

# LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EUROPA. ESTUDIO COMPARADO

## The Rights of Same-Sex Couples in Europe. Comparative Study

MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ  
Universidad de Castilla-La Mancha

### *Cómo citar/Citation*

Martín Sánchez, M. (2016).

Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado  
*Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 219-253.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.107.07>

### **Resumen**

La igualdad, el derecho a no ser discriminado y el libre desarrollo de la personalidad sin restricciones ligadas a la orientación sexual exigen el reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo. La protección de sus derechos continúa siendo una tarea pendiente de legisladores y tribunales. Aunque la tendencia en Europa es su aceptación, encontramos un panorama comparado muy diverso. En la actualidad son ya doce los países europeos que han legalizado el mal llamado «matrimonio homosexual», si bien en otros se ha optado por leyes de unión civil que omiten el término *matrimonio*, y aún algunos solo permiten su inscripción registral como parejas de hecho —o ni siquiera esto—. Una de las cuestiones más controvertidas sigue siendo la adopción de menores, si bien la tendencia actual es su reconocimiento. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no ha resuelto la cuestión, ya que aunque ha declarado que el Convenio de Roma no contempla un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, deja al margen de apreciación de los Estados la decisión de hacerlo.

### *Palabras clave*

Matrimonio homosexual; homosexualidad; parejas homosexuales; discriminación; igualdad; Europa.

**Abstract**

Equality, the right to non-discrimination and the free development of personality without restrictions linked to sexual orientation require legal recognition of same-sex couples. Protection of their rights remains a pending task of legislators and courts. Although the trend in Europe is acceptance, we find a very diverse compared picture. At present there are already twelve European countries that have legalized so-called «gay marriage», although others have chosen civil union laws that omit the term «marriage», and even some of them allow exclusively their registration as couples—or not even—. One of the most controversial issues remains the adoption of children, although the current trend is recognition. The European Court of Human Rights has not resolved the issue, because although they has stated that the Rome Convention does not provide with a right to same-sex marriage, they consent the decision to recognize at the discretion of the States.

**Key words**

Same-sex marriage; homosexuality (gay-lesbian); gay couples; discrimination; equality; Europe.

---

**SUMARIO**


---

I. APROXIMACIÓN A LA SITUACIÓN DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES EN EL ÁMBITO EUROPEO. II. MATRIMONIO, DIVERSIDAD SEXUAL Y DERECHOS: UNA REFLEXIÓN DESDE LA CONSTITUCIÓN. III. EL MATRIMONIO A LA LUZ DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿DERECHO AL MATRIMONIO HOMOSEXUAL? IV. EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EUROPA: 1. Matrimonio homosexual; 2. Leyes de unión civil: «derechos derivados del matrimonio»; 3. La «Inscripción registral» o el «no» reconocimiento. V. BREVE REPASO COMPARADO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. *BIBLIOGRAFÍA.*

---

## I. APROXIMACIÓN A LA SITUACIÓN DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES EN EL ÁMBITO EUROPEO

Europa reúne una asombrosa diversidad de culturas, sociedades y estilos de vida, que han dado lugar a la concesión de muy diferentes tratamientos —tanto en el ámbito social como en el jurídico—, a la homosexualidad, en concreto, a las parejas homosexuales. En consecuencia, la Europa actual se presenta como un escaparate en el que los distintos Estados muestran las más variadas opciones de tratamiento jurídico-constitucional de la unión homosexual y de las parejas en general. El diferente reconocimiento jurídico otorgado en las distintas legislaciones de los Estados miembros depende en gran medida del grado de aceptación sociocultural de la homosexualidad en cada sociedad, así como de la influencia de la religión y de la tradición moral sobre esta; así puede observarse que, generalmente, en las sociedades de signo marcadamente religioso es más improbable la aceptación de la homosexualidad y, menos aún, su plena integración social como pareja y como familia.

Frente a las sociedades tradicionales, otras han destacado, en cambio, por su vanguardia. Marcadas por la tolerancia, han aceptado la homosexualidad y las relaciones de parejas homosexuales y han eliminado los factores de diferenciación entre estas y las de índole heterosexual hasta llegar a reconocerlas jurídicamente. Este tipo de reconocimiento, no obstante, no ha sido idéntico en todos los Estados.

En el otro extremo, sociedades europeas que han sido muy reticentes a su integración y, consecuentemente, al reconocimiento jurídico de este modo de

convivencia, lo que por otra parte no supone que no se dé entre sus gentes. Se trata de sociedades conservadoras, en las que aún hoy resulta complicada la apertura del modelo tradicional de matrimonio. Entre ellas, incluso algunas en las que aún no se vislumbra ningún atisbo de cambio, como ocurre en Polonia o Rumanía.

Sin embargo, en otras se advierte una extraordinaria apertura, a pesar de su carácter conservador. Este es el reciente caso de Grecia, que el pasado 22 de diciembre de 2015 aprobó las uniones civiles del mismo sexo. Y la última en hacerlo, Italia, presionada probablemente tras la sentencia del TEDH de 21 de julio de 2015, en la que resultó condenada por no hacer ningún tipo de reconocimiento jurídico a las uniones del mismo sexo. Entre las más conservadoras, el pasado 11 de mayo de 2016, ha terminado por legalizarlas.

Junto a las anteriores, encontramos el paradigmático caso de Irlanda, una sociedad de corte tradicional reconocida históricamente por su rechazo a las relaciones homosexuales y por su legislación homófoba. Recordemos que fue el último Estado de la Unión Europea en despenalizar este tipo de relaciones, a partir de la memorable resolución del TEDH en el Asunto Norris contra Irlanda, de 26 de octubre de 1988<sup>1</sup>, tras la que se puso en marcha en Irlanda un proceso legislativo antidiscriminatorio. A pesar de estos antecedentes, ha sido uno de los últimos países en aceptar el matrimonio homosexual, aprobado por referéndum en mayo de 2015.

En definitiva, el distinto nivel de aceptación e integración de la convivencia homosexual en una sociedad ha resultado determinante en el tipo de regulación jurídica adoptada por el legislador. En líneas generales, las sociedades abiertas, tolerantes y plurales han sido las primeras y las que mejor tratamiento jurídico han dado a las parejas homosexuales y también a las familias homoparentales. Sin embargo, no son sociedades homogéneas. Unas han optado por leyes de parejas de hecho, caracterizadas como «leyes de mínimos» por sus escasos efectos jurídicos; otras, han aprobado leyes de uniones civiles, caracterizadas como «leyes de máximos»; y otras han legalizado el matrimonio homosexual.

A lo largo de estas páginas, intentaremos dar cuenta de cada uno de estos tres niveles a través de un análisis jurídico-constitucional de la situación jurídica de las parejas homosexuales en Europa, haciendo un repaso por los países de nuestro entorno. Indudablemente el matrimonio es el modelo de mayor repercusión por tratarse, además de una institución jurídica y por encima de

---

<sup>1</sup> Asunto Norris contra Irlanda, de 26 de octubre de 1988: en este histórico asunto, el TEDH declaró contraria a la Carta Europea de Derechos Humanos la legislación irlandesa que penalizaba las relaciones homosexuales.

ella, de un derecho. Comenzaremos por reflexionar acerca del matrimonio en relación con la diversidad sexual, desde la Constitución y a la luz de la esperada sentencia del Tribunal Constitucional (TC) STC 198/2012, de 6 de noviembre, en la que resuelve sobre la constitucionalidad de la reforma del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta además la doctrina del TEDH.

## II. MATRIMONIO, DIVERSIDAD SEXUAL Y DERECHOS: UNA REFLEXIÓN DESDE LA CONSTITUCIÓN

No son pocas las alternativas que podrían darse al matrimonio, tantas como tipos de parejas quisiéramos identificar, con más o menos efectos jurídicos, con mayor o menor aceptación social, pero en definitiva alternativas para reconocer distintas opciones de vida personal y familiar. Así, en el entorno comparado encontramos diversas fórmulas, ideadas para reconocer jurídicamente diferentes tipos de unión de parejas y de familias. Normalmente, estas fórmulas han sido creadas para personas homosexuales que, tradicionalmente, han tenido limitado el acceso al matrimonio.

Podría pensarse que, existiendo tal diversidad de opciones, la apertura del matrimonio resulta, cuando menos, innecesaria. Ahora bien, el matrimonio, más allá de ser una institución, es un derecho constitucional.

El respeto a la libre orientación sexual y la protección de esta libertad frente a la discriminación es un hecho incuestionable. Si bien el Constituyente no introdujo esta entre las causas sospechosas de discriminación, su apertura a través de la llamada «cláusula abierta», así como su indiscutible naturaleza como condición de la personalidad, ha otorgado a la orientación sexual una protección igual que aquellas<sup>2</sup>. Así lo ha hecho el TC a través de sus pronunciamientos, siendo esta una cuestión superada, si bien en la práctica aún no se ha alcanzado el trato realmente igualitario entre quienes manifiestan una orientación sexual mayoritaria y quienes han optado por una opción diferente a aquella.

