

# EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN EUROPA, ENTRE DERECHO POLÍTICO Y DERECHO JURISPRUDENCIAL. REFLEXIONES A RAÍZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA COMPARADA <sup>1</sup>

Sabrina RAGONE

Investigadora García Pelayo del CEPC

## I. INTRODUCCIÓN: LAS PAREJAS HOMOSEXUALES EN LA ENCRUCIJADA ENTRE LEGISLADORES Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

El reconocimiento de formas de protección de las parejas del mismo sexo representa uno de los desafíos más actuales de los ordenamientos jurídicos europeos<sup>2</sup>, sobre el cual se ha vuelto a plantear un debate en España tras la STC 198/2012, de 28 de noviembre. Con dicha sentencia, el Tribunal Constitucional ha avalado la legitimidad de la reforma al art. 44 del Código Civil realizada mediante la Ley 13/2005, que reguló el matrimonio homosexual extendiendo al mismo la aplicación de los requisitos y efectos del heterosexual. Esta (pen)última pieza del recorrido jurisprudencial, tanto nacional como supranacional, parece confirmar el asunto que pretendemos demostrar, es decir, que la protección jurídica de dichas situaciones se remite al legislador, a condición de que el marco constitucional sea

---

<sup>1</sup> Empecé a estudiar el tema con ocasión del Primer Congreso Internacional sobre Sexualidades organizado por el Departamento de Derecho Público y Común Europeo de la Universidad de Jaén en 2012, cuyo comité científico seleccionó mi comunicación. Esta nota propone nuevas conclusiones a la luz del marco jurisprudencial comparado tras la aprobación de la STC 198/2012, sobre la regulación española del matrimonio homosexual.

Con referencia al título, consideramos necesaria una aclaración preliminar: la expresión «derecho político», que en la tradición doctrinal española suele referirse al Derecho constitucional, se entiende en el texto como el conjunto de normas aprobadas por el legislador, en contraposición a la jurisprudencia.

<sup>2</sup> Y no solamente, como lo demuestra la actualidad jurídica (tanto legislativa como jurisprudencial) de muchos países de América Latina, como Argentina, Colombia, México o Brasil, entre otros, sin tener en cuenta el papel esencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la lucha contra las discriminaciones sexuales. La vertiente latinoamericana del tema, a pesar de su interés, no se podrá abarcar en el presente estudio.

lo suficientemente flexible como para resultar compatible con una concepción innovadora del matrimonio.

En general, las respuestas a esta exigencia social han sido y siguen siendo diferentes según el país de referencia, aunque las soluciones se pueden dividir, desde un enfoque teórico, en dos categorías: la previsión de uniones denominadas de forma diversa y la aplicación también a las uniones homosexuales del instituto matrimonial «clásico».

En el primer modelo, a nivel europeo, se pueden incluir a aquellos ordenamientos que regulan —o regulaban, si se realiza un estudio diacrónico— formas de unión registrada que pueden emplear también (o exclusivamente, como es el caso de Alemania, por ejemplo) las parejas del mismo sexo. El primer grupo está formado por los ordenamientos nórdicos, que han sido pioneros en estos temas: Dinamarca (desde 1989<sup>3</sup> hasta 2012), Noruega (desde 1993<sup>4</sup> hasta 2009), Suecia (desde 1994<sup>5</sup> hasta 2009), Islandia (desde 1996<sup>6</sup> hasta 2010) y Finlandia (desde 2002)<sup>7</sup>. A este conjunto hay que añadir a Francia (que en 1999 reguló el *Pacte Civil de Solidarité*)<sup>8</sup>, Alemania (que desde 2001 prevé también una institución parecida llamada *Eingetragene Lebenspartnerschaft*)<sup>9</sup>, Portugal (desde 2001, cuando se amplió a las parejas del mismo género la facultad de formar una unión de hecho)<sup>10</sup>, Luxemburgo (desde 2004)<sup>11</sup>, Reino Unido (con la *Civil Partnership Act* de 2004, entrada en vigor en 2005) y Austria (desde 2010)<sup>12</sup>, además de varios ordenamientos de Europa del Este<sup>13</sup>.

<sup>3</sup> Vid. la Ley D/341-H-ML, 372/1989, sobre las uniones registradas.

<sup>4</sup> Vid. la Ley 40/1993, sobre las uniones registradas.

<sup>5</sup> Vid. la Ley 1117/1994, sobre las uniones registradas.

<sup>6</sup> Vid. la Ley 87/1996, sobre las uniones homologadas.

<sup>7</sup> Vid. la Ley 950/2001, que entró en vigor en marzo del año siguiente.

<sup>8</sup> Vid. la Ley 99-944, sobre el pacto civil de solidaridad (más conocido como PACS).

<sup>9</sup> Vid. la Ley 266/2001. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal al respecto es muy interesante a partir de la Sentencia BVerfG, 1 BvF 1/01, de 2002 (la decisión *Homo-Ebe*), en la cual dichas uniones fueron consideradas legítimas y se justificó la distinción respecto del matrimonio, tutelado con base en el art. 6.1 de la Constitución federal. Vid. al respecto Rüdiger ZUCK, «Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehe im Wandel des Zeitgeistes», *Neue juristische Wochenschrift*, núm. 21 (2009), pp. 1449 y ss.

<sup>10</sup> Vid. la Ley 135/1999, que se refería sólo a las parejas heterosexuales, como modificada por las posteriores Leyes 6/2001 y 7/2001, que han abierto la institución a los homosexuales.

<sup>11</sup> Vid. la Ley 4946/2004, sobre el denominado partenariado.

<sup>12</sup> Vid. la Ley sobre la *Lebenspartnerschaft* (unión civil), aprobada el 10 de diciembre de 2009 y entrada en vigor en enero del año siguiente.

<sup>13</sup> Vid. el análisis de Alexander SCHUSTER, «Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato e europeo», en Barbara PEZZINI y Anna LORENZETTI (eds.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011,

Al segundo modelo se pueden adscribir los Países Bajos (desde 2001), Bélgica (desde 2003), España (desde 2005, como se acaba de mencionar), Noruega (desde 2009)<sup>14</sup>, Suecia (desde 2009)<sup>15</sup>, además de Islandia (desde 2010)<sup>16</sup>, Portugal (desde 2010, véase § II), Dinamarca (con la Ley de 7 de junio de 2012, que ha abrogado el sistema anterior) y Francia (desde la primavera de 2013 con la *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, § IV).

El Derecho comparado demuestra así que el «paradigma heterosexual no es absoluto»<sup>17</sup>, constituyéndose éste sólo como una de las posibles declinaciones de la vida matrimonial y, más en general, familiar<sup>18</sup>. El recorrido analítico que se va a realizar a continuación, a través del examen de la jurisprudencia constitucional más reciente de algunos países y del TEDH, nos permitirá probar que, ante el carácter ya no absoluto de la diferencia de sexo dentro de la pareja, en los ordenamientos europeos se sigue encomendando el papel de decidir esta problemática en vía definitiva a los legisladores. Al contrario, los magistrados constitucionales no se consideran habilitados para adoptar la que consideran una elección demandada a la discrecionalidad legislativa, en cierta medida una *political question*.

