

LA LLEI 13/2005, D'1 DE JULIOL, PER LA QUAL ES MODIFICA EL CODI CIVIL EN MATÈRIA DE DRET A CONTRAURE MATRIMONI

Dra. Miriam Anderson
Dra. Lúdia Arnau Raventós
Professores Lectors de Dret civil

SUMARI: 1.- Introducció; II. La qüestió competencial; III.- La tècnica legislativa emprada; IV.- La determinació de la filiació; V.- L'adopció conjunta per part de parelles de fet homosexuals; VI.- L'ordre dels cognoms; VII.- Qüestions de dret internacional privat.

I. INTRODUCCIÓ

Més enllà del ressò mediàtic que ha despertat, abans i després de la seva promulgació, la Llei 13/2005, d'1 de juliol, per la qual es modifica el Codi civil en matèria de dret a contraure matrimoni, el cert és que, sota una aparent senzillesa tècnica, amaga també qüestions d'indubtable rellevància jurídica. En aquestes pàgines se'n pretén només oferir un esbós.

II. LA QÜESTIÓ COMPETENCIAL

L'extensió de la institució matrimonial a unions de persones del mateix sexe, juntament amb l'ambigua previsió de la Disposició Final Primera de la Llei, condueix a replantejar la coneguda discussió respecte al que hagi d'entendre's com a *formes* del matrimoni al context de l'article 149.1.8 de la Constitució espanyola.

Efectivament, aquest precepte reserva al legislador central una competència exclusiva per a la regulació de les formes del matrimoni, però no les defineix, la qual cosa desperta la necessitat d'esbrinar si en aquest marc les formes del matrimoni són les formalitats de celebració o bé els tipus o classes d'unio matrimonial als quals l'ordenament civil atorga eficàcia i en quines condicions, és a dir, el sistema matrimonial¹. Però, a més, la promulgació de la Llei 13/2005 podria obrir un debat mai aprofundit sobre la competència per a regular els requisits de capacitat (relativa) per a contraure matrimoni o bé per a definir els pressupòsits de la institució, que segurament assoleixen la categoria d'elements conformadors de l'ordre públic.

Pel que fa a la primera qüestió, entenem, en la línia del que ha afirmat la DGRN², que la configuració del matrimoni amb independència del sexe dels contraents no comporta una alteració dels requisits de capacitat matrimonial, com si ara s'estengués també a les persones homosexuals, sinó que es tracta més aviat d'una circumstància (la irrellevància dels sexes) que defineix la institució matrimonial. Per aquest motiu, les antigues regulacions catalanes relatives al divorci³ no poden servir-nos de precedent per a fonamentar una eventual competència autonòmica en la matèria.

¹ En aquest punt cal considerar l'article 32 CE, que estableix que: "*La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*". D'altra banda, convé recordar que el Capítol III del Títol IV del Llibre I del Codi civil s'intitula "*De la forma de celebració del matrimonio*".

² Resolució-Circular de 29 de juliol de 2005 (BOE núm. 188, p. 27187, de 8 d'agost de 2005). Sobre aquesta resolució, podeu veure el darrer epígraf d'aquest comentari.

³ Ens referim, en concret, al Decret de la Generalitat de Catalunya, de 23 de desembre de 1936 (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, 27 de desembre de 1936).

Sembla, doncs, que, des del punt de vista de l'estructura del negoci matrimonial, la modificació operada per la Llei 13/2005 consisteix justament en eliminar un dels que, fins a la seva entrada en vigor, eren pressupòsits essencials del matrimoni: la diferència de sexes dels contraents. Per tant, la seva virtualitat rau en redefinir els perfils intrínsecs de la institució, tal i com sembla avançar l'Exposició de Motius I.3. final, en comentar que els codis dels dos darrers segles ni tan sols van incloure una prohibició expressa del matrimoni entre persones del mateix sexe, atès que en cap cas es consideraria que la relació entre persones del mateix sexe pogués donar lloc a una relació jurídica matrimonial. Amb aquestes paraules, el legislador recorda la categoria de la inexistència matrimonial, posteriorment estesa a la resta de negocis jurídics, però sorgida justament per a explicar l'exclusió d'aquestes unions dels matrimonis regulats pel codi napoleònic de 1804.

Atesa aquesta conclusió, no sembla que cap Comunitat Autònoma tingui intenció de qüestionar la competència central exclusiva per a regular aquesta extensió del dret a contraure matrimoni, amb independència que s'incloguin o no aquests trets definitoris bàsics de la institució en l'expressió *formes del matrimoni*⁴.