El legislador también ha dejado patente su preocupación por la diversidad sexual. Prueba de ello es la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Con ella, por primera vez se reconoce legalmente el derecho de autodeterminación se-

<sup>2</sup> Sobre los nuevos contenidos de la cláusula de prohibición de discriminación, *vid.* Carmona Cuenca (2014).

xual, lo que permite gestionar libre y directamente su identidad sexual a cada quien, desvinculándose incluso de su condición física y biológica.

Todo esto no es sino el reconocimiento a «todas las personas» de su auténtico derecho a no ser discriminado por nadie por el hecho de haber escogido una opción sexual «diferente». Ahora bien, diferente ¿de qué?, esta es la cuestión, no hay razones para justificar que la opción mayoritaria es la «normal» y las otras no lo son. No hay argumentos jurídicos ni constitucionales para diferenciar desproporcionadamente una y otra.

El matrimonio, además de una institución jurídica, es un derecho de la esfera personal del individuo, un derecho constitucional estrechamente ligado al libre desarrollo de la personalidad<sup>3</sup>. En palabras del Alto Tribunal:

[...] la libertad de opción entre el estado civil de casado o el de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social [...]»<sup>4</sup> añadiendo que «[...] el Estado no puede imponer un determinado estado civil.

El libre desarrollo de la persona supone su pleno desarrollo personal y familiar, y esta puede elegir libremente la opción del matrimonio; y supone además el desarrollo en plenitud de su sexualidad, sin que sea un obstáculo para el ejercicio de sus derechos, la opción sexual elegida.

La intimidad personal y familiar, la libertad del individuo, incluso su propia dignidad están involucrados en el derecho al matrimonio. La identidad sexual es uno de los rasgos que definen y configuran la personalidad de cada persona. Reconocer o no un derecho constitucional de manera diferenciada atendiendo a la condición sexual resulta, cuando menos, de difícil justificación constitucional.

A mi juicio, no resulta válido el argumento que sostiene que la heterosexualidad del matrimonio no restringe tal derecho por el hecho de que todos pueden ejercerlo, siempre que lo hagan con alguien del sexo opuesto. Precisamente, si se trata de respetar y salvaguardar la libre opción sexual, no puede admitirse tal argumento, pues sería tanto como limitar y dirigir el desarrollo de la personalidad. Negar este derecho sería una afrenta no solo a la libertad del individuo, sino a su privacidad, a su intimidad personal y familiar.

<sup>3</sup> Presno Linera (2013).

<sup>4</sup> ATC 156/1987, de 11 de febrero.

En efecto, existen alternativas al matrimonio, pero ni el legislador ni el TC podrían dar la espalda a la realidad ni a la Constitución, y no lo han hecho.

Tras años de espera y tímidos intentos de regulación de las parejas homosexuales por distintas comunidades autónomas, el legislador aprobó la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>5</sup>. Con esta ley, se reconocía por primera vez un derecho al matrimonio estrictamente de carácter personal, esto es, como el derecho de la persona a contraer matrimonio con otra, independientemente de su elección, sin distinción por orientación sexual<sup>6</sup> —un ejemplo que seguiría años después Suecia en su aprobación del matrimonio homosexual, en 2009.

Sin lugar a dudas, se trata de una de las leyes más importantes y de mayor trascendencia política, social y legislativa que se han aprobado en nuestro país en las últimas décadas. Nadie ha quedado impasible, a todos afecta en alguna medida, aunque los destinatarios directos sean las parejas homosexuales. El interés despertado por esta regulación era de esperar, pues remueve la configuración de una institución concebida desde la tradición católica, en la que nunca antes se había planteado la posibilidad de un cambio y porque, en definitiva, la ley reconoce un nuevo derecho hasta la fecha ignorado.

Con esta ley, el legislador ha removido de manera insospechada el panorama legislativo español. Recordemos que hace menos de cuatro décadas, en España, aún se condenaba la homosexualidad y las relaciones homosexuales estaban prohibidas; hace tres, ya despenalizada, comenzaba a mostrarse en público; entrada la década de los noventa apenas se permitía su inscripción en algunos registros municipales, y algunas comunidades autónomas aprobaron sus propias leyes de parejas de hecho —incluyendo a las homosexuales—<sup>7</sup>. Nunca antes se había regulado jurídicamente la situación de otros tipos de convivencia distintos al matrimonio. Sin embargo, pese a las iniciativas autonómicas, persistía una laguna legislativa insalvable, especialmente para las parejas homosexuales cuyo acceso al matrimonio les estaba vetado<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> *Vid.* ampliamente en Martín Sánchez (2008 y 2010).

<sup>6</sup> Con la aprobación de la Ley 1/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de contraer matrimonio, se modificó el art. 44 de dicho texto legislativo. Así, se abrió la posibilidad de contraer matrimonio entre dos personas del mismo sexo mediante la introducción un nuevo apartado segundo en el citado art. 44 CC, en que se estableció lo siguiente: «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

<sup>7</sup> *Vid.* al detalle en Rey Martínez (2005: 116).

<sup>8</sup> *Vid.* Rallo Lombarte (1995: 1759) y Sánchez Martínez (2000: 45).

En este contexto, se apostó por una ley que diera respuesta a las parejas del mismo sexo, considerando que son estas las que habían permanecido en el «limbo» jurídico.

Para alcanzar su propósito, el legislador podría haber elegido otras opciones, pero decidió hacer una ley valiente, desde la igualdad y la no discriminación y en respeto a los derechos. Una ley que reconoce que el derecho al matrimonio, como derecho de la esfera personal que es, debe entenderse extendido a «toda persona» para llevarlo a cabo con quien aquella escoja, en respeto a su vida familiar y personal, con independencia del sexo de ambas.

Con la apertura del derecho al matrimonio se ha dado un vuelco al derecho de familia en España. Incluso, más allá de nuestras fronteras, se trata de una ley pionera en el mundo, ya que, aunque no es la primera que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>9</sup>, sí que es la primera en reconocerlo de una vez y sin ningún tipo de restricción, a través de la reforma del Código Civil, y no mediante la aprobación de una nueva figura jurídica —una ley específica de «matrimonio homosexual»—<sup>10</sup>, tal y como tendremos oportunidad de revisar más adelante.

En efecto, el legislador podría haber apostado por una regulación de las uniones homosexuales, incluso por su equiparación con el contenido jurídico del matrimonio, mediante alguna otra fórmula legislativa; sin embargo es plausible su lealtad, pues llamando a las cosas por su nombre, y de una vez, ha reconocido un derecho constitucional reclamado socialmente desde hacía años.

No estamos ante una ley esperada solo por quienes pretendían hacer uso de ella. Estamos ante la extensión de un derecho subjetivo que pone fin a una discriminación histórica, la discriminación por orientación sexual, de difícil cabida en un Estado constitucional, social y democrático de derecho<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Recordemos que el matrimonio entre personas del mismo sexo ya fue reconocido anteriormente en Holanda, Bélgica y Canadá.

<sup>10</sup> Me refiero con ello a que los países que hasta entonces habían legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo, o bien hicieron un reconocimiento gradual, a través de distintas fases hasta llegar al reconocimiento integral del matrimonio con todos sus efectos y derechos; o bien han reconocido un matrimonio exclusivo para homosexuales, con la exclusión de cierto contenido propio del matrimonio heterosexual.

<sup>11</sup> Aunque no se señale en el texto, cuando expreso la satisfacción por la creación de una ley que reconoce derechos, como la ley en cuestión, debe en todo caso examinarse la constitucionalidad de la ley, ya que no podría justificarse una ley manifiestamente inconstitucional para la extensión o creación de un derecho.

Sin embargo, existen ciertos aspectos en ella especialmente delicados como la adopción, la objeción de conciencia y la problemática de su reconocimiento en un ámbito internacional; cuestiones que merecen un análisis por separado, resultando inviable su tratamiento en estas líneas. Algunos de estos aspectos y, en gran medida, la innegable carga moral que subyace, ha sido causa de que esta ley fuese recurrida ante el Alto Tribunal, quien tras más de siete años de espera se pronunció acerca de su constitucionalidad en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre.