Se van a analizar a continuación una serie de casos recientes que confirman esta tesis y permiten encuadrar la sentencia española citada en un contexto más amplio: las decisiones de 2009 y 2010 del Tribunal Constitucio-

---

pp. 255 y ss., especialmente pp. 262 y ss. Al respecto, el caso húngaro presenta unos sucesos muy interesantes: la primera ley, de 2007, que preveía las uniones civiles como instrumentos para las parejas homosexuales y las heterosexuales, fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional (Sentencia 154/2008) por duplicar el régimen matrimonial previsto y tutelado por la Constitución, en su art. 15, con referencia a las segundas. La Corte consideró que una ley de unión civil que sólo se aplicara a parejas del mismo sexo sería coherente con el marco constitucional. La posterior ley de 2009, que regula las uniones civiles para las parejas del mismo sexo con algunas restricciones respecto del matrimonio (con referencia a la adopción y a la procreación asistida, por ejemplo), fue respaldada por la Corte Constitucional en la Sentencia 32/2010, justamente por la lógica del doble régimen regulatorio.

<sup>14</sup> Vid. la Ley 53/2008, en vigor desde el año siguiente, que ha abrogado la regulación de las uniones registradas.

<sup>15</sup> Vid. la Ley 260/2009, que ha abrogado el régimen anterior de uniones registradas.

<sup>16</sup> Se trata de la ley de junio de 2010 sobre el matrimonio neutral que ha abrogado el sistema anterior.

<sup>17</sup> Barbara PEZZINI, «Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?», en VVAA, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 20.

<sup>18</sup> Sobre las diferentes regulaciones de las parejas y, en general, de las familias en el Derecho comparado, se remite a los estudios contenidos en la revista *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, núm. 2 (2010), que contenía una sección monográfica sobre un amplio abanico de países.

nal portugués, por un lado, son sintomáticas de la actitud de los órganos llamados a decidir estos temas, ya que el TC dejó abierta la posibilidad de una intervención legislativa y, posteriormente a su adopción, la avaló (§ II); la Sentencia de 2010 de la Corte Constitucional italiana contiene una reserva cristalina a favor del Parlamento en este ámbito, considerando que no puede inferirse de la Constitución ninguna norma imperativa que obligue a extender el matrimonio a las parejas homosexuales (como mucho, en opinión de la Corte, todo lo contrario, § III); por su parte, la decisión del Consejo Constitucional francés de 2011 se fundamenta en la discrecionalidad del legislador a la hora de evaluar si las dos situaciones que se confrontan (matrimonio heterosexual y unión entre personas del mismo sexo) son homogéneas o es correcto someterlas a un régimen jurídico diferenciado y la de 2013 ha confirmado la decisión parlamentaria de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales (§ IV). Aparte de la jurisprudencia «nacional», tampoco la supranacional parece llegar a establecer un deber estatal de reconocer las uniones formadas por personas del mismo sexo, como emerge de la sentencia *Schalk y Kopf vs. Austria* de 2010 (§ V). Sin embargo, un argumento interesante, destinado a ser empleado en este contexto, es el de la «homogeneidad», usado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como criterio para aplicar a las parejas homosexuales algunas tutelas del ordenamiento, en la medida en que su situación de unión familiar estable es asimilable a la de las heterosexuales<sup>19</sup>.

La citada STC 198/2012 ha respaldado la legitimidad de la reforma del Código Civil aprobada siete años antes para regular el matrimonio homosexual, usando también entre sus argumentos el margen de maniobra del legislador. No se le va a dedicar un párrafo específico en este estudio, ya que la intención es ofrecer un conjunto de ejemplos de precedentes (y una decisión posterior) coherentes con las conclusiones del TC español que son bien conocidas por los lectores de la presente revista. Por ello, antes

---

<sup>19</sup> Véanse en particular las sentencias *Maruko vs. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, caso C-267/06, 2008, y *Römer vs. Freie und Hansestadt Hamburg*, caso C-147/08, 2011. En estos casos el origen de los recursos residía en el régimen distinto previsto en Alemania para las parejas homosexuales y heterosexuales que se ha mencionado con anterioridad. El TJUE consideró que en ambos casos se trataba de la negación de unos beneficios de la Seguridad Social a los que se aplica la Directiva 2000/78/CE, que obliga a los Estados miembros de la UE a eliminar cualquier tipo de discriminación, directa e indirecta. A partir de allí argumentó que la situación de las parejas del mismo sexo, en algunos contextos, puede ser equiparada a la de las demás (en la sentencia de 2011: «las dos situaciones fácticas, es decir, una pareja casada y una unión registrada, deben ser comparables y la valoración de dicha comparabilidad tiene que realizarse no de forma abstracta, sino de forma específica y concreta a la luz del beneficio afectado»).

de analizar los otros casos puede resultar útil recordar unas líneas del fundamento jurídico 9, donde se manifiesta claramente la libertad del legislador para determinar cómo proporcionar una tutela a las parejas del mismo sexo: «Éste podría haberse inclinado por otras opciones a la hora de reconocer las uniones entre personas del mismo sexo usando la categoría, empleada en otros países de nuestro entorno, de las uniones civiles, opción que es la que parecen preferir los recurrentes. Pero esta elección, que hubiera supuesto la no modificación de la institución matrimonial clásica junto con la simultánea creación de un régimen diferente al del matrimonio, con un contenido más o menos equiparable pero diferente, no fue la escogida por el legislador, que optó en cambio por generalizar el régimen único del matrimonio para cualquier persona, independientemente de su orientación sexual, opción ésta ajustada a la Constitución y que parece responder a la lógica de que dos relaciones jurídicas equiparables — matrimonio entre personas de distinto sexo y unión civil entre personas del mismo sexo— y con similares efectos reciban la misma denominación. El legislador español, como otros de nuestro entorno jurídico cercano, tenía varias opciones a su alcance a la hora de otorgar reconocimiento jurídico a la situación de las parejas del mismo sexo, y la opción escogida es respetuosa con los dictados del texto constitucional, sin que esta afirmación prejuzgue o excluya la constitucionalidad de otra»<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> La bibliografía sobre los contenidos de la reforma, su impugnación y los argumentos a favor de su legitimidad es muy amplia y no se puede dar cuenta de ella en este escrito. Se recuerdan, sin embargo, algunos estudios que anticiparon la sentencia del TC, como Francisco Javier MATIA PORTILLA, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 15 (2012), donde el autor argumenta a favor de una interpretación del texto constitucional que no se quede congelada en su letra; Javier PARDO FALCÓN, «El matrimonio homosexual, un derecho constitucional: algunas consideraciones básicas a la espera del TC», *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Iustel, 2011, y el volumen de María MARTÍN SÁNCHEZ, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, que dedica una buena parte a los principios fundamentales en los que se basa el reconocimiento del matrimonio homosexual. Asimismo, puede ser útil consultar Octavio SALAZAR BENÍTEZ, «Derecho al matrimonio y diversidad familiar», *Revista de Derecho Político*, núm. 86 (2013), pp. 195 y ss., que analiza la cuestión después de la STC 198/2012 proponiendo reflexiones también desde la perspectiva del libre desarrollo de la afectividad y de la sexualidad. En estos textos se cita toda la doctrina que, incluso con anterioridad a la reforma del Código Civil de 2005, se ha ocupado del tema propiciando antes o apoyando (y criticando) después la decisión del legislador.

