

**Retos jurídicos de la Diversidad Familiar**  
**MÓNICA OLTRA JARQUE.**  
Abogada.

**Índice**

- 1. Cambios sociales vs. Cambios jurídicos. ¿La asincronía?**
  - 1.1 Los cambios sociales. De la familia a las familias.**
  - 1.2 Los cambios jurídicos y su relación con los cambios sociales.**
  
- 2. El marco jurídico.**
  - 2.1 La Constitución española**
  - 2.2 Las leyes de ámbito estatal**
  - 2.3 Las leyes de ámbito autonómico**
  - 2.4 Las leyes de ámbito internacional**
  - 2.5 El interés superior del menor**
  
- 3. Nuevos retos.**
  - 3.1. Cambios positivos**
  - 3.2. Cuestiones pendientes**
  
- 4. A modo de conclusión**

## 1. Cambios sociales vs. Cambios jurídicos. ¿La asincronía?

### 1.1 Los cambios sociales. De la familia a las familias.

En los últimos años se han producido grandes cambios tanto en la composición, como en la estructuración social. Esto ha afectado de manera muy acusada a la familia o mejor sea dicho: a las familias. En apenas 30 años hemos pasado de la familia *tipo o modelo* formada por matrimonio de hombre y mujer, hijos -más de tres-, y algún o algunos ascendientes conviviendo en el núcleo familiar a una multiplicidad de tipos o modelos familiares.

La familia tradicional tipo, retratada en la serie televisiva "*Cuéntame como pasó*" era el patrón de familia mayoritario. El modelo convivía casi exclusivamente con tipos de familia monoparentales o reconstruidas, por causa de viudedad (éstas familias con bastante incidencia según los períodos históricos, piénsese por ejemplo en la posguerra). Este modelo familiar único ha dado paso a múltiples tipos de familia tan distintas de la tradicional como diversas entre si. Si seguimos el símil televisivo los nuevos modelos de familia se retratan en series de actualidad como "*Los Serrano*" (familia reconstituida) o "*Aquí no hay quien viva*" (familias homoparentales).

Sin ánimo de ser exhaustiva y sólo a efectos de ejemplo -dado que este tema lo habrán abordado durante estas jornadas, con más profundidad y sabiduría los profesionales de la sociología y la psicología- podría enumerar distintos tipos de familia nuclear que conviven hoy por hoy en nuestra sociedad. Esta enumeración obedece a las relaciones jurídicas que se establecen en cada modelo de familia. Evidentemente desde el punto de vista sociológico por ejemplo, seguramente poco importa para definir la familia si existe o no vínculo matrimonial entre los progenitores, sin embargo las relaciones jurídicas sí son diferentes.

#### ***Familias sin hijos:***

- ⇒ Formadas por un hombre y una mujer, dos hombres o dos mujeres sin vínculo matrimonial.
- ⇒ Formadas por un hombre y una mujer, **dos hombres o dos mujeres** con vínculo matrimonial.

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**  
Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

***Familias con hijos:***

- ⇒ Familias monoparentales, formadas por padre o madre viudos, separados o divorciados e hijos/as.
- ⇒ Familias monoparentales formadas por mujeres que han emprendido la maternidad en solitario, biológica o adoptiva.
- ⇒ Familias monoparentales por padres que han emprendido la paternidad en solitario mediante una madre de alquiler en el extranjero o adoptiva.
- ⇒ Familias de hombre y mujer, **dos hombres o dos mujeres** con vínculo matrimonial y sus hijos comunes.
- ⇒ Familias de hombre y mujer sin vínculo matrimonial y sus hijos comunes.
- ⇒ Familias reconstituidas de hombre y mujer, dos hombres o dos mujeres sin vínculo matrimonial con hijos no comunes sino de relaciones anteriores, puede aportar hijos uno/a o ambos convivientes.
- ⇒ Familias reconstituidas con nuevo vínculo matrimonial de un hombre y una mujer, **dos hombres o dos mujeres** con hijos no comunes sino de relaciones anteriores, puede aportar hijos uno/a o ambos convivientes.
- ⇒ Familias reconstituidas de hombre y mujer, dos hombres o dos mujeres sin vínculo matrimonial con hijos no comunes sino de relaciones anteriores, puede aportar hijos uno/a o ambos convivientes, que además tienen hijo comunes.
- ⇒ Familias reconstituidas con nuevo vínculo matrimonial de un hombre y una mujer, **dos hombres o dos mujeres**, con hijos no comunes sino de relaciones anteriores, puede aportar hijos uno/a o ambos convivientes, que además tienen hijos comunes.
- ⇒ Familias de dos hombres sin vínculo matrimonial con hijo/s adoptado/s por uno de ellos pero constante la pareja.
- ⇒ **Familias de dos hombres con vínculo matrimonial con hijo/s adoptado/s por uno de ellos pero constante la pareja.**
- ⇒ Familias de dos hombres sin vínculo matrimonial con hijos biológicos de uno de ellos, pero no de relaciones anteriores sino por madre de alquiler en el extranjero.
- ⇒ **Familias de dos hombres con vínculo matrimonial con hijos biológicos de uno de ellos, pero no de relaciones anteriores sino por madre de alquiler en el extranjero.**

