

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*, Editorial Iustel, Madrid 2007, 225 pp.

Cuando el Parlamento holandés se disponía a votar el proyecto de ley de apertura del matrimonio a personas del mismo sexo (2000), juristas de todo el mundo le enviaron un escrito para que lo retirara, invocando las creencias y prácticas de la inmensa mayoría de la humanidad. Entendían que el paso que iba a dar, sin precedentes en la historia, produciría una enorme confusión moral, social y legal en todas las comunidades, dañando seriamente a las familias y a los niños del futuro y, por tanto, a la sociedad en su conjunto. «Ningún país es una isla –terminaban diciendo–. Vuestra acción tendrá fatales consecuencias no sólo para Europa, sino para todos los países del mundo».

La petición fue desatendida y la ley aprobada, entrando en vigor en 2001. A partir de ese momento la heterosexualidad, hasta entonces pacíficamente poseída como presupuesto del matrimonio, se ha convertido en objeto de debate político y de acciones legislativas y de decisiones judiciales, produciéndose el pronosticado *efecto dominó* aunque contrapesado por un *efecto blindaje*. Empleo estas expresiones en el sentido que lo hace el prof. Navarro-Valls, a quien está dedicado el libro objeto de esta recensión, señalando que la caída de la heterosexualidad de la legislación holandesa ha arrastrado consigo a otros países a adoptar la misma medida (Bélgica, España, Canadá y Sudáfrica), mientras que en otros (Estados Unidos, Honduras y Costa Rica) ha provocado el efecto contrario, siendo confirmada expresamente reformas constitucionales, leyes ordinarias o pronunciamientos de la corte constitucional respectiva (cfr. *Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad*, en «Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado», 14, 2007).

El hecho de que España se sumara al *efecto dominó*, aprobando *contra viento y marea* el matrimonio entre personas del mismo sexo (2005), hacía necesario contar con una monografía como la del prof. Cañamares, sobre *el matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*. Era preciso analizar de forma rigurosa el camino seguido para su introducción en nuestro país y, al mismo tiempo, examinar el fenómeno en otros países de nuestro entorno cultural. De esta forma es posible comprender mejor el alcance de la medida adoptada, analizar el rigor de los argumentos empleados para justificarla, valorar los riesgos que comporta y plantearse su revisión.

El libro está formalmente estructurado en ocho apartados, incluida la introducción y las conclusiones, aunque materialmente podríamos dividirlo en dos partes: la primera, dedicada al Derecho español, comprendería los apartados 2 a 6; y la segunda, centrada en el Derecho comparado, el apartado 7.

La *introducción* sirve para recordar algo no por evidente menos necesario: el carácter natural de la institución matrimonial, caracterizada ampliamente a lo largo de la historia por la unidad y la heterosexualidad, entre otros rasgos. No obstante, se apunta el paulatino proceso de erosión a que se vio sometida a lo largo del siglo XIX y, más aceleradamente, durante el siglo XX, en un proceso que continúa hoy día.

Del mayor interés resulta el apartado 2, sobre *los derechos al matrimonio, a la intimidad y a la libertad de conciencia* en la Constitución española. El examen del fundamento y del contenido esencial de estos derechos, así como de las relaciones entre ellos, conducen al autor a afirmar que ninguno de ellos exige cabalmente redefinir el matrimonio para incluir dentro de él a la unión homosexual. Sin embargo –y estaríamos ya en el siguiente apartado–, *la Ley de modificación del Código para permitir el*

matrimonio entre personas del mismo sexo ofrece una visión forzada de cada uno de los derechos citados. De nada sirvieron los dictámenes e informes sobre el contenido del Proyecto, emitidos por el Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Aquí el autor ofrece una meritoria síntesis de cada uno de ellos, poniendo de manifiesto las reservas de constitucionalidad que formularon al entonces proyecto de ley, que altera la institución matrimonial y el *ius connubii*, arrogándose el legislador ordinario facultades del poder constituyente, al mismo tiempo que indicaron la conveniencia de regular las uniones entre homosexuales sin alterar el contenido esencial del matrimonio. El apartado concluye con un breve resumen de la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley, señalando la existencia de dos enmiendas sobre la objeción de conciencia que finalmente no prosperaron, al producirse el veto del Senado al conjunto del Proyecto y ser éste levantado posteriormente por el Congreso.