La esperada sentencia es un ejemplo de «interpretación evolutiva de la Constitución»<sup>12</sup> a partir del mandato de igualdad y no discriminación. No es este el lugar para examinar a fondo el pronunciamiento constitucional<sup>13</sup>, el cual precisaría de muchas más páginas, aunque sí es oportuno destacar siquiera algunas de las afirmaciones del Tribunal en los fundamentos jurídicos que vierte para salvar la constitucionalidad de la ley. Respecto a la alegada alteración del matrimonio como garantía institucional, advierte que: «[...] la Ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el art. 32 CE [...], desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea» (FJ 10). Respecto a la denunciada violación del matrimonio como derecho constitucional, señala que: «[...] lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta de que la ley recurrida no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, y sin que la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio» (FJ 11).

Finalmente, concluye abiertamente a favor de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, desde su reconocimiento como derecho de todos, el derecho a la igualdad de trato con independencia de la orientación sexual, y desde el respeto a la libertad del individuo. En palabras del Tribunal: «El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de

<sup>12</sup> Expresión utilizada por Matía Portilla (2013).

<sup>13</sup> Sobre la sentencia comentada, *vid.*: Salazar Benítez (2013), Expósito (2013), Naranjo de la Cruz (2013) y Martín Sánchez (2013).

diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse» (FJ 11).

Para apoyar su razonamiento, el Tribunal Constitucional acude a la experiencia europea, proclive al reconocimiento de los derechos a parejas homosexuales. Se apoya especialmente en la jurisprudencia evolutiva del TEDH que, si bien no ha llegado a reconocer la existencia de un derecho al matrimonio homosexual extraído del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), sí reconoce la posibilidad de hacerlo, recurriendo al *libre margen de apreciación de los Estados*.

### III. EL MATRIMONIO A LA LUZ DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿DERECHO AL MATRIMONIO HOMOSEXUAL?

El tratamiento jurídico dado a las parejas del mismo sexo, como apuntábamos anteriormente, no ha sido homogéneo en Europa. Antes al contrario, encuentran un mayor o menor reconocimiento jurídico atendiendo a la voluntad de cada Estado, quienes únicamente encuentran su límite en el respeto al CEDH y al TEDH, quien a través de su interpretación adapta a cada contexto aquello que se consagró hace más de seis décadas.

La prohibición de discriminación prevista en el CEDH (art. 14), ha de interpretarse de manera extensiva, tal y como dijo el TEDH en su sentencia de 7 de diciembre de 1976: «[...] todo trato discriminatorio que tenga por base o por motivo una característica personal mediante la cual personas o grupos de personas se distingue unos de otros...». De manera más concreta, en su emblemática sentencia de 21 de diciembre de 1999, Asunto Salgueiro Da Mouta Silva contra Portugal, por primera vez el Tribunal declara que la orientación sexual debe entenderse incluida entre las causas expresamente previstas en su art. 14, como condición personal sobre la que pesa una fuerte presunción de discriminación. Se reconoce expresamente la prohibición de discriminación por orientación sexual a la luz del Convenio: «El Tribunal debe pues concluir que hubo una diferencia de trato [...] basada en la orientación sexual del demandante, noción que se contempla, sin duda, en el art. 14 del Convenio» añadiendo que: «[...] la lista que encierra dicho art. tiene un carácter indicativo y no limitativo, como atestigua el adverbio «especialmente»» (FJ 28).

En este sentido han sido numerosas las demandas presentadas ante la Corte Europea. Así, diversos Estados han sido condenados por prohibir o

penalizar las relaciones homosexuales o por otorgarles injustificadamente un trato diferente al exigir una mayor edad para mantenerlas, respecto de las heterosexuales<sup>14</sup>. Una vez aceptada su legalidad, comenzaron a sucederse las demandas por restricciones en los derechos familiares o de pareja en razón a su identidad sexual —homosexualidad y transexualidad—<sup>15</sup>. En este ámbito, encontramos una extensa jurisprudencia del TEDH, caracterizada por su interpretación evolutiva del Convenio.

La primera vez que el Tribunal se pronunció sobre la posibilidad de reconocer el matrimonio a parejas con una identidad sexual diferente a la heterosexual fue en su Sentencia de 17 de octubre de 1986, Asunto Rees contra Reino Unido. En este caso se denunciaba la negativa del Estado a reconocer su nueva identidad a las personas transexuales, así como su derecho a casarse (art. 12 CEDH), entendiéndose que dicha restricción suponía una intromisión ilegítima y un daño en su vida privada (art. 8 CEDH). La Corte determinó que estas decisiones competen al propio Estado y consideró además que «la imposibilidad para los demandantes transexuales de casarse con una persona de sexo opuesto a su nuevo sexo no es contraria al art. 12 del Convenio». Sin embargo, por primera vez, reconoció expresamente la necesidad de adecuar la interpretación del derecho a la evolución científica y social, advirtiendo que «[...] el Tribunal comprende la gravedad de los problemas con que se tropiezan estas personas y la angustia que sufren» añadiendo que «el Convenio se ha de interpretar y aplicar siempre a la vista de las circunstancias del momento». Con estas declaraciones, podía intuirse el cambio jurisprudencial que veríamos años más tarde.

En un contexto de Europa cambiante, el Tribunal volvió a pronunciarse sobre la identidad sexual y el derecho al matrimonio en su Sentencia de 11 de julio de 2002, Asunto Goodwin contra Reino Unido, de nuevo sobre el reconocimiento de la identidad transexual y sobre su derecho a casarse. En un pronunciamiento sin precedentes, reconoció el derecho a la identidad sexual a las personas transexuales y su derecho a contraer matrimonio, consideró que «no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse». A través de este pronunciamiento, aprovechó para advertir de la necesidad de adoptar un enfoque diná-

<sup>14</sup> En esta línea es preciso mencionar, entre otros, los siguientes pronunciamientos: STEDH de 22 de octubre de 1981, Asunto Dudgeon contra Reino Unido; STEDH de 26 de octubre de 1988, Asunto Norris contra Irlanda; STEDH de 22 de abril de 1993, Asunto Modinos contra Chipre; en las que se condena a los Estados por penalizar las prácticas homosexuales en razón a la «protección de la moral».

<sup>15</sup> Gilbaja Cabrero (2014).

mico en la interpretación del Convenio, conforme a la «incontestable tendencia internacional continuada». Por primera vez abre la posibilidad de dar una interpretación del derecho al matrimonio diferente de la dada hasta entonces, reconoce que «la referencia a hombre y mujer del art. 12 del Convenio no evidencia que el sexo deba ser, actualmente, determinado según criterios puramente biológicos».

A partir de esta, se sucedieron diversas demandas relacionadas con los derechos de matrimonio y familia a parejas homosexuales, sin que el Tribunal se posicionara de manera clara al respecto, hasta fecha reciente. Ha sido en su Sentencia de 24 de junio de 2010, Asunto Kopf contra Austria, en donde ha zanjado la cuestión. Se trata de una demanda presentada por dos mujeres ante el rechazo de las autoridades austríacas frente a su pretensión de contraer matrimonio. El TEDH resuelve que el art. 12 del Convenio «no impone una obligación al Gobierno de Austria de conceder el acceso al matrimonio a una pareja del mismo sexo», por lo que no se puede derivar un derecho al matrimonio homosexual extraído del Convenio. Pero deja abierta la posibilidad de que los Estados puedan de hacerlo: «En torno a la pregunta si se debe o no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, ello debe ser resuelto por la reglamentación interna de la ley nacional del país contratante».

Como en tantas cuestiones de difícil resolución, el Tribunal recurre al libre margen de apreciación de los Estados, dejándolo a la voluntad de estos. Ahora bien, tal y como él mismo declararía en su posterior sentencia de 19 de febrero de 2013, Asunto X y Otros contra Austria: «[...] la Corte reitera que cuando se trata de cuestiones de discriminación por motivos de sexo u orientación sexual para ser examinado en virtud del art. 14, el margen de apreciación del Estado es estrecho».

Muy vinculado con lo anterior, otra de las pretensiones llevada ante el Tribunal ha sido la adopción por parejas homosexuales<sup>16</sup>, una cuestión sobre la que se ha pronunciado en diversas ocasiones en demandas contra Austria y Francia principalmente. En sus pronunciamientos, el Tribunal no entra en la decisión de los Estados, pero sí vigila que estos apliquen su legislación sin diferenciación ligada a la orientación sexual. Así, distingue la prohibición de la adopción individual a homosexuales cuando la ley permite las adopciones monoparentales, de las restricciones en la adopción conjunta a parejas del mismo sexo no casadas cuando la legislación interna solo lo permite a las que sí lo están.