Per això sorprèn la redacció de la Disposició Primera de la Llei 13/2005, a la qual, en recollir-se el títol competencial, s'estableix que: *“Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el artículo 149.1.8ª de la Constitución española 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.”*

Al Projecte presentat a les Corts espanyoles la Disposició acabava amb la remissió a la Constitució. La redacció finalment aprovada prové d'una esmena, la número 11, del PNV, que es justificava com a reserva de la competència pròpia per a la regulació de les unions o models de convivència diferents del matrimoni i com a salvaguarda de la vigència de les lleis autonòmiques de parelles de fet⁵. La previsió, no obstant i per tot el que s'ha dit en les línies que precedeixen, sembla supèrflua⁶, en la mesura que ni les Comunitats semblen qüestionar la competència estatal en aquest punt, ni el seu exercici condueix a cap interferència amb la regulació present o futura de les unions estables de parella, sens perjudici, evidentment, que la seva utilitat pugui resultar discutida, des del moment en què s'obre la possibilitat de contraure matrimoni a persones que abans no hi podien aspirar.

III. LA TÈCNICA LEGISLATIVA EMPRADA

L'Exposició de Motius presenta la reforma com un desenvolupament legítim, a l'empara de la realitat social imperant, de la garantia constitucional del matrimoni, entès com a institució jurídica socialment rellevant que permet dur a terme la vida en comú de

⁴ Es planteja la qüestió, conclouent que es tracta d'una competència estatal exclusiva, GARCÍA RUBIO, M.P. “La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”. *La Ley*, 2005, núm. 6359, 15 novembre de 2005, I.

⁵ BOCG, Sèrie A, Núm. 18-5, de 15 de març de 2005.

⁶ En el mateix sentit, GARCÍA RUBIO, *ob.cit.*, nota 7.

la parella. L'obligació de regular el matrimoni i la facultat de fer-ho segons convingui als que en cada moment siguin els valors superiors de l'ordenament condueixen el legislador a definir la institució recollida a l'article 32 de la Constitució d'acord amb el que ordenen altres preceptes del text, com ara els articles 9.2 i 10.1 (lliure desenvolupament de la personalitat), 11 (preservació de la llibertat pel que fa a les formes de convivència), o 14 (per a l'establiment d'un marc d'igualtat real respecte al gaudi de drets sense discriminació per raó de sexe, d'opinió o de qualsevulla altra condició personal o social).

Igualment, la tècnica legislativa emprada per a dur a terme aquesta important reforma del Dret de família és explicada a la pròpia Exposició de Motius (II.4,5,6 i 7) i es concreta en afegir un segon paràgraf a l'article 44 del Codi Civil espanyol i en procedir a l'adaptació terminològica dels preceptes del mateix text legal que es referissin al matrimoni o al sexe dels cònjuges. La clau de tancament de la reforma es trobaria, en paraules del propi legislador, a la Disposició Addicional Primera, que obliga a entendre tota referència al matrimoni, dins o fora del Codi Civil espanyol, amb independència que els seus integrants siguin del mateix o de diferent sexe⁷.

El nou segon paràgraf de l'article 44 és en realitat una declaració de correcció política i de no discriminació, que, no obstant, no expressa literalment el dret a contraure matrimoni per part de parelles del mateix sexe. Contràriament, la norma es presenta com a regla d'interpretació del seu primer paràgraf, eliminant qualsevol dubte respecte a la inclusió en aquest darrer dels matrimonis homosexuals⁸. Resulta clar, doncs, que l'home i la dona tenen dret a contraure matrimoni, sense que es pugui entendre que el tenen única i exclusivament *entre ells*⁹.

Pel que fa a les restants adaptacions terminològiques, consisteixen generalment a substituir "*marido y mujer*" per "*cónyuges*" (articles 66, 67, 637, 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1365, 1404, 1458) i "*padre*" i "*madre*" per "*progenitores*" (articles 154, 178.2). Però en aquest darrer punt no hi ha un criteri únic: així, si bé al referit article 154 es produeix la substitució apuntada, a l'article 160 el terme "*progenitores*" substitueix l'expressió "*titulares de la patria potestad*", i, en canvi, a l'article 164.2, es substitueix "*padre, madre o ambos*" per "*uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad*", amb la qual cosa sembla que l'expressió que es volia eradicar a l'article 160, es recupera al 164.2. El caràcter vacil·lant i incomplet de l'anunciada adaptació terminològica és palès i es desprèn no només dels preceptes que s'acaben de referir, sinó també de molts altres, entre els quals destaquem el propi article 164.1, els articles 162 i 163, 108 i 110, 756.1 o 854.3, tots del mateix Codi Civil espanyol¹⁰. Tot això, agreujat pel fet que l'expressió "*progenitores*", que sembla l'escollida inicialment per a

⁷ Per a una relació de supòsits en els quals es produirà l'equiparació, vegeu PÉREZ CÁNOVAS, N. "El matrimonio homosexual". *Actualidad Civil* 2005, R 633, II.

