitos de forma y competencia.

En cuanto a la competencia de la autoridad española para celebrar el matrimonio, se requiere que uno de los contrayentes tenga su domicilio en territorio español o en la respectiva demarcación consular.

Dos extranjeros pueden contraer matrimonio en España siempre que, al menos, uno de los contrayentes tenga su domicilio en España.

Para celebrar el matrimonio en el extranjero ante la Autoridad consular española correspondiente, se requiere que al menos uno de los contrayentes tenga la nacionalidad española y al menos uno de los contrayentes esté domiciliado en la demarcación consular correspondiente. El Estado receptor del Cónsul no debe oponerse a que éste celebre matrimonios en su territorio. Puede oponerse en todos los casos (p.e. el Reino Unido) o sólo en los casos en que uno de los contrayentes sea nacional del país en cuestión (España misma, por ejemplo, considera nulo los matrimonios celebrados en las Representaciones Diplomáticas y Consulares acreditadas en España entre un extranjero/a y un español/a).

Por un deber de respeto y no vulneración del ordenamiento jurídico del país de acogida, los Cónsules españoles deben abstenerse por falta de competencia, de autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo en caso de que a ello se opongan las leyes del Estado receptor. Sí que tendría competencia para instruir, como Encargado del Registro civil del domicilio del promotor, el expediente previo para la celebración del matrimonio, de tal modo que la prestación del consentimiento, por delegación del instructor, se realice ante el Encargado en España de otro Registro Civil.

Finalmente la misma resolución-circular establece que han de reconocerse en España los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados ante autoridad extranjera antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

## ADOPCIÓN

Según el arriba citado Eurobarómetro de diciembre de 2006, la cuestión de la adopción de niños por parte de parejas gay, es más controvertida que la del matrimonio entre personas del mismo sexo en sí. El rechazo llega al 61% de media en toda la Unión Europea, mientras que en España llega al 42%.

En cuanto a la adopción por parte de un matrimonio entre personas del mismo sexo ya hemos indicado que es legal en España al equiparse totalmente el matrimonio entre dos personas del mismo sexo y el matrimonio entre hombre y mujer. Anteriormente a la

aprobación de la ley 13/2005, en España diversas Comunidades Autónomas ya permitían la adopción conjunta a las parejas de hecho.

El 16 de marzo de 2007 se publicó en el Boletín Oficial de Estado la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Esta ley resolvía, en su disposición adicional primera, un vacío legal derivado de la redacción de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, que impedía que los niños nacidos en el seno de un matrimonio entre mujeres lesbianas no podían ser legalmente reconocidos por la madre no biológica, que debía entonces iniciar costosos y largos trámites de adopción, cosa que no ocurre con los matrimonios heterosexuales. La modificación establece que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.

El motivo principal de la citada ley, antes llamada de identidad de género, era permitir a las personas transexuales realizar un cambio registral de nombre y sexo sin necesidad de una operación quirúrgica ni una resolución judicial.

## CONCLUSIÓN

España cuenta hoy por hoy en esta materia con una de las legislaciones más progresistas de todo Europa, uniéndose a países como Bélgica, Suecia y Holanda, de una más larga tradición en cuanto al respeto y promoción de los derechos civiles.

Y ello a pesar de un claro y activo rechazo de parte de su población (católica) y del primer partido de la oposición, el Partido Popular, que ha votado sistemáticamente contra todas las iniciativas legislativas presentadas en tal sentido por el gobierno socialista actualmente en el poder, que las ha promovido junto con los grupos minoritarios en el congreso.

Eurojuris  
Grupo ibero-francófono  
Riga, mayo de 2007

*Yvonne M. C. Lasance  
Abogada  
Intérprete jurada*

*Plaza Archiduque Carlos, 5 – 3º -10ª  
03700 DENIA (Alicante)  
Tel. 0034 – 96 578 36 49  
Fax. 0034 – 96 578 23 19*

E-Mail: [yvonne.lasance@batalleradvocats.es](mailto:yvonne.lasance@batalleradvocats.es)