## II. EL CASO PORTUGUÉS: LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTES Y DESPUÉS DE LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR

En Portugal, el debate sobre el concepto de matrimonio recibió un fuerte impulso tras la reforma constitucional de 2004, con la cual se añadió una referencia expresa a la orientación sexual como criterio en el que no pueden basarse tratos discriminatorios. Conforme al art. 13 de la Constitución portuguesa (de ahora en adelante CP), nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de cualquier derecho o exonerado de un deber por su «ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, educación, situación económica, condición social u orientación sexual»<sup>21</sup>. Muy pronto se empezó a opinar que, a la luz del nuevo parámetro constitucional, existía la posibilidad de interpretar de forma evolutiva la institución matrimonial, aunque la opinión de la doctrina no era unánime en absoluto<sup>22</sup>. Se instauró después un (fructífero) diálogo entre Tribunal Constitucional y legislador ordinario encaminado a responder a las exigencias actuales de la sociedad.

La primera sentencia de referencia es la 359/2009, en la que se cuestionó ante el Tribunal Constitucional la legitimidad del art. 1.577 del Código Civil, según el cual el matrimonio es el contrato celebrado entre dos personas de sexo diferente que pretenden constituir una familia mediante una plena comunión de vida.

El caso surgió porque dos mujeres impugnaron la decisión con la cual el Tribunal de Apelación de Lisboa había confirmado la negativa del oficial del Registro Civil de celebrar una boda entre ellas. Dicha decisión afirmaba que la imposibilidad para las parejas homosexuales de acceder al matrimonio civil no vulneraba ni el art. 13 CP (especialmente dignidad e igualdad), en la medida en que no conllevaba una discriminación arbitraria, ni el art. 36.1 CP, porque los derechos reconocidos en él son dos, independientes y diferentes entre sí, es decir, el de contraer matrimonio y el de for-

---

<sup>21</sup> Vid. al respecto el estudio de Duarte SANTOS (ed.), *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, y sobre el recorrido hacia el reconocimiento formal de las uniones, Rosa MARTINS, «Same-sex partnerships in Portugal. From de facto to de jure?», *Utrecht Law Review*, vol. 4, núm. 2 (2008), pp. 194 y ss.

<sup>22</sup> Vid. Anna CIAMMARICONI, «Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, núm. 2 (2010), pp. 676 y ss.

mar una familia<sup>23</sup>, ni tampoco el art. 67 CP, en el cual se hace referencia a la familia y no a la forma en la que ésta tiene que crearse. Además, la sentencia dejaba abierta la facultad para el legislador ordinario de intervenir modificando la materia, gracias a la relativa flexibilidad del texto constitucional y a la oportuna adecuación progresiva de las normas al contexto social. El abanico de posibilidades era a priori muy amplio, como demuestran los casos mencionados en la introducción.

Las recurrentes sostenían que su capacidad jurídica resultaba limitada debido a su orientación sexual y afirmaban que la Ley Fundamental había evolucionado hacia el reconocimiento de aquellos derechos que podían verse afectados por este factor, «porque la dignidad de la persona se concretiza en un deber de trato igual, resultando expresamente prohibida la discriminación en base a la orientación sexual». Además, el matrimonio civil, en su opinión, otorga a la pareja un estatus que va mucho más allá de los deberes previstos en el Código Civil, sin que sea justificable la imposibilidad para los sujetos del mismo sexo de acceder a dicho estatus, sobre todo si el fundamento es la presunta necesidad de la capacidad procreativa, real o potencial<sup>24</sup>.

El Tribunal Constitucional empleó como premisa general de su decisión una serie de sentencias adoptadas en otros ordenamientos, empezando por Estados Unidos, Canadá y Sudáfrica<sup>25</sup>. Por lo que se refiere al continente europeo, se puso de manifiesto el protagonismo absoluto de los legisladores nacionales, que han reelaborado el concepto de matrimonio para abrirlo a las personas del mismo sexo. Los magistrados mencionaron los casos de Holanda, Bélgica, España, Noruega y Suecia, e hicieron referencia, asimismo, a otros sistemas donde se prevén formas específicas de uniones.

---

<sup>23</sup> El art. 36 Const. prevé: «1. Todos tienen el derecho de formar una familia y contraer matrimonio en condiciones de plena igualdad. 2. La ley regula los requisitos y los efectos del matrimonio y de su disolución, por muerte o divorcio, independientemente de la forma de su celebración. 3. Los cónyuges tienen los mismos derechos y deberes en cuanto a la capacidad civil y política y al mantenimiento y educación de los hijos. 4. Los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden, por este motivo, ser objeto de discriminación alguna, y ni la ley ni las dependencias oficiales pueden usar designaciones discriminatorias relativas a la filiación. 5. Los padres tienen el derecho y el deber de educar y mantener a los hijos. 6. Los hijos no pueden ser separados de sus padres, salvo cuando éstos no cumplan con sus deberes fundamentales hacia ellos y siempre tras una decisión judicial. 7. La adopción está regulada y protegida por la ley, la cual debe determinar formas rápidas para su tramitación».

<sup>24</sup> En el recurso se argumenta, en este sentido, que no existe una edad máxima para contraer matrimonio, ni una prohibición para las personas infértiles, sin tener en cuenta los enlaces *in articulo mortis*.

<sup>25</sup> *Vid.* los fundamentos 7.1, 7.2 y 7.3.

El argumento comparado sirvió, en primer lugar, para plantear la existencia de varias soluciones normativas potencialmente compatibles con el ordenamiento, y, además, para introducir una diferenciación entre ordenamientos de *Civil Law* y de *Common Law*. Afirmó el Tribunal, en sus conclusiones, que la soberanía popular implica la aceptación del hecho de que la reforma del sistema jurídico se encomienda a órganos dotados de legitimación popular, investidos del poder de adoptar decisiones de naturaleza político-legislativa.

La clave de la sentencia residía en responder a una disyuntiva esencial: ¿la apertura del instituto matrimonial a las parejas homosexuales es constitucionalmente obligatoria (y no simplemente constitucionalmente «posible»)?)<sup>26</sup>

En la sentencia se mencionó el argumento histórico: cuando se redactó el art. 36 CP, el Código Civil ya preveía la necesaria presencia de un hombre y una mujer para la celebración del matrimonio. El dato literal seguía igual, y ello a pesar de que, si dicha condición se hubiese querido modificar, no habrían faltado ocasiones para una explícita reforma constitucional<sup>27</sup>. Al mismo tiempo, no era admisible una petrificación del concepto de matrimonio en su regulación actual, debiéndose aceptar el potencial reconocimiento jurídico de uniones diferentes en una perspectiva evolutiva y dinámica del ordenamiento<sup>28</sup>.

