

La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo

The position of the European Court of Human Rights on same-sex marriage

por

JAVIER NANCLARES VALLE
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad de Navarra*

RESUMEN: Por sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, el Tribunal Constitucional español ha resuelto a favor de la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se reforma la regulación del matrimonio en el Código Civil español y se posibilita su celebración entre personas del mismo sexo. Esta materia había sido ya objeto de controversia en diversos países y su tratamiento legal y judicial dio lugar incluso a algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en especial, la sentencia de 24 de junio de 2010, asunto *Schalk and Kopf v. Austria*), que había tenido que examinar si las normas estatales que circunscribían el matrimonio al celebrado entre personas de distinto sexo resultaban o no acordes al derecho a la vida privada y familiar, al derecho a contraer matrimonio y al derecho a la igualdad reconocidos a toda persona, respectivamente, en los artículos 8, 12 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El presente artículo pretende analizar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de derecho a contraer matrimonio, cuyo interés para el jurista español reside en que el Tribunal Constitucional ha tenido que abordar dos cuestiones que habían sido previamente analizadas y resueltas por aquel Tribunal: la necesidad de una interpretación evolutiva de la institución garantizada y del derecho fundamental a contraer matrimonio, y la existencia o no dentro de los márgenes de la Constitución (en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del convenio) de formas alternativas de otorgar protección a las parejas del mismo sexo.

ABSTRACT: In Judgement 198/2012 of 6 November, the Spanish Constitutional Court ruled in favour of the constitutionality of Spanish Act 13/2005 of 1 July revising marriage regulations under the Spanish Civil Code and enabling the marriage of persons of the same sex. This issue had already engendered controversy in various countries, and its treatment in law and in the courts had even given rise to a number of pronouncements by the European Court of Human Rights (especially the ECHR's Judgment of 24 June 2010, on Schalk and Kopf v. Austria). It had fallen to the ECHR to decide whether national rules circumscribing matrimony to the marriage of persons of different sexes was or was not in accordance with the right to private and family life, the right to marry and the right to equality, which are recognized as rights belonging to all people in articles 8, 12 and 14, respectively, of the European Convention on Human Rights.

This article looks at ECHR case-law concerning the right to marry. The issue is of interest to Spanish legal scholars, because the Spanish Constitutional Court has already had to tackle two issues previously examined and decided on by the ECHR: the need to take evolution into consideration when interpreting marriage and the fundamental right to marry, and the existence or non-existence of alternative ways to protect same-sex partners within the bounds of the Constitution (or, in the case of the European Court of Human Rights, within the bounds of the Convention).

PALABRAS CLAVE: Matrimonio homosexual. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Principio de no discriminación.

KEY WORDS: *Homosexual marriage. European Court of Human Rights. Rule of non-discrimination.*

SUMARIO: I. LA SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE UN PROBLEMA ENQUISTADO.—II. LA SENTENCIA SCHALK AND KOPF CON-

TRA AUSTRIA.—III. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO: 1. LA HETEROSEXUALIDAD DEL MATRIMONIO EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE TRANSEXUALIDAD. 2. MATRIMONIO, VIDA FAMILIAR Y DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA: A) *Convivencia homosexual y vida familiar*. B) *Convivencia homosexual y derecho a fundar una familia: la desvinculación del matrimonio y la procreación*. C) *Matrimonio, sexo institucionalizado y procreación*. 3. EVOLUTIVIDAD DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO. 4. DE LA TOLERANCIA A LA IMPOSICIÓN: LA DOCTRINA DEL CONSENSO EUROPEO.— IV. MATRIMONIO HOMOSEXUAL O DISCRIMINACIÓN: UNA FALSA DISYUNTIVA: 1. ¿ES DISCRIMINATORIO NO ADMITIR LEGALMENTE EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL? 2. ¿ES DISCRIMINATORIO NO CONTEMPLAR LEGALMENTE UNA VÍA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN?

I. LA SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE UN PROBLEMA ENQUISTADO

Si hay una materia dentro del Derecho de Familia capaz de suscitar las más enconadas polémicas no solo en la doctrina científica sino también en la clase política y, por extensión, en la sociedad misma, esa ha sido la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. Más allá de consideraciones morales, que no procede ahora examinar, el llamado matrimonio homosexual se erige en la atalaya desde la cual analizar un buen número de cuestiones propiamente jurídicas.

Si pretensión de exhaustividad, enumero algunas materias que se vieron involucradas con la admisión de esta figura: el papel que desempeña el libre desarrollo de la personalidad en materia matrimonial y familiar; el juego del principio de igualdad y proscripción de toda discriminación al establecer los límites a la capacidad de contraer matrimonio; el margen de actuación del legislador ordinario sobre instituciones constitucionalmente recogidas y sobre las que se construyen derechos fundamentales; la reconocibilidad social de instituciones jurídicas y los como poco inciertos —sino discrecionales— criterios que sirven traducir en términos jurídicos los cambios sociológicos; la dialéctica de confrontación o coexistencia entre el interés individual y el interés público al regular el matrimonio y la familia, etc.

En el origen de la reforma legal del año 2005 estuvo el deseo del legislador de adecuar la institución del matrimonio a la realidad social española y de poner fin a una discriminación secular. Este último objetivo, que quedó plasmado con claridad meridiana en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio¹, había sido el argumento clásico esgrimido por los partidarios de la admisión del matrimonio homosexual² y constituía una manera de legitimar estas uniones mediante el recurso a un principio, el de igualdad, con el que

resultaba (y resulta) muy difícil disentir, por el riesgo implícito para el crítico de ser inmediatamente encasillado en el papel de intolerante.

Este enfoque del problema no es exclusivo del Derecho español, pues ha sido empleado también en otros países de nuestro entorno cultural y jurídico. Así por ejemplo, el principio de igualdad y la proscripción de discriminaciones en materia matrimonial estuvo en la base de la reforma legal acaecida tanto en Bélgica (mediante la Ley de 13 de febrero de 2003, por la que se abría el matrimonio a las personas del mismo sexo y se modificaban ciertos artículos del Código Civil belga), sin que la Cour d'arbitrage belga manifestara expresamente en su Arrêt número 159/2004, de 20 de octubre de 2004, que la situación legal anterior había sido discriminatoria, como en Alemania (mediante la Ley de 16 de febrero de 2001, de uniones convivenciales registradas), respecto de la cual la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 17 de julio de 2002, señaló en su parágrafo 98 que la protección constitucional del matrimonio no implicaba un mandato de discriminar o perjudicar otras formas de vida en común, de modo que la ley, pese a no abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, se erigía precisamente en el cauce para evitar toda posible discriminación.

La hipotética discriminación (y consiguiente inconstitucionalidad) de la normativa del Código Civil fue rechazada, en cambio, por el Tribunal Constitucional portugués, en su sentencia 121/2010, de 8 de abril de 2010 (y ya antes en su sentencia 359/2009, de 9 de julio de 2009), al entender que la aprobación de la ley discutida no derivaba de una imposición constitucional de igualdad, lo cual no obstaba a que resultase constitucionalmente legítima la regulación por el legislador ordinario del matrimonio homosexual. También fue desestimada la inconstitucionalidad de la normativa civil del matrimonio por la Corte Costituzionale italiana en su sentencia 138/2010, de 15 de abril de 2010, y por el Conseil Constitutionnel francés en su Arrêt de 28 de enero de 2011 (asunto *Mme Corinne C. et autre*), con base este último en la diferencia entre la situación de las parejas del mismo sexo y las parejas integradas por un hombre y una mujer, que podría justificar una diferencia de trato en cuanto al acceso al matrimonio, el cual quedaría circunscrito a la unión de un hombre con una mujer (Considerando 9.º)³.

Por su parte, los detractores de la reforma entendieron que la admisión del vínculo conyugal entre personas del mismo sexo suponía una auténtica redefinición del concepto de matrimonio, así como un atentado contra la garantía institucional presente en el artículo 32 CE y contra el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, lo que llevó en su momento a una parte importante de la doctrina a cuestionar si el cauce seguido para la reforma había sido el adecuado⁴.

Enquistado durante más de siete años el problema de si la reforma del ámbito subjetivo del matrimonio se adecuaba o no a la Constitución, la cuestión ha

sido resuelta por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, dictada para resolver el recurso de inconstitucionalidad número 6864/2005 interpuesto en su día contra la Ley 13/2005, de 1 de julio.

En el presente trabajo no pretendo realizar un comentario exhaustivo del contenido de tan relevante sentencia, pues ello excedería con mucho el espacio habilitado para un artículo como este. Mi intención, por el contrario, es plantear el tratamiento del derecho a contraer matrimonio por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en su interpretación de un texto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), vinculante para España y que a tenor del artículo 10.2 de la Constitución tiene un carácter decisivo a la hora de interpretar los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en nuestra Carta Magna.

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo presenta gran interés, en la medida que el propio Tribunal Constitucional, a la hora de fundamentar su pronunciamiento, va a abordar dos cuestiones que habían sido previamente tenidas en consideración por dicho tribunal europeo: de un lado, la necesidad de una interpretación evolutiva de la institución constitucionalmente garantizada y del derecho fundamental a contraer matrimonio⁵; de otro lado, la existencia o no dentro de los márgenes de la Constitución de formas alternativas de otorgar protección a las parejas del mismo sexo⁶.

A ello tenemos que añadir que el propio Tribunal Constitucional reconoce, con base en diversas sentencias anteriores, que su interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas no puede de ninguna manera prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España. A juicio del Tribunal, «la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva» (Fundamento Jurídico 9.º, párrafo 2.º), afirmación que, formulada con carácter general, puede resultar discutible, pero que se entiende mejor si tenemos en cuenta el valor que el Tribunal de Estrasburgo atribuye a la evolución social, legal e institucional en materia de derechos humanos y la necesidad de ofrecer un marco único y coordinado en la protección de tales derechos.

En consecuencia, la vinculación argumentativa y la mención expresa en numerosas ocasiones de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, hacen que resulte interesante conocer la jurisprudencia de dicho Tribunal sobre el matrimonio y que las críticas o dudas que esta suscite se trasladen a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

II. LA SENTENCIA SCHALK AND KOPF CONTRA AUSTRIA

La polémica en torno a la admisión o no del matrimonio entre personas del mismo sexo fue directamente abordada por la Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 24 de junio de 2010 (*asunto Schalk and Kopf v. Austria*).

El supuesto que da origen a la sentencia arranca con la oposición de una pareja de varones al artículo 44 del Código Civil austríaco, según el cual: «El contrato matrimonial es la base de las relaciones familiares. Por el contrato matrimonial, dos personas del sexo opuesto declaran su propósito legítimo de vivir juntas en matrimonio indisoluble, engendrar y criar a los hijos y apoyarse mutuamente». Con el fin de ofrecer a las parejas del mismo sexo un mecanismo formal para el reconocimiento y para la concesión de efectos a su relación, Austria aprobó la Ley de parejas registradas número 135/2009, que entró en vigor el 1 de enero de 2010. Dicha ley, orientada únicamente a las uniones registradas de parejas del mismo sexo, buscaba atribuir a sus miembros la misma situación legal que a los esposos en diversos ámbitos jurídicos, sin perjuicio de la subsistencia de ciertas diferencias respecto del matrimonio, principalmente referidas al acceso a la paternidad, viéndose así excluidos tanto de la adopción conjunta como de la adopción de los hijos del otro conviviente, a lo que cabría añadir la negativa al acceso a la inseminación artificial.

Como consecuencia de ello, los demandantes plantearon ante el Tribunal Constitucional austríaco un recurso en el que invocaban «que la imposibilidad legal para ellos de contraer matrimonio constituía una violación de su derecho al respeto de su vida privada y de su vida familiar y del principio de no discriminación». En su argumentación, defendían la existencia de una evolución en la noción de matrimonio y, en particular, sostenían que «la procreación y la educación de los hijos no constituyen ya parte esencial del matrimonio que, en la percepción actual, es una unión permanente que afecta a todos los aspectos de la vida» (*Schalk, parágrafo 11*). En consecuencia, impedir el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio carecía, en su opinión, de una justificación razonable y constituía una vulneración de la Constitución austríaca y del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Rechazado el recurso por el Tribunal Constitucional austríaco, la cuestión llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que va a acoger solo parcialmente sus argumentos, aunque desestimándolos sin embargo en lo principal. Así, el Tribunal de Estrasburgo rechazó que la interpretación vigente del derecho a contraer matrimonio imponga a los Estados firmantes del convenio el deber de modificar su legislación interna con el fin de admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y, por otra parte, negó la existencia de discriminación por parte de la legislación austríaca al abordar el tratamiento legal de la convivencia entre personas del mismo sexo.

Plantado recurso por los demandantes, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reunida el 22 de noviembre de 2010, lo rechazó, convirtiéndose así en definitiva (en virtud del art. 44 del CEDH) la decisión dictada en su día por la Primera Sección del Tribunal⁷.

III. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

Señala el artículo 12 del CEDH que: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

En la demanda de la que trae causa la sentencia dictada en el *asunto Schalk*, los dos varones reclamantes invocaron la existencia de una presunta vulneración del derecho a contraer matrimonio contemplado en el citado artículo 12. Para comprender mejor la respuesta ofrecida por el Tribunal de Estrasburgo a la reclamación formulada, merece la pena detenerse un momento a examinar qué venía entendiendo por matrimonio dicho órgano judicial.

1. LA HETEROSEXUALIDAD DEL MATRIMONIO EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE TRANSEXUALIDAD

Uno de los argumentos invocados por los demandantes en el caso controvertido consistía en que de la redacción del artículo 12 del CEDH no se deduce necesariamente «que un hombre solo pueda casarse con una mujer, y viceversa» (*Schalk, párrafo 55*). Se planteaba, por tanto, que ese derecho al matrimonio pudiera predicarse de dos hombres o de dos mujeres, lo que a la postre era tanto como refutar que la diversidad sexual de los cónyuges fuera un elemento esencial del derecho a contraer matrimonio. De mantenerse la exigencia de diversidad sexual, el matrimonio entre personas del mismo sexo y las legislaciones que lo permitiesen no tendrían aparentemente cabida dentro del convenio. En cambio, en caso de rechazarse la necesaria heterosexualidad de la unión matrimonial, habría que determinar las consecuencias jurídicas de la inexigibilidad de tal requisito dentro del artículo 12 del CEDH, consecuencias que los demandantes cifraban en garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio y en obligar a los Estados miembros a proporcionar este acceso en sus leyes nacionales.

A la hora de cuestionar la exigencia de heterosexualidad en el matrimonio, los reclamantes se amparaban en una lectura del precepto basada en un literalismo interesado: puesto que el precepto convencional no habla en ningún momento del derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio «entre sí», el precepto estaría reconociendo a hombres y mujeres el *ius connubii*, sin

pretender especificar el sexo de la persona con la cual cada hombre o mujer podría contraer matrimonio.

Ante la debilidad de tal argumento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contestó que, aunque una interpretación aislada del precepto podría no excluir dicha comprensión del mismo, su interpretación sistemática⁸ en el conjunto del Convenio (en el que, por contraposición, todos los demás artículos sustantivos otorgan derechos y libertades a «toda persona» o establecen que «nadie» podrá ser sometido a determinadas clases de tratos prohibidos) permite concluir que la elección de los términos hombre y mujer es deliberada (*Schalk, párrafo 55*), en la medida que se atribuye el derecho con un carácter correlativo⁹. Conclusión a la que se llegaría no solo por aplicación del canon sistemático, sino también del canon histórico, esto es, acudiendo a una interpretación del artículo en su contexto histórico¹⁰, en el que el matrimonio estaba indudablemente referido a los vínculos instaurados entre personas de diferente sexo¹¹. En definitiva, como se afirmara en la Decisión del TEDH, de 28 de noviembre de 2006, *asunto Parry v. Reino Unido*, «si bien es cierto que hay un número de Estados contratantes que han extendido el matrimonio a parejas del mismo sexo, esto refleja su propia visión del papel del matrimonio en sus sociedades y no, *tal vez por desgracia para muchos*, deriva de una interpretación del derecho fundamental según lo establecido por los Estados contratantes en la Convención de 1950» (la cursiva es mía).

En efecto, la exigencia de diversidad sexual en el derecho a contraer matrimonio recogido en el artículo 12 del CEDH venía siendo sostenida reiteradamente por el TEDH. Buena muestra de ello es la jurisprudencia del Tribunal en materia de transexualidad, donde, pese al giro copernicano acontecido en el año 2002, se mantiene incólume la exigencia de heterosexualidad para el matrimonio del transexual, si bien con la precisión de que este no se realizará ya según su sexo biológico sino de conformidad con su nuevo sexo registral. Merece la pena detenerse un momento en esta materia, que no siempre ha sido bien entendida por la doctrina¹² y que, como veremos más adelante, tampoco parece haberlo sido por nuestro Tribunal Constitucional.

En el último cuarto del pasado siglo fueron diversos los casos de personas transexuales que llegaron a conocimiento del Tribunal de Estrasburgo, invocándose en todos ellos la vulneración del derecho a la vida privada recogido en el artículo 8 del CEDH y en algunos de ellos la violación del derecho a contraer matrimonio del artículo 12. En cuanto a esta última cuestión, que es la que aquí interesa analizar, en la sentencia de 17 de octubre de 1986, *asunto Rees v. Reino Unido*, el TEDH señaló que el artículo 12, al garantizar el derecho a contraer matrimonio, se refería «al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico», deduciéndose claramente de su redacción que la finalidad que se persigue con ello «es principalmente proteger el matrimonio como fundamento de la familia» (*Rees, párrafo 49*). De este modo, el Rei-

no Unido no vulneraba el artículo 12 del CEDH ni afectaba a la esencia del derecho a contraer matrimonio cuando impedía el matrimonio del transexual de conformidad con el nuevo sexo adquirido ya que, de admitirse, estarían celebrando el matrimonio dos personas del mismo sexo biológico, único a tener en cuenta a tales efectos.

Pocos años más tarde, el TEDH dicta la sentencia de 27 de septiembre de 1990, *asunto Cossey v. Reino Unido*, en la que se insiste que mantener el concepto tradicional de matrimonio sería «un motivo suficiente para continuar aplicando criterios biológicos para determinar el sexo de una persona a efectos de contraer matrimonio» (*Cossey, parágrafo 46*). Decisión que, en lo relativo a la inexistencia de vulneración del artículo 12 del CEDH, contó con la oposición de cuatro jueces, destacando la extensísima y fundamentada opinión disidente del juez Martens, en la que se señalaba que con su decisión, el TEDH habría legitimado el impedimento legal puesto por el Reino Unido al matrimonio de personas que no sean de sexo biológico diferente, lo que vendría a reducir el derecho a contraer matrimonio —garantizado también a estas personas— a un grado tal que se encontraría afectado en su esencia¹³. Por su parte, los otros tres jueces discrepantes señalaron también que la decisión finalmente adoptada por la mayoría privaba a la demandante de toda posibilidad de contraer matrimonio, pues no podría ni psicológica ni físicamente casarse con una mujer y, de hacerlo, habría dudas acerca de la validez de tal matrimonio¹⁴, todo lo cual pondría de manifiesto una afectación de la esencia de su derecho a contraer matrimonio.

La materia controvertida no pudo ser nuevamente examinada en la sentencia de 25 de marzo de 1992, *asunto B. v. Francia*, pese a que el motivo que llevaba a un transexual a pretender el cambio registral de sexo era precisamente su deseo de contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico. La razón de tal omisión fue que la Comisión Europea de Derechos Humanos había declarado admisible la demanda el 13 de febrero de 1990, con la excepción de la queja basada en el artículo 12, rechazada por entender que no se habían agotado los recursos internos en Francia¹⁵.

Será en la sentencia de 30 de julio de 1998, *asunto Sheffield and Horsham v. Reino Unido*, donde el TEDH recuerde de nuevo que «al garantizar el derecho a casarse, el artículo 12 atañe al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico distinto», desprendiéndose de su redacción «que el fin perseguido consiste esencialmente en proteger el matrimonio como fundamento de la familia». Por tanto, sostiene de nuevo que mantener por parte del Reino Unido el sexo biológico de la persona como criterio determinante a efectos de contraer matrimonio no constituye una violación del artículo 12 del CEDH, por no suponer una limitación que restrinja o reduzca el derecho «de una manera o a un grado que lo alcanzaran en la sustancia misma» (*Sheffield and Horsham, parágrafo 66*).