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**

Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

- ⇒ Familias de dos mujeres sin vínculo matrimonial con hijos biológicos, de una de ellas o de ambas engendrados constante la pareja o con hijos/as adoptados individualmente por una o ambas por separado.
- ⇒ **Familias de dos mujeres con vínculo matrimonial con hijos biológicos, de una de ellas o de ambas engendrados constante la pareja o con hijos/as adoptados individualmente por una o ambas por separado.**<sup>1</sup>

Evidentemente la cantidad de posibilidades que se han enumerado no significa que todos los tipos de familia tengan la misma incidencia social. Algunas tienen mucha incidencia social, otras tienen menos, otras casi nula, de algunas no tenemos datos fiables, otras son relaciones jurídicas posibles desde hace menos de un año..., pero desde el punto de vista del derecho, que es el que ahora nos ocupa, todas deben o deberían tener la misma consideración independientemente de su número. Todas son dignas de la misma protección.

Sólo hemos enumerado a modo de ejemplo y ya salta la vista el número de familias diversas que coexisten en nuestra sociedad. Seguro que no están todas y, desde luego, la sociedad no sólo se estructura en familias. No podemos obviar el incremento cada vez mayor de ciudadanos y ciudadanas que no optan por ninguno de los modelos de familia. Prefieren la vida en solitario.

A este respecto conviene traer a colación la encuesta del Instituto Nacional de Estadística sobre los cambios en la composición de los hogares entre 1991 y 2001. Es de señalar que estamos hablando de un período muy reciente y relativamente corto, lejos ya de los tiempos de la familia “*cuéntame*”. Pues bien, los hogares unipersonales, es decir, los que no optan por ningún tipo de familia, se han incrementado en el decenio referido un 81,9%. Sin embargo, la familia de corte tradicional con tres hijos o más, ha descendido un 41,7%. Las parejas de hecho se han incrementado en un 155%. También aumentan significativamente las personas de avanzada edad que viven solas (un 160% los mayores de 85 años) lo que consolida la apuesta de nuestra sociedad por la familia nuclear, frente al modelo anterior en que los ascendientes dependían de los hijos. Decrece el número de habitantes por hogar, consolidándose a su vez la bajada de la natalidad.

---

<sup>1</sup> Las negritas corresponden a las relaciones jurídicas nuevas, posibles a consecuencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que introdujo el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico.

Muchos son los factores que producen estos cambios sociales. Influyen factores de índole económica, el aumento de la renta, de construcción de cotas de bienestar que permiten la emancipación de nuestros mayores; pero también influyen factores de otra índole como los cambios en la cultura colectiva, la europeización de nuestras costumbres, el establecimiento de un estado de derecho que garantiza libertades públicas, la menor influencia de poderes fácticos como la Iglesia Católica en el Estado, la mayor esperanza de vida por los avances de la ciencia, etc.

Como vemos las causas de los cambios pueden muy diversas. Pero vamos a centrarnos en los cambios legislativos y de qué manera o en qué medida influyen también en los cambios sociales.

## **1.2. Los cambios jurídicos y su relación con los cambios sociales.**

Efectivamente el establecimiento de un estado de derecho que garantiza a sus ciudadanos y ciudadanas, derechos y libertades, ha hecho avanzar a pasos agigantados nuestro ordenamiento jurídico. Esto es obvio. Pero también ha hecho avanzar nuestro modelo social.

Se suele decir que el derecho va a remolque de la sociedad, que va por detrás la norma del hecho. Esto no siempre es así. La realidad social y el derecho se condicionan mutuamente, y a veces avanza más rápido la sociedad que el derecho pero, a veces, también ocurre al revés. Son vasos comunicantes y así debe ser. Cuando entre sociedad y derecho se abre una brecha demasiado grande, se pone en riesgo la paz social. Pero ciertamente, no suelen ir sincronizados en armonía.

En el último año, por ejemplo, seguramente había ido por delante la aceptación social mayoritaria del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo o del divorcio sin previa separación, que el propio derecho. Así al menos lo han avalado las encuestas del CIS. La sociedad ha avanzado en el ámbito civil y en los valores de tolerancia y respeto, mucho más de lo que el legislador de los últimos años estaba capacitado y dispuesto a asumir. Esto explica que las últimas leyes en materia de derecho de familia han sido fruto, más que de una demanda, de un clamor popular.

Sin embargo si nos situamos en 1981 y la reforma del Código civil que entre otros, introdujo el divorcio en el ordenamiento jurídico, ya no es tan claro que la aceptación social fuera mayoritaria. Seguramente en aquel momento fue por delante el legislador a la sociedad. Claro está, que en aquel momento las fuerzas políticas que componían el Parlamento, dieron ejemplo de clarividencia y responsabilidad colectiva.