Las dos visiones del matrimonio que se enfrentaban eran las siguientes: por un lado, la unión entre un hombre y una mujer orientada a la educación conjunta de los hijos que puedan tener (la configuración vigente); por otro, la unión entre dos sujetos adultos de diferente sexo o del mismo dirigida a la realización de elecciones personales. Ahora bien, el Tribunal Constitucional consideró que elegir entre estas dos concepciones del matrimonio no era una competencia suya, pudiendo él mismo sólo verificar la constitucionalidad de las decisiones del legislador<sup>29</sup>.

En conclusión, el Tribunal reputó imposible la adopción de una sentencia aditiva, puesto que esta tipología de decisión puede darse exclusi-

---

<sup>26</sup> *Vid.* el fundamento 10.

<sup>27</sup> En particular, una circunstancia especialmente propicia habría sido la reforma del art. 13 CP, con la expresa previsión de la no discriminación por orientación sexual.

<sup>28</sup> *Vid.* el fundamento 11, en el cual el Tribunal Constitucional menciona su jurisprudencia relativa a la dignidad humana y a su vertiente histórico-cultural, como fue definida en la Sentencia 105/90.

<sup>29</sup> *Vid.* el fundamento 13: «No parece que la opción por una de las dos concepciones del matrimonio sea materia de competencia de este Tribunal, al cual le corresponderá sólo averiguar en qué medida el legislador, al efectuar esta opción, cumple con las normas de la Constitución».

vamente cuando se trata de extender un régimen general a través de la eliminación de normas especiales inconstitucionales o de ampliar el alcance de un régimen más favorable en hipótesis de *soluciones constitucionalmente obligatorias*<sup>30</sup>. Y éste no era el caso.

Sin embargo, dicha sentencia resultó útil porque mantuvo el problema entre los temas mediáticos, propiciando la intervención del legislador. La siguiente etapa del camino portugués fue la aprobación pocos meses después del proyecto gubernamental núm. 9/XI por parte del Parlamento, el cual modificó la fórmula presente en el art. 1.577 del Código Civil abriendo el matrimonio a «dos personas», eliminando las referencias a marido y mujer, y estableciendo un régimen de excepción para las parejas homosexuales sólo por lo que se refiere a la posibilidad de adoptar<sup>31</sup>. El presidente de la República, antes de proceder a la promulgación, solicitó en vía preventiva el juicio del Tribunal Constitucional con referencia a varios artículos de dicha ley, lo que dio lugar a la posterior Sentencia 121/2010<sup>32</sup>.

El Tribunal Constitucional retomó el argumento «originalista» para afirmar que, si bien es verdad que el matrimonio en el que pensaban los constituyentes era el tradicional, ninguna disposición constitucional impedía expresamente una modificación de dicho concepto conforme a la evolución de la sociedad<sup>33</sup>. *A contrario*, la Constitución, remitiendo al legislador la fijación de efectos y requisitos para contraer matrimonio, le encomienda la obligación de regularlo (y de actualizarlo, si es necesario), sin que se pueda eliminar. Además, casarse es un derecho público que se refleja en un instrumento jurídico privatista, sin que el razonamiento pueda invertirse, es decir, sin que dicho instrumento pueda transformarse en el mecanismo obligatorio para su garantía.

El Tribunal Constitucional se interrogó después sobre el contenido esencial del matrimonio: «La instauración de una relación de comunión de vida entre dos personas, establecida mediante un acto designado

<sup>30</sup> Vid. el fundamento 14.

<sup>31</sup> La Exposición de Motivos ponía de manifiesto que el objetivo de la ley era la supresión de una vieja discriminación, de larga duración y muy debatida en la sociedad portuguesa; una discriminación que ha causado exclusión y sufrimiento para muchas personas, y que a la luz de la evolución de la conciencia social resultaba no sólo innecesaria, sino del todo inaceptable. El 17 de mayo de 2013 el Parlamento ha aprobado una reforma del sistema de adopción para permitir la adopción de los hijos biológicos o adoptivos de la pareja en casos de matrimonio homosexual (no han pasado las propuestas que equipararían del todo el régimen al de las parejas heterosexuales).

<sup>32</sup> Vid. el comentario, en perspectiva comparada, de Paolo PASSAGLIA, «Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica», *Foro italiano*, IV (2010), pp. 272 y ss.

<sup>33</sup> Vid. el fundamento 18.

a tal fin, con efectos obligatorios legalmente fijados, libre, incondicional y duradera». Al contrario, la diversidad de sexo resultaría imprescindible si el matrimonio estuviese necesariamente vinculado a la procreación de hijos biológicamente comunes, finalidad que la Constitución no prevé explícitamente<sup>34</sup>. El legislador, en consecuencia, estaba facultado para privilegiar la vertiente simbólica del matrimonio, apostando por la relevancia social y antidiscriminatoria de la protección jurídica de las parejas homosexuales.

### III. EL CASO ITALIANO: LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA IMPOSIBILIDAD DE ABRIR EL MATRIMONIO A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES CON UNA SENTENCIA CREATIVA

La Sentencia de la Corte Constitucional italiana 138/2010 tuvo como premisa factual una situación parecida a la que se acaba de describir con relación a la jurisprudencia portuguesa: algunas parejas impugnaron las decisiones de los oficiales del Registro Civil que negaron poder proceder a las publicaciones matrimoniales.

Los dos Tribunales (Trento y Venecia)<sup>35</sup> que plantearon la cuestión de constitucionalidad emplearon como parámetros los arts. 2 (sobre la protección de los derechos incluso en aquellas formaciones sociales donde el individuo desarrolla su personalidad)<sup>36</sup>, 3 (que regula el principio de igualdad)<sup>37</sup>,

<sup>34</sup> *Vid.* el fundamento 22.

<sup>35</sup> Posteriormente, cuestiones parecidas han sido planteadas por el Tribunal de Apelación de Florencia (Auto 276/2010 de la Corte Constitucional) y el Tribunal de Ferrara (Auto 4/2011 de la Corte Constitucional). Para una reconstrucción detallada de los argumentos usados en la cuestión planteada por el Tribunal de Venecia, *vid.* el comentario de Elisabetta CRIVELLI, «Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 2 (2009), pp. 1238 y ss.

<sup>36</sup> Art. 2 CI: «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como particular como en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social».

<sup>37</sup> Art. 3 CI: «Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinciones por sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales».

Constituye obligación de la República suprimir aquellos obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

29 (sobre la familia)<sup>38</sup> y, sólo en un caso, 117.1 (con referencia al deber del legislador de respetar las obligaciones europeas e internacionales) de la Constitución italiana (de ahora en adelante CI). La Corte declaró la cuestión infundada con referencia a los arts. 3 y 29 e inadmisibles respecto a los arts. 2 y 117.1 (aunque, según parte de la doctrina, fácilmente habría podido «decidir no decidir», adoptando una sentencia de inadmisibilidad por la falta de claridad del objeto o la presencia de una discrecionalidad total del legislador en la materia)<sup>39</sup>. Se sumaron así una decisión de carácter procesal y una de carácter sustancial sobre la misma cuestión<sup>40</sup>.