Esta sentencia fue dictada con la aprobación de una mayoría (18 contra 2) superior incluso a la existente en el *asunto Cossey*, lo que consolidaba notablemente la jurisprudencia del TEDH en su interpretación del artículo 12 del CEDH en casos de transexualidad. Pese a todo, esta posición mayoritaria del TEDH contó con la opinión disidente del juez Van Dijk (cuyo análisis fue compartido por el juez Wildhaber en su Declaración) para quien, puesto que el artículo 8 del CEDH «exige un reconocimiento jurídico de los cambios de sexo obtenidos por vía quirúrgica, las demandantes deben ser consideradas en el plano jurídico, incluso para aplicar el artículo 12, como personas del sexo que han escogido».

Para el juez Van Dijk, no podía servir como pretexto el que, pese a todo, se autorizase a las demandantes (hombres que se habían transformado en mujeres) a casarse con mujeres, por no ser esto último lo deseado y porque además «no están (o ya no están) en la mejor situación —psicológica o físicamente— para casarse con mujeres». Por todo ello entendía que «negar en términos absolutos a los transexuales operados el derecho a casarse con una persona del antiguo sexo cuando casarse con una persona de su nuevo sexo ya no representa para ellos una opción aceptable, excluiría a los interesados de cualquier matrimonio. Puesto que ninguna restricción de un derecho o de una libertad consagrados por el convenio puede afectar a la sustancia de este derecho o de esta libertad (...), conviene concluir que una denegación tan absoluta excede el margen de apreciación de los Estados», incluso aunque ese margen pudiese ser más amplio por no existir un punto de vista común suficiente entre los Estados acerca del reconocimiento de los matrimonios entre transexuales operados quirúrgicamente y personas de su antiguo sexo.

La citada opinión disidente resulta además interesante por plantearse en ella, aun cuando de manera incidental, las consecuencias que para los homosexuales tenía la presunción, seguida reiteradamente por el TEDH, de que el artículo 12 aludía al matrimonio entre personas del sexo opuesto. Interpretación que llevaría a la «lamentable consecuencia de privar a los homosexuales de un derecho consagrado por el convenio o como poco de convertir este derecho en ilusorio para ellos».

Pese a todos los precedentes descritos, el TEDH revisó con posterioridad su jurisprudencia y acogió los planteamientos que latían en buena parte de los votos disidentes formulados frente a las sentencias anteriores. El cambio de doctrina se produjo en las sentencias de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin v. Reino Unido* e *I. v. Reino Unido* (ambas dictadas por la Gran Sala), con base en «la existencia de elementos claros e indiscutibles que muestren [mostraban] una tendencia internacional continua, no solamente hacia una creciente aceptación social de los transexuales, sino también hacia el reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados» (*I. v. Reino Unido*, *parágrafo 67*)¹⁶.

En estas sentencias el TEDH admite por unanimidad la existencia de una violación del artículo 12 del CEDH por parte de la legislación inglesa al no admitir el matrimonio del transexual de conformidad con el nuevo sexo adqui-

rido y constatado registralmente¹⁷. En opinión del Tribunal, cuando el derecho interno admite, a efectos del matrimonio, únicamente el sexo registrado al nacer, impone una limitación que vulnera la sustancia misma del derecho a casarse. Percepción que no se ve afectada por el hecho de que, conforme a la Ley, siga permitiéndose a los transexuales casarse con una persona del sexo opuesto a su antiguo sexo, pues dicha afirmación resulta artificial, ya que la demandante llevaba una vida de mujer y, como tal, quería casarse con un hombre. El Tribunal entendió que al no otorgársele esa posibilidad se le estaba privando de su derecho a casarse, por lo que existía una vulneración de la sustancia misma del derecho a contraer matrimonio (*I. v. Reino Unido*, parágrafo 83).

En definitiva, corresponde al Estado contratante determinar las condiciones que debe reunir el transexual para el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual. Ahora bien, como afirma CASADEVALL, «una vez legalmente reconocida, no puede ser objeto de ninguna limitación en el ejercicio de los derechos reconocidos por el convenio, en este caso el de contraer matrimonio»¹⁸.

Tras estas sentencias, se puede afirmar que el sexo biológico, sobre el que se inspiraba el concepto tradicional de matrimonio, deja de ser el determinante a la hora de ejercitar el derecho a contraer del artículo 12 del CEDH. Sin embargo, semejante afirmación no significa un abandono de la visión heterosexual del matrimonio y difícilmente puede ser interpretado como un paso en pro del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Antes bien, podemos afirmar que en las sentencias dictadas en los asuntos *Christine Goodwin v. Reino Unido* e *I. v. Reino Unido*, el Tribunal sostiene una visión plenamente heterosexual del matrimonio¹⁹.

Así se desprende de un doble orden de consideraciones, tenidas en cuenta por el Tribunal: 1) la sentencia proclama la obligación de reconocer jurídicamente el cambio de sexo y la subsiguiente posibilidad de contraer matrimonio según el nuevo sexo registral y, por tanto, con persona de sexo diferente; 2) la sentencia «considera artificial afirmar que a las personas que han sufrido una intervención de cambio de sexo no se les priva del derecho a casarse ya que, conforme a la Ley, sigue permitiéndoseles casarse con una persona del sexo opuesto a su antiguo sexo». Al realizar semejante afirmación, el Tribunal presupone que el hombre convertido en mujer, que actúa y se relaciona como tal, querrá casarse con un hombre (con quien civilmente tiene diversidad sexual actual), no con una mujer (con quien civilmente tenía diversidad sexual originaria), de manera que al permitirle contraer matrimonio solo según su sexo biológico se estaría vulnerando la sustancia misma de su derecho a casarse (*I. v. Reino Unido*, parágrafo 83). Esto es, el Tribunal entiende que el matrimonio es heterosexual y proclama que para respetar esa diversidad sexual hay que atender al sexo registral actual y no al sexo registral originario, derivado del dato biológico²⁰.

Esta misma interpretación se deduce de la propia sentencia *Schalk and Kopf v. Austria*, en la cual se afirma, con base en las alegaciones formuladas por el

Gobierno tercero (el del Reino Unido), que el asunto que en ella se resuelve es diferente al caso abordado en *Christine Goodwin*, por versar este último sobre el matrimonio entre los miembros de una pareja de distinto género, con la particularidad de no definirse este por criterios puramente biológicos (*Schalk, párrafos 59 y, por remisión, 46*).

Por todo lo anterior, llama poderosamente la atención que el Tribunal Constitucional español invoque en el Fundamento Jurídico 9.º de su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de matrimonio de los transexuales como precedente de la sentencia dictada en materia de derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en el asunto *Schalk y Kopf v. Austria*. Resulta curioso que el Tribunal Constitucional trate el matrimonio del transexual dentro del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues ello significa negar la eficacia civil del cambio registral de sexo, volver a la doctrina ya superada de la ficción de mujer o ficción de varón a efectos civiles (doctrina sostenida por el Tribunal Supremo en diversas sentencias de los años ochenta) y contradecir la jurisprudencia sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a raíz de los asuntos *Christine Goodwin v. Reino Unido* e *I v. Reino Unido*.

Para terminar con esta materia, hay que destacar que la visión heterosexual del matrimonio en la jurisprudencia del TEDH, relativa a supuestos de transexualidad, se vio confirmada posteriormente por el tratamiento de la repercusión del cambio de sexo de uno de los cónyuges sobre el matrimonio ya vigente. En el asunto *Parry v. Reino Unido*, los demandantes alegaron la vulneración del CEDH por parte del Reino Unido al estar supeditada la obtención del Certificado de pleno reconocimiento de género (*full Gender Recognition Certificate*) a la previa anulación del matrimonio legal vigente. De esta manera, para obtener el pleno reconocimiento formal del nuevo sexo adquirido resultaba ineludible anular el matrimonio, lo que se justificaba por la falta sobrevenida de heterosexualidad ya que «en Derecho inglés [...] solamente las personas de sexo opuesto pueden casarse; los matrimonios entre personas del mismo sexo no están permitidos»²¹.

Mediante su Decisión de 28 de noviembre de 2006, el Tribunal de Estrasburgo declaró inadmisibile la demanda, señalando que el Estado actuaba dentro de los márgenes del artículo 12 del CEDH cuando solo permitía el matrimonio entre personas de sexo opuesto. A lo cual añadió que quedaba dentro del margen de apreciación del Estado la determinación del modo de regular los efectos del cambio de género sobre los matrimonios preexistentes»²².

2. MATRIMONIO, VIDA FAMILIAR Y DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

En materia de familia, el Convenio Europeo de Derechos Humanos distingue entre el derecho a la vida familiar y el derecho a fundar una familia²³.

El primero es un concepto muy amplio, que se reconoce a aquellos que real y efectivamente guardan entre sí una relación personal estrecha²⁴ y no necesariamente de base biológica o consanguínea²⁵, relación que tienen derecho a preservar sin injerencias estatales que dificulten o impidan injustificadamente su mantenimiento. El Tribunal de Estrasburgo emplea así un concepto material y no formal de familia, extendiendo su protección «a cualquier relación en la que, de hecho, se generen lazos de mutua dependencia equivalentes a los familiares, por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio»²⁶.

Este derecho al respeto de la vida familiar existe en las relaciones entre cónyuges²⁷, así como entre padres e hijos²⁸, pero se extiende también a otro tipo de relaciones fundadas en el parentesco (entre hermanos, tíos y sobrinos, abuelos y nietos²⁹) e incluso al margen de este, pues «la noción de familia contemplada por el artículo 8 no se limita solamente a las relaciones basadas en el matrimonio³⁰, sino que puede englobar otros vínculos «familiares» *de facto*, cuando las partes conviven fuera de todo vínculo marital»³¹.

Curiosamente, pese a la amplia definición ofrecida acerca de qué se entiende por vida familiar y pese a las coordenadas en las que se mueve esta definición (relación personal estrecha y no necesariamente fundada en el dato biológico), la relación existente entre dos personas del mismo sexo no venía siendo considerada como constitutiva de vida familiar³², sino que simplemente quedaba encuadrada en el derecho a la vida privada³³.

Por su parte, el derecho a fundar una familia se concebía en el Convenio como una consecuencia natural del derecho a contraer matrimonio, dada la heterosexualidad que caracteriza a este último, al ser un derecho del hombre y de la mujer, que cada uno tiene respecto del otro. Este derecho a fundar una familia se había venido entendiendo como el derecho a la obtención de descendencia³⁴. Si al ejercer su *ius connubii* los cónyuges fundaban desde ese momento una familia, iniciando una relación protegible por el artículo 8 en cuanto que constitutiva de vida familiar, parecía razonable entender que el «derecho a fundar una familia» contemplado en segundo lugar en el propio artículo 12 había de consistir en algo distinto pero relacionado con el derecho que le antecede. Bajo esa denominación, se incluía implícitamente el derecho a tener hijos, sin que por ello el artículo 12 reconociese a los cónyuges ningún derecho a la adopción³⁵.

Con la sentencia del TEDH, por la que se resolvía el *asunto Schalk and Kopf*, la interpretación del contenido de ambos derechos se vio seriamente afectada.

A) *Convivencia homosexual y vida familiar*

Por lo que se refiere al derecho a la vida familiar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, variando totalmente su doctrina anterior, va a admitir en su

sentencia de 24 de junio de 2010 que la convivencia entre personas del mismo sexo constituye hoy una manifestación no solo del derecho a la vida privada sino también del derecho a la vida familiar, recogidos ambos en el artículo 8 del CEDH.

Así, en su párrafo 94 afirma que resulta artificial «mantener el planteamiento de que, a diferencia de las parejas de distinto sexo, las del mismo sexo no pueden disfrutar de “vida familiar” a los efectos del artículo 8». Fundamenta el Tribunal su afirmación en la rápida evolución de las actitudes sociales respecto de las parejas del mismo sexo, en su reconocimiento legal por parte de un buen número de Estados miembros (20 de 47, en el momento de dictarse la sentencia, según los datos reflejados en *Schalk, párrafos 27 a 30*) y en su inclusión dentro de la noción de familia³⁶ en algunas disposiciones del Derecho comunitario europeo³⁷. Todo ello le lleva a negar la existencia del amplio margen de apreciación de los Estados que reconocía anteriormente en esta materia y a considerar que la relación de los integrantes de una pareja del mismo sexo que viven juntos en una unión estable «está incluida en el concepto de “vida familiar”, exactamente igual que lo estaría una pareja de distinto sexo en la misma situación» (*Schalk, párrafos 93 y 94*).

Afirmación que no deja de resultar sorprendente en la medida que, como luego veremos, el Tribunal de Estrasburgo no deduce de ella ninguna consecuencia jurídica, no imponiendo al Estado austríaco el deber de indemnizar a los demandantes por no haber reconocido legalmente con anterioridad su unión.

De un examen conjunto de los párrafos 94 y 105 se desprende que la tendencia favorable detectada en los últimos años en las legislaciones de los Estados miembros es motivo suficiente para entender que nos movemos en el ámbito de la protección del derecho a la vida familiar (valoración inclusiva para la cual, no obstante, no parece imprescindible el recurso al argumento de la desaparición del margen de apreciación estatal) pero, sin embargo, no tiene la entidad necesaria para imponer las reformas legales.

Esto último se debe a que esa tendencia no es seguida por la mayoría de los Estados, lo que impide hablar de la existencia de un consenso europeo en materia de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. Más bien estamos en un consenso en fase de formación, razón por la cual se aplica la doctrina del margen de apreciación estatal aunque de manera limitada: no en relación a si procederá en el futuro exigir ese reconocimiento (pues implícitamente se concibe la tendencia como imparable) sino respecto del momento en que se deberán introducir esas reformas legales (*Schalk, párrafo 105*).

Se distancia así el Tribunal del criterio seguido en *Christine Goodwin v. Reino Unido* e *I. v. Reino Unido*, en el sentido de que la mera «tendencia internacional continua» de aceptación social del fenómeno y de regulación del mismo en las legislaciones nacionales no es suficiente como para considerar que el Estado demandado vulneró el artículo 8 del CEDH, sino, a lo sumo,

para considerar que la figura tiene encaje dentro del derecho al respeto de la vida familiar.

B) *Convivencia homosexual y derecho a fundar una familia: la desvinculación del matrimonio y la procreación*

En cuanto al derecho a fundar una familia del artículo 12 del CEDH, este se va a ver afectado indirectamente y de manera menos perceptible, al admitirse en *Schalk* la desvinculación entre matrimonio y procreación.

Ha sido frecuente afirmar que esta desvinculación estaba presente en la doctrina del TEDH desde las sentencias de 2002, antes citadas³⁸. En concreto, el Tribunal de Estrasburgo estaría desvinculando ambos derechos y precisando que no es necesario poder tener hijos para poder casarse cuando, tras proclamar que «mediante el artículo 12 se encuentra garantizado el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y fundar una familia», añade que «sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero, y la incapacidad para una pareja de concebir o criar a un hijo no puede en sí misma privarle del derecho citado por la primera parte de la disposición en cuestión» (*asunto I. v. Reino Unido, párrafo 80, y asunto Christine Goodwin v. Reino Unido, párrafo 98*). En definitiva, que poder fundar una familia no es *conditio* para poder contraer matrimonio³⁹. Puede haber, pues, matrimonio aun no siendo los cónyuges aptos para fundar una familia, entendiendo este derecho como la obtención de descendencia. De aquí se deduce que la procreación no sería exigencia del matrimonio.

A mi juicio, la desconexión entre matrimonio y procreación, cuyas consecuencias sobre la dimensión subjetiva del matrimonio resultan innegables, no se desprende de las sentencias dictadas con motivo de la admisión del matrimonio del transexual según su nuevo sexo registral. Pese a imponerse dicha admisión, una vez permitido el cambio registral de sexo por el Estado firmante, el matrimonio seguía estando orientado a la procreación y por eso: 1) el derecho a fundar una familia seguía desenvolviéndose en el marco del derecho a contraer matrimonio; 2) el matrimonio conservaba su estructura heterosexual, que no era sino ratificada por las sentencias de 2002. Y es que una cosa es que pueda haber matrimonio aunque no pueda haber hijos (por razones, en el caso concreto, de edad avanzada, de impotencia o de esterilidad) y otra distinta es que matrimonio y procreación se desvinculen⁴⁰. La procreación no es una *conditio sine qua non* del matrimonio, sino una consecuencia natural, derivada de una estructura institucional que es preservada en dichas sentencias.

En realidad, la desvinculación a nivel supranacional se va a producir con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 9 prevé, ya desde la Carta de Niza del año 2000⁴¹, otras formas de fundar una familia al

margen del matrimonio tradicional de hombre y mujer. Con este artículo: 1) se da cabida dentro del derecho a fundar una familia a las convivencias *more uxorio*: no hace falta estar casado para fundar una familia; 2) se interpreta el concepto «fundar una familia» en un sentido más próximo al de vida familiar, incluyendo en él relaciones personales estrechas, pero no abiertas a la procreación (como las que caracterizan a las parejas estables del mismo sexo); 3) se pretende admitir modalidades matrimoniales distintas, en concreto el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual supone un cambio radical, pues significa que la fundación de una familia no solo no es requisito del matrimonio sino que ni tan siquiera es su consecuencia natural: «no hace falta ser sexualmente complementarios para ser capaces de contraer matrimonio». Cambiada la estructura de la institución, el matrimonio quedaría, ahora sí, desvinculado de la procreación.

Esta alteración de la relación entre el *ius connubii* y el derecho a fundar una familia (entre el derecho al matrimonio y el derecho a la procreación⁴²) no es impuesta a los Estados por la Carta ni tampoco es impuesta por el TEDH en el *asunto Schalk and Kopf*, pero, sin embargo, sí que es acogida en esta sentencia. En *Schalk*, no solo se admite que la relación estable existente entre dos personas del mismo sexo es constitutiva de vida familiar, sino que además, como veremos con detalle más adelante, se considera que no siempre el matrimonio ha de ser heterosexual. Así se desprende del párrafo 61 de la sentencia, cuando se afirma que «teniendo en cuenta el artículo 9 de la Carta, por tanto, el Tribunal no puede considerar ya que el derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 12 deba limitarse en todas las circunstancias al matrimonio entre dos personas de sexo contrario». Como afirma el Tribunal Constitucional español al interiorizar las reflexiones del Tribunal de Estrasburgo, «el artículo 12 CEDH no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo» (sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, Fundamento Jurídico 9.º).

La admisión dentro de los márgenes del artículo 12 del CEDH del llamado matrimonio homosexual implica desvincular estructuralmente el matrimonio de la procreación, pudiendo existir matrimonio entre dos personas que no van a poder fundar una familia (en el significado que a esta expresión le otorgaba inicialmente el convenio) por pertenecer a un mismo sexo y resultar imposible que de la unión de dichas personas surja descendencia alguna.

De hecho, la sentencia *Schalk* viene a constatar el cambio radical en la manera de entender el «derecho a fundar una familia» recogido en el artículo 12 del CEDH, que deja de identificarse con el derecho a la obtención de descendencia. Pese a que en el párrafo 56 parezca sostenerse aún esa visión⁴³, lo cierto es que el TEDH venía estableciendo desde algunos años atrás que el derecho de los integrantes de una pareja a concebir un hijo⁴⁴ e incluso el derecho de una persona a ser padre en exclusiva vía adopción⁴⁵ o mediante el recurso a técnicas

de reproducción asistida⁴⁶, entraban dentro del ámbito del artículo 8 del CEDH, por tratarse de una expresión de la vida privada y familiar⁴⁷.

Precisamente por ello, aunque en el *asunto Dickson v. Reino Unido*, los demandantes se quejasen de que al denegarles la posibilidad de someterse a la inseminación artificial, se vulneraban sus derechos en virtud del artículo 8 y/o del artículo 12 del Convenio (*Dickson, párrafo 3*), la Gran Sala consideró que no se planteaba ninguna cuestión distinta desde el punto de vista de este último artículo y que no procedía examinar la queja de los demandantes a la luz de dicha disposición (*Dickson, párrafo 86*).