Quedan así señalados los *problemas que ha planteado la vigencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio*, y que son detenidamente analizados en el apartado 4. En primer lugar, la objeción de conciencia. El hecho de que no haya sido prevista expresamente por el legislador, no significa que no exista y que no pueda plantearse: al contrario, empieza a ser algo habitual. Pensemos, por ejemplo, en las objeciones de conciencia al aborto, a formar parte del jurado o a dispensar la píldora postcoital, reconocidas por los tribunales de justicia. En el caso que nos ocupa está pendiente de aprobación una proposición de ley que recuperaría la enmienda aprobada en su día por el Senado. De ella se da cuenta, así como de que, aunque ésta falte, tanto los alcaldes y concejales, como los jueces y funcionarios pueden invocar la objeción de conciencia para negarse a asistir o a tramitar, según proceda, matrimonios entre personas del mismo sexo.

En cuanto a los primeros, el prof. Cañameres entiende que la doctrina del *principio de acomodación* podría ser la solución, de tal manera que el alcalde salvaría su conciencia delegando la celebración en uno de los concejales al que estos matrimonios no le ofrezcan reparos. Y, en último extremo, el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia debería prevalecer sobre el derecho de configuración meramente civil a contraer matrimonio ante el alcalde o concejal en quien éste delegue. En cuanto a los segundos, la solución es algo más compleja. Siguiendo al autor, conviene advertir que la negativa del juez a tramitar el expediente o a inscribir el matrimonio no impide, respectivamente, ni su celebración ni su eficacia. Esto, unido al hecho de que la objeción del juez a intervenir no puede confundirse con la abstención, resta de argumentos al rechazo de la objeción de conciencia de los jueces por parte del Consejo General del Poder Judicial.

Algo parecido cabe decir de otro de los problemas: las cuestiones de inconstitucionalidad. En primer lugar se estudian las presentadas por diversos Jueces de Primer Instancia e Instrucción y encargados del Registro civil. Con impecable razonamiento, el prof. Cañameres explica que si el Tribunal Constitucional no las admitió por entender que no desempeñaban una actividad jurisdiccional, sino administrativa, entonces podrían acogerse a la objeción de conciencia como los demás funcionarios públicos. A continuación, ofrece las líneas de fuerza del recurso de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados, pendiente de resolución.

Otro bloque de problemas de la Ley 13/2005 son los relativos al Derecho internacional privado, derivados de la discutible solución dada por la DGRyN a una pretendida laguna legal, mediante Circular de 29 de julio de 2005, que presumiblemente

llevará consigo que los matrimonios entre personas del mismo sexo con elemento extranjero no serán reconocidos por muchos Estados, en absoluto o parcialmente, invocando respectivamente su orden público o un efecto atenuado de él. En esta materia, la oportuna referencia al Derecho comparado, le permite al autor apuntar cuál debería haber sido la solución del Derecho español: prohibir el matrimonio homosexual a los no residentes cuya legislación propia se lo prohíba.

En los siguientes apartados, 5 y 6, encontramos la claves para tratar de responder, sin prejuicios ni demagogia, a los principales interrogantes que suscita el matrimonio entre personas del mismo sexo en España: ¿cómo se concibe el *ius connubii* en la Constitución?, ¿y en la jurisprudencia? El somero pero sustancialmente completo análisis que se ofrece de los trabajos de las Cortes Constituyentes en el primero de ellos puede concluirse diciendo que fueron plenamente conscientes de que no se implicaban en una labor de creación jurídica del derecho al matrimonio, sino de reconocimiento de una institución multiseccular con perfiles definidos (heterosexualidad incluida), actuando por tanto desde el respeto a su contenido esencial. No menos concluyente es el apartado dedicado a la jurisprudencia. El recorrido inicial por las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirma que existe un concepto prevalente de matrimonio, como unión entre dos personas de distinto sexo, y una remisión a las leyes nacionales que lo regulan. Más clara todavía es la jurisprudencia española en todos sus niveles, afirmando que no permitir el matrimonio homosexual no vulnera el artículo 12 del Convenio europeo y es plenamente constitucional, y estableciendo una línea divisoria entre el matrimonio (heterosexual) y otras formas de convivencia, que no impide pero tampoco exige la equiparación de efectos. Con todo, conviene advertir la oscilación experimentada tanto por el Tribunal Supremo como por la DGRyN respecto al matrimonio del transexual: primero impedido y luego permitido, al haber sustituido la exigencia de la diversidad de sexo biológico por el morfológico, confirmando en cualquier caso que la jurisprudencia española exige la heterosexualidad en el matrimonio.