En su Sentencia de 22 de junio de 2008, Asunto E. B. contra Francia, condenó al Estado francés por prohibir la adopción a una mujer soltera les-

---

<sup>16</sup> Martín Sánchez (2014).

biana, ya que la ley francesa permite la adopción individual. El Tribunal estimó que dicha prohibición es discriminatoria<sup>17</sup> y atenta contra su vida privada. Al contrario que en la anterior, en su Sentencia de 15 de marzo de 2012, Asunto Valérie Gas y Natalie Dubais contra Francia, desestimó la demanda planteada por una pareja de lesbianas ante la prohibición de adoptar conjuntamente a la hija de una de ellas. El Tribunal declaró que no existía diferencia de trato ligada a la orientación sexual ni violación de su vida privada, ya que la ley francesa no permite la adopción conjunta a parejas no casadas<sup>18</sup>. Téngase en cuenta que ambos casos se sitúan en un contexto anterior a la aceptación del matrimonio homosexual en Francia (en 2013). De manera más reciente, en su citada Sentencia de 19 de febrero de 2013, Asunto X y Otros contra Austria, reiterando su doctrina, el Tribunal ha condenado a Austria por prohibir la adopción coparental a una pareja de lesbianas por cuanto, a diferencia de Francia, la legislación austríaca sí permite la adopción conjunta a parejas no casadas<sup>19</sup> y estima que hay una «diferencia de trato [...] sobre la base de la orientación sexual de las solicitantes». Ahora bien, el Tribunal advierte que ni se obliga a los Estados a extender la adopción co-parental a parejas no casadas ni se les impone extender el matrimonio a las parejas del mismo sexo.

Volviendo a los derechos de las parejas homosexuales y la obligación de los Estados al respecto, el último pronunciamiento del TEDH ha sido su Sentencia de 21 de julio de 2015, Asunto Oliari y Otros contra Italia, en la que desde el derecho a la vida privada y familiar ha defendido abiertamente el derecho de las parejas homosexuales a un reconocimiento legal. El Tribunal declara que su falta de reconocimiento de ningún tipo viola el art. 8 del Con-

<sup>17</sup> En palabras del Tribunal: «[...] la Corte no puede dejar de observar que, al rechazar la solicitud del solicitante, de la autorización para adoptar, las autoridades nacionales hicieron una distinción basada en consideraciones acerca de su orientación sexual, una distinción que no es aceptable en el marco del Convenio [...]», extracto de la Sentencia de 22 de junio de 2008, p. 96.

<sup>18</sup> Así: «[...] el Tribunal debe examinar su situación en comparación con la de una pareja heterosexual no casada [...]. En esencia, la Corte observa que cualquier pareja en una situación legal comparable en virtud de haber entrado en una asociación civil, sería igualmente denegada u solicitud para una orden de adopción simple [...], por consiguiente, no observó ninguna diferencia de trato basada en la orientación sexual de los demandantes», extracto de la STEDH de 15 de marzo de 2012, p. 69.

<sup>19</sup> El Tribunal advierte que «[...] la legislación austríaca parece carecer de coherencia [...]. El legislador acepta que un niño pueda crecer en una familia basada en una pareja del mismo sexo, aceptando así que esto no es perjudicial para el niño. Sin embargo, la ley austríaca insiste en que un niño no debe tener dos madres o dos padres [...]», extracto de la STEDH de 19 de febrero de 2013, p. 144.

venio —lo que constituye un obstáculo a la vida familiar de los demandantes— y se traduce además en un trato discriminatorio por no poder aprovechar los beneficios ofrecidos desde la administración a las uniones reconocidas. En palabras del Tribunal: «la protección legal disponible actualmente en Italia para las parejas del mismo sexo [...] no solo no proporciona las necesidades básicas relevantes para una pareja en una relación estable, sino que no es suficientemente fiable». Sin embargo, igual que en su anterior resolución de 24 de junio de 2010 contra Austria, el Tribunal pierde la oportunidad para reconocer un derecho al matrimonio homosexual, pero al menos apunta que: «[...] en ausencia del matrimonio, la opción de la unión civil o de hecho sería la forma más adecuada para que las parejas del mismo sexo vieran reconocidas sus relaciones».

Indudablemente, esta condena a Italia ha sido la antesala de lo que apenas un año después ocurriría. Me refiero a la reciente aprobación de las uniones civiles homosexuales, el pasado 11 de mayo de 2016.

Por su parte, la Unión Europea también ha seguido una política de aceptación, de condena de la discriminación por orientación sexual, y de impulso de las políticas de los Estados hacia el reconocimiento de este tipo de convivencia como núcleos familiares<sup>20</sup>. Destacadamente, el 12 de marzo de 2015, la Eurocámara en su Resolución de 12 de marzo de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2013) y la política de la Unión Europea al respecto (2014/2216(INI)), en su punto 162: «[...] alienta a las instituciones y a los Estados miembros de la UE a que contribuyan en mayor medida a la reflexión sobre el reconocimiento del matrimonio o las uniones civiles entre personas del mismo sexo como cuestión política, social y de derechos humanos y civiles». Esto ha sido entendido como el reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo como «derecho humano».

Volviendo a lo anterior y a modo de conclusión, si bien no puede exigirse desde el Convenio el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, en la última década se advierte una extraordinaria evolución en la jurisprudencia del TEDH y su tendencia a la apertura del matrimonio. Esta tendencia es el reflejo de una evolución emprendida por los propios Estados, tal y como se dará cuenta a continuación.

---

<sup>20</sup> *Vid.* en detalle Díaz Lafuente (2013).

#### IV. EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EUROPA

Tal y como venimos apuntando, los derechos de las personas homosexuales y, de manera específica, sus derechos en el ámbito familiar y de pareja, han experimentado en Europa una extraordinaria evolución en la última década. En el contexto jurídico y social actual, en términos generales, la homosexualidad es tratada con normalidad y las legislaciones prohíben la discriminación hacia las personas en razón a su identidad sexual. Sin embargo, el reconocimiento de sus derechos de pareja no ha sido homogéneo, de manera que el panorama europeo presenta una gran diversidad en la regulación de este tipo de uniones.

Así, resulta de interés explorar comparativamente, y desde los distintos ordenamientos jurídicos, los diversos modelos adoptados, diferenciando principalmente entre las uniones que han alcanzado su consideración como matrimonio, las reconocidas civilmente como tal y aquellas otras que continúan siendo meras parejas de hecho formalizadas ante un registro.

##### 1. MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Las denominadas «leyes de matrimonio homosexual» son las únicas en otorgar a las parejas homosexuales el mismo tratamiento jurídico que a las parejas heterosexuales. De esta forma, no solo se eliminan las diferencias materiales o sustantivas en cuanto a las posibles restricciones de derechos positivos derivados de aquel, que podrían llegar a reconocerse a través de otro tipo de leyes —tal y como se verá en páginas posteriores—; con el matrimonio homosexual se elimina la *diferencia* preexistente entre parejas heterosexuales y homosexuales que impedía a estas acceder al derecho al matrimonio, en razón a su orientación sexual.

Los últimos en apostar por este tipo de leyes han sido Irlanda, Finlandia y Reino Unido. Antes lo hicieron de forma más o menos coetánea Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Dinamarca y Francia, que contaban con los sólidos precedentes de Holanda, Bélgica y España. Es llamativo el hecho de que solo algunos de estos Estados reconocen el matrimonio como derecho en su Carta constitucional. Así, mientras en las Constituciones de Bélgica, España, Portugal, Francia e Irlanda se reconoce expresamente el derecho al matrimonio, no es así en el resto.

Holanda, en el año 2000, aprobó la ley que sería precursora de los derechos de las parejas homosexuales en ámbito comparado. Con ella, por primera

vez, se permitió que dos personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio civil. A pesar de que, como apuntábamos, su Constitución no lo incorpora entre sus derechos, la prohibición de discriminación «por cualquier consideración» (art. 1) y el respeto a su vida privada (art. 10) fueron los contenidos constitucionales que probablemente sirvieron de base para aprobar este tipo de regulación. No obstante, antes de analizar el contenido y significado de esta ley, es importante repasar a los precedentes existentes en la legislación holandesa, que abrieron camino y posibilitaron la aprobación de una ley de estas características. Así, la legislación holandesa en materia de parejas, cuenta con importantes precedentes:

– Ley de 16 de febrero de 1993, de Contrato de Vida en Común. Esta Ley, permitió a las parejas, de igual o diferente sexo, la posibilidad de formalizar determinados aspectos de su convivencia a través de un contrato privado ante notario. Mediante dicho contrato privado acordaban determinados derechos y obligaciones relativos a su convivencia, relacionados fundamentalmente con aspectos sucesorios y patrimoniales de su unión. En definitiva, no deja de ser un contrato privado, por lo que solo tendría efectos *inter partes*.