C) *Matrimonio, sexo institucionalizado y procreación*

Esta desvinculación, sin embargo, no parece cuadrar del todo con la visión del matrimonio que venía sosteniendo el propio TEDH al resolver algunas demandas planteadas por personas integradas en otros tipos de relación convivencial. Resulta notorio que negar la apertura a la procreación tiene notable trascendencia jurídica, en la medida que permite poner en discusión el régimen de impedimentos del matrimonio⁴⁸ o la propia exigencia de heterosexualidad⁴⁹. Si el matrimonio no se orienta a la procreación parece razonable entender que el sexo en él no puede resultar determinante: un matrimonio así entendido no implicaría una relación definida sustancialmente por su carácter sexual⁵⁰. Y entonces cabría preguntarse por qué no se ofrece la protección del matrimonio a otros modelos de convivencia en los que, concurriendo afectividad, dependencia, solidaridad mutua, proyecto vital en común y acreditada estabilidad en la relación entre dos personas, la relación sexual queda mitigada o es directamente inexistente.

La cuestión se ha planteado en alguna ocasión ante el TEDH, si bien invocando no tanto el artículo 12 del CEDH sino el derecho a una vida familiar del artículo 8. En el *asunto Burden y Burden v. Reino Unido*, resuelto por sentencia de 12 de diciembre de 2006, el TEDH (Sección 4.^a) se vio en la necesidad de examinar la reclamación planteada por dos hermanas inglesas que desde hace años vivían juntas de manera permanente y que compartían la titularidad de la vivienda que habitaban. Las demandantes alegaban que la negativa del Reino Unido a conceder la exención en el pago del impuesto de sucesiones, que sí se reconocía a los cónyuges o a los integrantes de una pareja homosexual registrada, constituía una discriminación por parte del Reino Unido.

En la citada sentencia, el TEDH entiende que la negativa de la legislación inglesa a reconocer a este tipo de cohabitación el citado beneficio fiscal persigue un fin legítimo, adoptando una medida razonable y objetivamente justificada en la medida que con ello se busca *promover las relaciones comprometidas heterosexuales y homosexuales*, proporcionando al sobreviviente una medida de seguridad económica tras el fallecimiento del esposo o del compañero» (*Bur-*

den y Burden, parágrafo 59). Como se puede ver, para el TEDH lo común al matrimonio y a las parejas homosexuales registradas es el hecho de constituir *relaciones comprometidas*. No se explicita en qué consisten esas relaciones ni cuál es el contenido de ese compromiso, pero de esta definición se deduce la igualdad de trato entre ellas y la protección reforzada frente a otros modelos de convivencia, como el de las reclamantes, cuya relación se caracterizaba, sin embargo, por un vínculo de afecto mutuo y de dependencia mutua y por una estabilidad que se había mostrado muy superior a la de la mayoría de matrimonios.

Planteado recurso ante la Gran Sala del TEDH, esta dictó sentencia el 29 de abril de 2008, en el ahora denominado *asunto Burden v. Reino Unido*. En ella, la Gran Sala resaltó las diferencias esenciales entre esta relación de cohabitación duradera, fundada en la consanguinidad (*Burden, parágrafo 62*) y un matrimonio o unión civil homosexual, donde «el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, unido a un conjunto de derechos y obligaciones de orden contractual», más que la duración o el carácter solidario de la relación (*Burden, parágrafo 65*). A su juicio, estas diferencias entre quienes han contraído matrimonio o constituido una unión civil (formas de unión jurídicamente vinculantes) y quienes, como las demandantes, mantienen una relación de cohabitación duradera, impedirían hablar de relaciones análogas y, por tanto, de discriminación a los efectos del artículo 14 del CEDH.

En realidad, el problema de fondo que subyace en este caso no es solo el de a qué modelos de convivencia se otorga protección por vía de exención fiscal, sino el de por qué la convivencia entre determinadas personas no tiene acceso ni al matrimonio ni al régimen de la unión civil registrada. Todo lo cual supone, en último término, preguntarse por el sentido mismo del matrimonio y de las uniones registradas.

El Tribunal de Estrasburgo no aborda la cuestión directamente. Es más, elude pronunciarse sobre ella, como se aprecia en el parágrafo 62 de *Burden*, donde la Gran Sala, tras afirmar que «la esencia misma del vínculo entre hermanos y hermanas es la consanguinidad», omite decir cuál es la esencia misma del matrimonio o de la unión civil registrada, limitándose a afirmar que «una de las características que definen el matrimonio o la unión basada en la Ley de Uniones Civiles es que estas formas de unión son prohibidas a las personas con un parentesco cercano».

Así las cosas, la pregunta surge de inmediato: ¿qué es lo que impide a dos hermanas que conviven de manera prolongada conformar una unión civil y disfrutar entonces de los citados beneficios fiscales? Pregunta que constituye la cuestión principal, como se desprende de la opinión concordante del juez Björgvinsson⁵¹ y que no parece que pueda ser contestada acudiendo a la inexistencia, frente a lo que sucede en el matrimonio y en las uniones civiles, de una voluntad pública de compromiso, pues precisamente lo que es cuestionable es por qué dos hermanas no pueden manifestar públicamente tal tipo de compromiso.

A mi juicio, cuando la Gran Sala afirma que «en el plano cualitativo la relación entre hermanos y hermanas es diferente por naturaleza de la que une a dos cónyuges o miembros homosexuales de una unión civil en virtud de la Ley británica de Uniones Civiles» (*Burden*, *parágrafo 62*), lo hace pensando no solo en el papel esencial que juegan la declaración de voluntad y la adhesión consciente a una institución que confiere un estatus jurídico particular, sino en el contenido mismo de la relación que así se constituye. Contenido que no tiene un carácter meramente afectivo y solidario (que también concurrirían en la convivencia entre hermanos) sino que se caracteriza por algo más. Ese algo parece residir en el carácter sexual de la relación.

A ello aludía con extrema tibieza la sentencia recurrida (*asunto Burden y Burden*) al considerar como fin legítimo la protección de las relaciones heterosexuales y homosexuales que sean comprometidas. Por su parte, entre los jueces integrantes de la Gran Sala, el juez Björgvinsson afirmaba en su opinión concordante que «toda comparación entre, de un lado, la relación de las demandantes y, de otro, la relación entre dos cónyuges o miembros de una unión civil debe hacerse sin referencia particular a la diferencia de marco jurídico aplicable y concentrarse únicamente en las diferencias sustanciales o materiales que afectan a la naturaleza misma de la relación», diferencias que se referirían «principalmente al carácter sexual de la relación entre dos cónyuges o miembros de una unión civil» y que no caracterizarían la relación entre las demandantes. Y con igual claridad, pero con un estilo aún más directo, se manifestaba en su opinión disidente el juez Zupančič, cuando se preguntaba: «¿Es el hecho de que dos personas tengan una relación sexual lo que crea un vínculo racional con un interés legítimo del Estado?» En opinión del citado juez, la opinión mayoritaria de la Gran Sala se asienta sobre una consideración del matrimonio y de las uniones registradas como relaciones estables de contenido sexual merecedoras de protección privilegiada, razón por la cual la concesión de ventajas fiscales en tales casos, y no a favor de otros modelos de convivencia, no sería por este motivo discriminatoria (sí, a su juicio, por otras razones), por perseguir tal medida la consecución de un fin legítimo.

Ahora bien, entiendo que a menos que sostengamos que la satisfacción sexual y felicidad subsiguiente de los ciudadanos es cuestión de interés público y elemento suficiente para justificar las diferencias de trato en materia tan sensible como esta (donde tal vez podría haberse invocado discriminación no por razón de orientación sexual sino de parentesco), es necesario preguntarse en qué consiste ese interés legítimo del Estado⁵² en otorgar una especial protección a determinadas relaciones de índole sexual⁵³.

Aplicado al matrimonio, la razón que justificaba tradicionalmente el otorgamiento de dicha protección privilegiada⁵⁴ era el interés social consistente en asegurar la perpetuación de la sociedad (el relevo generacional) y en establecer un ambiente adecuado para la educación de la prole⁵⁵. No queda claro si este es

el argumento en el que se apoyó el Tribunal cuando en el *asunto Burden* sostuvo implícitamente el carácter sexual del matrimonio. De ser así, no solo no habría desconexión entre matrimonio y reproducción, sino que cabría replantearse el sentido de la equiparación entre matrimonios y uniones civiles homosexuales, así como la extensión del matrimonio a personas del mismo sexo⁵⁶. Al ser dichas uniones o matrimonios natural y estructuralmente incapaces de contribuir al relevo generacional, pese al contenido sexual de la relación a la que dan lugar, no se ve cómo habrían de contribuir a la consecución de ese fin legítimo sobre el que los Estados asentarían las diferencias de trato y con base en el cual el TEDH negaría la existencia de discriminación.

La doctrina sentada en el *asunto Burden* fue seguida por el TEDH en la sentencia (Sección 3.ª) de 12 de mayo de 2009, *asunto Korelc v. Eslovenia*. En este caso se trataba de dos hombres adultos —de cuarenta y cuatro y ochenta y seis años respectivamente— que comenzaron a vivir juntos en una relación de contenido asistencial pero no sexual. Al morir el de mayor edad, el más joven pretende subrogarse en el alquiler de la vivienda, siendo rechazada su pretensión en todas las instancias, lo que le lleva a acudir finalmente al TEDH, invocando la vulneración, entre otros, del artículo 14 en conexión con el artículo 8 del CEDH.

En esta sentencia, interesa nuevamente la concepción del matrimonio y de las parejas registradas en la que se inspira el Tribunal de Estrasburgo. Y al respecto resulta llamativo que el Tribunal comienza su argumentación señalando que el demandante no afirma que la naturaleza de su relación con el difunto fuera de tipo homosexual ni que se sintiese discriminado por razón de su orientación sexual (*Korelc*, *parágrafo 88*). De este hecho deduce que su caso es claramente diferente al del *asunto Karner v. Austria* del año 2003, en el que el miembro superviviente de una pareja homosexual reclamaba la subrogación arrendaticia al morir el arrendatario.

En esta última sentencia, el TEDH entendió que Austria vulneraba el Convenio al no haber acreditado, al establecer una diferencia de trato basada en la orientación sexual, por qué dicha medida excluyente de quienes vivían una relación homosexual resultaba necesaria para conseguir el fin pretendido, que no era otro que la protección de la familia en sentido tradicional. Protección que, en principio, constituía un objetivo legítimo a juicio del TEDH⁵⁷ pero para cuya consecución resultaba imprescindible la proporcionalidad de las medidas adoptadas, que no se habría respetado en este caso por no quedar acreditado que excluir de la subrogación arrendaticia a las personas que viven una relación homosexual fuese necesario para conseguir dicho fin (*Karner*, *parágrafos 40 y 41*).

De un examen conjunto de las sentencias se deduce que lo que hace diferente ambas situaciones y lo que conduce a una solución diversa en cada caso, no es la inexistencia de un compromiso de vida futura formalizado legalmente, que no concurría ni entre los convivientes del *asunto Korelc* ni entre los convivientes del *asunto Karner*; en realidad, la diferencia reside en el carácter sexualizado de

la relación. Este carácter concurre en el supuesto de hecho del *asunto Karner*, aproximando así la relación a la que mediaría entre los cónyuges o entre los que el artículo 14 de la Ley de arrendamientos austríaca denominaba «compañeros de vida» pero, sin embargo, no estaba presente entre los convivientes del *asunto Korelc*, arrojando en este caso al superviviente fuera del ámbito de la subrogación por consistir su cohabitación en una mera «comunidad económica», ajena a la «comunidad de vida duradera» (*long-lasting life community*) que sí que le otorgaría tal facultad subrogatoria según la legislación eslovena⁵⁸.

Como se puede apreciar, del análisis de la proscripción de discriminaciones fundadas en la orientación sexual brota de nuevo una visión del matrimonio y de la convivencia extramarital, en este caso no necesariamente registrada, como relaciones de contenido sexual, lo que permite de nuevo plantearse el motivo de dicha protección en un contexto en el que se presume la desvinculación entre el modo de convivencia elegido y la finalidad procreadora.

Una vez resaltado el carácter sexual de dos de las categorías objeto de protección por la ley arrendaticia eslovena, el TEDH se planteó si la situación de los reclamantes podría ser considerada como similar o análoga a aquellas protegidas por la ley arrendaticia eslovena. El TEDH comparó entonces la situación en la que se encontraba el demandante antes de fallecer el arrendatario y la situación existente entre dos esposos o entre dos miembros de una unión de hecho (*long-lasting life community*), a quienes la ley eslovena reconocía la subrogación *mortis causa*, y afirmó que «las consecuencias legales de un matrimonio o de una unión civil homosexual, a las cuales las parejas expresa y deliberadamente deciden adherirse, distancian estos tipos de relación de otras formas de cohabitación» (*Korelc, párrafo 90*), como la que mantenía el reclamante con el difunto. Resaltaba así el valor diferencial del compromiso de vida futura voluntariamente asumido, con un «acierto» similar al del *asunto Burden*, pues del mismo modo que en este las dos hermanas inglesas no tenían acceso ni al matrimonio ni a la unión registrada (no pudiendo, pues, prestar compromiso alguno que les diera acceso al beneficio fiscal que pretendían), en el *asunto Korelc* los convivientes eslovenos tampoco podían en aquel momento dar su consentimiento para constituirse legalmente en pareja estable a los efectos de una subrogación arrendaticia que se encontraba limitada a los convivientes de sexo diverso y para la cual, además, no se exigía a dichas comunidades de vida duradera un reconocimiento formal a través de alguna forma de registro.

Por último, el contenido sexual de la relación instaurada mediante la celebración del matrimonio aflora también en la sentencia del TEDH, de 13 de septiembre de 2005, *asunto B. y L. v. Reino Unido*. En ella se plantea demanda contra la negativa del Reino Unido a autorizar el matrimonio de un suegro con su nuera, tras el divorcio previo de ambos de sus respectivos cónyuges. Esta posibilidad estaba afectada en la legislación inglesa por un impedimento legal (derivado de la Ley de Matrimonios de 1949 en la redacción nacida de la reforma

introducida por la Ley de Matrimonios de 1986) que se mantenía mientras los anteriores cónyuges siguieran con vida, lo cual implicaba su carácter temporal aunque también escasamente probable, pues si tenemos en cuenta que los hijos normalmente sobreviven a sus padres, tal posibilidad de contraer matrimonio podría no eliminar el perjuicio a la esencia del derecho (*B. y L., párrafo 35*).

Invocada por la pareja demandante la vulneración del artículo 12 del CEDH, el TEDH les va a dar la razón, estimando que tal impedimento no se justificaba, pues las limitaciones impuestas al derecho a contraer matrimonio no pueden ser de tal rigidez que afecten a su propia sustancia. El Tribunal admite que el citado impedimento está orientado a proteger la integridad familiar, evitando *la rivalidad sexual entre padres e hijos* (lo que denota claramente una visión del matrimonio por parte del TEDH como relación de carácter sexual) y los daños a los menores que pudieran quedar afectados por el cambio de relaciones entre los adultos de su entorno familiar (*B. y L., párrafo 37*). Objetivos que son legítimos pero que en este caso no resultan suficientes, pues «no existen leyes, de incesto u otras leyes penales que prohíban las relaciones extramatrimoniales entre padres e hijos políticos a pesar de que los hijos puedan vivir en esos hogares» (*B. y L., párrafo 38*). La alusión a la no concurrencia de incesto implica admitir que darles acceso al matrimonio (concebido nuevamente, pues, como relación sexual) no significaría legalizar una relación incestuosa.

En conclusión, las sentencias ahora analizadas, dictadas con muy poca distancia temporal respecto de la que resolvió el *asunto Schalk and Kopf*, ponen de manifiesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al abordar la negativa estatal a extender determinados beneficios legales a relaciones convivenciales distintas al matrimonio, parte de un concepto de matrimonio como sexo institucionalizado. Esa dimensión sexual requiere una explicación, en especial si de ella se deducen consecuencias jurídicas basadas en privilegiar dicha relación frente a otras. Tradicionalmente explicada por su orientación estructural a la procreación y educación de la prole y por el interés público consiguiente, este entendimiento parece decaer cuando en *Schalk* el TEDH admite la apertura del artículo 12 del CEDH al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Tras la sentencia de 24 de junio de 2010 quedaron abiertos nuevos interrogantes: en primer lugar, si el matrimonio sigue siendo un vínculo de carácter sexual, como hasta entonces se venía sosteniendo; en segundo lugar, y supuesto que la respuesta sea afirmativa, por qué ha de tener carácter sexual un vínculo jurídico que no se orienta ya estructuralmente a la procreación; y, por último, en caso de que la respuesta al primer interrogante fuera negativa y que la sentencia *Schalk* pusiera fin a la comprensión del matrimonio como la institucionalización de ciertas relaciones de carácter sexual, si no sería discriminatorio no extender el mismo régimen de protección a otras formas de convivencia que revelen la existencia de un compromiso de estabilidad y mutua ayuda entre dos personas y que sea cauce para el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar.

Preguntas cuya respuesta se presenta difícil en una interpretación del Convenio guiada más por la adaptación a las cambiantes circunstancias sociales que por la coherencia del sistema.

3. EVOLUTIVIDAD DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

En páginas precedentes he sostenido que la heterosexualidad no solo había presidido la visión del matrimonio y del correlativo derecho a contraerlo, sino que había sido sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquellos casos en los que dicho requisito había sido cuestionado como consecuencia del previo cambio de sexo de uno de los aspirantes a adquirir la condición de cónyuge.

Conscientes de ello, los recurrentes en el *asunto Schalk* habían hecho girar su reclamación «sobre la jurisprudencia del Tribunal que considera el convenio como un instrumento vivo que ha de interpretarse en las condiciones actuales», lo que conduciría a ver el artículo 12 como un precepto que garantizaría a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio y que obligaría a los Estados miembros a proporcionar este acceso en sus leyes nacionales (*Schalk, párrafo 57*).

Se abría así ante el Tribunal una disyuntiva: sostener el concepto de matrimonio y de *ius connubii* presente al elaborarse el convenio, so pena de poder ser acusado de conducir con ello a su fosilización, o defender un concepto amplio de matrimonio, cuya laxitud le permitiría amoldarse a las diferentes realidades sociales. La dicotomía fue zanjada con una solución que no por cauta deja de ser reveladora del parecer del Tribunal y del futuro del *ius connubii*.

Como no podía ser de otro modo, el Tribunal admitió los importantes cambios sociales experimentados en los últimos años por la institución del matrimonio. Cambios que se traducían no solo en una notable tolerancia o aceptación social hacia el matrimonio entre personas del mismo sexo⁵⁹, sino también en el impulso institucional de la figura, encauzando un cierto sentir social y promoviendo su proyección a nivel legislativo⁶⁰.

Buena muestra de este impulso institucional había sido la posición del Parlamento Europeo, que a través de múltiples Resoluciones se había mostrado reiteradamente favorable al acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio, sobre la base de la necesaria proscripción de toda discriminación por razones de orientación sexual⁶¹. Textos que no eran directamente vinculantes para los Estados miembros, pero que sí podían serlo de manera indirecta, al contribuir a consolidar un cambio social que podía llevar a la reinterpretación del convenio.

Mayor trascendencia jurídica y valor interpretativo tuvo para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo dispuesto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en virtud del artículo 6.1 del Tratado de la

Unión Europea (con la redacción introducida por el Tratado de Lisboa) tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, resultando por tanto sus disposiciones jurídicamente vinculantes en el ámbito de la Unión.

Como es bien sabido, en el artículo 9 de la Carta se adoptó un texto diferente⁶² al del artículo 12 del CEDH, redacción con la que deliberadamente se quiso dar un carácter más abierto al derecho a contraer matrimonio y, así, dejar la puerta abierta a la admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Así se desprende con nitidez de la explicación ofrecida a dicho artículo 9, donde, tras reconocer que el mismo está basado en el artículo 12 del CEDH, se añade seguidamente que: «La redacción de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia. *Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca*»⁶³. Argumentos reiterados en la explicación al artículo 52, apartado tercero de la Carta⁶⁴ (relativo al grupo de artículos cuyo sentido es el mismo que el de los artículos correspondientes del CEDH, pero cuyo alcance es más amplio), donde se afirma que ese artículo 9 «abarca el ámbito del artículo 12 del CEDH, pero su ámbito de aplicación puede ampliarse a otras formas de matrimonio siempre que la legislación nacional las contemple»⁶⁵.