El Derecho comparado ocupa el apartado 7, el más extenso de la monografía, a cuyo enriquecimiento contribuye de forma especial. Una vez más, resulta loable el esfuerzo de síntesis realizado por el autor, que le permite presentar en primer lugar las vicisitudes de la aprobación y desarrollo del matrimonio homosexual en Holanda (2001) y en Bélgica (2003), parcialmente facilitada por la ausencia de referencia al derecho a contraer matrimonio en sus Constituciones. Seguidamente se ocupa de la situación en Estados Unidos y Canadá, cuyo denominador común en orden al reconocimiento del matrimonio homosexual se encuentra en *el activismo judicial*, mientras que difieren en la respuesta de los legisladores. En Estados Unidos, además de la aprobación en el ámbito federal de la *Defense of Marriage Act* (1996), el rechazo del *same-sex-marriage* ha llevado a 44 Estados a aprobar normas de diverso alcance –constitucional y/o de legislación ordinaria– para preservar la heterosexualidad del matrimonio, y de los 6 Estados restantes 4 están pendientes de aprobar iniciativas legislativas en el sentido indicado y en los otros 2 se preparan iniciativas en la misma dirección. El prof. Cañamares analiza las sentencias más importantes de los Tribunales Supremos de los respectivos Estados de la Unión, que rechazan el matrimonio homosexual y señalan que sólo sería admisible mediante un modificación legislativa. En Canadá, en cambio, ha ocurrido justamente lo contrario: la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo por vía judicial, a través de sentencias de algunas Cortes de Apelación de las Provincias y luego del mismo Tribunal Supremo, ha llevado a los Parlamentos

provinciales a aprobar estos matrimonios y después al Parlamento federal (*Civil Marriage Act*, de 2005), si bien con reconocimiento expreso de la objeción de conciencia.

En una valoración de conjunto de la monografía cabe destacar la claridad expositiva del autor y su capacidad para presentar y analizar a fondo las distintas medidas legislativas y los pronunciamientos judiciales, vertiendo las oportunas críticas y mostrando la consistencia o superficialidad de los argumentos empleados. Por todo ello, concluyo estas líneas felicitándole por el excelente trabajo realizado y a la Editorial Iustel por incorporar este título, de indudable calidad e interés, a su colección de monografías.

JAVIER FERRER ORTIZ

HERVADA, Javier, *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, 4 ed., Eunsa, Pamplona 2007, 312 pp.

La figura de Javier Hervada es sobradamente conocida en el ámbito académico. Catedrático Emérito de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado y Profesor Honorario de Filosofía del Derecho. Director del Instituto de Derechos Humanos y Director del instituto Martín de Azpilcueta, de la Universidad de Navarra. Ha dirigido las revistas “*Ius Canonicum*”, “*Humana Iura*” y “*Fidelium Iura*”. Está en posesión de la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort y es Doctor Honoris Causa por la Pontificia Università della Santa Croce (Roma).

Para quien no conozca todavía esta obra, resulta obligada una referencia a la génesis del trabajo: Los *Diálogos sobre el amor y el matrimonio* son la feliz recopilación de una serie de conferencias pronunciadas por el Profesor Hervada en diversos países: las que dieron lugar a las dos primeras ediciones del libro, fueron pronunciadas en Oporto, Coimbra y Braga en Portugal, y Valencia, en España. En 1987 se publicó la tercera edición castellana, que recoge nuevas intervenciones en Chile y México. Se trata de conferencias pronunciadas por un especialista de primer orden ante un público no especializado, lo cual representa para un maestro el reto de explicar algo que es difícil en un lenguaje comprensible para la mayoría.

La obra se estructura en tres partes: en la primera se aborda el tema del amor conyugal, la segunda trata sobre la noción de matrimonio, para concluir con la tercera, dedicada a la unión conyugal de los cristianos. Cada una de estas partes consta a su vez de diversos capítulos, dedicados a un aspecto particular; cada uno de ellos contiene en primer lugar las reflexiones del Autor sobre aquellas cuestiones que estima más importantes y sobre los problemas que aprecia para su comprensión en la época actual, tratando de dar una respuesta con su habitual perspicacia y hondura de planteamientos, en términos claros y asequibles. Estas exposiciones, hechas en forma de conferencia a un público variado, se completan con las cuestiones hechas por escrito por algunos de los asistentes y por las respuestas dadas en su momento por el conferenciante.

El conjunto podría considerarse, siguiendo al Profesor Bañares, “una versión actual de las célebres *quaestiones disputatae* de los orígenes de las universidades: se plantean las objeciones, se expone la tesis fundamental, y se desarrolla luego, respondiendo a las objeciones indicadas a partir de la tesis ofrecida”. No es de extrañar que