En resumen, resulta apasionante el momento histórico al que asistimos, porque los cambios legislativos que se han aprobado en materia de derecho de familia, están produciendo una serie de cambios sociales que tendrán como consecuencia otra serie de reformas legales, que están situando nuestro ordenamiento jurídico a la vanguardia en cuanto a protección y extensión de los derechos civiles en el nivel internacional.

## **2. El marco jurídico.**

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una ley que defina la familia. Las definiciones de familia se dan en el ámbito de la sociología o de la psicología. Esto ha sido, es y va a seguir siendo una ventaja a la hora de reivindicar la igualdad entre los modelos familiares y la obligación de los poderes públicos de dar protección a todos ellos por igual.

Vamos a analizar cual es el marco jurídico que afecta a las familias y su protección y en qué medida, este marco jurídico ha influido en los cambios sociales de los últimos años y en los cambios legislativos más recientemente se han producido como consecuencia de lo anterior.

### **2.1. La Constitución Española de 1978**

Si analizamos el marco jurídico que afecta más estrechamente a la familia empezaremos por la Constitución Española de 1978. Destacaría respecto del tema que nos ocupa cuatro artículos constitucionales: el artículo 10, el artículo 14, el artículo 32 y el artículo 39.

#### *Artículo 10*

## JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB

### “Diversidad Familiar en Europa”

Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherente, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*
2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

#### Artículo 14

*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social.*

#### Artículo 32

1. *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*
2. *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.*

#### Artículo 39

1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*
2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*
3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda.*
4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

De los artículos citados cabe destacar lo siguiente. El artículo 32 no contiene una definición de matrimonio, así como el artículo 39 no contiene una

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**  
Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

definición de familia. Esto no es casualidad. El constituyente no quiso encorsetar una realidad que intuía cambiante y prefirió una fórmula de marco, en el que cupieran realidades más diversas.

Otro acierto de gran valor es el establecimiento del matrimonio como derecho de configuración legal, de suerte que el cambio legislativo para posibilitar los matrimonios entre personas del mismo sexo encaja perfectamente en el actual marco constitucional, por cuanto el matrimonio no se define ni por el diccionario, ni por la etimología, ni por la tradición, ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia, es la ley la que dice quién puede casarse y en qué condiciones, muy a pesar de los detractores de la ley para igualar los derechos de gays y lesbianas en lo referente a la posibilidad de contraer matrimonio.

El artículo 39, además de establecer la obligación de los poderes públicos a proteger la familia, elimina las hasta entonces discriminaciones por razón de filiación, establece la protección de los hijos y de las madres. De esta manera protege la realidad que hoy conocemos como familias monoparentales que en su gran mayoría entonces y hoy, están compuestas por mujeres y sus hijos/as.

Asimismo, otorgando a los menores los derechos de los tratados internacionales -en aquel momento no hay tratados específicos- el texto constitucional se adelanta a lo que será la Convención de Derechos del Niño de 1989 de Naciones Unidas, que vio la luz diez años después del Año Internacional del Niño. En esta Convención se consagra el principio general del bien superior del menor que posteriormente ha informado todo el ordenamiento jurídico, concretamente las normas que versan sobre la protección de la infancia.

Por lo tanto, en muchos sentidos la Constitución se avanza a su tiempo, razón por la cual en estos temas, es perfectamente actual y moderna.

La jurisprudencia constitucional también ha confirmado la interpretación amplia de familia, frente a un único modelo tradicional. Así citamos:

*Cuando nuestra Constitución proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica o jurídica de la familia no constriñe este concepto, en términos exclusivos y excluyentes, a la*



*fundada en el matrimonio, debiendo subsumirse también en el mismo la familia de origen no matrimonial (Sentencias Tribunal Constitucional 74/1997, de 21 de abril y 116/1999 de 31 de mayo).*

*El concepto constitucional de familia también incluye, como es obvio, relaciones sin descendencia (Sentencias Tribunal Constitucional 222/1992 de 11 de diciembre y 116/1999 de 17 de junio).*

*Las uniones libres aunque están carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza y así se desprende de la lectura de su artículo 32 en relación al artículo 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado por el matrimonio, como por la unión de hecho (Sentencia Tribunal Supremo Sala 1ª, de 18 de mayo de 1992).*

Asimismo la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo ha consagrado la legitimidad de otorgar consecuencias jurídicas diferentes a supuestos fácticos de naturaleza distinta, sin que esto constituya discriminación, refiriéndose a las uniones matrimoniales en comparación con las de mero hecho. Este argumento ha venido a reforzar la idea de la necesidad de ampliar el derecho al matrimonio a dos personas del mismo sexo, so pena de producir en caso contrario la discriminación proscrita por nuestro ordenamiento jurídico.