⁸ Així s'expressa, en el fons, la pròpia Exposició de Motius (II. 6): "*En virtud de la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil, la acepción jurídica de cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo*".

⁹ No ens podem estar de notar també que d'aquest nou article 44.2 del Codi Civil espanyol guanyaria en redacció si s'hagués expressat en termes com ara: "*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos tanto si ambos contrayentes son del mismo o de distinto sexo*".

¹⁰ Per a altres exemples en què no s'ha procedit a la necessària adaptació terminològica, LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J.F. "La reforma matrimonial (I): el matrimonio de personas del mismo sexo (Comentario a la Ley 13/2005)". *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 13/2005, 2005 (BIB 2005/1519)

substituir els termes “*padre y madre*”, té sens dubte una connotació biològica que s’allunya per moments de l’actual concepció legal de la filiació.

D’altra banda, com a modificació no explicada a l’Exposició de Motius i que segurament respon a l’intent de donar cobertura legal a les situacions en què un dels membres de la parella actua com a progenitor de fet dels fills de l’altre, es dóna nova redacció a l’apartat 4 de l’article 175¹¹, en el sentit de permetre que l’adopció per part dels cònjuges pugui tenir lloc de manera no només simultània o conjunta, sinó també successiva i d’incloure la previsió conforme a la qual el matrimoni posterior a l’adopció permet que el cònjuge adopti els fills del seu consort.

Igualment, va més enllà de la mera modificació terminològica la reforma de l’article 178.2.2^a, que a l’actualitat permet que, si la filiació està determinada només respecte a un dels progenitors, una altra persona –no necessàriament de sexe diferent a aquell la filiació del qual està determinada– pugui adoptar el mateix menor. L’article 178.2, que no es contemplava a l’avantprojecte i que segurament respon –tot i que només parcialment– a les crítiques formulades pel Consell d’Estat al seu dictamen¹², juntament amb l’anteriorment comentat article 175.4, són les normes que donen a entendre que és possible l’adopció conjunta per part de parelles homosexuals¹³. Això no obstant, aquesta afirmació no es pot fer automàticament extensiva pel que fa a les parelles no casades, com es comentarà a l’apartat V d’aquest mateix treball.

Aquestes darreres consideracions deixen entreveure que, malgrat que la tècnica legislativa emprada ens sembla en línies generals correcte (en el sentit que és millor modificar poc i adaptar la resta), hauria estat desitjable una major cura a l’hora de dur a terme la reforma, tant al terreny purament terminològic (per què en ocasions s’elimina l’expressió “*padres*” i en altres no, per exemple) com a l’àmbit substantiu i de fons, atès que la nova regulació planteja importants dubtes en temes tant crucials com són la determinació de la filiació, la possibilitat d’adoptar per part de parelles de fet homosexuals o l’ordre dels cognoms en les noves relacions que la Llei legitima¹⁴.

A aquestes qüestions es dediquen les línies següents.

IV. LA DETERMINACIÓ DE LA FILIACIÓ

El principal problema que sorgeix de la nova normativa deriva del fet que el legislador no es va proposar emprendre una reforma concordant de les regles de determinació de la filiació; va pensar només en donar entrada a l’adopció conjunta (i això encara amb problemes, com s’haurà de veure) però, sembla que de manera conscient, va voler evitar tota altra intromissió en matèria de filiació.

¹¹ L’antiga redacció de l’article 175.4, inici, establia que: “*Fuera de los casos de adopción conjunta, nadie puede ser adoptado por más de una persona*”.

¹² Dictamen del Consell d’Estat de 16 de desembre de 2004 (Referència 2628/2004 –Justícia)

¹³ I, justament amb l’argument de la desnaturalització del matrimoni, aquest va constituir l’altre fonament del veto del Senat (BOCG, Serie A, Núm. 18-11, de 28 de juny, p. 39).

¹⁴ A més d’aquestes qüestions, GARCÍA RUBIO, *ob.cit.*, apunta també altres problemes o buits de regulació, com pot ser l’aplicabilitat dels articles 960 i següents del Codi Civil espanyol.

L'Exposició de Motius II.6 explica que no es modifiquen els articles 116, 117 i 118 del Codi Civil espanyol per tractar-se de supòsits de fet que només es poden produir en casos de matrimonis heterosexuais. No obstant, si bé és cert que la presumpció de paternitat marital tal i com es troba dissenyada a l'actualitat no pot operar fora de supòsits en què el matrimoni estigui integrat per home i dona, això no treu que sigui pensable una reformulació que permeti donar entrada també als nous supòsits de matrimoni entre persones del mateix sexe.