– Ley de 1 de enero de 1998, de Uniones Civiles. Esta ley posibilita la inscripción en el Registro Civil de parejas, de igual o diferente sexo, que deciden formalizar su unión. En cuanto a sus efectos, estos son muy similares a los del matrimonio, excepto en materia de adopción. La adopción conjunta queda reservada para el matrimonio, aunque en otros aspectos relativo a los hijos esta ley es más avanzada que las leyes nórdicas de uniones civiles; así, en la ley holandesa de 1998, la pareja registrada puede compartir la *patria potestad* del hijo que adopta o engendra biológicamente con su pareja, o de modo individual por inseminación artificial el otro miembro de la pareja (para ello, solo tendrán que concurrir determinados requisitos previstos en la ley<sup>21</sup>).

– Dos años más tarde —diciembre de 2000—, se aprueba la denominada Ley de Acceso al Matrimonio, hasta la fecha reservado para parejas heterosexuales. Esta Ley supuso un cambio radical en la concepción de matrimonio asumido hasta el momento por parte de todas las legislaciones de ámbito comparado tanto en el ámbito jurídico-constitucional como sociocultural. En

<sup>21</sup> «Si nace un hijo dentro de una pareja de hecho registrada compuesta por dos mujeres, ambas tendrán la patria potestad de pleno derecho sobre el hijo desde el momento de su nacimiento, siempre que antes de su nacimiento el niño no haya sido reconocido por su padre biológico. Dos hombres pueden tener conjuntamente la patria potestad si se la otorga un juez», publicado por el Ministerio de Interior y de Relaciones del Reino y Ministerio de Justicia de Países Bajos, AA. VV. (2003).

efecto, previamente a la aprobación de esta Ley ya se habían aprobado en Holanda varias leyes orientadas a la integración de la pareja homosexual en la vida social y familiar, en respuesta probablemente a la demanda social. Este paso previo fue elemento decisivo no solo para la aprobación de la Ley de Acceso al Matrimonio, sino para su entendimiento en el resto de Europa. El caso holandés, por ser el primero en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo, estaría en el punto de mira del resto de Estados europeos, que seguirían de cerca el funcionamiento de esta nueva figura jurídica a fin de comprobar el éxito o el fracaso del legislador holandés; además, serviría de modelo y precedente europeo, para aquellos Estados vecinos decididos a modificar su legislación en pro de los derechos.

La Ley de Acceso al Matrimonio, de 2000, permite contraer matrimonio civil a parejas del mismo sexo, siempre y cuando al menos uno de ellos resida en Holanda o tenga nacionalidad holandesa. En cuanto a su contenido, este es exacto al del matrimonio civil para parejas heterosexuales, a excepción de las reservas existentes respecto al reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en el extranjero y respecto a ciertas puntualizaciones vinculadas a las relaciones de los cónyuges con los hijos. En cuanto a los hijos, la Ley de Acceso al Matrimonio modificó el Código Civil holandés en materia de adopción, permitiéndose a las parejas del mismo sexo adoptar conjuntamente, siempre y cuando reunieran determinados requisitos<sup>22</sup>. La diferencia con el matrimonio heterosexual radica en la exigencia del cumplimiento de determinados requisitos para llevar a cabo la adopción.

Esta ley, por ser la primera, plantea determinadas cuestiones jurídicas que después afectarían también al resto de leyes europeas de matrimonio entre

<sup>22</sup> El menor debe tener residencia habitual en Holanda y no debe mantener relaciones familiares con sus padres biológicos; además, los adoptantes deben haber convivido durante al menos tres años, y han debido cuidar y educar conjuntamente al menor durante uno. En caso de adopción del hijo biológico de la pareja, se ha eliminado la exigencia de convivencia por tres años, pudiendo realizarse la adopción de inmediato tras el nacimiento del niño.

En cuanto a la adopción internacional, desde la aprobación de la Ley de Acceso al Matrimonio, en 2000, la legislación holandesa en materia de adopción, prohibía la adopción conjunta a parejas homosexuales de menores del extranjero. Sí se permitía, en cambio, la adopción, a modo individual de un menos por parte de un miembro de la pareja y, una vez en Holanda, la adopción por parte del cónyuge. Sin embargo, a partir de junio de 2005, se elimina esta prohibición, permitiéndose la adopción conjunta de matrimonios homosexuales de niños del extranjero. *Vid.* Martínez Calcerrada (2005: 108).

homosexuales que estaban por llegar, cuestiones como la adopción o su reconocimiento jurídico internacional. Respecto a la adopción, entran en juego intereses de menores y son estos los que hay que proteger; por ello, es razonable la previsión de ciertas cautelas, puesto que la adopción por matrimonios homosexuales, y la legalización de este tipo de familias es un fenómeno relativamente nuevo. Recordemos que la adopción no es un contenido indisociable del matrimonio, sino un derecho del menor y hay que actuar en función de sus intereses, no del progenitor o progenitores. En cuanto a la cuestión que plantea su aceptación en el extranjero, es obvio que, tratándose del primer Estado europeo en reconocer jurídicamente el matrimonio homosexual, estos encontrarían serias dificultades en ser reconocidos como tal en el resto de ordenamientos jurídicos. La solución podría limitarse a equiparar jurídicamente el matrimonio homosexual holandés a la figura jurídica adoptada en cada país de destino para parejas homosexuales registradas o legalizadas, respetándose en caso de existir matrimonio homosexual, su equiparación a este. Aun no siendo la solución más coherente para quienes han formalizado su matrimonio y conviven en un entorno de normalidad familiar, social y jurídica, en principio, parece la más respetuosa con el orden público interno de cada Estado, puesto que sería contrario al mismo tratar de imponer una figura jurídica contraria a las leyes y costumbres de un determinado país. Ahora bien, el no reconocimiento de estos matrimonios en el resto de ordenamientos jurídicos, suscitaría conflictos más serios de orden público internacional; en estos países, quien hubiere contraído matrimonio homosexual en Holanda mantendría su estatus civil de soltero y podría contraer matrimonio de nuevo, conforme a su legislación interna, pudiendo dar lugar a situaciones de bigamia, legalmente prohibidas e incluso tipificadas como delito. Estos problemas y otros, son cuestiones relacionadas con la puesta en práctica cuyas respuestas tendrá que darlas la jurisprudencia comparada.

En definitiva, Holanda nos presenta un panorama legislativo en materia de parejas que podríamos caracterizar como pionero, innovador y ambicioso. De este modo, en Holanda se prevén diferentes opciones de convivencia para las parejas, sin distinguir en ningún caso en función del signo sexual de estas: las parejas pueden optar por convivir de hecho sin acceder a ningún tipo de regulación legal, formalizar ante notario su convivencia a través de contrato privado, inscribirse en el Registro Civil como uniones civiles o incluso pueden contraer matrimonio, accediendo a todos los derechos y obligaciones que este conlleva, mas con las consecuentes dificultades que puede encontrar su reconocimiento en ámbito internacional y con determinadas particularidades para el caso de la adopción.

Tras dos años de experiencia holandesa, en 2003 se legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo en Bélgica. Con anterioridad, se contaba

con la denominada Ley de Cohabitación Legal de 1999. Con esta, se reformó el Código Civil belga y se introdujo la «cohabitación legal inscrita», como una figura intermedia entre la mera convivencia de hecho y el matrimonio civil; concedía efectos muy limitados a las parejas, relacionados básicamente con derechos y obligaciones respecto a gastos comunes de convivencia y vivienda común.

Finalmente, el 13 de febrero de 2003, se aprueba la Ley de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo<sup>23</sup>, pero con ciertas limitaciones en lo relativo a la capacidad para contraerlo como a su contenido, en materia de filiación y adopción. A diferencia de Holanda, la normativa belga exige que el matrimonio esté permitido por la ley nacional de cada cónyuge. Además, contiene ciertas restricciones relacionadas con adopción y filiación. Así, los matrimonios homosexuales no pueden adoptar ni como matrimonio, ni individualmente al hijo del cónyuge. Igualmente, queda excluida la posibilidad de ejercer la patria potestad conjunta sobre el hijo adoptado individualmente por uno de los cónyuges. Tres años después se legalizó la adopción.

En mi opinión, se trata de una mal llamada «ley de matrimonio», diferente a la del matrimonio civil heterosexual, pensada como una ley específica de matrimonio entre personas del mismo sexo a la que además aplicó ciertas restricciones. El legislador belga se atrevió a darle el nombre de *matrimonio*, pero, en realidad, estableció una categoría propia exclusiva para homosexuales, quedándose en un *cuasi matrimonio*, equiparable en contenido a las denominadas *uniones civiles*.

El tercer país en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo fue España, mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ya expuesto anteriormente.