Con su sentencia, y en particular con la interpretación del Convenio con apoyo en lo dispuesto en la Carta de Estrasburgo de 2007, el TEDH abrió el derecho al matrimonio recogido en el artículo 12 del CEDH y la propia institución matrimonial a las personas del mismo sexo. Al afirmar que no cabe limitar el *ius connubii* «en todas las circunstancias al matrimonio entre dos personas de sexo contrario» (*Schalk*, *parágrafo 61*) podemos concluir que el llamado matrimonio homosexual no contradice el artículo 12. Antes bien, dicha modalidad de matrimonio tiene cabida dentro de su ámbito de aplicación y, por tanto, las legislaciones que lo admitan operan dentro de los márgenes del convenio.

Para ello, el Tribunal se vio en la necesidad de eliminar el obstáculo que a tal efecto suponía el requisito de la heterosexualidad. Como bien se señala en el comentario al artículo 9 de la Carta, al que alude la propia sentencia *Schalk* en su *parágrafo 60*, «puede interpretarse que no hay obstáculos para reconocer las relaciones del mismo sexo en el ámbito del matrimonio», si bien recordando que «en cualquier caso, no se exige de forma explícita que las leyes nacionales permitan este tipo de uniones»⁶⁶. En definitiva, como ha señalado la sentencia de la Corte di Cassazione italiana, número 4184, de 15 de marzo de 2012 (apartado 4.1) «el Tribunal Europeo [...] (solamente) ha removido el obstáculo —precisamente la diversidad de sexo de los cónyuges— que impedía el reconocimiento del derecho al matrimonio homosexual, reservando sin embargo la garantía de tal derecho a las libres opciones de los Parlamentos nacionales».

Se impuso, pues, en el Tribunal una interpretación evolutiva⁶⁷, lo que por otra parte presenta un interés añadido, pues permite plantearse si el derecho al matrimonio tiene algún tipo de contenido esencial previo e inmutable o si, por el contrario, puede ser matrimonio cualquier cosa que arraigue bajo dicha denominación en la sociedad⁶⁸ y que disfrute de una cierta cobertura institucional.

La interpretación del artículo 12 CEDH, realizada por el Tribunal contó, sin embargo, con la *concurring opinion* emitida por el juez Malinverni, a la que se adhirió el juez Kovler, en la que ambos manifestaron su disconformidad con algunos de los argumentos esgrimidos por la mayoría del Tribunal. Oposición que consistió en negar que pudiese tener cabida dentro del artículo citado el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres, puesto que la aplicación de las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales (contenidas en el art. 31, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969) exige que todo Tratado sea interpretado «de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin». Lo cual, a juicio de los jueces mencionados, implicaba necesariamente circunscribir el ejercicio del derecho al matrimonio al celebrado entre personas de sexo opuesto.

Aun admitiendo que el convenio es, ciertamente, un instrumento vivo que debe ser interpretado de modo contemporáneo, a la luz de las condiciones actuales, y aun asumiendo que se han producido importantes cambios sociales en la institución del matrimonio desde la aprobación del convenio, dichos jueces sin embargo entendieron que «el Tribunal no puede, mediante una interpretación evolutiva, extraer de [él] un derecho inicialmente no incluido en el mismo»⁶⁹. Opinión que puede resultar compartible, pero que no deja de reflejar una comprensión del problema minoritaria dentro del Tribunal de Estrasburgo.

4. DE LA TOLERANCIA A LA IMPOSICIÓN: LA DOCTRINA DEL CONSENSO EUROPEO

Como ya he señalado, mediante la sentencia de 24 de junio de 2010, el TEDH abrió el derecho al matrimonio recogido en el artículo 12 del CEDH y la propia institución matrimonial a las personas del mismo sexo. El llamado matrimonio homosexual tiene cabida dentro del artículo 12 del convenio. Cuestión distinta es que el Tribunal haya remitido la regulación y la efectividad de este derecho a las libres opciones de los parlamentos nacionales⁷⁰.

A pesar de la admisión de una cierta volatilidad en la institución del matrimonio, motivada por haberse producido en los últimos años un cambio en las percepciones sociales, en los modos de convivencia y en la reacción de los ordenamientos jurídicos ante este fenómeno, pese a todo el Tribunal de Estrasburgo constató en el *asunto Schalk* que no existía un consenso europeo respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, al ser aún muy reducido

el número de Estados que lo admitían. En palabras del Tribunal Constitucional español, «la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los Derechos Humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo [...] pone de manifiesto la existencia de una nueva *imagen* del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y [...] nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del Derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural (sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, Fundamento Jurídico 9.º).

Es por ello que, siguiendo el planteamiento abierto, inclusivo y no impositivo del artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tribunal dejó la regulación de la materia en manos de los legisladores nacionales⁷¹, cuyo criterio no podía ser reemplazado por el del Tribunal.

Ahora bien, esta disociación entre el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, así entendido, y la protección efectiva de su ejercicio no queda *sine die* al albur de la voluntad de dichos Parlamentos, pues en último término será el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien podrá apreciar cuándo la aceptación social, institucional y legislativa de tales matrimonios llega a tal nivel de consenso⁷² que se alcanza el punto de inflexión en el que el margen de apreciación de los Estados decae⁷³ y en el que lo que era solo posible se convierte en debido⁷⁴, imponiéndose a aquellas legislaciones nacionales que se muestren reticentes⁷⁵, so pena de tener que soportar la imposición de satisfacciones equitativas con las que resarcir a las personas cuyos derechos se hubiesen visto vulnerados (arts. 41 y 46 CEDH).

Todo lo cual pone de manifiesto que el argumento sociológico y evolutivo es un arma de doble filo que sirve tanto para proclamar hoy en día, en aras del respeto del margen de apreciación estatal, la improcedencia de una imposición del matrimonio homosexual a los Estados signatarios⁷⁶, como para admitir que en el futuro, logrado el consenso europeo suficiente⁷⁷, esa imposición pueda ser un hecho⁷⁸.

IV. MATRIMONIO HOMOSEXUAL O DISCRIMINACIÓN: UNA FALSA DISYUNTIVA

La invocación de una presunta discriminación, que en este caso no estaría fundada en el sexo sino en la orientación sexual de quienes deseaban contraer matrimonio, fue también uno de los argumentos fundamentales sobre los que se erigió el recurso de la pareja de homosexuales austríacos cuya reclamación dio lugar a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2010.

La pregunta que debemos hacernos es: ¿puede hablarse fundadamente de discriminación cuando un Estado, como es el caso de Austria, se limita a regu-

lar el matrimonio en un sentido tradicional, esto es, como vínculo jurídico que instaura una relación de corte heterosexual?

Pregunta que en el caso de España, donde la ley contempla ya el matrimonio entre personas del mismo sexo, nos sirve para plantearnos, al menos, si la reforma introducida por la Ley 13/2005 resultaba imperativa a la luz del principio de igualdad y si la redacción anterior del Código Civil vulneraba el artículo 14 del CEDH y, por ende, de la Constitución Española. Esta cuestión no queda suficientemente bien resuelta en la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre⁷⁹, por lo que su texto ha merecido en este punto la crítica de uno de los Magistrados que integran el Tribunal, don Manuel Aragón Reyes, quien en su Voto Particular Concurrente señala que «es claro, y la sentencia debía de haberlo constatado, que la regulación legal del matrimonio anterior a la reforma recurrida no había vivido en la inconstitucionalidad».

Veamos qué dijo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la presunta discriminación alegada en el *asunto Schalk and Kopf v. Austria*.

1. ¿ES DISCRIMINATORIO NO ADMITIR LEGALMENTE EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL?

Siguiendo la jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, para que haya discriminación es necesario que exista una diferencia de trato entre personas que se encuentran en situaciones relevantemente similares o equiparables. Esto no significa que toda diferencia de trato sea discriminatoria⁸⁰, pues solo lo será aquella que introduzca una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales o equivalentes careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello, lo que sucederá cuando con tal diferencia de trato normativo no se persiga un objetivo legítimo o cuando no exista una relación razonable de proporcionalidad⁸¹ entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida⁸².

En todo caso, el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del principio de igualdad es que las situaciones subjetivas objeto de comparación (esto es, aquellas en las que se encuentran las personas que mantienen relaciones afectivas estables y duraderas con personas de su mismo sexo y, de otro lado, la situación de aquellos que mantienen ese mismo tipo de relaciones con personas del sexo opuesto) sean, efectivamente, equiparables.

En este sentido, resulta curioso observar cómo en la sentencia de 24 de junio de 2010 se señaló que «aunque las partes no han abordado explícitamente la cuestión de si los demandantes se encuentran en situación relevantemente similar a las parejas de distinto sexo, el Tribunal podría partir de la premisa de que las parejas del mismo sexo tienen la misma capacidad que las de sexo contrario para comprometerse en relaciones estables. Por tanto, se encuentran en una situación relevantemente similar a una pareja de distinto sexo con res-

pecto a su necesidad de reconocimiento jurídico y protección de su relación» (*Schalk*, parágrafo 99).

De esta manera, el Tribunal dispensó a los recurrentes de tener que probar la similitud entre ambas situaciones y dejó vía expedita para entrar en el tema de fondo, esto es, si las diferencias de tratamiento jurídico resultaban o no justificadas. La similitud se dio por supuesta, en la medida que el Tribunal examinó el contenido de una y otra relación obviando las evidentes diferencias biológicas y sus consecuencias en materia de apertura estructural a la procreación y centrando su atención en la capacidad de compromiso para dar lugar a relaciones estables. Puesto que en el componente convivencial y afectivo-sexual, en la intención de crear un vínculo jurídicamente relevante, en la estabilidad o inestabilidad de la relación, en el mutuo socorro y ayuda entre los miembros de la pareja, la proximidad de las uniones de homosexuales con respecto al matrimonio tradicional es notable⁸³, el TEDH entendió que concurría un grado de similitud suficiente como para proseguir con el enjuiciamiento a la luz del principio de igualdad⁸⁴.

Superado este primer obstáculo, procedía entonces plantearse si la diferencia de trato normativo entre ambos tipos de relaciones resultaba objetivamente justificada y razonable. En concreto, si se podía sostener que la circunscripción del matrimonio a solo una de las citadas situaciones (la de los convivientes de diferente sexo) no suponía incurrir en discriminación alguna, por responder tal diversidad de tratamiento normativo a un objetivo legítimo y por existir proporcionalidad entre la medida adoptada y la finalidad pretendida.

La negación de semejante afirmación fue el argumento desarrollado por los demandantes en *Schalk*, donde invocaron una doble discriminación (*parágrafos 65 y 100*): en primer lugar, por no darles la legislación austríaca acceso al matrimonio; y en segundo lugar, por no ofrecerles medios alternativos de reconocimiento legal de su unión hasta el año mismo en que el Tribunal dictó su sentencia, año en el que entró en vigor la *Registered Partnership Act*.

Ante los previsibles problemas derivados de la interpretación del artículo 12 del CEDH al regular el derecho a contraer matrimonio, los recurrentes pretendieron lograr el acceso a dicha institución a través del artículo 14 en conexión con el artículo 8 del CEDH, de manera que la protección del derecho a la vida privada y familiar prevista en este último permitiese a las personas del mismo sexo, en aras del respeto a la igualdad establecida en el artículo 14, el acceso al matrimonio o, en su defecto, a un régimen de protección idéntico, aun cuando articulado a través de una institución diversa y de nuevo cuño.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó no compartir tal planteamiento (*Schalk*, parágrafo 101) pero sin explicitar adecuadamente, a mi juicio, los motivos de su disenso. En concreto, en la sentencia no se analizó la diferencia de trato introducida por la legislación austríaca ni a la luz del criterio del objetivo legítimo ni a la luz del juicio de proporcionalidad a los que se aludía en el parágrafo 96 de la propia sentencia⁸⁵.

Visto desde el preterido prisma del objetivo legítimo, podría entenderse que si el legislador austríaco restringía el matrimonio al celebrado entre hombre y mujer y otorgaba protección solo a las relaciones estables de base heterosexual, ello se debería al deseo de proteger a la familia tradicional. En concreto, a la voluntad de proteger y promover aquellas relaciones estructuralmente orientadas a la perpetuación de la especie y a la educación de la prole, enlazando así con la visión, presente en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del matrimonio como base de la familia y de esta como «elemento natural y fundamental de la sociedad», visión en la que se inspiró la redacción del artículo 12 del CEDH. El objetivo legítimo perseguido con la diferencia de trato residiría, en tal caso, en el interés que para la sociedad tiene la institución del matrimonio⁸⁶, así configurada en su dimensión subjetiva⁸⁷.

Sin embargo, estas afirmaciones no dejan de ser meras conjeturas, pues este argumento no fue desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, como contrapeso a su doctrina según la cual «al igual que las diferencias por razón de género, las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones de especial peso como justificación», se limitó a decir que «por otra parte, normalmente se concede al Estado un amplio margen al amparo del Convenio en cuanto a las medidas generales de estrategia económica y social» (*Schalk, parágrafo 97*)⁸⁸.

Afirmaciones que resultan oscuras al ponerlas en conexión con el caso enjuiciado (pues no se trataba de la adopción de medidas económicas con implicaciones sociales, como sucedería en caso de reconocimiento de exenciones fiscales —*asunto Burden v. Reino Unido*— o de prestaciones sociales o similares) y con las que el TEDH parece querer señalar, de un lado, que la regulación del matrimonio está implícitamente incluida dentro de las medidas generales de estrategia social⁸⁹ y, de otro, que con ello se vendría a compensar la necesidad de una mayor justificación para las diferencias de trato cuando estas se encuentren fundadas en la orientación sexual de quienes aspiran al matrimonio.

Del mismo modo, tampoco abordó directamente la sentencia Schalk and Kopf si la legislación austríaca respetaba o no el llamado juicio de proporcionalidad, en virtud del cual se ha de examinar que no exista desproporción entre la medida adoptada y la finalidad con ella pretendida. Lo cual es especialmente grave si tenemos en cuenta que, como se señaló en la STEDH, de 24 de julio de 2003, *asunto Karner v. Austria*, en los casos en los que el margen de discrecionalidad reconocido a los Estados miembros es limitado, como sucede cuando la diferencia de trato esté basada en el sexo o en la orientación sexual, «el principio de proporcionalidad no exige únicamente que la medida elegida sea en principio apropiada para la obtención del fin perseguido», sino que los Estados deberán también demostrar por qué es necesario para la consecución de ese fin privar a esas personas o parejas del derecho reconocido por la ley a otras (*Karner, parágrafo 41*), lo que es tanto como

limitar en tales casos el margen de apreciación de los Estados en el contexto del artículo 14 del CEDH.

Para respetar el principio de proporcionalidad habría hecho falta que la medida legal adoptada (en este caso, la inadmisión del matrimonio entre personas del mismo sexo y la no regulación alternativa de este tipo de convivencia) no hubiese supuesto el sacrificio innecesario o excesivamente oneroso de otros valores o intereses susceptibles de protección⁹⁰, como el interés de las personas en poder formar una comunidad de vida en la que desarrollar libremente su personalidad y en constituir una nueva familia.

Pese a soslayar el análisis de la demanda planteada a la luz del objetivo legítimo y del juicio de proporcionalidad, la sentencia recaída en *Schalk and Kopf v. Austria* estimó, sin embargo, que con la diversidad de trato sentada por el Derecho austríaco (esto es, negando el matrimonio a las parejas de homosexuales y no previendo hasta el 1 de enero de 2010 su posible unión como parejas registradas) no se vulneró el principio de igualdad del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio. El motivo de tal decisión, aprobada por cuatro a tres votos y objeto de voto particular por los tres magistrados discrepantes, fue doble.

Por lo que se refiere a la denegación de acceso al matrimonio, el Tribunal entendió que con ello Austria no vulneró el CEDH, pues de su artículo 12, interpretado como ya se ha expuesto *supra*, no se derivaría la imposición a los Estados de la obligación de abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, no pudiendo acudir al juego coordinado de los artículos 14 y 8 del CEDH para hacer surgir una obligación que no se deduce de su artículo 12, pues ello atentaría contra la interpretación sistemática del convenio, que debe contemplarse como un todo y cuyos artículos deben, por tanto, interpretarse de forma armónica entre sí (*Schalk, párrafo 101*).

Solución que resulta lógica si tenemos en cuenta el criterio sostenido respecto del artículo 12 del CEDH (esto es, la *admisión sin imposición* del matrimonio entre personas del mismo sexo) pero que resulta pobre desde el punto de vista argumentativo, quedando un cierto regusto a elusión deliberada del asunto, tal vez espinoso, de cual es el objetivo legítimo perseguido con la regulación tradicional del matrimonio.

2. ¿ES DISCRIMINATORIO NO CONTEMPLAR LEGALMENTE UNA VÍA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN?

Lo que, sin embargo, parece más discutible es la posición sostenida por el TEDH respecto de la no exigencia al Estado de vías alternativas de protección.

Una vez admitido por la propia sentencia el carácter familiar de la convivencia estable y duradera entre personas del mismo sexo, resultaría lógico

que se reconociera el deber de los Estados de otorgar algún tipo de protección legal a estas relaciones para así dar efectividad a tal manifestación del derecho a la vida familiar⁹¹. De no existir protección alguna, ello supondría el sacrificio innecesario y excesivamente oneroso de un derecho recogido en el CEDH (nótese, en el art. 8, no en el art. 12), en un intento de preservar unos intereses generales que no se explicitan en la sentencia.

Esto es, aun cuando el TEDH admite la falta de claridad acerca de qué se entiende por «respeto» en el sentido del artículo 8 del CEDH y, en especial, de cuáles son las obligaciones positivas inherentes a dicha noción, también afirma que «para determinar si existe una obligación positiva, hay que tener en cuenta —deseo que subyace en todo el convenio— el *equilibrio justo* a mantener entre el interés general y el del individuo (*I. v. Reino Unido, párrafo 54*). De manera que cuando no concorra ningún factor importante de interés público que entre en disputa con el interés de la persona que exige ese respeto a su vida privada o familiar, la noción del equilibrio justo inherente al convenio inclinará resueltamente la balanza a favor de la persona demandante (*párrafo 75*), lo que exigirá la adopción de las medidas correspondientes en cumplimiento de esas obligaciones positivas. Como consecuencia de ello, la normativa estatal no superaría el juicio de proporcionalidad que, en cambio, sí se respetaría mediante el otorgamiento de una protección a través del matrimonio o, como alternativa igualmente válida, a través de la figura de las uniones registradas.

Sin embargo, al referirse a las consecuencias derivadas de la inexistencia en la legislación austríaca de otra forma alternativa de reconocimiento jurídico, el Tribunal siguió un razonamiento cuando menos curioso, guiado por un criterio temporal. Así, admitió que en el momento de formularse la demanda, los reclamantes no tenían ninguna posibilidad de obtener el reconocimiento de su relación con arreglo a la Ley austríaca, pero al mismo tiempo señaló que esa situación se superó con la entrada en vigor de la Ley de Uniones Registradas, el 1 de enero de 2010. Este cambio legislativo permitió al Tribunal circunscribirse, por tratarse de un procedimiento derivado de una demanda individual, al examen del caso concreto planteado, sin tener que entrar a examinar si actualmente la hipotética inexistencia de algún medio de reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo constituiría una vulneración del artículo 14, tomado en conjunción con el artículo 8 (*Schalk, párrafo 103*). Es decir, dado que el problema legal estaba ya solucionado, no procedía plantearse qué habría pasado si no lo hubiera estado, huyendo así de la tentación de dictar una doctrina general al respecto.

Actitud esta que choca con la sostenida por el TEDH en la sentencia de 24 de julio de 2003, *asunto Karner vs. Austria*, en la que, tras invocarse la existencia de una discriminación en la legislación arrendaticia urbana al impedir la subrogación del compañero del mismo sexo del arrendatario difunto, el TEDH declaró la procedencia de no cancelar la demanda del registro de entradas (pese a ser esta la práctica común en caso de ausencia de herederos o de familiares

próximos que hubieran expresado su deseo de proseguir con la demanda) por entender que es doctrina reiterada del Tribunal que sus «sentencias sirven de hecho no solamente para decidir los casos presentados ante el Tribunal, sino de manera más general, para aclarar, proteger y desarrollar las normas instituidas por el Convenio, y por ello contribuir al cumplimiento por parte de los Estados de los compromisos adquiridos por ellos como Partes Contratantes», de manera que «aunque el principal objetivo del convenio es proporcionar una satisfacción individual, su misión es también determinar cuestiones de interés general, y así elevar los niveles generales de protección de los derechos humanos y extender la jurisprudencia de los derechos humanos a través de la comunidad de los Estados firmantes del convenio» (*Karner, párrafo 26*)⁹².