Prenem com a exemple el cas, que serà freqüent a la pràctica, d'un matrimoni integrat per dues dones durant el qual neix un fill. Si la filiació no és deguda a l'ús de tècniques de reproducció assistida, es plantegen almenys tres interrogants importants, dels quals només un és resolt per la Llei 13/2005. En primer lloc, ens haurem de preguntar si i quins drets té el pare biològic respecte del menor: pot reconèixer la seva paternitat? Podrà reclamar-la amb èxit? En segon lloc, cal esbrinar si l'esposa que no ha engendrat el fill el pot adoptar; a aquesta qüestió dóna resposta positiva l'article 178.2.1^a del Codi Civil espanyol. I, finalment, tenint en compte que el fill ha nascut durant el matrimoni de la mare amb una altra dona, pot aquesta darrera reconèixer la seva maternitat?

La darrera és potser la pregunta més rellevant i a la qual es va mirar de donar resposta, sense èxit, durant la tramitació parlamentària de la Llei 13/2005.

Des d'un punt de vista tècnic i a manca de previsió legal expressa, sovint la solució que més ràpidament ve al cap és la que consisteix en afirmar que el reconeixement és una declaració de ciència relativa a un fet biològic, com ho és la procreació, i que per tant no es presenta com a instrument idoni per a donar cobertura a altres situacions on la veritat genètica manca de manera absoluta. No obstant això, creiem que les institucions jurídiques no són creacions inamovibles, sinó que funcionen tal i com el legislador vol que ho facin. En aquest sentit, res no impediria configurar el reconeixement com una declaració de ciència, però no d'una realitat biològica, sinó d'una realitat social, com ho és la relació mare-fill que es pot establir en aquests casos. Potser cal regular un consentiment previ, que sens dubte facilitaria les coses, però res no treu que es pugui reciclar la figura jurídica ja coneguda per a una nova finalitat social. Front d'això no val a replicar que no és possible reconèixer *el que no és*, perquè actualment la filiació ha deixat d'estar basada en la realitat biològica, per a estar presidida en la seva regulació per la noció de l'interès jurídic del menor i a recollir, en aquest context, les previsions relatives a les tècniques de reproducció assistida o, sense anar més lluny, la pròpia regulació de l'adopció, que està tan arrelada als ordenaments del nostre entorn que ni tan sols la veiem ja com una ficció jurídica; deu ser que el punt de partida, la repetida veritat biològica, ha estat desplaçat.

Si bé aquesta és una possible solució, *de lege ferenda* o bé fins i tot d'elaboració judicial, no se'ns escapa que l'íter legislatiu de la modificació de l'article 48 de la Llei del Registre Civil no sembla conduir a aquesta conclusió¹⁵. L'article finalment aprovat estableix que: "*La filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento*". No obstant, aquesta modificació procedeix d'una

¹⁵ El Projecte de Llei inicialment presentat pel Govern no incloïa cap reforma de la legislació del Registre Civil (BOCG Sèrie A, Núm. 18-1, de 21 de gener de 2005, p.1). Va ser l'esmena número 2, presentada per ERC, la que va conduir a l'establiment de certes modificacions, tot i que van quedar-ne fora aspectes essencials per a l'esmena (BOCG Sèrie A, Núm 18-1, de 15 de març de 2005, p. 11).

esmena d'ERC, que proposava incloure a continuació de la redacció transcrita que el reconeixement podria ser fet per un home o per una dona¹⁶. A la justificació de l'esmena es comentava que les reformes contemplades sobre el dret a la filiació compartida per part de persones del mateix sexe se centren en el dret d'adopció, oblidant el fet que la majoria de lesbianes poden concebre fills i volen compartir la filiació amb la parella; segons els promotors de l'esmena, si no es modificaven els articles 46, 48, 49 i 53 de la Llei del Registre Civil, es podria donar la paradoxa que per mitjà del matrimoni dues dones puguin ser considerades mares per al Registre Civil, sense necessitat d'adoptar¹⁷, però que dues dones no casades no podrien fer-ho, amb la qual cosa es retornaria als temps en què els fills eren considerats il·legítims si no naixien de parella casada i es produiria una discriminació de les parelles lesbianes respecte a les heterosexuales, que sí que poden reconèixer dos progenitors al Registre Civil, sense necessitat d'adoptar, encara que la concepció hagi tingut lloc per inseminació artificial.