A partir de 2009, se suceden las leyes de matrimonio entre personas del mismo sexo en Europa, comenzando por las nórdicas Noruega y Suecia. Noruega se convirtió así en el cuarto país en Europa y sexto en el mundo en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para ello, cuenta con un sólido precedente, la Ley sobre Registro de Parejas, de 1993. Esta es una ley diseñada exclusivamente para la regulación de parejas homosexuales que, al igual que ocurriría en el caso danés, no se limitaba a permitir su inscripción en un registro, sino que atribuía a la unión registrada prácticamente los mismos efectos que el matrimonio, tal y como reza: «[...] dos personas del mismo sexo pueden registrar su relación como pareja [...]», añadiendo que: «[...] esta ins-

<sup>23</sup> La Constitución belga reconoce el derecho al matrimonio en su art. 21.

cripción produce los mismos efectos legales que la del matrimonio»<sup>24</sup>. La diferencia más notable entre la inscripción como unión y la inscripción matrimonial radica en la adopción, exclusiva del matrimonio<sup>25</sup>, además de otras diferencias en cuestiones relacionadas con la nacionalidad, la inseminación artificial o el reconocimiento y acogimiento de menores.

Ley de Matrimonio Homosexual, aprobada el 17 de junio de 2008, entró en vigor un año más tarde, en junio de 2009. Esta ley equipara en términos de igualdad los matrimonios homosexuales a los heterosexuales, de manera que les reconocen los mismos derechos y efectos, entre ellos, la adopción. Incluso va más allá, previendo la posibilidad de financiar con fondos públicos la inseminación artificial a parejas de lesbianas, igual que a las parejas heterosexuales, si bien se reconoce legalmente también la objeción de conciencia del personal sanitario a abstenerse de participar en dichas intervenciones.

Resulta significativo que, con la entrada en vigor de esta ley, las parejas homosexuales registradas se convierten de manera automática en matrimonios. Esto, en mi opinión, resulta más que discutible, ya que la concesión de un derecho como es el matrimonio no tendría que conllevar necesariamente su ejercicio, sino quedar a disposición de la libre voluntad de cada individuo.

Suecia fue la siguiente en aprobarlo el mismo año. La ley sueca contó como precedente con una ley de *cuasi matrimonio*, la Ley de Cohabitación Registrada, de 1994 (reformada en 2003)<sup>26</sup>. Esta ley regulaba la inscripción de parejas homosexuales, con un régimen jurídico equivalente al del matrimonio en derechos y obligaciones. En ella se preveía incluso un proceso de divorcio para la disolución del vínculo registral de la unión homosexual, similar al regulado civilmente para disolución del matrimonio. La diferencia, al igual que en casos anteriores, seguía estando en la adopción y en los derechos de tutela conjunta, reservados ambos a este.

---

<sup>24</sup> *Vid.* referencias en Talavera Fernández (1999: 70) y Talavera Fernández (2000).

<sup>25</sup> La exclusión del derecho de adopción está prevista en la Sección IV, referida a las disposiciones relativas a la adopción.

<sup>26</sup> A su vez, en Suecia ha existido una importante regulación de parejas desde la década de los 80, que precedieron dicha ley. En primer lugar, la Ley de 1 de enero de 1988, para la regulación de los efectos de las uniones extramatrimoniales, de alcance y efectos muy reducidos, pues se limitaba a la regulación de los bienes comunes en dichas relaciones. Paralelamente, la Ley de Cohabitanes Homosexuales, de 1987, mediante la que se extendió a las uniones homosexuales los efectos jurídicos otorgados a las uniones de hecho heterosexuales. Esta ley fue un precedente muy importante para la aprobación, en 1994, de la Ley de Cohabitación Registrada, en la que se regulaba dicha convivencia homosexual, atribuyéndole determinados derechos y efectos.

En 2003 esta ley fue reformada en su aspecto más polémico: el derecho a la adopción. A partir de esta fecha, la ley sueca confirmó el derecho a la adopción para parejas registradas homosexuales, lo que puede considerarse «cuasi-matrimonios», aunque sin ser denominados así. No obstante, no se alcanzó una plena equiparación con el matrimonio pues, a pesar de su ambicioso contenido, mantenía la distinción entre «matrimonio» y «unión».

Tras estos precedentes, la Ley de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo entró en vigor el 1 de mayo de 2009. Siguiendo el ejemplo español, el matrimonio entre personas del mismo sexo se legalizó mediante la reforma de la Ley Civil de Matrimonio (1987), en la que se incluyó la definición de este con género neutro y se eliminó toda referencia al sexo de los cónyuges.

El siguiente Estado en hacerlo fue Portugal, en 2010, hace escasamente tres años. Su precedente lo encontramos en la Ley de Uniones de Hecho, de 2001, aprobada genéricamente para parejas que acrediten haber convivido desde hace más de dos años, con independencia de su sexo. En cuanto a sus efectos, se trata de una ley con un contenido jurídico muy limitado, reducido a ciertos efectos económicos y patrimoniales, especialmente relacionados con beneficios en materia fiscal —uso de la vivienda, reparto de bienes, obligaciones de alimentos, pensiones compensatorias, derechos fiscales y tributarios y en ámbito de la seguridad social.

Una década después se aprobó la Ley de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo, que entró en vigor el 17 de mayo de 2010 (tras su aprobación en febrero del mismo año). El matrimonio homosexual fue avalado por el TC portugués el 9 de abril de 2010, en cuya sentencia reconoció que: «no viola la garantía constitucional al matrimonio» ni es contrario «al reconocimiento y protección de la familia como elemento fundamental de la sociedad», añadiendo que es «una evolución de la institución»<sup>27</sup>. Aunque la ley excluía la adopción, esta ha sido aprobada en el Parlamento en febrero de 2016 (oponiéndose al veto del presidente).

Junto con Portugal, también en 2010 Islandia legalizó este tipo de matrimonio. Previamente, contaba con una Ley de Uniones de Hecho, de 1996, mediante la que se concedía una idéntica protección a las uniones homosexuales que a los matrimonios (heterosexuales), a excepción de la adopción. A este respecto, la ley reconocía únicamente la posibilidad de adoptar a hijos del otro miembro de la pareja, siempre que no hubiesen sido adoptados en otro país.

<sup>27</sup> Es oportuno señalar que la Constitución portuguesa proclama el matrimonio entre sus derechos fundamentales (art. 36).

Una década más tarde, en junio de 2006, se aprobó una nueva ley que reformaba la anterior en materia de adopción, de manera que garantizaría la igualdad entre uniones homosexuales y matrimonios (incluso respecto a la inseminación artificial).

Con todo, el 11 de junio de 2010 (en vigor desde el 27 de junio), se aprobó una ley única de matrimonio, sin distinción.

Continuando esta tendencia a la apertura del matrimonio, dos años más tarde fue legalizado en Dinamarca, con su denominada Ley de Matrimonio Neutral, en vigor desde el pasado 15 de junio de 2012. Anteriormente, la Ley de Parejas Registradas, de 1989, exclusiva para parejas homosexuales a pesar de su denominación, hacía un reconocimiento jurídico muy similar al matrimonio.

Es importante señalar que la ley danesa de parejas —«uniones registradas»— fue la primera ley aprobada en el mundo de este tipo<sup>28</sup>, es decir, para el reconocimiento jurídico de la unión homosexual y con efectos muy similares a los matrimoniales. Una vez más, la principal diferencia respecto a este es la exclusión de la adopción y de la guarda y custodia, reservados exclusivamente para cónyuges.

Esta ley fue reformada diez años después por Ley de 20 de mayo de 1999, que permitió a las uniones registradas el derecho al reconocimiento de hijos del otro miembro. En mayo de 2010, la ley de parejas de nuevo fue reformada en este aspecto, otorgando a las uniones civiles homosexuales el derecho de adopción conjunta, en vigor desde el 1 de julio de 2010.

Tras varios intentos fallidos, en junio de 2012 se aprobó la Ley de Matrimonio Neutral, dando a las uniones civiles existentes la posibilidad de convertirse en matrimonio

Un año después, Francia. Curiosamente se trata de un país que había sido muy reticente a su apertura para homosexuales. Antes de esto, se había aprobado el denominado PACS, Pacto Civil de Solidaridad, de 1999, que introdujo un nuevo título al Código Civil francés: el Título XII «Del Pacto Civil de Solidaridad y del Concubinato». Con este, se diferenciaba el régimen jurídico del pacto (PACS) de los del tradicional concubinato que queda relegado a una mera situación de hecho<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> *Vid.* Calvo Borovia (2005: 19).

<sup>29</sup> Es importante señalar que la jurisprudencia francesa que, tradicionalmente reservaba el «concubinage» a las parejas de distinto sexo, empezó a extenderse sobre parejas de hecho homosexuales desde que la Ley de Pacs incluyó el concubinato y lo extendió a éstas. Sobre esta cuestión, *vid.* la obra de Mécarry y Leroy-Forget (2000: 83).