Muy improbable (y, en buena medida, suicida) habría sido el empleo, por parte de los jueces involucrados, de la «interpretación conforme» a la Constitución (es decir, una ampliación judicial del régimen matrimonial como consecuencia de una aplicación directa del texto constitucional), pues, por un lado, existía y existe un «derecho viviente» a favor del paradigma heterosexual y, por otro, no habría sido suficiente una interpretación correctiva de la noción de matrimonio<sup>41</sup>.

Algunos estudiosos esperaban que la Corte optase por una sentencia «aditiva de principio», indicando aquellos principios que el legislador tendría que seguir a la hora de colmar el vacío normativo y que los jueces tendrían que emplear mientras tanto. Sin embargo, este tipo de decisión se suele emplear para disciplinas ilegítimas —lo que implica que las normas sean vigentes, ya que no hay recurso por omisión en el ordenamiento italiano—, mientras que parece más difícil aplicarlo en los casos de ausencia total de una normativa sobre un tema específico. En esta hipótesis, en efecto, sería necesaria una regulación *ex novo*, general y orgánica, que pre-

---

<sup>38</sup> Art. 29 CI: «La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio. El matrimonio se registrará sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia».

<sup>39</sup> Así Roberto ROMBOLI, «La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni», en <http://www.rivistaaic.it>, 2011, p. 2.

<sup>40</sup> Al respecto, *vid.* Piero Alberto CAPOTOSTI, «Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010», *Quaderni costituzionali*, núm. 138 (2010), pp. 361 y ss. Según Andrea PUGIOTTO, «Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio», en VVAA, *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 2697 y ss., es esencial el hecho de que la Corte procede a una lectura de la cuestión en términos diferentes, a la luz del concepto de formación social.

<sup>41</sup> La interpretación del art. 29 CI tenía que derivar de la jurisprudencia constitucional. *Vid.* Roberto ROMBOLI, «Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”», *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 1634.

vea y solucione las cuestiones fundamentales de la nueva institución que se inserta en el sistema, efecto que resulta imposible de alcanzar mediante un acto jurisdiccional. Además, el mandato al legislador no dispone de instrumentos coercitivos para que éste cumpla con su obligación, resultándole exigible exclusivamente una responsabilidad frente a los electores.

Pasando a los parámetros concretos mencionados en las cuestiones y analizados en la decisión, el art. 29 CI describe a la familia como una «sociedad natural fundada en el matrimonio», cuyos derechos la República se compromete a reconocer en el respeto de «la igualdad moral y jurídica de los cónyuges». Aunque no se podía anclar el concepto de matrimonio exclusivamente en el debate constituyente (debido a la ductilidad natural de los principios constitucionales), al mismo tiempo, según la Corte Constitucional, no era posible modificar el «núcleo» de la norma incluyendo en ella hipótesis que no habían sido contempladas en absoluto a la hora de aprobarla, en un contexto en el que se tenía muy presente la regulación del Código Civil de 1942<sup>42</sup>. El significado mínimo del matrimonio, como unión de personas de sexo diferente, no se podía «superar en vía hermenéutica, pues no se trataría de una simple re-lectura del sistema o de abandonar una mera praxis interpretativa, sino de realizar una interpretación creativa»<sup>43</sup>. Con relación al principio de igualdad (art. 3 CI), la Corte afirmó además que la regulación actual no provocaba una discriminación irrazonable, porque las uniones homosexuales no son situaciones homogéneas respecto del matrimonio<sup>44</sup> (aunque, en realidad, se puede recurrir a una

---

<sup>42</sup> En realidad, el razonamiento a desarrollar debería ser opuesto, es decir, la interpretación del Código Civil a la luz de las normas constitucionales. *Vid.* Andrea PUGIOTTO, «Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio», *op. cit.* La ratio constitucional, además, no coincide con la restrictiva regulación del Código Civil, como lo subraya Paolo VERONESI, «Matrimonio omosessuale, ovvero: “È sorprendente per quanto tempo si può negare l’evidenza, di fronte a certe cose”», en VVAA, *La «società naturale» e i suoi «nemici»*. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 378.

<sup>43</sup> *Vid.* el fundamento jurídico 9. Sobre la diferencia entre interpretación evolutiva y creativa como base de la sentencia, *vid.* Francesco DAL CANTO, «Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza», en VVAA, *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, que subraya, por otra parte, que se reconoce demasiada importancia a la perspectiva histórica.

En esta misma parte de la sentencia se desarrolla el argumento de la imposible comparación con los casos de los sujetos transexuales, cuyo alcance es muy limitado y por ello no parece necesario recordar aquí las reflexiones sobre los elementos diferenciales.

<sup>44</sup> *Vid.* Ilenia MASSA PINTO y Chiara TRIPODINA, «“Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”». *Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, *Diritto pubblico*, núm. 2 (2010),

pluralidad de argumentos para poner en entredicho la capacidad procreativa —potencial— como presupuesto de la unión matrimonial)<sup>45</sup>.

Desde 2001, el art. 117.1 (con la reforma constitucional realizada a través de la Ley constitucional 3/2001) prevé que «la potestad legislativa es ejercida por el Estado y las regiones respetando la Constitución y también los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y las obligaciones internacionales». A través de este parámetro entran en el juicio las normas del CEDH y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea relativas al derecho a contraer matrimonio y construir una familia (arts. 12 y 9, respectivamente). Sin embargo, a pesar de la nueva importancia de la Carta en los sistemas nacionales tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (que la Corte menciona expresamente), es crucial el hecho de que estas fuentes supranacionales remiten a las diferentes normativas nacionales de desarrollo. Con lo cual, el órgano que puede decidir qué tipo de protección otorgar a las parejas del mismo sexo sigue siendo el Parlamento.

Unas palabras más merece el empleo como parámetro del art. 2 CI, con referencia al cual la Corte Constitucional declaró la cuestión inadmisibile, al estar «dirigida a obtener una sentencia aditiva no constitucionalmente obligada»<sup>46</sup>. El Código Civil presupone la diversidad de sexo de los cónyuges según una noción milenaria de matrimonio (como lo dicen los mismos autos con los cuales se plantea la cuestión), pero ello no implica que las uniones homosexuales resulten privadas de cualquier forma de tutela. El art. 2 CI, en la medida en que prevé que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre en su individualidad y en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad, ofrece una cobertura (más o menos directa) a las parejas homosexuales, interpretadas justamen-

---

pp. 471 y ss. Así, en la sentencia se afronta muy sintéticamente el argumento de la discriminación, con lo cual no resulta necesario para la Corte ni siquiera especificar claramente el fundamento, es decir, el interés público predominante, del trato diferente.