Per tant, resulta clar que no es va voler aprovar en tota la seva amplitud la reforma proposada: el legislador va ser avisat de la incongruència, i es va abstenir d'esmenar-la. Però també és cert que la nova redacció de l'article 48 de la Llei del Registre Civil no impedeix tampoc estendre la possibilitat de reconeixement a la mare (si no, per què s'afegeix que la filiació paterna o materna constarà al marge de la inscripció de naixement: la filiació materna hauria de venir determinada directament pel part, i no per referència a la inscripció de matrimoni dels pares o a la inscripció del reconeixement, en la seva concepció tradicional; si no és així, s'haurà d'entendre que la consort de la mare pot almenys reconèixer).

Sigui com sigui, i reprenent el nostre exemple, és evident que el naixement ocorregut durant el matrimoni de dues dones també pot haver tingut lloc gràcies a la utilització de tècniques de reproducció assistida. També en aquest cas es reiteren els interrogants que s'acaben de plantejar, però ara hi podem afegir una nova incògnita: per a la utilització d'aquests procediments, cal el consentiment del cònjuge del mateix sexe (articles 6.3 i 8.1 de la Llei 35/1988, de 22 de novembre, de tècniques de reproducció assistida¹⁸)? El precepte no ha de distingir segons que els cònjuges siguin del mateix o de diferent sexe (tot i referir-se al *marit*), atès que, d'acord amb la Disposició Addicional Primera de la Llei 13/2005, tota referència al matrimoni s'ha de fer extensiva també als integrats per persones del mateix sexe. L'exigència de consentiment del cònjuge en l'àmbit de les

¹⁶ El text complet de l'article proposat establia que: "*La filiació paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los progenitores o por inscripción del reconocimiento. Dicho reconocimiento podrá ser realizado por un hombre o por una mujer*" (BOCG Sèrie A, Núm 18-1, de 15 de març de 2005, p. 12).

¹⁷ La qual cosa, desgraciadament, tampoc no veiem que sigui el resultat de la reforma. L'afirmació sembla fruit d'una lectura optimista del projecte. Si no operen les presumpcions de filiació matrimonial, difícilment hi haurà filiació determinada respecte a dues persones del mateix sexe si no és per la via de l'adopció.

¹⁸ I no sembla que el projecte de modificació de la Llei 35/1988 hagi pensat a donar solució als problemes que ara es presenten. Al projecte de llei, l'article 8 continuava referint-se al consentiment del marit (apartat 1) i del "varón no casado" (apartat 2) (BOCG, Sèrie A, de 13 de maig de 2005); les esmenes d'ERC (números 37 a 39) i d'IV-IU-ICV (números 23 i 27), que pretenien substituir la referència al "marit" per el "cònjuge" i la de l'home no casat per "persona no casada" (BOCG, Sèrie A, 28 de setembre de 2005, núm. 39-8) no van prosperar i el text finalment enviat al Senat (BOCG, Senat, Sèrie II, 27 de febrer de 2006, núm. 44) únicament difereix del projecte, pel que aquí interessa, en el canvi de títol de l'article 8, que ja no es refereix a la "filiació matrimonial", sinó més genèricament a la "determinació legal de la filiació", la qual cosa certament lliga més amb el seu contingut i és fruit de l'esmena número 72, presentada pel Grup Socialista.

tècniques de reproducció assistida sembla tenir almenys dos tipus de fonaments diferents: d'una banda, perquè determina la filiació, amb prohibició d'impugnar-la (article 8.1 de la Llei 35/1988) i, de l'altra, per una raó òbvia de protecció del menor que ha de néixer, ja que mal es podria garantir un entorn saludable per al seu creixement si el cònjuge volgués oposar-s'hi. Creiem, per tant, que el consentiment no es requereix només per a la determinació de la filiació, sinó també com a mesura per a la protecció de menors. Per tant, en l'exemple que estàvem considerant, sembla que també caldria exigir el repetit consentiment i, per extensió, entendre determinada la filiació, sobretot si estimem, com no pot ser d'altra manera, que aquesta s'estableix sempre en benefici del menor.

La Llei de tècniques de reproducció assistida es presenta també problemàtica quan la parella del mateix sexe no està casada: l'article 8.2 clarament es refereix al consentiment de *l'home* que convisqui amb la dona que se sotmet a les tècniques. Vol dir això que no cal el consentiment de la convivent del mateix sexe? Sembla que aquesta conclusió no té sentit en un marc jurídic on les parelles del mateix sexe, almenys quan estiguin casades, poden adoptar. Resulta evident que el legislador ha considerat que el creixement en el si d'una parella homosexual no és indicatiu de perjudici per al menor, per tant, la decisió d'acudir a l'ús de tècniques de reproducció assistida hauria de tenir també el seu reflex en l'exigència de consentiments i en la consegüent determinació de la filiació¹⁹. Però el problema de les parelles homosexuals no casades, com tot seguit es comentarà, no es limita a les tècniques de reproducció assistida, sinó que abasta també a l'adopció.