El PACS sería, por lo tanto, «un contrato celebrado entre dos personas mayores de edad, de igual o distinto sexo, para organizar su vida en común»<sup>30</sup> (art. 515.1 CC francés); a diferencia del concubinato, configurado como «una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas de diferente o del mismo sexo, que viven en pareja» (art. 515.8 CC francés<sup>31</sup>). No obstante, sus efectos se reducen a la concesión de determinados derechos de tipo económico y patrimonial propios de una ley de parejas de hecho —uso de la vivienda, reparto de bienes, obligaciones de alimentos, pensiones compensatorias, derechos fiscales y de seguridad social—.

La adopción, excluida del contenido del PACS, ha sido, sin embargo, objeto de varias denuncias ante el TEDH. La primera de ellas fue presentada por una mujer lesbiana que alegaba discriminación por orientación sexual y vulneración de sus derechos a la intimidad personal y familiar, ante la negativa de autorización administrativa que reconociera su idoneidad para adoptar. Se trata del Asunto *E. B. vs. Francia*, de 22 de enero de 2008, en el que el Tribunal condenó a Francia por violar los derechos de la demandante<sup>32</sup>, determinando que la negativa administrativa obedecía a su homosexualidad y a su vida en pareja. Al contrario que el anterior se presenta el Asunto *Valérie Gas y Natalie Dubais contra Francia*, de 15 de febrero de 2012. En esta ocasión, el Tribunal entendió que la negativa a reconocer la adopción conjunta no obedecía a una diferenciación por orientación sexual, sino a la aplicación de la ley francesa que limita las adopciones conjuntas a parejas casadas. Este asunto, habría tenido una respuesta muy distinta si se hubiera planteado un año después.

Tras algún intento fallido, en febrero de 2013, el Parlamento francés dio luz verde a la propuesta de matrimonio homosexual, aprobándose la ley el 3 de abril del mismo año. Tras ser recurrida al Consejo Constitucional, apenas un mes después, el 17 de mayo, la ley fue validada por este, que declaró que

<sup>30</sup> *Vid.* Martínez Calcerrada (2005: 111).

<sup>31</sup> Por este motivo, el art. 515.2 CC francés, concreta las limitaciones a la celebración del pacto —parentesco, matrimonio con tercero o unión mediante pacto anterior con tercero.

<sup>32</sup> Extracto de la STEDH de 22 de enero de 2008: «[...] el Derecho francés permite adoptar a las personas solteras [...], abriéndose de ese modo la posibilidad de adopción por un soltero homosexual, la cual no es discutida. Contra los antecedentes de las normas del Derecho Interno, se considera que las razones expuestas por el Gobierno no pueden ser consideradas como particularmente convincentes y con el peso suficiente para justificar el rechazo de la autorización pedida por la demandante», p. 94.

«esta ley no afecta ni a los derechos ni a las libertades fundamentales, ni a la soberanía nacional, ni a la organización de los poderes públicos». Es interesante recordar que el Consejo Constitucional ya se había pronunciado al respecto en su Sentencia de 28 enero de 2011, en la que si bien declaró conforme a la Constitución la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, señaló que el legislador tiene la potestad para modificarlo, dejando así entrever que no lo declararía inconstitucional (tal y como ha ocurrido dos años más tarde). Con esta ley se daba nueva redacción al art. 143 del Código Civil francés: «el matrimonio es contraído por dos personas de sexo diferente o del mismo sexo»

El caso de Reino Unido resulta peculiar, pues contaba ya con una regulación de 2005 que se diferenciaba en el entorno comparado por su similitud al matrimonio, pudiendo calificarla incluso de *cuasi matrimonio*. Además, recordemos que fue la denuncia de una ciudadana británica ante el TEDH, el precedente del reconocimiento del matrimonio a personas transexuales<sup>33</sup> por parte de aquel.

Retomando la cuestión, Reino Unido aprobó la denominada Ley de Uniones Civiles, de 5 de diciembre de 2005, para el reconocimiento jurídico de las uniones civiles homosexuales. Se trataba de una ley ambiciosa, que otorgaba a este tipo de uniones un régimen jurídico idéntico al matrimonial, excepto en materia de adopción, previéndose incluso como modo de disolución del acuerdo civil, el «divorcio». En efecto, la ley aprobada no incluía el derecho de adopción como tal. Sin embargo, este se concedía indirectamente, ya que el derecho a la patria potestad se extendía sobre los hijos naturales o adoptados que aportaba a la unión el otro miembro de la pareja. No obstante, hubo que esperar al reconocimiento expreso del derecho de adopción para que la pareja homosexual constituida como unión civil pudiera adoptar conjuntamente, lo que sucedió apenas unos días después de la aprobación de esta Ley, el 30 de diciembre de 2005. A partir de esta fecha, podría afirmarse que la Ley de Uniones Civiles reconocía una figura jurídica para la unión civil de parejas homosexuales, idéntica al matrimonio pero sin ser matrimonio, ya que no utilizaba este término.

En la actualidad, el matrimonio homosexual es legal en Inglaterra y Gales, tras su ley de 17 de julio de 2013, y en Escocia a partir del 4 de febrero de 2014; si bien ambas entraron en vigor con pocos meses de diferencia. Solo en Irlanda del Norte el matrimonio entre personas del mismo sexo es ilegal.

---

<sup>33</sup> Se trata del Asunto C. Goodwin contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002, en el que se reconoció el derecho a la identidad sexual y el consiguiente derecho al matrimonio para personas transexuales.

Singular resulta el caso de Finlandia, que ha dado luz verde al matrimonio homosexual el 12 de diciembre de 2014, pero posponiendo tres años su entrada en vigor. No será hasta 2017 cuando se haga efectivo este derecho, a pesar de estar ya reconocido. Recordemos que este país fue uno de los primeros en regular las uniones homosexuales a partir de la Ley de Registro de Parejas de Hecho, de 2001. Esta ley otorgaba un amplio contenido jurídico a su inscripción, pero se reservaban al matrimonio el derecho de adopción simple, que sería reconocido en 2009.

El último país europeo en sumarse ha sido Irlanda. Resulta sorprendente que, tras una trayectoria legislativa que bien puede calificarse de homófoba, Irlanda haya respaldado el matrimonio gay en lugar de limitar los derechos de pareja a otras figuras jurídicas. Así, el 22 de mayo de 2015 fue aprobado en Irlanda el matrimonio homosexual, por referéndum, convirtiéndose en el primer país del mundo en hacerlo por esta vía. El triunfo del «sí» ha supuesto una reforma de su Constitución<sup>34</sup>, que añadiría a su art. 41.3.<sup>a</sup> que «El matrimonio puede ser contraído de acuerdo con la ley por dos personas sin distinción de su sexo». Es uno de los pocos países en los que se ha consagrado constitucionalmente la nueva concepción del matrimonio.

Por último, apuntaremos por anecdótico el caso de Eslovenia, en donde tras aprobar el matrimonio homosexual el 3 de marzo de 2015, con una ley que igualaba completamente los derechos de parejas gays y heterosexuales, esta ha sido anulada vía referéndum el 20 de diciembre del mismo año. Pese al rechazo del Parlamento, la resolución fue anulada por el TC, lo que dió paso a la celebración de la consulta popular sobre su aceptación, en la que triunfó el «no».

## 2. LEYES DE UNIÓN CIVIL: «DERECHOS DERIVADOS DEL MATRIMONIO»

En algunos Estados se ha optado por la creación de una figura jurídica exclusiva para parejas homosexuales muy cercana al matrimonio, gracias a la cual se ha alcanzado una equiparación entre ambas en muchos aspectos. Las principales diferencias pueden apreciarse de un lado, en sentido puramente *material*, pues con este tipo de leyes no se alcanza una plena igualdad con las parejas heterosexuales, puesto que (salvo los casos británico y sueco, que ya terminaron por sumarse al matrimonio), en el resto de leyes de unión civil homosexual se prevén importantes reservas en materia de inseminación artificial, adopción, acogimiento, reconocimiento y patria-potestad, así como en materia de nacionalidad y residencia; además, en sentido *subjetivo o de dere-*

<sup>34</sup> Vid. Seijas Villadangos (2015).

*chos*, persiste una importante diferencia entre ambas situaciones —pareja heterosexual y homosexual—, ya que continúa impidiéndose a estas el acceso al matrimonio.

Entre ellos, destaca el caso de Alemania. Es el único gran país europeo que no ha reconocido el matrimonio, en contra de la tendencia actual. Se limita a la Ley de Comunidades de Vida, de 2001, con la que se regulaba un contrato de vida en común exclusivo para parejas del mismo sexo, mediante el cual se aplica un régimen jurídico equiparable al del matrimonio. Esta ley permite su inscripción en el Registro Civil y tramitar su divorcio ante los tribunales, adquiriendo a través del contrato un contenido en derechos y obligaciones muy similar al matrimonio, excepto en materia de adopción, o en ámbitos controvertidos tales como nacionalidad, acogimiento o inseminación artificial —en las que no se eliminan todas las diferencias con el matrimonio.