Doctrina que habría podido perfectamente aplicarse a un supuesto como el resuelto en el *asunto Schalk and Kopf*, donde además de coincidir la normativa hipotéticamente vulnerada, el motivo de la discriminación y el país que discriminaba, existía la necesidad de resolver una cuestión de interés general, como la relativa a los efectos del reconocimiento de la convivencia homosexual como vida familiar y las consecuencias que habrían de derivarse para aquellos países que se negasen a proporcionarles algún tipo de reconocimiento y protección.

Y al abordar el problema de si el Estado austríaco debería haber proporcionado a los demandantes un medio alternativo de reconocimiento jurídico de su unión antes de lo que lo hizo, el Tribunal de Estrasburgo va a entender que en materia de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, Europa es *aún un terreno de derechos en evolución sin un consenso establecido*, razón por la cual los Estados deben disfrutar de un *margen de apreciación en cuanto al momento de introducir las modificaciones legales (Schalk, párrafo 105)*⁹³. Aunque Austria no figuraba a la vanguardia de esa tendencia de los últimos años, el TEDH estimó que no por ello se le podía reprochar al legislador austríaco no haber introducido con anterioridad la Ley reguladora de la convivencia registrada.

Una interpretación conjunta de ambos argumentos permite apreciar mejor la paradójica posición del TEDH y, en cierto modo, entrever el futuro. Aun cuando el Tribunal rechaza tener que pronunciarse acerca de si la presente falta de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo por parte de un país constituiría una vulneración del principio de no discriminación, inmediatamente después se ampara en que todavía no existe un consenso suficiente (o si se quiere, en la existencia de una tendencia aún en expansión) para justificar que se reconozca a los Estados un cierto margen a la hora de valorar no ya si procede o no introducir esas modificaciones legales, sino más bien el momento en que han de ser introducidas. Esto es, *el qué* (la procedencia de las modificaciones legales) se da por sobreentendido de cara al futuro y lo que se reserva al margen de apreciación de los Estados es *el cuándo*⁹⁴.

Esta forma de razonar no solo da respuesta a la pregunta que el propio Tribunal eludía responder en el párrafo 103⁹⁵, sino que conduce a una situación

curiosa, pues la sentencia reconoció a la convivencia estable entre personas del mismo sexo como una manifestación del derecho a la vida familiar recogido en el artículo 8 (negando el margen de apreciación de los Estados a tal efecto⁹⁶) y, como tal, como un tipo de relación necesitado de protección y reconocimiento jurídicos (de lo que se deduciría, en buena lógica, que las modificaciones legales a las que alude el Tribunal serían necesarias) pero, al mismo tiempo, no derivó de ello un deber positivo de los Estados de establecer mecanismos legales que permitiesen hacer eficaz esa protección y ese reconocimiento⁹⁷.

El tratamiento de la convivencia entre personas del mismo sexo como manifestación del derecho a la vida familiar ha quedado reducido por el momento a un *flatus vocis*, limitando *de facto* su eficacia a ser mera manifestación de la vida privada. El derecho a la vida familiar, recogido en el artículo 8 del CEDH, queda, pues, a expensas de que en un pronunciamiento ulterior el TEDH entienda que el consenso europeo es suficiente como para imponer la protección de esta manifestación de la vida familiar. Hasta entonces, la doctrina establecida por el Tribunal en el *asunto Schalk and Kopf* impedirá entender que el vacío normativo de un Estado en esta materia sea constitutivo de una vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 8, en su vertiente de derecho a la vida familiar⁹⁸.

Desde mi punto de vista, tal argumentación resulta difícilmente sostenible, por incoherente. La consecuencia lógica del reconocimiento de la convivencia entre personas del mismo sexo como vida familiar debería ser que las relaciones afectivas estrechas basadas en la convivencia y mutua ayuda entre dichas personas no pudieran ser hoy preteridas por el legislador estatal, pues ello impediría el ejercicio del derecho a la vida familiar, constituyendo un obstáculo al libre desarrollo de su personalidad y afectando a la propia dignidad de la persona que, junto a su libertad, constituye «la esencia misma del Convenio» (*asunto I. v. Reino Unido, parágrafo 72*).

En cierto modo, es el planteamiento seguido por el Tribunal Constitucional italiano, de cuya sentencia 138/2010, de 15 de abril (nótese, anterior al pronunciamiento del TEDH y a su consiguiente argumentación) se desprende que un país como Italia, que no prevé ningún tipo de reconocimiento legal expreso para dichas uniones, podría estar vulnerando con tal omisión los derechos fundamentales de estas personas (apartado 8). En concreto, el derecho fundamental a vivir libremente en pareja, como manifestación del derecho a integrarse en aquellas formaciones sociales a través de las cuales el sujeto desarrolla su personalidad (art. 2 de la Constitución Italiana). Entre esas formaciones se encuentra, destacadamente, la familia, si bien el Tribunal Constitucional italiano se cuida de incluir a dicho tipo de uniones dentro del concepto de familia. Pese a ello, entiende que la unión de personas del mismo sexo sí que encajaría en la noción de «formación social», lo que daría a sus integrantes el derecho a obtener «—en los tiempos, en la forma y con los límites establecidos por la ley— el reco-

nocimiento jurídico con los derechos y deberes conexos», correspondiendo al Parlamento concretar la forma de garantía y reconocimiento de dichas uniones.

Y creo que es la posición de la que parte también el Tribunal Constitucional español en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, pues al referirse a que nuestro legislador «*tenía varias opciones a su alcance a la hora de otorgar reconocimiento jurídico a la situación de las parejas del mismo sexo*» (Fundamento Jurídico 9.º), a que «*se pudo optar por diversas modalidades de regulación de la unión entre personas del mismo sexo*» (Fundamento Jurídico 11.º) o a que «*se puede reconocer que el mecanismo elegido por el legislador, para dar ese paso, no era el único técnicamente posible*» (Fundamento Jurídico 11.º), parece estar presuponiendo la necesidad de una fórmula que proteja la convivencia entre personas del mismo sexo, garantizando así la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. En consecuencia, y pese a lo dispuesto por el Tribunal de Estrasburgo, la ausencia total de regulación no sería una opción válida para el Tribunal Constitucional español.

Por todo lo anterior, entiendo que la solución lógica a la que conduciría el planteamiento del TEDH en el *asunto Schalk and Kopf* sería entender que para evitar la discriminación de los integrantes de parejas homosexuales frente a las heterosexuales en el ejercicio de su derecho a la vida familiar, cada Estado estará obligado a establecer los mecanismos legales necesarios para dar efectividad a ese derecho⁹⁹.

Con ello no se impone la modificación del régimen jurídico del matrimonio, sino simplemente la salida del ostracismo para ciertos modelos de convivencia. A la hora de regular esta materia, cada Estado habrá de buscar el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad, entre el interés privado y el público¹⁰⁰, y adoptar medidas razonables a efectos de lograr esa protección¹⁰¹.

Como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, corresponderá al legislador nacional determinar el grado de tutela de ambas situaciones (matrimonio y convivencia *more uxorio*), pues el hecho de que un Estado deba ofrecer protección a las parejas del mismo sexo no significa que esté obligado a conferirles un estatus que, a pesar de las diferencias de nombre, se corresponda al del matrimonio en todos y cada uno de sus aspectos¹⁰², disponiendo de un cierto margen de valoración para decidir la naturaleza exacta del estatus conferido (*Schalk, parágrafo 108*), sin que ello implique discriminación alguna¹⁰³.

A lo sumo, como se señala en *Schalk*, podrá plantearse la vulneración del principio de igualdad ante la ley cuando existan concretas diferencias no justificadas en el tratamiento de ambas situaciones¹⁰⁴. La determinación, caso por caso, de qué diferencias resultan o no justificadas puede ser, sin embargo, una tarea compleja y no exenta de cierto grado de inseguridad.

CONCLUSIONES

I. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de transexualidad no es un argumento a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo sino que, por el contrario, ratifica la exigencia de heterosexualidad en el matrimonio.

II. Aunque en la sentencia *Schalk* el Tribunal de Estrasburgo reinterpreta el artículo 12 del convenio para dar cabida en él al matrimonio entre personas del mismo sexo y aunque lo justifica con base en la desvinculación entre matrimonio y procreación, en diversas sentencias temporalmente muy próximas a la citada, el Tribunal caracteriza el matrimonio y las convivencias registradas como uniones sexualizadas, residiendo en este carácter sexual el elemento diferencial con otros tipos de convivencias afectivas y estables y el motivo de su protección jurídica, al enlazarlo con la existencia de un interés social. Sin embargo, ese carácter sexual no justifica el interés social de la unión por sí mismo sino por su relación con la procreación, lo que pone en duda la coherencia de la posición del Tribunal, ya sea al denegar esa protección a otros modelos de convivencia, ya al otorgar plena protección a convivencias sexualizadas pero estructuralmente no abiertas a la procreación.

III. La existencia de una tendencia internacional favorable al reconocimiento de la convivencia entre personas del mismo sexo hace que, para el Tribunal de Estrasburgo, esta deba ser considerada como una manifestación del derecho a la vida familiar y deba ser objeto de protección, ya sea mediante el régimen jurídico del matrimonio o mediante la regulación de un medio alternativo que dé reconocimiento jurídico a esa unión, no pareciendo razonable que luego el Tribunal invoque la provisional ausencia de un consenso europeo suficiente como motivo para evitar exigir a los Estados dicha protección.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES JUDICIALES

- Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 10 de julio de 1975, *asunto X v. Bélgica y Países Bajos*.
- Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 10 de julio de 1997, *asunto Dalila di Lazzaro v. Italia*.
- Decisión del TEDH de 28 de noviembre de 2006, *asunto Parry v. Reino Unido*.
- Decisión del TEDH de 28 de noviembre de 2006, *asunto R. and F. v. Reino Unido*.
- Decisión del TEDH de 21 de septiembre de 2010, *asunto Manenc v. Francia*.
- STEDH de 13 de junio de 1979, *asunto Marckx v. Bélgica*.
- STEDH de 28 de noviembre de 1984, *asunto Rasmussen v. Dinamarca*.
- STEDH de 28 de mayo de 1985, *asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido*.

- STEDH de 17 de octubre de 1986, *asunto Rees v. Reino Unido*.
- STEDH de 18 de diciembre de 1986, *asunto Johnston v. Irlanda*.
- STEDH de 18 de diciembre de 1987, *F. v. Suiza*.
- STEDH de 27 de septiembre de 1990, *asunto Cossey v. Reino Unido*.
- STEDH de 25 de marzo de 1992, *asunto B. v. Francia*.
- STEDH de 26 de mayo de 1994, *asunto Keegan v. Irlanda*.
- STEDH de 18 de julio de 1994, *asunto Karlheinz Schmidt v. Alemania*.
- STEDH de 27 de octubre de 1994, *asunto Kroon y otros v. Países Bajos*.
- STEDH de 21 de febrero de 1997, *asunto Van Raalte v. Países Bajos*.
- STEDH de 27 de marzo de 1998, *asunto Petrovic v. Austria*.
- STEDH de 30 de julio de 1998, *asunto Sheffield and Horsham v. Reino Unido*.
- STEDH de 21 de diciembre de 1999, *asunto Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*.
- STEDH de 10 de mayo de 2001, *asunto Mata Estévez v. España*.
- STEDH (Gran Sala) de 12 de julio de 2001, *asunto K. y T. v. Finlandia*.
- STEDH de 11 de octubre de 2001, *asunto Hoffmann v. Alemania*.
- STEDH de 26 de febrero de 2002, *asunto Fretté v. Francia*.
- STEDH de 29 de abril de 2002, *asunto Pretty v. Reino Unido*.
- STEDH (Gran Sala) de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin v. Reino Unido*.
- STEDH (Gran Sala) de 11 de julio de 2002, *I. v. Reino Unido*.
- STEDH de 24 de julio de 2003, *asunto Karner v. Austria*.
- STEDH de 16 de noviembre de 2004, *asunto Ünal Tekeli v. Turquía*.
- STEDH de 13 de septiembre de 2005, *asunto B. y L. v. Reino Unido*.
- STEDH de 18 de abril de 2006, *asunto Dickson v. Reino Unido*.
- STEDH de 9 de mayo de 2006, *asunto C. v. Finlandia*.
- STEDH de 12 de diciembre de 2006, *asunto Burden y Burden v. Reino Unido*.
- STEDH (Gran Sala) de 10 de abril de 2007, *asunto Evans v. Reino Unido*.
- STEDH de 11 de septiembre de 2007, *asunto L. v. Lituania*.
- STEDH de 13 de diciembre de 2007, *asunto Emonet y otros v. Suiza*.
- STEDH (Gran Sala) de 4 de diciembre de 2007, *asunto Dickson v. Reino Unido*.
- STEDH (Gran Sala) de 22 de enero de 2008, *asunto E. B. v. Francia*.
- STEDH (Gran Sala) de 29 de abril de 2008, *asunto Burden v. Reino Unido*.
- STEDH de 8 de enero de 2009, *asunto Schlumpf v. Suiza*.
- STEDH de 12 de mayo de 2009, *asunto Korelc v. Eslovenia*.
- STEDH de 8 de diciembre de 2009, *asunto Muñoz Díaz v. España*.
- STEDH de 2 de marzo de 2010, *Kozak v. Polonia*.
- STEDH de 1 de abril de 2010, *asunto S. H. y otros contra Austria*.
- STEDH de 24 de junio de 2010, *asunto Schalk and Kopf v. Austria*.
- STEDH (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2010, *asunto Schalk and Kopf v. Austria*.
- STEDH (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2010, *asunto A, B, y C, v. Irlanda*.
- STEDH de 17 de febrero de 2011, *asunto Andriele v. República Checa*.

- STEDH de 15 de marzo de 2012, *asunto Gas et Dubois v. Francia*.
- STC 32/1981, de 28 de julio de 1981.
- ATC 222/1994, de 11 de julio de 1994.
- STC 19/2012, de 15 de febrero de 2012.
- STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 17 de julio de 2002.
- Sentencia del Tribunal de Apelación de Ontario, de 10 de junio de 2003, *asunto Halpern v. Canada*.
- Sentencia de la Cour d'arbitrage de Bélgica 159/2004, de 20 de octubre de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica 2006-7262, de 23 de mayo de 2006.
- Sentencia de la Corte Suprema de California, de 15 de mayo de 2008, *In re Marriage Cases*.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal 359/2009, de 9 de julio de 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal 121/2010, de 8 de abril de 2010.
- Sentencia de la Corte Costituzionale de Italia 138/2010, de 15 de abril de 2010.
- Federal District Court Decision, de 4 de agosto de 2010, *asunto Perry v. Schwarzenegger*.
- Sentencia del Conseil Constitutionnel de Francia, de 28 de enero de 2011.
- Decisión del Conseil Constitutionnel de Francia, de 17 de mayo de 2013.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 10 mayo 2011, *asunto Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*.
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-577/11, de 26 de julio de 2011.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de 3 de noviembre de 2011.
- Sentencia de la Corte di Cassazione italiana, número 4184, de 15 de marzo de 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M. (2011): «La familia y el Derecho de Familia», en M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (dir.): *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, Cizur Menor, Aranzadi, págs. 51-191.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I. (1989): *El consentimiento matrimonial*, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.
- ARRESE IRIONDO, M. N. (2009): En I. LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Cizur Menor, Thomson Reuters, págs. 618-638.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2004): «El matrimonio de los homosexuales», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [en línea], núm. 15, disponible en la base de datos Westlaw (referencia BIB 2004\1736) o en <http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?docguid=Ie449cf20c73811db8f5d010000000000&srguid=i0ad8181600000141e63e9d1977083c79>
- CASADEVALL, J. (2012): *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CERNA, C. M. (2010): *Schalk & Kopf v. Austria* (Eur. Ct. H.R.) - Introductory Note. *International legal materials*, núm 49, págs. 1302-1305.
- CONTI, R. (2011): «Convergenze (inconsapevoli o... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali», en *Il Corriere Giuridico*, núm. 4, págs. 579-587.
- COOPER, S. L. (2011): «Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights». *German Law Journal*, vol. 12, núm. 10, págs. 1746-1763.
- DE PABLO CONTRERAS, P. y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2007): *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid: Rialp.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2007): «En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo», en *Indret* [en línea], núm. 2, disponible en http://www.indret.com/pdf/420_es.pdf
- ESEJO LERDO DE TEJADA, M. (2006): «Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del Código Civil de julio de 2005», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 2.º, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, págs. 1461-1484.
- GARCÍA CANTERO, G. (2009): «Unde venis et quo vadis, hispanica familia?», en S. PANIZO ORALLO (coord.), *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y de la familia*, Madrid, CEU Ediciones, págs. 83-137.
- GARCÍA ROCA, J. (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Civitas.
- GONZÁLEZ VEGA, J. A. (2004): «Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, núm. 1, págs. 163-184.
- HODSON, L. (2011): «A Marriage by any other Name? Schalk and Kopf v. Austria». *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 1, págs. 170-179.
- LLOPIS GINER, J. M. (2008): «Reflexiones críticas del Derecho de Familia: tradición y futuro», en R. BENEYTO, M. TORRERO y J. M. LLOPIS (coords.), *Retos del siglo XXI para la familia*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, págs. 245-298.
- MAGI, L. (2011): «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso», en *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 2, págs. 396-421.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M. (2008): *Matrimonio homosexual y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2008): «Comentario al artículo 9», en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, págs. 244-255.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2006): «Nuevas perspectivas sobre el Derecho de Familia: perplejidades, claves y paradojas», en J. ALVENTOSA DEL RÍO (dir.), *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, págs. 481-490.
- PACIA, R. (2012): «Le nuove convivenze», en *Persona e Danno* [en línea], disponible en <http://www.personaedanno.it/matrimonio-famiglia-di-fatto/le-nuove-convivenze-romana-pacia>
- POLO SABAU, J. R. (2006): *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Cizur Menor, Thomson-Civitas.
- PRATS ALBENTOSA, L. (2006): «Bases de la nueva regulación del Derecho matrimonial español», en J. M. NAVARRO VIÑUALES (dir.), *El nuevo Derecho de Familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, págs. 13-26.
- PRESNO LINERA, M. A. (2008): *El Derecho Europeo de Familia*, Cizur Menor, Aranzadi.
- ROSAS DE CASTRO, J. (2010): «Em torno da margem de apreciação dos estados na aplicação da convenção europeia dos direitos do homem», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVI, págs. 281-314.
- SANTOLAYA, P. (2009): «El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 545-566.
- SANZ CABALLERO, S. (2003): «A propósito de las sentencias Goodwin e I o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, núm. 1, págs. 307-316.
- (2008): «La familia, ¿una preocupación europea?», en R. BENEYTO, M. TORRERO y J. M. LLOPIS (coords.), *Retos del siglo XXI para la familia*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, págs. 375-404.
- TORRALBA SORIANO, V. (2006): «¿Qué matrimonio?», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 2.º, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, págs. 1817-1824.
- TORRES GUTIÉRREZ, A. (2009): «El derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 691-705.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2008): *El concepto de matrimonio en el Código Civil*, Madrid, Thomson-Civitas.
- VEGA GARCÍA, A. (2011): «La equiparación en Alemania de las parejas de hecho registradas (eingetragene Lebenspartnerschaften) a los matrimonios en el Impuesto sobre Sucesiones», en *InDret* [en línea], núm. 1, disponible en http://www.indret.com/pdf/793_es.pdf
- WINKLER, M. (2010): «Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo», en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, núm. 11, págs. 1137-1154.

NOTAS

¹ A cuyo tenor: «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».

² Ello pese a que el Tribunal Constitucional español había manifestado en su Auto 222/1994, de 11 de julio (donde se enfrentó por primera vez al recurso de amparo planteado por el miembro superviviente de una pareja homosexual, que invocaba que la negativa a otorgarle una pensión de viudedad vulneraba el derecho a la igualdad del art. 14 CE), que «se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial» (Fundamento Jurídico 2.^o), sin que proceda admitir la existencia de discriminación, por ser el matrimonio y la unión homosexual dos realidades diferentes y no equiparables, lo que justificaba la diferencia de trato, aunque no impedía al legislador establecer un sistema de equiparación de su eficacia jurídica.