V. L'ADOPCIÓ CONJUNTA PER PART DE PARELLES DE FET HOMOSEXUALS

El Consell d'Estat també va fer notar al seu informe²⁰ que l'Avantprojecte de Llei elaborat pel Govern no contemplava la necessària harmonització amb la Disposició Addicional Tercera de la Llei 21/1987, d'11 de novembre, per la qual es van modificar determinats articles del Codi Civil i de la Llei d'Enjudiciament Civil en matèria d'adopció. D'acord amb l'esmentada norma, la possibilitat d'adoptar conjuntament no es limitava tan sols a les parelles casades, sinó que s'estenia igualment a les parelles no casades, sempre i quan estiguessin integrades per persones de diferent sexe²¹.

El text definitivament aprovat no contempla de manera expressa la derogació o l'ampliació d'aquesta previsió a les parelles de fet homosexuals i cal tenir en compte que aquest buit no es veu cobert per la legislació autonòmica, atès que només les lleis

¹⁹ En un sentit semblant, FARNÓS, E. i GARRIGA, M. “¿Madres? Pueden ser más de una (Tres casos recientes de la *Supreme Court* de California). *Indret* 4/2005, núm 306, octubre de 2005, on fan notar que permetre el consentiment previ té l'avantatge d'evitar els inconvenients que hi pugui haver degut, per exemple, a la mort de la convivent entre la fecundació i el naixement, atès que d'altra manera el nascut pot perdre drets successoris; a més, soluciona el problema de la mort de la mare durant el part i la manca de drets i deures de la convivent respecte al nascut. Sobre les modificacions previstes al respecte al Codi de Família de Catalunya, es pot veure l'incís final del referit treball.

²⁰ Dictamen del Consell d'Estat de 16 de desembre de 2004 (Referència 2628/2004 –Justícia).

²¹ En concret, la Disposició Addicional Tercera de la Llei 21/1987 estableix que: “*Las referencias de esta Ley a la capacidad del los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*”.

basca²², aragonesa²³, navarresa²⁴ i, més recentment, catalana²⁵ i càntabra²⁶, permeten l'adopció conjunta per part de parelles integrades per persones del mateix sexe.

Així doncs, en una primera aproximació sembla com si la parella homosexual, per tal de poder adoptar de manera conjunta i fora dels territoris que s'acaben d'enumerar, ha d'estar casada²⁷. Si no intervé el vincle matrimonial, només les parelles heterosexuales tindrien oberta aquesta possibilitat. A favor d'aquesta conclusió es pot acudir a la pròpia Disposició Addicional Primera de la Llei 13/2005, a contrari: si tota referència legal o reglamentària al matrimoni s'ha d'entendre aplicable amb independència del sexe dels seus integrants, aleshores resultarà que no cal dur a terme la mateixa extensió quan no intervingui vincle matrimonial i ens trobem simplement davant d'una parella de fet.

No obstant, no sembla que aquesta interpretació sigui coherent amb l'esperit de la reforma i més aviat dóna la sensació que la manca d'al·lusió a una possible modificació de la Disposició Addicional Tercera de la Llei de 1987 pot respondre a una voluntat política d'ajornar a un moment posterior la regulació de les parelles de fet d'àmbit estatal²⁸.

Resulta clar que el legislador ha volgut estendre als matrimonis homosexuals la possibilitat d'adoptar de manera conjunta; així es desprèn de l'Exposició de Motius II.4 –tot i que l'expressió no deixa de ser vaga²⁹- i del fet que s'ha considerat que, permetent el matrimoni, s'equiparen totalment en drets i deures els cònjuges integrants de parelles del mateix o de diferent sexe. Entre ells, destaca la possibilitat d'adoptar conjuntament. Sistemàticament, hauríem d'entendre que, superat l'escull de considerar perjudicial per al menor l'adopció per aquest tipus de parelles, el mateix ha de regir encara que no estiguin casades, si es manté la possibilitat per a les parelles de fet heterosexuales.

A més, l'article 178.2.2 del Codi Civil espanyol en la redacció que li ha donat la pròpia Llei 13/2005, sens dubte permet que el convivent –i pensem que ni tan sols exigeix la convivència- adopti el fill de la seva parella. Justament la modificació de 2005 ha consistit en l'eliminació del requisit, fins llavors vigent, que l'adoptant en aquest supòsit sigui de sexe diferent a aquell la filiació del qual està determinada. Aquest precepte, doncs, reflecteix sense cap mena de dubte que la voluntat del legislador va ser que dues persones no casades poguessin, a través del mecanisme de l'adopció, assolir la qualitat legal de pares o mares de la mateixa persona. No tindria sentit, en conseqüència, vedar l'adopció conjunta en aquest context.