<sup>45</sup> Aparte de la inexistencia de prohibiciones según la edad o la fertilidad, en la misma jurisprudencia constitucional se pueden encontrar matices que muestran la imposibilidad de transformar este carácter en una condición imprescindible del matrimonio. En la Sentencia 161/1985 se consideró arbitrario «atribuir a la capacidad generativa el carácter de requisito esencial para la validez y la existencia misma del matrimonio» (fundamento jurídico 12).

<sup>46</sup> *Vid.* el fundamento jurídico 5. Favorable a la adopción de una sentencia aditiva, Roberto PINARDI, «La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione», *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, pp. 527 y ss. Más escéptico Antonio D'ALOIA, «Omoseualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale», en VVAA, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 104.

te como formaciones sociales. En este sentido, la Corte Constitucional dijo que son éstos los casos de dos sujetos que, en una situación de convivencia estable, tienen la libertad de vivir su condición de pareja en un contexto de potenciación del modelo pluralista<sup>47</sup>.

Sin embargo, el reconocimiento y la protección de dicha situación no deben llevar necesariamente a una equiparación de estas uniones con el matrimonio tradicional, como lo demuestra la variedad de soluciones presentes en el Derecho comparado<sup>48</sup>. Por tanto, sólo el legislador puede actuar para colmar este «vacío normativo»<sup>49</sup> usando su discrecionalidad y decidir qué forma de reconocimiento desea dar a las parejas homosexuales, mientras que a la Corte le quedaría sólo la posibilidad de intervenir a tutela de situaciones específicas (especialmente a través del control de razonabilidad)<sup>50</sup>. Sin embargo, del texto de la sentencia no se puede deducir una obligación para el Parlamento, sino una facultad que se superpone a la imposibilidad para la Corte de sustituirse a él en dicha labor.

A la luz de este pronunciamiento, una parte de la doctrina duda que se pueda extender el régimen matrimonial mediante una reforma parecida a la portuguesa, debido a la interpretación que se ha dado del art. 29 CI<sup>51</sup>, mientras que otros estudiosos consideran que existe la posibilidad de una futura apertura mediante un acto legislativo (con —eventuales— posibles limitaciones relativas a la adopción y a algunos aspectos puntuales)<sup>52</sup>.

El resultado del juicio era predecible en virtud del estado del debate social y jurídico actual (con su indiscutible eco mediático), aunque plantear las cuestiones de inconstitucionalidad descritas ha aportado un nuevo impulso al mismo; se trataba, así, de una actuación «oportuna», aunque sin posibilidades reales de prosperar<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> Vid. Roberto ROMBOLI, «Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio», *Foro italiano*, I (2010), pp. 1367 y ss.

<sup>48</sup> La conciencia de la pluralidad de opciones es evidente si se tiene en cuenta el informe comparado realizado por el «Servizio Studi» de la Corte Constitucional. Vid. Paolo PAS-SAGLIA (ed.), *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, en *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>49</sup> Vid. el fundamento jurídico 7.

<sup>50</sup> Vid. el fundamento jurídico 8.

<sup>51</sup> Por ejemplo, Francesco DAL CANTO, «La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale (nota a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138)», *Foro italiano*, 2010, pp. 1369 y ss., y Paolo BIANCHI, «La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso», *Giurisprudenza italiana*, 2010, pp. 537 y ss.

<sup>52</sup> Vid. Barbara PEZZINI, «Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale», en *Giurisprudenza italiana*, 2010, pp. 2715 y ss.

<sup>53</sup> Vid. Simone SCAGLIARINI, «Un'opportuna sollevazione di questioni infondate», en

La necesaria presencia de un hombre y de una mujer para un matrimonio válido, que la Corte deduce del argumento «originalista», resulta difícil de sostener en 2010 (o 2013), y el mero dato textual de la CI no resulta decisivo al respecto<sup>54</sup>. Sin embargo, la interpretación ofrecida con especial referencia al «núcleo» del matrimonio se presenta como un obstáculo, de momento, a una intervención dirigida a la equiparación de las parejas heterosexuales y homosexuales por parte del legislador ordinario.

En último lugar, hay que repetir que el tipo de juicio que la Corte Constitucional ha sido llamada a realizar en esta ocasión es muy peculiar, al tratarse de una interpretación de los principios constitucionales independiente de la existencia de una regulación primaria (como si existiera un recurso por omisión). En otras palabras, lo que se le pedía era declarar que las normas constitucionales imponen la extensión del matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo. Tal y como lo había hecho el Tribunal Constitucional portugués en 2009, la Corte Constitucional italiana tampoco consideró inevitable dicha interpretación.

Lo que sí es inevitable, y a ello se van a dedicar unas líneas, es la evolución del sistema a pesar de la inercia del legislador, que no ha intervenido en este ámbito después de la sentencia. En 2012, la Corte de Casación se ha enfrentado al caso de una pareja homosexual, casada en Bélgica, que solicitaba la transcripción en el Registro Civil de su unión (Sentencia 4184/2012). Dicha Corte no permitió la transcripción debido a la «inexistencia» (y no a su contrariedad al orden público, lo cual ya es un paso adelante respecto a las decisiones de instancias inferiores) de dicho vínculo conforme a la regulación italiana. Sin embargo, empleó unos argumentos de la Sentencia 138/2010 de la Corte Constitucional y de la jurisprudencia del TEDH (cfr. § V), y, aunque no expresamente, del TJUE (cfr. § I), para afirmar que los miembros de la pareja, en cuanto titulares del derecho a la vida familiar, podrían recurrir a los órganos jurisdiccionales para conseguir en situaciones específicas el reconocimiento de un tratamiento homogéneo al de las parejas heterosexuales, aun en ausencia de intervención legislativa.

---

VVAA, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 345 y ss.

<sup>54</sup> Vid. en este sentido Carlo FUSARO, «Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale», en VVAA, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 151 y ss. Antes de que se plantearan estas cuestiones, Paolo VERONESI, «Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”», *Quaderni Costituzionali*, núm. 3 (2008), pp. 577 y ss., realizó un análisis crítico de los principios constitucionales sobre la familia, llegando a afirmar la compatibilidad del matrimonio homosexual con la Constitución.

#### IV. EL CASO FRANCÉS: EL CONSEJO CONSTITUCIONAL Y LA DISCRETIONALIDAD DEL LEGISLADOR EN LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Otro caso parecido a los anteriormente descritos dio lugar a una sentencia del Consejo Constitucional francés, en ejercicio de su nueva competencia incidental, sobre la cuestión planteada por la Corte de Casación, Primera Sección Civil, el 16 de noviembre de 2010 (Decisión 2010-92, de 28 de enero de 2011).

El objeto de la cuestión eran los arts. 75 y 144 del Código Civil francés, en la medida en que excluían la facultad de contraer matrimonio para dos personas del mismo sexo<sup>55</sup>. Las recurrentes consideraban que de esta prohibición, y de la falta de cualquier margen de maniobra para la autoridad judicial, derivaba una vulneración del art. 66 de la Constitución francesa (de ahora en adelante CF), relativo a la libertad individual, y de uno de sus —presuntos— corolarios, es decir, la libertad de matrimonio.