## **2.2. Las leyes de ámbito estatal**

Sometemos a análisis ahora las leyes que han influido en la actual estructuración social y el camino hacia unos tipos de familias cada vez más diversos.

⇒ **Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio**

Esta ley comúnmente conocida como ley del divorcio, ha sido clave en los cambios de las familias a los que ahora asistimos. Con ella se le dio rango de ley a los derechos constitucionales que hemos visto más arriba en cuanto al derecho a contraer matrimonio, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el seno del matrimonio, la posibilidad de disolverlo, la filiación y la desaparición de la discriminación por razón de nacimiento. El matrimonio así como la familia tenían que ser un vínculo elegido y no impuesto, basado en valores como la igualdad y la libertad.

⇒ **Ley 21/1987 de modificación de determinados artículos del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción**

Esta ley modernizó la vieja institución de la adopción adaptándola a las nuevas doctrinas internacionales, regulando la adopción no como un derecho del adoptante sino del adoptando, y estableciendo por encima de cualquier otra consideración el bien superior del menor, sobre lo cual volveremos más adelante. Por otro lado, permitió la adopción individual, o en pareja matrimonial o no matrimonial, pero formada por hombre y mujer (Disposición adicional 3ª de la Ley). Si bien el legislador no quiso permitir la adopción en pareja por homosexuales, manteniendo así la discriminación secular por razón de orientación sexual, la posibilidad de adopción individual abrió la puerta a adopciones por un solo miembro de la pareja, pero que en la práctica se conformaba como una familia homoparental. De esta manera, se ha producido una gran escisión entre la realidad social y la realidad jurídica que se ha mantenido hasta la última reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. A su vez, produjo un silencio sobre las situaciones familiares reales, de modo que hasta hace poco ni siquiera disponíamos de datos sociológicos sobre la incidencia homoparental, que están empezando a emerger tras la reforma. Esto, sin entrar a evaluar lo que conlleva de obstáculo al libre desarrollo de la personalidad; a optar en libertad por la familia que se desea y elige; a mostrar públicamente el propio modo de vida y sentirse orgulloso de él; etc. Esta situación ha sido un gran obstáculo para la visibilidad y en consecuencia para la aceptación social de las familias homoparentales. Pero lo más negativo de esta discriminación fue la situación de desamparo en que quedaban los menores al no establecerse ningún vínculo jurídico con la parte de la

pareja no adoptante, que, si bien ejercía las funciones de progenitor/a, en caso de incapacidad o fallecimiento del adoptante, al menor se le negaba el derecho a dicho vínculo, vulnerando así el interés superior del menor.

⇒ **Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>2</sup>**

Esta ley nos interesa, al margen de las cuestiones científicas y técnicas que establece, por la posibilidad que ha abierto a todas las mujeres casadas o no a optar por técnicas asistidas de reproducción humana asistida. Dos son las cuestiones clave que suponen un avance de nuestra sociedad: no se exige estar en pareja ya sea ésta matrimonial o de hecho, pero heterosexual (en otros países de nuestro entorno esto sí se exige, no se permite la reproducción individual) y no se exige esterilidad o infertilidad para poder hacer uso de dichas técnicas (sí se exige este requisito para que los gastos sean sufragados por la Seguridad Social).

Al igual que en el caso anterior --si bien esta ley no permitía, a las parejas del mismo sexo (en este caso hablamos necesariamente de parejas de mujeres, dado que nuestra legislación no permite la posibilidad de las madres de alquiler) someterse a estas técnicas como pareja, con todas las consecuencias de filiación compartida del hijo/a, lo cual sí se permite a parejas heterosexuales-- la opción individual ha sido nuevamente la vía utilizada para hacer realidad los anhelos de maternidad y de ampliación de la familia. La reproducción asistida a una de las componentes de la pareja no impedía que ambas fueran las progenitoras funcionales del menor. Sin embargo, como en el caso de la adopción individual se condenaba a una situación de desprotección y desamparo al menor en el caso de fallecimiento o incapacidad de la madre biológica y a perder en el mismo momento a ambas madres. Esto no ocurría así en el caso de las parejas heterosexuales, en las que aunque uno de los dos no sea el progenitor biológico (piénsese en la esterilidad masculina, por ejemplo) sin embargo la filiación es compartida desde el

---

<sup>2</sup> Derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que ha sustituido la Ley de 1988, modificada por la Ley 45/2003.

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**  
Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

principio de manera que el menor está protegido ante la situación de desaparición del progenitor biológico.

⇒ **Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio**

El 2 de julio de 2005, se publicó la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Después de largos debates, tanto parlamentarios como de la opinión pública, entraba en vigor por fin un ley anhelada por miles de personas durante mucho tiempo. Esta Ley se convertía así en el primer paso hacia la igualdad jurídica del colectivo homosexual. La Ley reconocía por fin y así lo plasmó en su preámbulo<sup>3</sup>, el derecho de todos y todas a elegir

---

<sup>3</sup> “La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja.

*Esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución.*

*Será la ley que desarrolle este derecho, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico.*

*La regulación del matrimonio en el derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales. Su origen radica en el Código Civil francés de 1804, del que innegablemente trae causa el español de 1889. En este contexto, el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo; de hecho, en tal diferencia de sexo se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el derecho del Estado y por el derecho canónico. Por ello, los códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial.*

*Pero tampoco en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia*

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**  
Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

---

*mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho.*

*Esta percepción no sólo se produce en la sociedad española, sino también en ámbitos más amplios, como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.*

II

*La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta.*

*Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.*

*Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se insta trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja.*

*En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.*

*Asimismo, se ha procedido a una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes.*

*En primer lugar, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes. 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.*

*Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales.*

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**  
Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

nuestro modo de convivencia y además a no ser discriminados por ello. Asimismo la Ley reconocía el cambio social producido en los últimos años, de aceptación cada vez mayor de la diversidad familiar y convivencial.

La reforma legislativa para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo fue, aunque no lo parezca a la luz de los cambios que ha tenido como resultado, una reforma simple. Ha bastado la modificación de unos pocos preceptos del Código Civil.

A pesar de los detractores del proyecto no hay obstáculo para el encaje constitucional de la reforma. El hecho de que el artículo 32 de la Constitución hable del hombre y la mujer, tienen su razón de ser en que el constituyente quería consagrar la igualdad entre ambos sexos, también en el seno del matrimonio, como proscripción definitiva de las normas del antiguo régimen, que dejaban en minoría de edad permanente a las mujeres casadas.

Junto con el derecho a dos personas del mismo sexo a contraer matrimonio, la otra clave de esta Ley es el derecho a la adopción sucesiva de menores adoptados. La adopción sucesiva está permitiendo que familias homoparentales que habían podido cumplir sus anhelos de tener hijos a través de la adopción individual de uno de los componentes de la pareja, ahora puedan regularizar la situación de sus hijos, que pueden ser adoptados por el padre o madre que carecía de vínculo jurídico con ellos.

Después de casi un año desde la entrada en vigor de esta Ley, hay que resaltar la normalidad con la que está aplicándose, tanto en lo referente al matrimonio como en lo referente a la adopción, aunque para evaluar esto último deberá pasar más tiempo, puesto que los procesos de adopción son más largos que la formación de los expedientes matrimoniales. Según el Instituto Nacional de Estadística, en 2005 se celebraron 1.275 enlaces matrimoniales de parejas de gays y lesbianas. La Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales

---

*Por otra parte, y como resultado de la disposición adicional única de la presente ley, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo.”*

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**  
Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

calcula que hasta la fecha ha habido unos 4.000 matrimonios de personas del mismo sexo.

En resumen, a pesar de algunas negativas a celebrar matrimonios homosexuales, que no han pasado de lo anecdótico, la Ley se está aplicando con normalidad.

⇒ **Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio**

Al mismo tiempo que se modificaba el Código civil en materia de contraer matrimonio, se tramitó la Ley que modificaba el régimen de separación y divorcio. Con esta Ley se eliminaba la obligatoriedad de la separación previa al divorcio. Asimismo se dejaba de exigir causa para la separación y el divorcio y se acortaban los plazos para poder solicitarlos.

Esta Ley, que también era una demanda popular, facilita y agiliza en la práctica los trámites de divorcio, cuestión que es muy importante en procesos ya de por sí suficientemente difíciles para las personas.

Con el tiempo esta ley hará que desaparezca, o se reduzca hasta lo testimonial la institución de la separación, simplificando el tráfico jurídico en esta materia.

Hasta aquí la enumeración sucinta de las leyes estatales más influyentes de los últimos años, desde las primeras leyes que cambiaron nuestro derecho de familia, hasta las más recientes. Todas ellas han contribuido de manera sustancial a que se estén produciendo los cambios sociales en la estructura familiar que abordábamos al principio.

### **2.3. Las leyes de ámbito autonómico.**

Junto a las leyes estatales que tienen carácter de básicas, convive todo un entramado de legislación y normativa infralegal autonómica, imposible de querer plasmar en un documento como este y un tiempo que nos constriñe.

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**  
Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

Dado que la protección de menores es una competencia autonómica la dispersión es considerable. También hay que destacar el abuso de la normativa infralegal e, incluso, infrareglamentaria con la que nos encontramos en estos temas, en concreto y exageradamente, en el tema de la adopción.

Sólo cuatro Comunidades Autónomas permiten la adopción en pareja por personas del mismo sexo. Todas ellas tienen derecho foral lógicamente. Son: Euskadi, Navarra, Aragón y Cataluña, incorporada al marco jurídico no homofóbico con la Ley 3/2005 de 8 de abril (BOE 10 de mayo de 2005).