VI. L'ORDRE DELS COGNOMS

²² Llei 2/2003, de 7 de maig, article 8.

²³ Llei 2/2004, de 3 de maig, article únic, que dóna nova redacció a l'article 10 de la Llei 6/1999, de 26 de març, de parelles estables no casades.

²⁴ Llei foral 6/2000, de 3 de juliol, article 8.

²⁵ Llei 3/2005, de 8 d'abril, de modificació del Codi de Família, la Llei d'Unions Estables i el Codi de Successions.

²⁶ Llei 1/2005, de 16 de maig, article 11.

²⁷ Així ho entenen FARNÓS i GARRIGA, *ob.cit.*; GARCÍA RUBIO, *ob.cit.*

²⁸ Sobre la qüestió GINEBRA MOLINS, E., "La parella de fet: estudi comparatiu dels aspectes civils de la regulació autonòmica", *Revista Catalana de Dret Privat*, núm.6, 2006 (en premsa).

²⁹ Es refereix a la *possibilitat de ser part en els procediments d'adopció*, que ja tenien en la legislació derogada, si bé només de manera individual.

Però els oblitats del legislador no s'esgoten en els que acabem de comentar. Malgrat l'existència d'un clar precedent en aquest punt en la nova redacció de l'article 128 del Codi de Família de Catalunya³⁰, el legislador central no ha previst quin ha de ser l'ordre dels cognoms en cas d'adopció per parella de persones del mateix sexe o quan s'hagi acudit a l'ús de tècniques de reproducció assistida, si és que s'entén que podrà quedar determinada la filiació en aquests casos sense necessitat de passar per l'adopció.

La Llei 13/2005 es limita a incloure la modificació de l'article 53 de la Llei del Registre Civil, que a l'actualitat estableix que: *“Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la ley ampara frente a todos”*, però no resol en quin ordre s'han d'assignar els cognoms. És evident que aquesta qüestió no es plantejarà quan ambdós progenitors estiguin d'acord i també serà improbable –i segurament descoratjador– que s'arribi a una adopció conjunta sense acord entre els adoptants respecte a l'ordre dels cognoms. Però aquesta circumstància pot produir-se quan ens trobem davant de supòsits en els quals s'hagi acudit a l'ús de tècniques de reproducció assistida, on l'acord per a dur a terme el procés pot haver-se esvaït al cap de nou mesos, quan es produeixi el naixement.

Segurament el legislador va entendre que no era funció seva regular l'ordre dels cognoms, atès que actualment els preceptes que s'hi dediquen es troben al Reglament del Registre Civil (en particular, l'article 194) i no a la Llei. I probablement té prevista una modificació reglamentària en aquest sentit, però no deixa de ser descoratjador que només set dies després de l'aprovació de la Llei es modifiqués l'article 191 del Reglament del Registre Civil, per mitjà del Real Decret 820/2005: no volem dir ni de bon tros que aquesta reforma no fos necessària, però sembla que es podia haver aprofitat per a incloure una norma de tancament per als casos de manca d'acord a l'hora d'establir l'ordre dels cognoms.

Aquest tipus d'actuacions fan pensar que, de vegades, especialment quan el canvi és de gran rellevància, una *vacatio legis* més llarga³¹ podria assegurar que els diferents operadors jurídics, en els seus respectius àmbits d'actuació, estiguessin a punt de rebre i gestionar la innovació³².

VII. QÜESTIONS DE DRET INTERNACIONAL PRIVAT

Pocs dies després de la publicació de la Llei 13/2005, la Direcció General dels Registres i del Notariat emetia una Resolució-Circular³³ en la qual responia a la qüestió respecte a si un matrimoni de dues persones del mateix sexe, una nacional i l'altra estrangera³⁴, podia considerar-se vàlid quan la llei del contraent estranger no admeti el matrimoni entre persones del mateix sexe.

³⁰ Redactat de conformitat amb l'article 5 de la Llei 3/2005, de 8 d'abril, de modificació del Codi de Família, la Llei d'Unions Estables i el Codi de Successions.

³¹ La Llei 13/2005 va entrar en vigor el dia següent a la seva publicació al BOE (Disposició Final Segona).

³² Contrastis aquesta situació amb la recent entrada en vigor (desembre de 2005) de les Lleis britàniques de parelles de fet i d'adopció (*Civil Partnership Act 2004 i Adoption and Children Act 2002*). Fa anàlogues reflexions, referint-se a la reforma belga, GARCÍA RUBIO, *ob.cit.*, nota 2.