El Consejo Constitucional partió del texto del art. 34 CF, en el cual se establece una reserva de ley acerca de la capacidad y la edad con relación al régimen matrimonial; por ello, el legislador puede en cualquier momento modificar su regulación según valoraciones de oportunidad y la libertad de matrimonio no excluye ni limita la amplitud de esta facultad<sup>56</sup>. Añadió que el art. 66 CF no constituía un parámetro adecuado, pues se refiere a la libertad personal, que no se veía afectada por las normas impugnadas<sup>57</sup>.

Respecto del «derecho a una vida familiar normal», derivado del preámbulo de la Constitución de 1946, el Consejo argumentó que éste no era obstaculizado por los artículos del Código Civil: por un lado, tal derecho no implica necesariamente el acceso al matrimonio y, por otro, había que tener en cuenta que las parejas homosexuales disponían del denominado *Pacte Civil de Solidarité*<sup>58</sup>.

Además, el Consejo hizo referencia al principio de igualdad, confirmando que el mismo no se opone a que se regulen de forma diferente situacio-

---

<sup>55</sup> Esta interpretación derivaba de la Sentencia del 13 de marzo de 2007 («pourvoi», 05-16627) de la misma Corte de Casación, Primera Sección Civil: «Conforme a la ley francesa, el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer; este principio no es contradicho por ninguna disposición del CEDH o de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE».

<sup>56</sup> *Vid.* los considerandos 5 y 7.

<sup>57</sup> *Vid.* el considerando 6.

<sup>58</sup> *Vid.* el considerando 8.

nes diferentes. El Parlamento, conforme al art. 34 CF, bien podía modificar la regulación del matrimonio, pero, gracias a la discrecionalidad de la que goza, había «considerado que la diferencia de situaciones entre las parejas del mismo sexo y las parejas formadas por un hombre y una mujer puede justificar un trato diferente con referencia a las normas del derecho de familia»<sup>59</sup>. Y no es competencia de la justicia constitucional sustituir al legislador en su evaluación de los presupuestos de un trato diferenciado. De nuevo, el monopolio de la regulación matrimonial se reconocía al poder legislativo.

El tema volvió a plantearse tras la elección a presidente del socialista François Hollande. En octubre de 2012, el Consejo de Estado emitió un informe consultivo sobre el proyecto de reforma del Código Civil que introduciría el matrimonio homosexual y expresó un parecer bastante crítico, partiendo de la idea de que, a pesar de la ausencia de una definición explícita, el mismo Código fundamenta la regulación en dos premisas esenciales: la diferencia de sexo entre los cónyuges y la consecuente presunción de paternidad que se aplica para el marido de una mujer casada que tenga un hijo. Ello representaría una diferencia irreductible entre los dos tipos de unión. Además, el Consejo de Estado consideró que el estudio de impacto realizado no era lo suficientemente esmerado a la hora de evaluar las consecuencias económicas, sociales e internacionales del proyecto de ley, especialmente con referencia a la adopción.

A pesar de las dudas manifestadas por el Consejo de Estado, el 23 de abril de 2013 la Asamblea Nacional aprobó en segunda lectura (y definitivamente) el texto de la ley que abre el matrimonio a las parejas del mismo sexo, sin distinciones con las heterosexuales en ningún aspecto del régimen legal, modificando el correspondiente artículo del Código Civil, el 143. La impugnación de la ley no tardó en llegar (la presentaron unos miembros del partido derechista de oposición, la Unión por un Movimiento Popular, y algunos parlamentarios de la Unión de Demócratas e Independientes) y tampoco la decisión del Consejo Constitucional (Decisión 2013-669, de 17 de mayo) con la cual éste ha apoyado *in toto* la opción legislativa. En particular, retomando el art. 34 CF, los magistrados han afirmado que la definición de la edad, de la capacidad y de los regímenes matrimoniales es una competencia del legislador, competencia sometida exclusivamente a un juicio de constitucionalidad —y no de oportunidad— por parte del mismo Consejo *ex art.* 61 CF<sup>60</sup>.

En la decisión se argumenta, además, que el patrón hombre/mujer, tradicionalmente relacionado con el concepto de matrimonio, no constituye

---

<sup>59</sup> *Vid.* el considerando 9.

<sup>60</sup> *Vid.* el considerando 14.

un «principio fundamental reconocido por las leyes de la República conforme al apartado primero del Preámbulo de 1946»<sup>61</sup> y, por tanto, no puede formar parte del parámetro. Se repite luego que «el legislador ha considerado que la diferencia entre las parejas formadas por un hombre y una mujer y las parejas de personas del mismo sexo no justifica ya que éstas no puedan acceder al estatus y a la protección jurídica relacionada con el matrimonio» y que «no le corresponde al Consejo Constitucional sustituir su opinión a la del legislador con referencia a la consideración, en materia matrimonial, de esta diferencia de situaciones»<sup>62</sup>. Asimismo, la decisión avaló la posibilidad de adoptar por parte de las parejas del mismo sexo, pero centrando el razonamiento en el derecho *del* niño y no en el derecho *a* un niño.

Coherentemente con la decisión de 2011, el Consejo Constitucional ha hecho hincapié en la discrecionalidad del legislador y en la imposibilidad de superponer una evaluación «política» a la del Parlamento mediante un juicio de constitucionalidad, que sólo podría prosperar en presencia de un parámetro constitucional claro y contrario al reconocimiento de estas uniones.

## V. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA SENTENCIA *SCHALK Y KOPF VS. AUSTRIA*. EL NIVEL EUROPEO TAMPOCO APUESTA POR EL RECONOCIMIENTO JURISDICCIONAL

El caso que dio lugar a la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2010 era similar a los anteriores: dos sujetos del mismo sexo habían solicitado empezar los trámites para casarse y su demanda había sido desestimada, pues el Código Civil austriaco, en su art. 44, establece que pueden contraer matrimonio sólo un hombre y una mujer. La Corte Constitucional de este país, llamada a verificar la constitucionalidad de dicha disposición, consideró que la misma no era ilegítima, porque no hay ninguna norma nacional o supranacional que imponga un cambio de interpretación del matrimonio que se aleje de su configuración tradicional<sup>63</sup>.

Mientras tanto había entrado en vigor, en enero de 2010, la nueva regulación de las uniones registradas para las parejas homosexuales. Sin embargo, los recurrentes confirmaron su recurso al TEDH con base en los arts. 8, 12 y 14 del CEDH.

<sup>61</sup> *Vid.* el considerando 21.

<sup>62</sup> *Vid.* el considerando 22.

<sup>63</sup> VfGH, B777/03, de 13 de diciembre de 2003.