Del resto de comunidades autónomas dos de ellas, Castilla la Mancha, en su Ley del Menor y la Comunidad Valenciana en su Ley de la Infancia, proscriben formalmente la discriminación por razón del núcleo familiar de los o las adoptantes, pero en la práctica no puede sustanciarse este principio al carecer ambas comunidades de derecho foral y estar sometidas al derecho común.

Asistimos pues a una quiebra en la igualdad de derechos que se tienen en unas comunidades autónomas y en otras no. Por otro lado se presenta un problema de seguridad jurídica, precisamente por la dispersión normativa y el abuso de normativa infralegal. Muchas de las normas que se aplican en punto a la adopción, ni siquiera se pueden rastrear en los diarios oficiales de la comunidad autónoma respectiva, sino que aparecen en guías, son criterios no escritos, etc. Esto afectaba hasta hace poco sólo a las parejas heterosexuales en, pero sin duda se acrecentará cuando las parejas de gays y lesbianas accedan a la adopción que la unión matrimonial les permite. Es muy pronto para evaluar este tema, puesto que la mayor parte de adopciones de momento se está produciendo para regularizar situaciones de hijos comunes.

Sin embargo, nos tememos que estos procesos serán más problemáticos que el matrimonio. De todas maneras las arbitrariedades que se producirán, sin lugar a dudas, ayudarán a clarificar el panorama normativo y a hacer compatible el bien superior del menor con los derechos y garantías de los o las adoptantes, repercutiendo esto en interés de toda la sociedad.

#### **2.4. Las leyes de ámbito internacional**



Hemos de citar aquí la Convención de Derechos del Niño de 1989 de Naciones Unidas a la que ya hemos hecho mención con anterioridad y el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, ratificado por España en fecha 27 de marzo de 1995 y en vigor desde el 1 de noviembre del mismo año, inspirado en el Convenio de la Naciones Unidas.

También es importante la producción normativa referente a protección genérica de la familia de la Unión Europea, pero por su extensión no vamos a glosarla aquí. Sí merece la pena destacar la el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ratificado por el parlamento español, en el que explícitamente se prohíbe la discriminación por razón de orientación sexual.

## **2.5. El interés superior del menor**

Este principio general que nace desde la mencionada Convención de Derechos del Niño de 1989, es un bien jurídico indeterminado y, como tal, cargado de subjetividad. Aunque todos y todas podamos coincidir con el enunciado, con las prácticas derivadas de dicho principio a veces hay discrepar profundamente.

Podríamos explicar el legítimo interés superior del menor definido como lo hace Grosman cuando señala que:

*“es un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal “interés” en concreto, de cuerdo con las circunstancias del caso”*

*“debe constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño”*

*“frente al presunto interés de un adulto debe priorizarse el del niño”*

*“se presenta como el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por si mismo”*

*“descubrimos en esta pauta una orientación que no es un simple consejo o una mera recomendación, sino una norma jurídica con fuerza normativa para tener aplicación en cuanto ámbito deba funcionar eficazmente: al legislar, al administrar, al juzgar y, a la vez, en el área de las relaciones entre particulares”*

Si bien de acuerdo con los enunciados, no podemos obviar la realidad de que en muchos casos, sobre todo por la falta de seguridad jurídica, el interés superior del menor, se convierte en el refugio de los prejuicios e intento de imponer los valores propios, de los que toman las decisiones sobre la vida de los demás. Lo afirmado se confirma cuando hemos asistido en el pasado reciente a cambios legislativos que no tienen en cuenta el tan manido interés superior del menor en normas tan trascendentales en la vida de los menores.<sup>4</sup>

Tenemos una asignatura pendiente. Crear un marco normativo que haga compatible el interés superior del menor, con los derechos, las garantías y el respeto a la forma de vida elegida por los adultos, es un reto de todos, y de todas.

### **3. Nuevos retos.**

#### **3.1. Cambios positivos**

Ciertamente como se decía al principio el momento actual es apasionante, pero también muy esperanzador. Los cambios legislativos del último año están trayendo consigo y traerán en el futuro varias consecuencias:

⇒ Principio del fin de la discriminación jurídica por razón de orientación sexual.

---

<sup>4</sup> Como ejemplo citaremos la Ley de Responsabilidad del Menor en cuyas reformas del año 2000, además de endurecer las penas, el interés superior del menor dejaba paso a otros aspectos que nada tienen que ver con la orientación educadora que leyes como ésta deben tener.

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**  
Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

- ⇒ Extensión de la proscripción de la discriminación por razón de nacimiento, equiparando los derechos -independientemente de su filiación- de los hijos de las familias homoparentales con el resto de niños/as.
- ⇒ Mayor protección de los menores de las familias homoparentales a través de la posibilidad de contraer matrimonio y la adopción conjunta.
- ⇒ Regularización las situaciones ya existentes de familias homoparentales, mediante la adopción del hijo de la pareja, después de contraer matrimonio.
- ⇒ Promulgación de normas que acaben con la dispersión normativa y la inseguridad jurídica.
- ⇒ Respeto social a través de la normativización. Si es ley es normal.
- ⇒ Mayor visibilidad y fiabilidad de datos sociológicos.
- ⇒ Probablemente mejores posibilidades para los adoptandos.