³ Pese a lo cual, la no inconstitucionalidad de la regulación del matrimonio por el Code français, en la redacción vigente en la fecha que se dictó la sentencia, no implicaba que la heterosexualidad del matrimonio fuese una exigencia constitucional en Francia, como se ha encargado de señalar el Conseil Constitutionnel en su Decisión número 2013/669, de 17 de mayo, en la que enjuició la constitucionalidad de la reforma introducida pocas semanas antes en el Código Civil francés y por la que se abría la institución del matrimonio a las parejas integradas por personas del mismo sexo. En palabras del Conseil, «el legislador ha estimado que las diferencias entre las parejas formadas por un hombre y una mujer y las parejas de personas del mismo sexo no justifican ya que estas últimas no puedan acceder al estatus y a la protección jurídica vinculados al matrimonio, sin que corresponda al *Conseil constitutionnel* reemplazar con su apreciación aquella del legislador sobre cómo ha de tenerse en cuenta, en materia de matrimonio, esta diferencia» (apartado 22).

⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *El matrimonio de los homosexuales*, Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 15/2004, parte Tribuna, BIB 2004/1736, quien ya en relación al Anteproyecto de Ley afirmaba que la polémica no está en el resultado pretendido (la equiparación de tratamiento) sino que reside «en el cauce para alcanzar ese resultado. Nuestra Constitución actual no lo permite. El cambio pasa necesariamente por la reforma constitucional». En el mismo sentido, si bien con posterioridad a la aprobación de la Ley 13/2005, GARCÍA CANTERO, G., *Unde venis et quo vadis, hispanica familia?*, en «¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y de la familia», CEU Ediciones, Madrid 2009, págs. 83-137 (en especial, págs. 108 y sigs.) o TORRALBA SORIANO, V., «¿Qué matrimonio?», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, págs. 1822-1824. Entre quienes, por el contrario, se habían mostrado partidarios de la reforma y del cauce elegido para realizarla, cabe destacar a PRATS ALBENTOSA, L., «Bases de la nueva regulación del Derecho matrimonial español», en *El nuevo Derecho de Familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Navarro Visuales, dir.), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2006, págs. 16-20. La necesidad de una reforma constitucional, y no meramente legal, para dar cabida al matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido puesta de relieve en los tres votos particulares a la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, emitidos por los magistrados RODRÍGUEZ ARRIBAS, OLLERO TASSARA y GONZÁLEZ RIVAS, respectivamente.

⁵ Así se desprende de su Fundamento Jurídico noveno. Tras afirmar que «la Constitución es un árbol vivo (...) que, a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad», señala que la «lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Dere-

cho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla». Cultura jurídica que configura la *imago maestra* de la institución y que se construye acudiendo a diferentes elementos, entre los que se encuentra «la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición».

⁶ En el penúltimo párrafo del Fundamento Jurídico 9.º el Tribunal Constitucional afirma que «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*». Más adelante, en el Fundamento Jurídico 11.º señala que al darse a las personas homosexuales, tras la reforma legal, la opción de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, «se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales [...], además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental [...]), *sin perjuicio de que se puede reconocer que el mecanismo elegido por el legislador para dar ese paso no era el único técnicamente posible*». Idea ratificada inmediatamente después, acogiendo las alegaciones del abogado del Estado, cuando afirma que «*se pudo optar por diversas modalidades de regulación de la unión entre personas del mismo sexo*», sin que, como señala el Tribunal, corresponda a este enjuiciar «la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles», debiendo respetar las opciones legislativas siempre que las mismas se ajusten al texto constitucional.

⁷ Cfr. Press Release Referrals to Grand Chamber, núm. 906, de 29 de noviembre de 2010: «Court's judgment concerning Austrian authorities' refusal to allow marriage of homosexual couple becomes final».

⁸ A la que acude también el Tribunal Constitucional español en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, cuando afirma que, si bien «desde una estricta interpretación literal, el artículo 32 CE solo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse», pese a todo «hay que insistir en ello, sistemáticamente resulta claro que ello no supone en 1978 la voluntad de extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales».

⁹ Como señalan DE PABLO CONTRERAS, P. y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, C., *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Ed. Rialp, Madrid, 2007, pág. 98, el *ius connubii* es reconocido ya desde las Declaraciones y Tratados internacionales de mediados del pasado siglo como un derecho «relacional y recíproco de varón y mujer», integrándose esta característica dentro del contenido esencial o núcleo duro que el legislador debe necesariamente respetar (pág. 105).

¹⁰ Vid. el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, o el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

¹¹ Interpretación histórica que en la doctrina italiana suscita la crítica de WINKLER, M., «Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo», en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año XXVI, núm. 11, noviembre de 2010, pág. 1150, para quien no se debería interpretar el CEDH con los esquemas de 1950, pues el convenio no blinda los conceptos que sus autores tenían *in mente* sino que es, por el contrario, un instrumento vivo y conforme a ello han de ser interpretadas todas sus normas, también el artículo 12.

¹² Cfr. TORRES GUTIÉRREZ, A., «El derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH)», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed., Madrid, 2009, págs. 697-699 y 704, quien considera que la nueva orientación jurisprudencial en materia de transexualidad está llamada a influir significativamente en el derecho positivo de los ordenamientos nacionales en una materia como la de la protección de nuevas formas de convivencia que existen en la sociedad, entre

las que estarían las parejas compuestas por personas del mismo sexo, a las que se abriría la posibilidad de contraer matrimonio.

¹³ Opinión disidente del juez Martens, apartado 5. Criticaba también el citado juez la decisión adoptada por la mayoría por entender que el TEDH olvidaba un dato esencial: que en un número considerable de Estados miembros existía un reconocimiento legal de una manera u otra, existiendo diferencias de matiz dentro de las cuales deberían moverse los Estados en el ejercicio de su margen de apreciación, no siendo, por tanto, razonable enrocarse en la falta de una total convergencia para justificar que no se exija a los Estados el citado reconocimiento (apartado 5.6.2). A lo que hay que añadir que, a juicio del juez Martens, el TEDH ha mostrado una precaución extrema al enfrentarse a los procesos de evolución en materia de derecho de familia y de sexualidad, exigiendo a lo largo de su jurisprudencia una aceptación absolutamente mayoritaria que, a su parecer, resultaría incoherente con la misión del Tribunal, que es proteger al individuo contra la colectividad mediante la elaboración de normas comunes. Para el juez, la cautela necesaria en la actuación del Tribunal debería traducirse, cuando la colectividad oprime al individuo y se niega a reconocer los cambios sociales, en no inclinarse demasiado fácilmente frente a los argumentos del particularismo cultural e histórico de un país (apartado 5.6.3).

¹⁴ Opinión disidente común de los jueces Palm, Foighel y Pekkanen, apartado 5.

¹⁵ En cambio, en su Informe de 6 de septiembre de 1990, entendió que sí había existido violación del artículo 8 del CEDH, pues las autoridades francesas, con su negativa a rectificar la indicación de su sexo en el Registro Civil y en sus documentos oficiales de identidad, relegaban a la demandante en la vida diaria a una situación incompatible con el respeto a su vida privada.

¹⁶ Argumento reiterado en la sentencia del TEDH (Sección 2.^a) de 11 de septiembre de 2007, *asunto L. v. Lituania*, donde la violación del artículo 8 del CEDH derivaba en este caso no de la falta de reconocimiento del derecho al cambio de sexo o al cambio de estado civil, sino de la existencia de un vacío legal a la hora de regular la cirugía de reasignación sexual completa, lo que dificultaba de manera desproporcionada el ejercicio de su derecho por parte del demandante.

¹⁷ Pese a lo cual, entiende que no procede indemnizar por daño moral a la demandante, declarando por unanimidad que las constataciones de violación constituyen en sí mismas una indemnización suficiente por el daño moral sufrido por esta (*I. v. Reino Unido*, párrafo 97).

¹⁸ Cfr. CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 391. Como afirma SANZ CABALLERO, S., «A propósito de las sentencias Goodwin e I o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, núm. 1, enero-junio de 2003, pág. 315, el Estado, cuya legislación admite las operaciones de conversión sexual, debe ser luego consecuente y debe autorizar la rectificación registral del estado civil y el matrimonio del transexual con una persona de su sexo de origen.

¹⁹ Como acertadamente señalara el Consejo de Estado en su Dictamen número 2628/2004, de 16 de diciembre de 2004, «en todo caso, esos pronunciamientos del TEDH no se dirigen a la concepción del matrimonio en cuanto integrado por personas de distinto sexo (esto es, al llamado principio de heterosexualidad del matrimonio, que se da por supuesto), sino a los criterios para determinar si concurre tal heterosexualidad».

²⁰ En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional italiano señala que «por tanto, el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a aquellos que han cambiado de sexo constituye más bien un argumento para confirmar el carácter heterosexual del matrimonio, como se prevé en el vigente ordenamiento» (sentencia 138/2010, de 15 de abril, apartado 9, párrafo final).

²¹ Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4.^a), de 28 de noviembre de 2006, *asunto Parry v. Reino Unido*. En idéntica fecha, la misma Sección del TEDH dictó una Decisión por la que se resolvió el *asunto R. and F. v. Reino Unido*, con una argumentación idéntica a la expuesta *supra*, con el matiz de que al vivir los cónyuges en Escocia, la

Gender Recognition Act de 2004 exigía, en este caso, no la anulación del matrimonio sino el divorcio de los cónyuges.

²² Invocada también por las demandantes la vulneración del artículo 8 del CEDH, en su vertiente de derecho a la vida privada y familiar, el TEDH consideró que los efectos del sistema impuesto por la ley inglesa no eran desproporcionados pues, aunque se vieran en la necesidad de anular su matrimonio, podían continuar su relación normalmente e incluso bajo un estatus legal similar al del matrimonio, mediante la creación de una *civil partnership*, con casi los mismos derechos y obligaciones que antes de la anulación de su matrimonio.

²³ Como recuerda CASADEVALL, *op. cit.*, pág. 340, «para poder invocar la protección del artículo 8 debe quedar establecida la existencia previa de una vida familiar en el sentido del convenio, porque el derecho a constituir una familia, previsto como tal en el artículo 12, no entra en el campo de aplicación del artículo 8».

²⁴ Doctrina recogida en la STEDH de 13 de junio de 1979, *asunto Marckx v. Bélgica*, párrafo 31 y reiterada por el Tribunal en decisiones posteriores como en la STEDH (Gran Sala), de 12 de julio de 2001, *asunto K. y T. v. Finlandia*, párrafo 150 o en STEDH (Sección 1.^a), de 13 de diciembre de 2007, *asunto Emonet y otros v. Suiza*, párrafo 33.

²⁵ En palabras de CASADEVALL, *op. cit.*, pág. 340, «para determinar la existencia de vida familiar entre dos o más personas el TEDH, se focaliza más en la realidad social y en el comportamiento cotidiano de los interesados que en la realidad biológica y, en consecuencia, considera que no se impone siempre y necesariamente un vínculo de sangre o genético».

²⁶ Cfr. SANTOLAYA, P., «El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)», en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.^a ed., Madrid, 2009, pág. 553.

²⁷ Cfr. STEDH de 28 de mayo de 1985, *asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido*, párrafo 62, en la que, matizando lo dispuesto en el *asunto Marckx* (donde se recordó que la garantía del derecho al respeto de la vida familiar presupone la existencia previa de una familia), se afirmó que «sin embargo, ello no implica que toda vida familiar proyectada quede enteramente excluida de su ámbito. Sea lo que fuere lo que la palabra “familia” pueda además significar, debe en todo caso incluir la relación nacida de un matrimonio legal y no ficticio (...) incluso si una vida familiar del tipo al que el Gobierno se refiere no ha sido todavía plenamente establecida. Deben considerarse tales uniones como suficientes para merecer el respeto debido en virtud del artículo 8».

²⁸ Al margen de que estos sean matrimoniales o extramatrimoniales, pues un hijo nacido en el marco de unas relaciones familiares de *facto* es parte *ipso iure* de esa unidad familiar por el mero hecho de su nacimiento, existiendo por tanto entre el hijo y los padres un vínculo que supone vida familiar (STEDH de 11 de octubre de 2001, *asunto Hoffmann v. Alemania*, párrafo 34) y ello aunque en el momento del nacimiento no haya convivencia efectiva entre dichos padres o la relación haya llegado a su fin (STEDH de 26 de mayo de 1994, *asunto Keegan v. Irlanda*, párrafo 44). La vida familiar derivada *ipso iure* de las relaciones paterno-filiales se ve excepcionada cuando se trate de hijos adultos, en cuyo caso para apreciar vida familiar y gozar de la protección del artículo 8 habrá de demostrarse «la existencia de elementos complementarios de dependencia distintos a los vínculos afectivos normales» (*asunto Emonet y otros v. Suiza*, párrafo 35).

²⁹ Como señala SANZ CABALLERO, S., «La familia, ¿una preocupación europea?», en *Retos del siglo XXI para la familia* (BENEYTO, TORRERO y LLOPIS, coords.), Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2008, pág. 381, los abuelos no siempre formarán parte del núcleo familiar (no se presume que exista vida familiar con ellos), debiendo tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

³⁰ En el mismo sentido, para nuestro Tribunal Constitucional el texto de la Constitución Española «no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio [...] ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia»

(STC 19/2012, de 15 de febrero, Fundamento Jurídico 5.º y sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, Fundamento Jurídico 5.º).

³¹ El reconocimiento de vida familiar en el marco de una convivencia *more uxorio* aparece ya con toda nitidez en la STEDH de 18 de diciembre de 1986, *asunto Johnston v. Irlanda*, párrafo 56 («Es claro que los demandantes —de los cuales los dos primeros viven juntos desde hace quince años...— constituyen una “familia” a efectos del artículo 8. Por consiguiente, tienen derecho a su protección, aunque sus relaciones estén fuera del matrimonio») y da lugar a una jurisprudencia constante, reflejada, entre otras, en la STEDH de 26 de mayo de 1994, *asunto Keegan v. Irlanda*, párrafo 44; STEDH de 27 de octubre de 1994, *asunto Kroon y otros v. Países Bajos*, párrafo 30 (en un supuesto en el que no concurría la convivencia que suele ser una condición de tal relación familiar, pero en el que el TEDH entendió que, excepcionalmente, otros factores —los progenitores no convivían pero concibieron sucesivamente cuatro hijos comunes— también pueden servir para demostrar que una relación tiene la suficiente constancia como para crear lazos familiares *de facto*), o en la STEDH de 13 de diciembre de 2007, *asunto Emonet y otros v. Suiza*, donde se resalta la utilidad de tener en cuenta algunos elementos, «como el hecho de saber si la pareja convive y desde hace cuánto y si ha tenido hijos en común, prueba de su compromiso recíproco» (párrafo 36) o si, como sucedía en este caso, no habiendo tenido hijos en común, la convivencia entre los integrantes de la pareja y la hija de uno de ellos permitía hablar de *vínculo familiar de facto*». Como señala PRESNO LINERA, M. A., *El Derecho Europeo de Familia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 51, en tales situaciones es de gran importancia que las relaciones fácticas existentes estén acompañadas de una apariencia de vida familiar, de la asunción de un determinado rol y del desarrollo de una cierta conducta frente a los demás.

³² Derecho que, en cambio, sí que concurría en el ámbito de las que podríamos denominar «relaciones familiares verticales», entre un padre de tendencia homosexual y su hija, nacida de un matrimonio anterior, sin que la orientación sexual del progenitor fuese un argumento por sí mismo suficiente para retirarle la custodia de su hija, pues ello iría contra su derecho a la vida familiar y contra el derecho a la igualdad de trato (vid. sentencia del TEDH (Sección 4.ª) de 21 de diciembre de 1999, *asunto Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*). Por su parte, en la sentencia del TEDH (Sección 4.ª) de 9 de mayo de 2006, *asunto C. v. Finlandia*, pese a existir hijos de una de las integrantes de la pareja homosexual y pese a existir una convivencia estable entre los niños, su progenitora y la pareja de esta, el TEDH no negó que concurriera vida familiar sino que simplemente evitó hablar de la existencia de vida familiar entre dichas personas, cuestión que tampoco abordó al morir la madre y quedar los hijos bajo la protección de la *partner* superviviente. Por el contrario, el Tribunal se limitó a reconocer la protección del derecho a la vida familiar del padre divorciado cuya petición de atribución de la custodia había sido rechazada por los Tribunales internos.

³³ Cfr. sentencia del TEDH de 10 de mayo de 2001, *Mata Estévez v. España* (relativa a la denegación de la pensión de supervivencia al miembro superviviente de la pareja homosexual), donde se entendía que las relaciones homosexuales duraderas entre dos hombres no entraban dentro del derecho al respeto a la vida familiar, por tratarse de una materia en la que no existía un denominador común ampliamente compartido y en la que los Estados gozarían de un amplio margen de apreciación. En la doctrina española, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El concepto de matrimonio en el Código Civil*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 210, recalca la dificultad de hablar de familia respecto de las uniones de homosexuales pues «familia incluso en el lenguaje vulgar es procreación y responsabilidad por la misma, y ello va contra la propia estructura de las parejas homosexuales».

³⁴ ARRESE IRIONDO, M. N., *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (dir.: LASAGASTER HERRARTE), 2.ª ed., Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 619. Contra, PRESNO, *op. cit.*, pág. 60, para quien «la familia no se reduce a la unión de personas con capacidad para procrear o criar hijos».

³⁵ Cfr. CASADEVALL, *op. cit.*, pág. 392. En realidad, no lo reconoce ni el artículo 12 ni ningún otro. Como señala el TEDH en su sentencia de 26 de febrero de 2002, *asunto Fretté*

v. *Francia*, «el convenio no garantiza, como tal, un derecho a la adopción» (parágrafo 32). En el mismo sentido se había manifestado ya la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión de 10 de julio de 1997, *asunto Dalila di Lazzaro v. Italia*, donde recordó además que «el artículo 8 no obliga a los Estados a garantizar a una persona el estatus de padre adoptivo o de hijo adoptivo».

³⁶ Como con acierto anticipara PRESNO, *op. cit.*, pág. 51, reconocer la presencia de vida familiar sobre la base de una «apariencia de vida familiar», pese a no existir ni vínculo matrimonial ni parentesco, suponía servirse de algo sujeto a evolución jurídica, histórica y social, detectándose desde hace años una tendencia creciente a no condicionar esa apariencia de familia a la heterosexualidad de la pareja.

³⁷ En particular, el artículo 4.3 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reunificación familiar, y el artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se regula el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

³⁸ En realidad, se podía apreciar ya en la opinión disidente del juez Martens en el *asunto Cossey*, cuando en su apartado 4.5.2 afirmaba que «el matrimonio es mucho más que una unión sexual y la capacidad de tener relaciones sexuales no es por lo tanto esencial. Las personas que no son capaces de procrear o de tener relaciones sexuales pueden también desear casarse y se casan con eficacia. Esto se explica por el hecho de que *el matrimonio representa más que una unión legitimadora de las relaciones sexuales y dirigida a la procreación*», siendo una institución de derecho que crea una relación jurídica entre los cónyuges basada «en intensas emociones humanas, en un compromiso mutuo exclusivo y en un elemento de la permanencia», así como también un tipo de comunidad donde «los lazos intelectuales, espirituales y emocionales son por lo menos tan esenciales como los vínculos físicos».

³⁹ Argumentación que ya se contenía en la opinión disidente común de los jueces Palm, Foighel y Pekkanen a la sentencia del TEDH de 27 de septiembre de 1990, *asunto Cossey v. Reino Unido*: «El hecho de que un transexual no sea apto para procrear no puede ser decisivo. Un gran número de hombres y mujeres incapaces de tener hijos, tienen indiscutiblemente el derecho de casarse. La capacidad de procrear no es ni puede ser un requisito previo para el matrimonio» (apartado 5).

⁴⁰ Como afirman DE PABLO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Constitución», cit., págs. 99-100, en el *asunto Rees*, el TEDH vincula el *ius connubii* con el derecho a fundar una familia, «pero ello en el plano de su potencialidad objetiva o estructural como institución, no en los casos concretos», razón por la cual los autores estiman que las afirmaciones recogidas en los *asuntos Christine Goodwin v. Reino Unido* e *I. v. Reino Unido* (esto es, que la incapacidad procreativa no puede privar del derecho a contraer matrimonio) no contradicen en este punto la doctrina presente en el *asunto Rees*.

⁴¹ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue aprobada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 (Diario Oficial de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2007, C/303/01), si bien su texto recoge y adapta la Carta de Niza, de 7 de diciembre de 2000 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas [DOCE], de 18 de diciembre de 2000, C 364/01), sustituyéndola a partir del 1 de diciembre de 2009.