³³ Resolució-Circular de 29 de juliol de 2005 (BOE núm. 188, p. 27817, de 8 d'agost de 2005)

³⁴ I entén aplicables les conclusions obtingudes també quan es tracti de dos estrangers.

El primer que es planteja la Direcció General és quina ha de ser la llei aplicable en matèria de capacitat matrimonial. Atès que la Llei 13/2005 no introdueix cap modificació a les normes de conflicte, semblaria d'entrada que ha de regir l'article 9.1 del Codi Civil espanyol i per tant, que la llei aplicable és la personal de cadascun dels contraents, de manera que s'exigiria que es complissin cumulativament els requisits de capacitat (entre els quals es pot incloure la inexistència d'impediments –articles 46 i 47 del Codi Civil espanyol) exigits per tots dos drets nacionals. No obstant, la Direcció fa notar que, si tenim en compte que l'article 9.1 data de la reforma del Títol Preliminar duta a terme pel Real Decret 1836/1974, potser hi hagi una llacuna en la matèria que ara ens ocupa, que la resolució mira d'integrar.

En aquest sentit, i havent descartat una eventual inconstitucionalitat sobrevinguda de l'article 9.1 del Codi Civil espanyol, la Direcció General afirma, d'una banda, que en casos com el que tracta podria arribar a entrar en joc l'excepció d'ordre públic espanyol per a excloure l'aplicació de la llei estrangera que impedeixi el matrimoni entre persones del mateix sexe³⁵. Per analogia, s'apel·la a altres supòsits en què s'ha arribat a idèntica solució, com ara en casos de llei estrangera que impedeixi el matrimoni entre persones de diferent religió o entre un transsexual que hagi canviat legalment de sexe amb una persona de diferent sexe legal³⁶.

Però la *ratio decidendi* de la Resolució es troba, en definitiva, en entendre que l'article 9.1 del Codi Civil espanyol no regeix per a decidir quina és la llei aplicable, atès que la diferència o identitat de sexes no es pot considerar pròpiament com un requisit de capacitat matrimonial, sinó que es configura en realitat com un element definidor de la institució. I no hi ha cap norma de conflicte que determini quina és la llei aplicable al matrimoni com a institució. Per tant, la Direcció General, a través d'una interpretació integradora composta de diversos criteris³⁷, conclou que ha de ser aplicable a aquests supòsits la llei espanyola³⁸.

³⁵ En sentit semblant, TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, J.A. “Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español”. *Actualidad Civil*, 2005, R 634; també GARCÍA RUBIO, *ob.cit.*, tot i que hauria preferit una previsió legal expressa al respecte.

³⁶ Expressivament, s'afirma que el Registrador espanyol no s'ha de convertir en guardià de la legislació estrangera i que, en tot cas, seran les autoritats estrangeres les que privaran d'eficàcia al matrimoni entre persones del mateix sexe celebrat a Espanya, però això no treu que pugui tenir validesa a l'Estat espanyol.

³⁷ Entre altres, destaquen: l'analogia amb les lleis autonòmiques de parelles de fet que usen com a criteri de connexió el veïnatge o la residència habitual; la proximitat *forum-ius*; el principi general del dret del *favor matrimonii*; la consideració del dret a contraure matrimoni com a dret fonamental; la seva vinculació amb el lliure desenvolupament de la personalitat; la necessitat d'interpretar les lleis d'acord amb la realitat social imperant; el criteri del Tribunal Suprem admetent el divorci d'espanyols casats amb estrangers nacionals de països que no admetien el divorci.

³⁸ La Resolució també estableix la necessitat de reconèixer a Espanya els matrimonis entre persones del mateix sexe celebrats a l'estranger abans de l'entrada en vigor de la Llei 13/2005, però té molta cura de precisar que aquest reconeixement no s'ha de fer extensiu a unions que no tinguin la consideració de matrimonials segons la llei sota la qual es van celebrar, malgrat atorgar un ampli ventall de drets als seus integrants. Atès que la Resolució menciona com a únics països que admeten els matrimonis homosexuals Bèlgica, Holanda i Canadà, caldrà veure què succeirà quan es vulgui fer valer com a matrimoni a Espanya un *civil partnership* constituït d'acord amb la Llei britànica de 2004 que, malgrat conferir drets pràcticament idèntics al matrimoni, rep una denominació diferent. Hem de reconèixer, però, que aquest no és un problema que hagin de resoldre les autoritats espanyoles, sinó l'Estat que ha volgut donar noms diferents a realitats jurídiques idèntiques.