### **3.2. Cuestiones pendientes.**

Pero también quedan pendientes otras cuestiones en las que hay que seguir trabajando.

#### ⇒ **Ley Estatal de Uniones de Hecho**

La necesidad de una ley estatal de uniones de hecho, que fue anunciada, y que acabe con la dispersión y las situaciones de desigualdad, que permita el acceso a la adopción conjunta de parejas homosexuales y equipare los derechos de estas parejas a los de las parejas heterosexuales.

No olvidemos que muchas parejas no optan por la institución del matrimonio. Recientes datos revelan que el matrimonio desciende como opción de regular la convivencia en pareja. Si bien las uniones de hecho

como supuesto de hecho distinto al matrimonio no tienen por qué tener las mismas consecuencias jurídicas que el matrimonio, sin embargo estas consecuencias jurídicas no deben afectar a la filiación. Se debe permitir la filiación conjunta a las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo, al igual que ocurre con las parejas de hecho distinto sexo, sobre todo teniendo en cuenta la protección de los menores.

⇒ **Presunción de paternidad. Voluntad frente a genética.**

Uno de los problemas que no han quedado bien resueltos con la Ley 13/2005 es lo relativo a la presunción de paternidad.

La propia ley en su preámbulo dice que en el caso de las parejas del mismo sexo no puede existir presunción de paternidad. Aquí se puede entrever una manera antigua de entender la paternidad/maternidad.

En el siglo XXI la presunción de paternidad debe tender a ser una presunción de una voluntad, de una decisión de ser padre, no la presunción de un hecho biológico. Piénsese por ejemplo, en los cada vez mayores índices de infertilidad y esterilidad. Cada vez es mayor el número de niños engendrados mediante técnicas de donación de espermatozoides o de donación de ovocitos. Nos podemos encontrar casos en los que el padre, no es el padre biológico, o la madre es la madre que ha gestado a su hijo, pero éste no lleva su carga genética. Sin embargo a nadie se le ocurre que el padre no biológico tenga que adoptar a su hijo con posterioridad. En estos casos, opera la presunción de paternidad, porque lo que se tiene en cuenta es la voluntad, la decisión de ese padre, de ser padre, no si biológicamente lo es o no.

Sin embargo cuando un matrimonio de mujeres decide tener un hijo con técnicas de reproducción asistida, a pesar de estar casadas, no se presume esa voluntad común, esa decisión de ser madres, sino que la madre no biológica si quiere ser la madre legal de ese niño o niña, debe instar un procedimiento de adopción del hijo de su cónyuge.

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**  
Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

Se perdió la oportunidad de regular esta cuestión adecuadamente en el momento de la Ley 13/2005, pero tampoco se ha solucionado con la nueva Ley 14/2006, de sobre técnicas de reproducción asistida humana.

Si no es a través de la presunción, deberá articularse un mecanismo, similar al que opera en las parejas de hecho heterosexuales, de manera que el niño o niña que nazca constante el matrimonio de dos mujeres, pueda ser inscrito directamente en el Registro Civil con el solo consentimiento de la madre biológica, sin tener que pasar por costosos y largos procesos judiciales de adopción.

⇒ **Adopción. Exceso de biologicismo.**

Asimismo se debe tender a regulaciones legales que primen la voluntad, la decisión de la paternidad/maternidad sobre el hecho biológico en las adopciones.

El exceso de protección de la maternidad/paternidad biológica hace que nuestro país sea pionero en adopción internacional en detrimento de la adopción nacional. Es cierto que este fenómeno, en gran parte, se debe a la baja natalidad de nuestro país y a la falta de niños. Pero también se debe a la inseguridad que genera a los adoptantes la perspectiva de años de procesos hasta que la adopción es plena y en el peor de los casos, el miedo a que al final no se materialice.

Bajo la rubrica de un sistema garantista se esconde en realidad un sistema biologicista, donde lo que se garantiza son los derechos del padre o madre biológicos, frente a las necesidades del niño. Recordemos que estamos hablando de casos en los que existe una fuerte desestructuración familiar, donde ha podido haber maltrato, donde ha habido abandono, etc. Si atendemos al interés superior del menor, es necesario separarse cada vez más de este exceso de biologicismo. Del mismo modo que el interés del menor prima, sobre el interés del padre o madre adoptante, también debe primar sobre el padre o madre biológico. Este equilibrio, si bien es difícil de encontrar, debe ser la meta de un derecho de familia moderno.

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**  
Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

Además, es necesario que las comunidades autónomas establezcan una carta de derechos y garantías de los adoptantes, que se profesionalicen y objetivicen los baremos, en definitiva, aumentar la seguridad jurídica de estos procesos.