⁴² Nótese cómo en la Decisión de 10 de julio de 1975, *asunto X v. Bélgica y Países Bajos*, la Comisión Europea de Derechos Humanos afirmaba que «el artículo 12, en efecto, concibe el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia como un único derecho», para seguidamente añadir que «incluso asumiendo que el derecho a fundar una familia pueda ser considerado al margen del matrimonio», el artículo 12 reconoce el derecho a un hombre y a una mujer (esto es, a una pareja de distinto sexo) a fundar una familia, es decir, a tener hijos.

⁴³ «Con respecto a la conexión entre el derecho a contraer matrimonio y el *derecho a fundar una familia*, el Tribunal ya ha sostenido que la *incapacidad de una pareja de concebir o criar un hijo* no puede considerarse *per se* excluyente del derecho a casarse».

⁴⁴ Sentencia del TEDH (Sección 1.ª), de 1 de abril de 2010, *asunto S. H. y otros contra Austria*, parágrafo 60, en unos supuestos en los que se planteaba el derecho de dos parejas a concebir hijos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. El empleo de dichas técnicas de procreación había sido analizado anteriormente por la Gran Sala del TEDH en su sentencia de 4 de diciembre de 2007, *asunto Dickson v. Reino Unido*, en la que se rectifica la decisión adoptada por la Sección 4.ª en su sentencia de 18 de abril de 2006. La Gran Sala estima que el artículo 8 es aplicable a las quejas de los demandantes (un prisionero y su esposa) en la medida en que «la denegación de la inseminación artificial afecta a su vida privada y familiar, incluyendo estas nociones el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos» (parágrafo 66).

⁴⁵ Derecho que no emana directamente del artículo 8 del CEDH, pues como recuerda el TEDH, las disposiciones del artículo 8 (en concreto, el derecho al respeto de una *vida familiar*) no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a la adopción. Lo cual no obsta para que, cuando un Estado vaya más allá de sus obligaciones derivadas del artículo 8 y cree un derecho como el de las personas solteras a solicitar una adopción, en tal caso las circunstancias de la causa que se suscite caerán, sin duda, bajo el imperio del artículo 8 del convenio, no pudiendo entonces el Estado adoptar medidas discriminatorias en el sentido del artículo 14, como sucedería si se excluyese del procedimiento a una persona con base en su homosexualidad (sentencia del TEDH —Gran Sala— de 22 de enero de 2008, *asunto E. B. contra Francia*, parágrafo 49).

⁴⁶ Cfr. la sentencia del TEDH (Gran Sala) de 10 de abril de 2007, *asunto Evans v. Reino Unido*, parágrafo 71, en un caso en el que se planteaba la destrucción de embriones crioconservados tras la ruptura de la pareja y la negativa del varón a que su excompañera hiciera uso en exclusiva de los mismos a efectos de concebir un hijo. El Tribunal reconoce que el invocado derecho al respeto de la decisión de convertirse en madre en sentido genético también entra en el ámbito del artículo 8 del CEDH.

⁴⁷ Vid. *asunto S. H. y otros contra Austria*, parágrafo 58, que incluye dentro del derecho a la vida privada y familiar «el derecho a la decisión tanto de tener como de no tener un hijo».

⁴⁸ Cabría preguntarse qué sentido tiene el impedimento de parentesco (art. 47 CC) cuando se trata del matrimonio entre personas del mismo sexo que, por definición, no pueden tener hijos biológicos comunes. No concurriendo la razón eugenésica que subyace en dicho impedimento, ¿por qué aplicarlo en ese modelo de matrimonio? Cfr. TORRALBA SORIANO, *op. cit.*, págs. 1818-1819, quien entiende que, por este motivo, la Ley 13/2005 no acabó con una discriminación sino que estableció nuevas discriminaciones.

⁴⁹ Como afirma el Tribunal Constitucional portugués en su sentencia 359/2009, de 9 de julio de 2009, apartado 14 (Diário da República, 2.ª série, núm. 214, de 4 de noviembre de 2009) si se entiende el matrimonio como una institución social basada en la función que le corresponde en la reproducción de la sociedad, puede tener sentido que se reserve el matrimonio a las personas de diverso sexo. Ahora bien, si se adoptase una concepción del matrimonio como una relación puramente privada entre dos personas adultas, sin proyección alguna en la reproducción de la sociedad, la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo resultaría necesariamente discriminatoria. Para PRATS ALBENTOSA, *op. cit.*, págs. 15 y 20, los ordenamientos jurídicos que conciben la relación matrimonial de modo finalista, como abocada a la procreación, exigen la diferencia sexual de los cónyuges, mientras que en aquellos ordenamientos en los que esta finalidad «no es contemplada ni tan siquiera como mera eventualidad», tal exigencia carece de sentido.

⁵⁰ De hecho, el concepto de matrimonio nacido de las reformas de 2005, y que según la STC 198/2012, de 6 de noviembre, se corresponde con la imagen que tiene la sociedad española actual del matrimonio, es el que concibe la institución como «comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades es-

tablecidas en el ordenamiento» (Fundamento Jurídico 9.º). Como señala el Magistrado don Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS en su Voto Particular a la sentencia, tal descripción, «un tanto enrevesada y poco eufónica, realiza una verdadera filigrana para eludir hablar de sexo al definir el matrimonio, con lo que, a primera vista, este podría constituirse entre un tío y un sobrino», a lo que añade: «con esta formulación se prescinde absolutamente del componente biológico (o antropológico, si se quiere) ínsito en el matrimonio desde que apareció el ser humano en el planeta y que como institución precedió a la tribu», pues «este es también una unión sexual que la naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana y aunque este fin natural pueda satisfacerse fuera del matrimonio y también aunque no sea el único fin de la institución que permanece si cumple los demás fines, no puede desconocerse sin incurrir en un salto ilógico imposible de admitir» (apartado primero).

⁵¹ En palabras del juez David THÓR BJÖRGVINSSON, «aunque en sentido estricto, la queja alude únicamente a una diferencia de trato en materia de impuesto sobre sucesiones, en un contexto más amplio trata —en sustancia— del hecho de que se aplican normas distintas y que el vínculo de consanguinidad entre las demandantes impide a estas contraer un acuerdo jurídico semejante al matrimonio o a la unión civil para que el marco jurídico en cuestión [...] fuese aplicable a su situación».

⁵² Vid. al respecto, POLO SABAU, J. R., *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, págs. 37-38 y 84-86. Para el autor, el declive de la dimensión procreativa del matrimonio en la legislación estatal, en beneficio de la convivencia afectiva o amorosa como causa del matrimonio, permite plantearse qué sentido tiene en la actualidad la intervención social en el matrimonio, esto es, la protección específica de los sentimientos de los ciudadanos y de las relaciones que pudieran derivarse de los mismos. En palabras de don Andrés OLLERO TASSARA, recogidas en su Voto Particular a la STC 198/2012, de 6 de noviembre, «la ausencia de una adecuada percepción de la dimensión social del derecho lleva a olvidar por qué el matrimonio, a diferencia de la mera amistad, tiene relevancia jurídico-institucional. El matrimonio pasa de entenderse como un vínculo de relevancia social a enfocarse como una desvinculada vía de emancipación individual» (apartado tercero).

⁵³ Como señala el TEDH, la vida sexual pertenece a la esfera personal que protege el artículo 8 del CEDH (junto a la identidad sexual, el nombre o la orientación sexual: sentencia del TEDH, Sección 4.ª, de 29 de abril de 2002, *asunto Pretty v. Reino Unido*, o sentencia del TEDH, Sección 1.ª, de 8 de enero de 2009, *asunto Schlumpf v. Suiza*, parágrafo 100), precepto que tutela el derecho al pleno desarrollo personal y a establecer relaciones con los semejantes y el mundo exterior. Este derecho exige la no injerencia arbitraria de los poderes públicos y, además, ciertas obligaciones positivas inherentes al efectivo respeto de la vida privada o familiar (parágrafo 102). Ahora bien, ha de notarse que el TEDH reclama tener en cuenta el equilibrio justo a mantener entre el interés general y los intereses de la persona, especialmente en un tema tan sensible como el de su definición sexual o su orientación sexual. Por lo tanto, el respeto por la vida sexual de las personas pertenece al interés privado de estas, pero no a un interés legítimo del Estado que pueda justificar un tratamiento diferencial frente a otras conductas o relaciones que también son manifestaciones del derecho a la vida privada y que se conectan con el libre desarrollo de la personalidad del sujeto.

⁵⁴ Protección que es el resultado, en Derecho español, de considerar el matrimonio como uno de los «elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional». Así se desprende de la aplicación al matrimonio por parte de la STC 198/2012, de 6 de noviembre (Fundamento Jurídico 7.º) del concepto de garantía institucional acuñado por la STC 32/1981, de 28 de julio (Fundamento Jurídico 3.º).

⁵⁵ Como se afirma en *Parry v. Reino Unido*, Decisión del TEDH del 28 de noviembre de 2006, al examinar la pretendida violación del artículo 12 por imponerse la anulación del matrimonio previo para así poder lograr el pleno reconocimiento del nuevo sexo del aún cónyuge, «dadas las sensibles opciones morales implicadas y la importancia que particularmente debe atribuirse a la *protección de los niños y al fomento de ambientes familiares seguros*,

esta Corte no debe apresurarse a sustituir con su propio juicio el de las autoridades que están en mejores condiciones para *evaluar y responder a las necesidades de la sociedad*». De las palabras en cursiva puede deducirse una visión del derecho al matrimonio y del derecho a fundar una familia en íntima relación con el interés social en la protección de los hijos.

⁵⁶ ALONSO PÉREZ, M., «La familia y el Derecho de Familia», en *Tratado del Derecho de la Familia* (YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS, dir.), vol. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 141, al reflexionar sobre el fenómeno de la convivencia estable de pareja y sobre el que denomina «seudomatrimonio homosexual», recuerda que, aunque el positivismo legalista pueda abrir el matrimonio a dos hombres o dos mujeres, este «es la fuente principal de vínculos familiares por su estructura bisexual y su apertura a la creación de vidas nuevas». En palabras de este autor, «el matrimonio solo lo es en cuanto potencialmente es creador de vida y renuevo constante de los miembros de la sociedad. Algo imposible en el llamado matrimonio homosexual».

⁵⁷ Vid. también la Decisión del TEDH de 21 de septiembre de 2010, *asunto Manenc v. Francia* (decisión sobre la admisibilidad de la reclamación núm. 66686/09), en relación a la negativa del Estado francés a reconocer la *pension de réversion* al integrante superéxito de un pacto civil de solidaridad, con independencia de su orientación sexual. En opinión del Tribunal, el objetivo de la norma francesa se concreta en la protección de la familia fundada en el matrimonio, objetivo legítimo para cuya consecución se adopta la medida discutida en uso del amplio margen de apreciación que el convenio otorga a los Estados.

⁵⁸ En realidad el razonamiento de la sentencia es que, como reconoció el Tribunal Constitucional esloveno, la discriminación por razón de sexo solo se podría haber planteado si se hubiera tratado de una pareja de hecho entre personas del mismo sexo, pues en aquel entonces la Sección 56 de la Housing Act eslovena de 1991 solo permitía la subrogación arrendaticia a las parejas estables de distinto sexo (situación esta que cambió en la Registration of the Same-Sex Civil Partnership Act de 2005, Sección 37). Al no ser este el caso, no habría discriminación por el simple motivo de que la diferencia de trato se fundaría, no en la falta de diversidad sexual, sino en el hecho de no estar ante una pareja estable. De ahí que la solución hubiera sido la misma si la convivencia no sexualizada se hubiera dado entre un hombre y una mujer (vid. *Korelc*, párrafo 88).

⁵⁹ Como se reflejó en el ámbito de los países miembros de la Unión Europea, en el Eurobarómetro 66, *Public Opinion in the European Union*, realizado entre septiembre y octubre de 2006 y publicado en septiembre de 2007, págs. 43 a 46 y 461-462, que señalaba que el 44 por 100 de ciudadanos en el total de la Unión Europea era partidario del matrimonio homosexual, oponiéndose al mismo el 49 por 100.

⁶⁰ Actitud que en algunos casos puede resultar cuestionable pues, como alerta LLOPIS GINER, J. M., «Reflexiones críticas del Derecho de familia: tradición y futuro», en *Retos del siglo XXI para la familia* (BENEYTO, TORRERO y LLOPIS, coords.), Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2008, pág. 262, «la tiranía de las encuestas y de las estadísticas se muestra en este punto como uno de los objetivos que mayor peligro comporta a una justa regulación jurídica en el ámbito familiar». En opinión del autor, a veces los políticos no pueden sustraerse a ellas y otras veces se esconden tras ellas, alegando que es la sociedad la que exige los cambios en materia de familia y olvidando que «lo que aparentemente figura como parecer de la mayoría, no ha de ser necesariamente correcto desde el punto de vista ético». Igualmente crítico se muestra ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del Código Civil de julio de 2005», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, págs. 1467-1471, quien tras poner en duda que el legislador ostente «la luminosa visión de la sociedad que pretenciosamente se arroga, afirma que aunque en efecto fuese capaz de percibir certeramente la realidad social, ello no garantiza que la visión de la sociedad sea acorde a la dignidad humana y a los valores constitucionales, razón por la cual entiende que «el fundamento de las leyes debe ser algo más que ese barato y pretendido sociologismo que ahora se nos propone», debiendo ser buscado «en otra parte, no en la simple repetición de actos por parte de los integrantes del cuerpo social».

⁶¹ Así, cabe citar las Resoluciones de 8 de febrero de 1994 (DOCE de 28 de febrero de 1994, C 61/40), sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea; la Resolución de 17 de diciembre de 1998 (DOCE de 9 de abril de 1999, C 98/279), sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea (1997); la Resolución de 16 de marzo de 2000 (DOCE de 29 de diciembre de 2000, C 377/344), sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea (1998-1999); la Resolución de 15 de enero de 2003 (DOCE de 12 de febrero de 2004, C 38 E/247), sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2001); o, más recientemente, la Resolución de 14 de enero de 2009 (DOCE de 24 de febrero de 2010, C 46 E/48), sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2004-2008). Con posterioridad a la sentencia *Schalk*, podemos destacar la Resolución de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas o la Resolución de 13 de marzo de 2012, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea (2011).

⁶² Artículo 9: «Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

⁶³ Cfr. Diario Oficial de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2007, C 303/21. Para una visión crítica de las Explicaciones del *Praesidium*, vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Comentario al artículo 9», en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (dir. MANGAS MARTÍN, A.) 2008, págs. 248-249, que pone de manifiesto la confusión a la que inducían esas explicaciones al afirmar que justificar la modernización en la redacción de este derecho apelando al reconocimiento por algunas legislaciones nacionales de *vías distintas a la del matrimonio* para fundar una familia, podría entenderse (aunque de manera errónea, a su juicio) como una reserva del matrimonio para las uniones de hombre y mujer y como una mera valoración de las uniones entre personas del mismo sexo a los efectos de fundar una familia. Interpretación errónea, como explica con detalle el autor.

⁶⁴ Artículo 52, apartado tercero: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

⁶⁵ Cfr. Diario Oficial de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2007, C 303/21.

⁶⁶ De manera muy gráfica, afirma la sentencia que: «No obstante, *tal como están las cosas*, la cuestión de la autorización o no del matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación de las leyes nacionales de cada Estado contratante» (párrafo 61). Esta visión suscita la crítica de HODSON, L., «A Marriage by any other Name? *Schalk and Kopf v. Austria*», en *Human Rights Law Review*, vol. 11 (1), marzo de 2011, pág. 173, para quien si el matrimonio no es ya «inevitablemente una institución hecha para las parejas de distinto sexo», la exclusión de un grupo concreto, como en este caso las parejas del mismo sexo, requeriría una justificación, no bastando con dejar el asunto a la discreción de cada legislador estatal.

⁶⁷ En palabras de nuestro Tribunal Constitucional, «una apertura relativa de la noción más tradicional de matrimonio» (STC de 6 de noviembre de 2012, Fundamento Jurídico 9.º).

⁶⁸ Ante las posibles críticas por una excesiva sociologización, cabe destacar la cautela con la que se manifiesta nuestro Tribunal Constitucional cuando en el citado Fundamento Jurídico 9.º menciona, entre los elementos que contribuyen a la configuración de una cultura jurídica, «la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico».

⁶⁹ Esta misma posición fue la sostenida por el Tribunal Constitucional de Chile, en su sentencia de 3 de noviembre de 2011, al serle requerido por la Corte de Apelaciones de Santiago el pronunciamiento sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil chileno.

⁷⁰ De esta manera, encuentra respuesta la pregunta formulada por CERNA, C. M., «*Schalk & Kopf v. Austria* (Eur. Ct. H.R.) - Introductory Note», en *International legal materials*, núm. 5, año 2010, pág. 1303, quien, tomando como referencia la decisión adoptada en California por el juez

Vaughn Walker sobre el mismo tema (Federal District Court Decision, *Perry v. Schwarzenegger*; núm. C 09-2292 VRW, N.D. Cal., de 4 de agosto de 2010), se plantea: «¿no debería haber una “exigencia explícita de que las leyes nacionales deban facilitar tal matrimonio [homosexual]” si el derecho al matrimonio del mismo sexo fuera un derecho humano?» La contestación a tal pregunta pasa por afirmar que puede que ya exista tal derecho, pero su protección resulta por el momento limitada y sujeta a la discrecionalidad de los legisladores estatales.

⁷¹ Nótese la diferencia con lo acaecido en materia de transexualidad, donde tampoco existía el consenso europeo necesario para justificar una interpretación evolutiva, legitimándose esta sin embargo con base en la «tendencia internacional continuada» a la que se refiere el TEDH en las sentencias *I. v. Reino Unido* y *Christine Goodwin v. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002. Para una visión crítica de esta técnica interpretativa, vid. GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, núm. 1, enero-junio de 2004, págs. 177-184.

⁷² En opinión de MAGI, L., «La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso», en *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 2, año 2011, págs. 396-421, el umbral de aceptación necesario para forjar el consenso se sitúa en la mayoría simple de los Estados firmantes.

⁷³ Para CONTI, R., «Convergenze (inconsapevoli o... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali», en *Il Corriere Giuridico*, 4/2011, pág. 583, la «doctrina del consenso» tiene como objetivo salvaguardar las tradiciones histórico-jurídico-sociales de los países que se han adherido al CEDH, a los que se reconoce la capacidad de adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales. Sin embargo, no queda claro ni la manera en que el TEDH adquiere los elementos cognoscitivos para evaluar ese consenso, ni las características que este debe presentar, ni tampoco su extensión o los casos en que decae. En la misma línea, ROSAS DE CASTRO, J., «Em torno da margem de apreciação dos estados na aplicação da convenção europeia dos direitos do homem», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVI, 2010, págs. 291-294, quien extiende su crítica a la correlativa doctrina del margen de apreciación, en la que la inconsistencia argumentativa y la ausencia de principios orientadores precisos a la hora de valorar el peso de cada uno de los criterios seguidos, permiten afirmar que la invocación de dicha doctrina como fundamento de la decisión tiene poco que ver con la claridad, previsibilidad e igualdad en la aplicación del convenio inherentes a un sistema fundado en la primacía del Derecho (págs. 303-310, en especial, pág. 308). En la misma línea crítica, en la doctrina española, cfr. GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2010, en particular págs. 264-265, 293-295 ó 377 y sigs. Para este autor, estamos ante un «criterio de decisión no reglado, flexible, pragmático y de aplicación irregular. (...) a veces es más un *criterio de justificación* de legitimidad de las decisiones del TEDH, más o menos retórico, que un verdadero *criterio de interpretación* de los derechos».