En la sentencia se hizo especial hincapié en las consideraciones acerca del derecho al matrimonio establecido en el art. 12 y se afirmó que la explícita referencia a hombre y mujer fue «deliberada» y no casual, aunque «hay que tener en cuenta el contexto histórico en el cual el Convenio fue adoptado. En los años cincuenta el matrimonio se entendía claramente en el sentido tradicional, como unión de personas de sexo diferentes»<sup>64</sup>. El argumento de la capacidad procreativa fue rechazado nuevamente, puesto que ésta «no puede ser vista en sí como un límite al derecho de casarse», pero no por ello se pueden sacar conclusiones acerca del matrimonio homosexual<sup>65</sup>. El TEDH afirmó rotundamente que, a pesar de los indudables cambios intervenidos en la realidad social y jurídica de la institución matrimonial, no era posible sostener la existencia de un consenso generalizado al respecto, ni una obligación para los Estados<sup>66</sup>. Éstos representan las instituciones más adecuadas para responder a las necesidades de los respectivos contextos sociales, pues «el matrimonio tiene raíces profundas en el contexto social y cultural que pueden ser muy diferente de una sociedad a otra»<sup>67</sup>. Al mismo tiempo, tampoco el empleo de los demás parámetros mencionados en el recurso parecía suficiente para justificar un deber para los países que no abren el matrimonio a las uniones homosexuales (que, además, son todavía la mayoría)<sup>68</sup>.

Otra vez la palabra a los legisladores nacionales<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> Vid. el punto 55.

<sup>65</sup> Vid. el punto 56.

<sup>66</sup> Vid. el punto 58. En el punto 63 se lee: «En conclusión, el Tribunal considera que el art. 12 del Convenio no impone una obligación al gobierno de proporcionar a una pareja del mismo sexo como la de los recurrente el acceso al matrimonio».

<sup>67</sup> Vid. el punto 62.

<sup>68</sup> Aquí tampoco me parece necesario mencionar los argumentos usados para diferenciar estos casos de la situación de los transexuales (con especial referencia al anterior caso *Goodwin vs. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002). Lo que sí puede resultar útil es una referencia a la posterior sentencia en el caso *Gas y Dubois vs. Francia*, emitida el 15 de marzo de 2012, con la cual el TEDH abre la posibilidad de usar el art. 8 CEDH para reconocer, a ciertos efectos, las relaciones no matrimoniales en forma de uniones factuales. Vid. al respecto Alexander SCHUSTER, «Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio», en <http://www.forumcostituzionale.it>. En aquel caso, sin embargo, no existía una discriminación debida a la orientación sexual, puesto que los miembros de un PACS no pueden adoptar al hijo biológico de su pareja ni siquiera si son de sexo diferente. Por ello es distinto el caso decidido el pasado 19 de febrero, *X. y otros vs. Austria*, en la medida en que el Tribunal afronta allí un ejemplo de discriminación efectiva entre las hipótesis de parejas heterosexuales y homosexuales, y analiza la actuación de los poderes públicos usando como parámetros la necesidad y la proporcionalidad de la medida protectora de la familia tradicional. Finalmente, considera que el gobierno austriaco no ha aportado pruebas suficientes para demostrar que una pareja formada por dos personas del mismo sexo es inadecuada para criar a un niño.

<sup>69</sup> Por esto hay cierta analogía con la Sentencia 138/2010 de la Corte Constitucio-

VI. CONCLUSIÓN: LAS UNIONES HOMOSEXUALES COMO TEMA «SENSIBLE» QUE TIENE QUE SER AFRONTADO POR ÓRGANOS POLÍTICAMENTE RESPONSABLES (PERO ¿CON UNA PEQUEÑA AYUDA DE LOS TRIBUNALES?)

Con el presente escrito se deseaba averiguar cuál es el equilibrio actual en la protección de las uniones homosexuales entre regulación mediante la intervención legislativa y ampliación de la tutela por parte de la jurisdicción constitucional. El análisis de los casos que se han examinado lleva a afirmar que, en este ámbito, la balanza entre derecho político y derecho jurisprudencial sigue inclinándose a favor del primero.

De las sentencias examinadas se deducen algunos puntos comunes.

El primero de ellos es la insuficiencia del principio de igualdad como parámetro para justificar la eliminación del trato diferenciado entre parejas formadas por personas del mismo sexo y parejas heterosexuales. En realidad, como la jurisprudencia portuguesa y la italiana enseñan claramente, se trata de un argumento débil porque su existencia en el texto constitucional no puede, por sí solo, fundamentar una equiparación entre las dos situaciones que, con diferentes justificaciones, no son consideradas del todo homogéneas.

Allí entra en juego la segunda tesis común: frente a la imposibilidad de una aplicación automática del principio constitucional, el legislador es el único sujeto que puede tomar la decisión haciendo uso de su discrecionalidad, como lo afirma también la Sentencia del Consejo Constitucional francés de 2011 (y en el mismo sentido se dirigen los otros Tribunales Constitucionales estudiados).

Los actores institucionales llamados en concreto a pronunciarse frente a la inercia de los Parlamentos son los Tribunales Constitucionales correspondientes. Y aunque en todo caso dichos órganos no se consideran habilitados para tomar decisiones «sensibles» y políticamente discrecionales, no pudiendo realizar interpretaciones creativas, apoyan las decisiones favorables a la extensión de determinados derechos a las parejas homosexuales y ofrecen unas pistas a los legisladores.

---

nal italiana, aunque también se encuentran varias diferencias de perspectiva. *Vid.* Giorgio REPETTO, «Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto», en <http://www.rivistaaic.it>, 2010.

Tampoco el nivel supranacional puede obligar a los Parlamentos a intervenir, con lo cual queda todavía sometida a su decisión discrecional la regulación de un derecho aparentemente existente con especial referencia al desarrollo de la personalidad y a la construcción de una familia, que a pesar de ello no cuenta con una configuración concreta de carácter universal.

Esto es verdad. Desde el principio, el auténtico «motor» del cambio ha sido el poder legislativo, *pero* sobre todo en los últimos años se están dando muchos casos de recursos dirigidos a obtener mayor protección a nivel tanto de tribunales (constitucionales) nacionales como de tribunales supranacionales<sup>70</sup>. Y en particular con referencia al punto de partida común de las sentencias citadas, es decir, la imposibilidad de derivar del principio de igualdad una necesaria equiparación entre parejas homosexuales y heterosexuales, la jurisprudencia parece haber avanzado en dos direcciones. Por un lado (desde el punto de vista del juez nacional), cuando el legislador ha aprobado reformas legislativas que amplían el alcance del instituto matrimonial, los órganos de justicia constitucional han avalado dichas opciones propiciando una interpretación evolutiva de un concepto de matrimonio que no resultase definido de forma totalmente estricta en la Carta fundamental. Por otro lado (desde el punto de vista del juez supranacional), y para compensar la ausencia de tuteladas en algunos sistemas, parece que se está asistiendo a la creación de un concepto de «discriminación (no) razonable» basado en la comparabilidad de las situaciones de las parejas homosexuales y heterosexuales y en la protección de su existencia como familias, independientemente de la presencia de un vínculo jurídicamente reconocido.

---

<sup>70</sup> En este mismo sentido se expresa Alexander SCHUSTER, «Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato e europeo», *op. cit.*, p. 264.