Huyendo del biologicismo, aumentando la seguridad jurídica de los adoptantes, sin duda, mejoraremos las posibilidades de los menores de ser adoptados y de poder disfrutar de una familia en la que sentirse seguros y felices.

⇒ **Posibilidad de acceder a TRAH en la sanidad pública.**

Es necesario que en el catálogo de prestaciones de la seguridad social sea incluida la posibilidad de acceder a técnicas de reproducción asistida humana cubiertas por la Seguridad Social, a las parejas formadas por dos mujeres o a mujeres solas. De momento esto sólo es posible en la sanidad privada, puesto que se exige la infertilidad o esterilidad de la mujer para someterse a dichas técnicas en la sanidad pública.

El hecho de ser una pareja del mismo sexo o mujer sola, debería ser considerado causa de infertilidad y por lo tanto, posibilitar el acceso de éstas a la sanidad pública, como una garantía de igualdad para todas.

⇒ **Las familias reconstituidas.**

Sin duda alguna, el futuro, es de las familias reconstituidas. Este tipo de familias crece a medida evoluciona y se diversifica la estructura familiar de nuestra sociedad. En el futuro este colectivo será muy numeroso, tanto de origen heteroparental como homoparental.

Es necesario introducir en el ordenamiento jurídico una regulación que contemple la realidad de las familias reconstituidas. En una delirante modificación del Código civil llevada a cabo en el año 2003, por la Ley 42/2003, se introdujo en el Código civil el derecho de los abuelos a comunicar con los nietos en los procesos de separación y divorcio. Sin

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**  
Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

embargo, realidades cada vez más comunes como las familias reconstituidas no tienen reflejo alguno en nuestra legislación.

Piénsese en el caso de los menores de progenitores separados y divorciados, cuya custodia la tiene uno de los dos progenitores, supongamos la madre, y el otro, el padre, disfruta de visitas. Si el cónyuge custodio, la madre está casada en nuevas nupcias, con toda seguridad, el cónyuge nuevo pasa más tiempo con el menor que su propio padre. Tendrá influencia sobre la vida del menor, será importante para éste y será querido por el menor. Sin embargo para el ordenamiento jurídico no existe.

Es necesario dar visibilidad a estas situaciones cada vez más comunes en nuestra sociedad.

⇒ **Procesos administrativos.**

Existen multitud de procesos administrativos dependientes de la Administración del Estado, Autonómica o Municipal, que todavía no se han adaptado, ni se están adaptando a las nuevas realidades familiares. Esto dificulta enormemente la protección real por parte de los poderes públicos de todo tipo de familias. Además suele tratarse de cuestiones cotidianas que afectan directamente a la vida de las personas y que son la concreción real, de una abstracción como es ser titular de un derecho.

Los procedimientos tributarios, servicios sociales, expedientes de familia numerosa, ayudas familiares, etc. muchas veces no contemplan adecuadamente la nueva estructuración social, los nuevos modelos de familia, de suerte que el modelo que prima sigue siendo la familia tradicional y todo lo que no se ajuste a esto, es la excepción, con lo cual se complica mucho, cualquier expediente o trámite que no tenga su origen en una familia tradicional.

Todo derecho que no es posible aplicar en la práctica no es un derecho. En consecuencia, es necesario que la Administración haga un esfuerzo para adoptar sus procedimientos a las nuevas realidades sociales. Sólo de esta

**JORNADAS INTERNACIONALES DE FAMILIAS LGTB**  
**“Diversidad Familiar en Europa”**  
Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006

manera se pueden materializar adecuadamente los derechos de lo cuales son titulares todas las familias.

Quedan otras cuestiones pendientes, otros debates abiertos, como la custodia compartida y otras reivindicaciones que están en el debate social. Queda mucho por hacer para configurar un ordenamiento jurídico que contemple un derecho de familia moderno, que dé respuesta a la diversidad familiar, reflejo de las maneras diversas de entender y vivir el mundo de los seres humanos.

#### **4. A modo de conclusión**

Resumiendo, con las recientes reformas legales hemos ahondado en el cumplimiento de los derechos consagrados en nuestra Constitución; hemos profundizado en los principios de la igualdad y justicia social; hemos dado mayor protección a nuestros menores, haciendo cumplir mejor el mandato del bien superior del menor y hemos revertido situaciones que redundan en beneficio, no solo del colectivo homosexual, sino de toda la sociedad.

No obstante, la conclusión más importante a extraer es que, a pesar de todos estos cambios positivos, aún queda mucho por hacer. Aún hay que hacer desaparecer los escollos de desigualdad que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Hemos de profundizar en la igualdad, mejorando las posibilidades de libre desarrollo presentes y futuras.

En definitiva hemos de seguir trabajando por mayores cuotas de libertad, igualdad, bienestar y felicidad.

Valencia, 24 de junio de 2006