⁷⁴ A menos que, como el propio TEDH ha señalado en alguna ocasión, se admita que «el hecho de que, al final de una evolución gradual, un país se encuentre en una posición aislada respecto a un aspecto de su legislación, no necesariamente implica que ese aspecto contradiga el convenio, particularmente en un campo —el matrimonio— el cual está fuertemente unido a tradiciones culturales e históricas de cada sociedad y a sus arraigadas ideas sobre la unidad familiar» (STEDH de 18 de diciembre de 1987, *F. v. Suiza*, epígrafe 33). En un ámbito distinto al matrimonial, la subsistencia del margen de apreciación de un Estado a la hora de establecer ciertas prohibiciones, pese a la existencia de un consenso suficiente sobre la materia (admisibilidad del aborto por motivos de salud o de bienestar de la mujer) entre el resto de países firmantes, es defendida en la STEDH (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2010, *asunto A, B, y C c. Irlanda*, donde el TEDH entiende que el margen de apreciación de los Estados a la hora de determinar si se ha ponderado de manera proporcionada, según el criterio del equilibrio justo, la protección del interés general (la protección de la vida del

nasciturus) y el derecho concurrente de las demandantes al respecto de su vida privada (art. 8 CEDH) es un margen más amplio «cuando el asunto plantea cuestiones morales o éticas delicadas» (parágrafos 232 y 233).

⁷⁵ Se aprecia así la interacción entre los sistemas de protección de derechos fundamentales, de carácter nacional e internacional, y la tendencia a constituir un solo cuerpo jurídico de garantía, como ha señalado NASH, C., «Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos», ponencia presentada en *Simposio Humboldt: internacionalización del derecho constitucional - constitucionalización del derecho internacional* (Universidad de Buenos Aires, Argentina, 4-6 de octubre de 2010), donde se utiliza precisamente el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo y la sentencia de la *Corte Europea de Derechos Humanos. Case of Schalk and Kopf v. Austria. Application n.º 30141/04, 24 June 2010*, para sostener esa interacción.

⁷⁶ Reiterada por la sentencia del TEDH (Sección 5.ª), de 15 de marzo de 2012, *asunto Gas et Dubois v. Francia*, parágrafo 66.

⁷⁷ Como señala GARCÍA ROCA, *op. cit.*, págs. 149-150, «la existencia de unos estándares europeos comunes tiende a reforzar la aplicación de una interpretación evolutiva y a empujear el margen».

⁷⁸ Como afirma CONTI, *op. cit.*, pág. 587, en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, se tiene la sensación de que las posiciones adoptadas por los Tribunales nacionales y por el propio TEDH no son en absoluto definitivas sino solamente «expresión de una época de gran efervescencia y cambios que, por tanto, deja verdaderamente abierta más de una vía para su reversión».

⁷⁹ Aunque entiendo que la validez constitucional de la anterior opción del legislador se desprende de su redacción, en concreto de los párrafos finales de los Fundamentos Jurídicos 10.º y 11.º

⁸⁰ De hecho, la sentencia *Schalk and Kopf v. Austria* admite en su parágrafo 96 la existencia de un amplio margen de apreciación a la hora de valorar por parte de los Estados firmantes del CEDH en qué medida las diferencias entre situaciones análogas justifican un tratamiento jurídico distinto. Reconocen también ese margen de apreciación la sentencia de 28 de noviembre de 1984, *asunto Rasmussen v. Dinamarca* (donde se recuerda que la amplitud del margen de apreciación varía según las circunstancias, los asuntos y el contexto; pudiendo resultar un factor pertinente a este respecto la presencia o ausencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados contratantes) y la sentencia de 21 de febrero de 1997, *asunto Van Raalte v. Países Bajos*. No obstante, como señala el TEDH en la sentencia de 18 de julio de 1994, *asunto Karlheinz Schmidt v. Alemania*, «solo consideraciones de gran consistencia pueden conducir al Tribunal a estimar compatible con el convenio una diferencia de tratamiento exclusivamente fundada en el sexo» o en la orientación sexual. En cuanto a esta última, el Tribunal afirma en la sentencia de 2 de marzo de 2010, *Kozak v. Polonia*, que «la orientación sexual es un concepto que entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 14» y «asimismo, cuando la distinción en cuestión se produce en esta esfera íntima y vulnerable de la vida privada de una persona, es necesario exponer ante el Tribunal razones de particular peso que justifiquen la medida impugnada. Cuando una diferencia de trato se basa en el sexo o la orientación sexual, el margen de apreciación de que dispone el Estado es limitado y en tales situaciones el principio de proporcionalidad no exige simplemente que la medida elegida fuera por lo general la adecuada para lograr la finalidad perseguida, sino que también debe acreditarse que era necesaria en las circunstancias de la causa» (parágrafo 92).

⁸¹ En la doctrina española, MARTÍN SÁNCHEZ, M., *Matrimonio homosexual y Constitución*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 130 y sigs., entiende que solo si la diferencia de trato y la restricción del derecho al matrimonio a determinado grupo de personas obedece a un argumento constitucional más fuerte que el derecho en juego podría sostenerse la constitucionalidad de dicha diferencia. A su juicio, la imposición del principio heterosexual no es proporcional respecto de los derechos que se limitan, que serían el derecho personal al matrimonio, manifestación del derecho a la libertad del individuo, al libre desarrollo de la

personalidad, a la dignidad y a la intimidad personal y familiar. Como se afirma el Magistrado Hernán VODANOVIC en su voto particular en contra a la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de 3 de noviembre de 2011, «No hay duda que, para sus protagonistas, el matrimonio entre personas del mismo sexo expresa la plena realización de los valores de libertad, igualdad y dignidad humanas. Si se entendiera que hay oposición entre el ejercicio de tales derechos y la protección de la familia, una ponderación razonable del conflicto no puede sino dar preeminencia a la dignidad y derechos humanos de las personas sobre los intereses de una institución social, por trascendente y respetable que ella sea».

⁸² Como señala de manera constante la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vid., a título de ejemplo, la sentencia de 27 de marzo de 1998, *asunto Petrovic v. Austria*; la sentencia de 16 de noviembre de 2004, *asunto Ünal Tekeli v. Turquía*, o, más recientemente, la sentencia de 17 de febrero de 2011, *asunto Andrlle v. República Checa*.

⁸³ Contra, DE PABLO-MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Constitución*, cit., págs. 48-50, donde se recogen diferentes estudios e informes en los que se refleja la mayor inestabilidad y el menor índice de fidelidad que caracterizarían al modelo de convivencia homosexual.

⁸⁴ De esta manera la sentencia desarrolla la doctrina establecida por la Gran Sala del TEDH en la ya citada sentencia de 29 de abril de 2008, *asunto Burden v. Reino Unido*, en la que el TEDH establece que en el matrimonio y en la unión civil, «más que la duración o el carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, unido a un conjunto de derechos y obligaciones de orden contractual» (parágrafo 65). Como se puede apreciar, en la sentencia *Schalk and Kopf* se da un paso más, pues se reconoce la similitud entre el matrimonio y la situación de los integrantes de una pareja del mismo sexo pese a no haber emitido estos el «acuerdo jurídicamente vinculante» que sería necesario para identificar su unión con el matrimonio y distanciarla de otras relaciones de convivencia. Ante la falta de regulación austríaca al respecto, el Tribunal se basa para admitir el carácter relevantemente similar de ambas relaciones en el contenido de las mismas y, en particular, en la capacidad para un compromiso estable.

⁸⁵ Lo que suscita la crítica de WINKLER, *op. cit.*, págs. 1151-1152, para quien no quedaba en absoluto claro cuál era el interés del Estado en regular el matrimonio de tal modo, hecho este que adquiriría especial relieve si tenemos en cuenta que ante la diversidad de trato, fundada en la orientación sexual de las personas, se debería seguir la lógica, de origen norteamericano, del *strict scrutiny*, exigiendo al Estado que ofreciese una justificación objetiva, razonable, legítima, consistente y una proporcionalidad entre la medida y el objetivo a lograr (en el mismo sentido, HODSON, *op. cit.*, pág. 173). Todo lo cual ni se aportó ni fue tenido en cuenta por el TEDH en su sentencia, que solucionó la cuestión apelando a la coherencia interna del sistema del CEDH y sin, a juicio del autor, proclamar en el parágrafo 101 que la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo no representaba una discriminación ilegítima e injustificada.

⁸⁶ Interés que explica que la Constitución de Hungría regule el matrimonio dentro de sus disposiciones básicas y no dentro de los derechos fundamentales, que la de Lituania lo sitúe no en el título segundo, que recoge los derechos de la persona, sino en el título tercero: «La sociedad y el Estado»; o que la Constitución de Polonia lo ubique en el capítulo I, «La República», y no en el capítulo III, «Libertades, derechos y obligaciones de las personas y ciudadanos». Interés que, asimismo, lleva al artículo 7 de la Constitución política del Estado de Baja California, en México, a reconocer y proteger la institución del matrimonio como «derecho de la sociedad», y no como un derecho individual de las personas.

⁸⁷ El hecho de que se reformule el matrimonio y se exalte su perspectiva puramente individualista, se explica por la falta de vigor teleológico del matrimonio resaltada en su día por ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., *El consentimiento matrimonial*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1989, pág. 19. Este diagnóstico es el que lleva a MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Nuevas perspectivas sobre el Derecho de Familia: perplejidades, claves y paradojas», en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 489 y 490, a proponer como solu-

ción la recuperación de ese vigor teleológico: intentar saber el por qué y el para qué de la regulación jurídica, más allá de la pura inercia histórica o cultural. «Pensar cuál es la razón en cuya virtud, desde hace siglos, la Sociedad y el Derecho invierten tiempo y esfuerzo en regular este tipo de relaciones, dotándoles además de una configuración muy específica y de una estructura jurídica muy densa».

⁸⁸ Argumento ya presente en la sentencia del TEDH (Sección 3.^a) de 8 de diciembre de 2009, *asunto Muñoz Díaz v. España*, parágrafo 49, lo que se explicaba porque «gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, las autoridades nacionales están, en principio, en mejor situación que el juez internacional para determinar qué es de utilidad pública en materia económica o en materia social», respetando el Tribunal la manera en la que el Estado concibe los imperativos de utilidad pública, excepto si su resolución se revela manifiestamente desprovista de base razonable. En el caso concreto, se cuestionaba si resultaba discriminatorio por parte del Estado español negar el acceso a ciertos beneficios económicos (pensión de viudedad) a dos personas casadas según el rito gitano.

⁸⁹ También lo estaría la adopción y la filiación, pues en la sentencia del TEDH (Sección 5.^a), de 15 de marzo de 2012, *asunto Gas et Dubois v. Francia*, se invoca también la doctrina del Tribunal, según la cual, «el margen de valoración que gozan los Estados para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones análogas justifican las distinciones de trato es habitualmente amplio cuando se trata de adoptar medidas de orden general en materia económica o social» (parágrafo 60). Nótese que la sentencia resuelve una demanda planteada por dos ciudadanas francesas por impedir el Estado francés la adopción simple por una de ellas de la hija obtenida por su compañera sentimental tras una fecundación asistida heteróloga realizada en Bélgica, lo que se justifica por entender que tal adopción iría en perjuicio del interés del menor, pues transferiría la patria potestad a la adoptante en detrimento de la madre biológica, que la perdería *ex artículo 365 Code*.

⁹⁰ Como señala CERNA, *op. cit.*, págs. 1302-1324, es este el argumento del que se sirve el juez Walker para rechazar la Proposition 8 que, aprobada por referéndum el 4 de noviembre de 2008, constitucionalizaba la heterosexualidad del matrimonio al añadir una Sección 7.5 al artículo I de la Constitución de California. En opinión del juez, el Estado debe probar que esa limitación del derecho a contraer matrimonio responde a un interés estatal superior, interés que el Tribunal no logra encontrar, razón por la cual entiende que se ha producido una violación de la *Due Process Clause* de la Decimocuarta Enmienda. Y similares razones son las alegadas para sostener la vulneración de la *Equal Protection Clause*, pues el Tribunal de California no encuentra ninguna base racional para la ley prohibitiva del matrimonio entre personas del mismo sexo que no sea el recurso a la «tradicición» o a la «desaprobación moral», y por esta razón, «ya que la Proposition 8 negó a las parejas del mismo sexo su derecho al matrimonio en igualdad de condiciones con las parejas heterosexuales», la Corte concluyó que la Proposition 8 era inconstitucional.

⁹¹ Es el criterio mantenido por la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-577/11, de 26 de julio de 2011, en la que, si bien se admite la constitucionalidad de la circunscripción del matrimonio a las parejas integradas por personas de sexo diverso, afirma que las parejas integradas por personas del mismo sexo también constituyen modelos de familia dignos de protección constitucional, por lo que insta al legislador a crear, en el plazo de dos años, la figura a través de la cual se institucionalice y reconozca tutela jurídica a las uniones con vocación de permanencia entre personas del mismo sexo. Más matizadamente, la sentencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica 2006-7262, de 23 de mayo de 2006, que deniega la inconstitucionalidad de la exigencia de heterosexualidad en el matrimonio y señala que el problema es de ausencia de normativa que regule los efectos personales y patrimoniales de las uniones entre personas del mismo sexo, por hacerlo necesario «un imperativo de seguridad jurídica, sino de justicia».

⁹² Argumento que da lugar a la opinión disidente del juez Grabenwarter, por entender que aunque es cierto que las sentencias sirven también para aclarar, proteger y desarrollar los niveles de protección garantizados por el convenio, «no está en línea con el carácter del

convenio (que está principalmente concebido para proteger a las personas individuales) continuar el procedimiento sin un demandante». Asimismo, el juez disidente entendió que faltaba tanto interés social en el caso como una dificultad especial para presentar un caso similar ante el Tribunal, razón por la cual consideró que la demanda debería haber sido cancelada del registro de entradas.

⁹³ Lo que suscita la crítica de la opinión disidente de tres de los jueces integrantes del Tribunal, que consideran que, dado que las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones de especial peso como justificación, el Gobierno de Austria no podía limitarse a invocar su margen de apreciación para legitimar la diferencia de trato. Y ello al margen de la existencia o no de una base común en la legislación de los Estados contratantes, pues «solo en el caso de que las autoridades nacionales aporten motivos de justificación puede el Tribunal apreciar, teniendo en cuenta la existencia o no de una base común, que aquellas están en mejor situación para determinar efectivamente la cuestión» (apartado 8).

⁹⁴ En el mismo sentido, HODSON, *op. cit.*, pág. 176.

⁹⁵ Nótese que examinar, como hace el Tribunal en su párrafo 104, si el Estado austríaco debería haber proporcionado un medio alternativo de reconocimiento jurídico antes de lo que lo hizo, solo tiene sentido si ese reconocimiento resulta debido en el momento de dictarse la sentencia, pues si tampoco lo es ahora, bastaría con decir que ni ahora ni, con mayor motivo, antes era exigible tal reconocimiento, en atención a la falta de consenso.

⁹⁶ En realidad, el argumento estaba ya implícito en la sentencia de 2 de marzo de 2010, *Kozak v. Polonia*, al señalar en su párrafo 98 que «el convenio es un instrumento vivo, a interpretar a la luz de las condiciones actuales» y que «el Estado, en la elección de los medios para proteger a la familia y asegurar, tal y como exige el artículo 8, el respeto de la vida familiar, debe necesariamente tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en la percepción de las cuestiones sociales, relacionales y de estatus civil, incluido el hecho de que no existe solamente una manera o una opción en el ámbito de cómo una persona lleva o entiende su vida privada o familiar».

⁹⁷ Cfr. HODSON, *op. cit.*, pág. 175. En opinión de COOPER, S. L., «Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights», en *German Law Journal*, vol. 12, núm. 10, págs. 1747 y 1761, estamos ante una negativa a proteger ese modelo de vida familiar.

⁹⁸ Así se manifiesta la opinión disidente conjunta de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens (apartado 4) en la que se critica que al no apreciar la existencia de ninguna vulneración del artículo 14, en conjunción con el artículo 8, el Tribunal avala el vacío legal existente hasta el 1 de enero de 2010, «sin imponer al Estado demandado *ninguna obligación positiva de proporcionar un marco satisfactorio* que ofrezca a los demandantes, al menos en cierta medida, la protección propia de una familia». Desde mi punto de vista, este razonamiento resulta criticable, pues la propia existencia de la Ley de Uniones Registradas hacía innecesaria la imposición a Austria de tal marco normativo, pudiendo, a lo sumo, canalizarse el incumplimiento del derecho a la vida familiar, en caso de haberse producido, por una vía distinta como la obtención de una satisfacción equitativa (art. 41 CEDH, si entendiéramos que la reforma legal solo permitió reparar de manera imperfecta el daño causado por la violación).

⁹⁹ En opinión de COOPER, *op. cit.*, pág. 1762, aun cuando los Estados firmantes que reconocen algún tipo de marco de protección de las uniones gays no sean una mayoría (en concreto, en torno al 47 por 100), «el margen de apreciación debería ahora operar solo para proporcionar a los Estados miembros la discrecionalidad de determinar cómo reconocer las relaciones entre personas del mismo sexo, pero no si estas deben ser reconocidas». Por su parte, MAGI, *op. cit.*, critica la posición adoptada por el TEDH en el *asunto Schalk*, por entender que si el Tribunal ha considerado que existe consenso suficiente (aun cuando no mayoría de Estados) para considerar como familia y como vida familiar la que se desarrolla entre los miembros de las uniones homosexuales, debería entonces deducir de tal postura consecuencias concretas, de modo que se les ofreciese una tutela sustancial.

¹⁰⁰ Es esta una de las principales críticas que el Magistrado don Andrés OLLERO TASSARA realiza a la tantas veces citada STC 198/2012, de 6 de noviembre. En el apartado segundo de su Voto Particular señala que el trasfondo antropológico de la sentencia es el de un «radicalismo individualista que dificulta la adecuada articulación entre instituciones jurídicas, rebosantes de exigencias sociales, y derechos individuales, haciendo que los segundos conviertan en irrelevantes a las primeras. No me parece acertado tratar a determinadas instituciones jurídicas como si fueran mero corolario de los derechos y no más bien razón de su fundamento, abocando a una contraposición simplista entre limitación o ampliación de derechos individuales».

¹⁰¹ Vid. PACIA, R., «Le nuove convivenze», en *Persona e Danno*, págs. 2-3, texto disponible en http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=38911&catid=116.

¹⁰² Cuestión distinta es si resulta legítimo admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo pero no aplicarle un régimen jurídico totalmente idéntico al propio del matrimonio heterosexual, como sucede en Portugal (art. 3 de la Ley 9/2010, de 31 de mayo, Diario da República, 1.ª serie, núm. 105, 31 de mayo de 2010, pág. 1853) donde no se permite la adopción a las personas del mismo sexo que contraen matrimonio. Para DÍEZ-PICAZO, L. M., «En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo», en *InDret*, 2/2007, pág. 7, declarar inconstitucional la exigencia de diversidad de sexos implica que el matrimonio entre personas del mismo sexo ha de quedar asimilado al mismo régimen jurídico que el matrimonio tradicional, pues de lo contrario no tendría mucho sentido una declaración de inconstitucionalidad basada en el argumento de la discriminación.

¹⁰³ En el mismo sentido, la sentencia del TEDH (Sección 5.ª), de 15 de marzo de 2012, *asunto Gas et Dubois v. Francia*, parágrafo 66. Por el contrario, la Corte Suprema de California, en su sentencia de 15 de mayo de 2008, *In re Marriage Cases*, estimó que, pese a la admisión legal del contrato de *domestic partnership* y pese a la concesión a los contratantes de esencialmente los mismos derechos que el matrimonio proporciona a los heterosexuales, la no designación de dicha relación como matrimonio vulneró la Constitución de California. En el mismo sentido se posicionó el Tribunal de Apelación de Ontario, en su sentencia de 10 de junio de 2003, *Halpern v. Canada*.

¹⁰⁴ Como ha determinado el Tribunal Constitucional alemán en sus sentencias de 7 de julio de 2009 (sobre la normativa de pensiones de viudedad de empleados del sector público) y de 21 de julio de 2010 (en materia de Impuesto de sucesiones). Un comentario a esta última puede verse en VEGA GARCÍA, A., «La equiparación en Alemania de las parejas de hecho registradas (eingetragene Lebenspartnerschaften) a los matrimonios en el Impuesto sobre Sucesiones», en *InDret* 1/2011, enero de 2011, quien resalta que el criterio del Tribunal Constitucional alemán (según el cual el tratamiento diverso a estos efectos fiscales resulta inconstitucional por no existir un motivo adicional que justifique en esta materia una diferencia de trato entre el matrimonio heterosexual y la unión registrada homosexual) puede extenderse en el futuro a otros ámbitos del derecho tributario e incluso a otras ramas jurídicas. Es el argumento que sostiene también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 10 de mayo de 2011, *asunto Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg* (DOUE de 2 de julio de 2011, C 194/2).