Esta ley fue interpretada en Alemania como una auténtica ley de matrimonio homosexual, teniendo en cuenta además la amplia tradición represora e intolerante hacia la homosexualidad propia de pasados regímenes. Quizá, todo ello propició que algunos Estados regionales<sup>35</sup> impugnaran la ley de 2001 ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán, alegando inconstitucionalidad por ser contrario a disposiciones constitucionales que protegen el matrimonio y la familia, previstas en la Ley Fundamental de Bonn. El TCA, con fecha 17 de julio de 2002, estimó que las parejas del mismo sexo no representan un ataque al matrimonio entre un hombre y una mujer, ya que el contrato de vida entre homosexuales no se dirige a las mismas personas. En efecto, el Tribunal Constitucional salvó la constitucionalidad de la Ley de 2001 y declaró que el contrato de vida no altera los términos del matrimonio (heterosexual)<sup>36</sup>.

Una década después, un nuevo pronunciamiento del TCA, con fecha de 19 de febrero de 2013, reconocía abiertamente el derecho de las parejas homosexuales a un reconocimiento jurídico y abría la puerta a la adopción declarando discriminatoria la imposibilidad jurídica de que un miembro de una pareja homosexual pudiera adoptar al hijo del otro. Finalmente, este tipo de adopción fue aprobado con la Ley de 22 de mayo de 2014.

Tras las experiencias de Alemania y Finlandia, fue Luxemburgo quien aprobó en 2004 una ley de uniones civiles, con la que se reconocían a estas los mismos derechos que el matrimonio, a excepción de la adopción, además de ciertos beneficios fiscales. En 2007 se presentó un proyecto de matrimonio

<sup>35</sup> Estados gobernados por sectores conservadores, como el Estado de Baviera.

<sup>36</sup> En Alemania el matrimonio es un derecho fundamental reconocido en el art. 6 de su Constitución.

homosexual que obtuvo un gran respaldo parlamentario, pero aún no ha sido aprobado.

Por su parte, la Ley de Unión Civil de la República Checa, de 2006. La ley checa regula la inscripción de uniones homosexuales en el Registro Civil, como si de un matrimonio se tratase —siguiendo el ejemplo británico—. De hecho ha sido mal llamada «Ley de Matrimonio Homosexual», debido a su gran similitud con este y a su procedimiento de inscripción. Sin embargo, debe distinguirse de aquel, antes que nada, en su denominación, puesto que no se ha ampliado la institución matrimonial ni tampoco se ha aprobado un matrimonio específico para homosexuales siguiendo el ejemplo de Bélgica; se trata, sin embargo, de una ley de unión civil para la regulación jurídica de parejas homosexuales y la atribución de los derechos matrimoniales a este tipo de uniones. Un dato relevante, muestra de su originalidad y causa de la confusión existente en torno a su denominación es el cambio de estado civil producido como consecuencia inmediata de la inscripción como pareja en el Registro Civil —reservado generalmente a los cónyuges—. La adopción queda excluida aunque las parejas inscritas obtendrían la patria potestad sobre los hijos biológicos aportados a la unión, pero no podrían adoptar conjuntamente.

Uno de los últimos en regular este tipo de parejas ha sido Austria, en 2010. Hasta entonces, desde 2003, venía reconociendo «de facto» los derechos de parejas gays, fecha en que fue condenado por el TEDH. Es el asunto *Karner contra Austria*, de 24 de julio de 2003, en relación con una demanda por derecho de subrogación arrendaticia al miembro superviviente de una pareja homosexual. El Tribunal reconoció la apertura del concepto *familia* a nuevos modelos de familia como es la integrada por una pareja del mismo sexo. A partir de entonces se reconoció a las cohabitaciones no registradas homosexuales los mismos derechos que a las parejas heterosexuales de hecho (no casadas). Años más tarde, tras obtener la aprobación del Consejo Nacional y del Consejo Federal, en diciembre de 2009, la Ley de Unión Civil entró en vigor el 1 de enero de 2010, legalizándose a partir de entonces este tipo de uniones.

La restricción del matrimonio a parejas homosexuales en Austria fue objeto de denuncia ante el TEDH, Asunto *Schalk y Kopf contra Austria*, de 24 de junio de 2010. Se trata de la demanda interpuesta por una pareja de lesbianas que reivindicaban su derecho al matrimonio alegando discriminación y violación de su vida privada y familiar, tras haberle sido negado por parte del TC en su Sentencia de 12 de diciembre de 2003. La Corte Europea, en un pronunciamiento sin precedentes, dio por resuelto el tema y declaró que el Convenio de Roma no garantiza un derecho al matrimonio homosexual

(art. 12 CEDH) y, tal y como se explicó antes, dejando en manos de los Estados la posibilidad de hacerlo.

Austria, junto con Francia, ha sido protagonista en la jurisprudencia europea de derechos en relación con la adopción. Recordemos la sentencia de 19 de febrero de 2013, Asunto X y Otros contra Austria, en la que el TEDH condena a Austria por discriminación ligada a la orientación sexual, al impedir la adopción a parejas homosexuales, que sí permite la ley a parejas no casadas.

Recientemente, las uniones homosexuales han sido legalizadas en dos de los países de gran tradición conservadora: Grecia e Italia. El primero en hacerlo, Grecia, el 22 de diciembre de 2015, en una ley que advierte: «[...] no amenaza la institución del matrimonio ni los derechos constitucionales y valores morales». Recordemos que Grecia había recibido advertencias por parte de la Corte Europea, probablemente una de las más influyentes, la condena declarada en Sentencia de 7 de noviembre de 2013, Asunto Vallianatos contra Grecia<sup>37</sup>, por excluir injustificadamente a las parejas homosexuales de la unión civil<sup>38</sup>.

Tras aquel, el último país europeo en legalizar las uniones homosexuales ha sido Italia, muy reticente a dar el paso. Tras tímidos esfuerzos regionales que llegaron a crear «simbólicamente» algunos registros de parejas de hechos, fue el TC quien abrió por primera vez la posibilidad al respecto. En Sentencia de 14 de abril de 2010, declaró que no existe un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, si bien reconoció la potestad del legislador de modificarlo. Posteriormente, el 15 de marzo de 2012, fue el Tribunal Supremo italiano quien dio un significativo paso al respecto al reconocer el derecho de las parejas homosexuales a un «tratamiento homogéneo» a los matrimonios heterosexuales. Esto no supone, sin embargo, la equiparación con estos, pero sí «el derecho a una «vida familiar» y a exigir y hacer valer el derecho a un «tratamiento homogéneo, al asegurado por la ley para la pareja (heterosexual) casada».

Finalmente, tras la condena de la Corte Europea en su sentencia de 21 de julio de 2015, Asunto Oligari contra Italia, por no hacer ningún recono-

---

<sup>37</sup> La Corte declaró que «[...] el Estado, en su elección de los medios destinados a proteger la familia y asegurar el respeto a la vida familiar como exige el art. 8, debe necesariamente tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en la percepción de los problemas y de las relaciones sociales y de estado civil, entre ellos el hecho de que no hay solo una forma o una opción a la hora de dirigir la familia o la vida privada [...]», sentencia de 7 de noviembre de 2013, p. 84.

<sup>38</sup> La Ley 3719/2008 de Uniones Civiles, excluía expresamente de su aplicación a las parejas del mismo sexo.

cimiento jurídico a las uniones homosexuales, ha terminado por legalizarlas con la aprobación de su ley de 11 de mayo de 2016 de uniones civiles homosexuales.

### 3. LA «INSCRIPCIÓN REGISTRAL» O EL «NO» RECONOCIMIENTO

En este nivel se sitúan los que, aun habiendo hecho algún tipo de reconocimiento jurídico a la convivencia homosexual, este es mínimo (*leyes de mínimos*). Se trata de *leyes de parejas de hecho* que surgen como primera respuesta para atender la demanda del colectivo homosexual, pero que no se dirigen exclusivamente a ellos. Permiten la inscripción de parejas, sin más.

Con la creación de esta figura jurídica no se pretende eliminar la discriminación existente; son una alternativa política sencilla para dar respuesta a la cuestión social de la convivencia homosexual, aunque, desde luego, no resuelve el problema de fondo.

En cuanto a sus rasgos generales<sup>39</sup>, estas se caracterizan esencialmente por la *universalidad*, la *comunidad de vida* necesaria para su inscripción, la obligatoriedad de su *registro* a diferencia de la mera cohabitación, y sus *limitados efectos jurídicos*<sup>40</sup> (generalmente ceñidos a materia fiscal, tributaria y de la seguridad social)

En general, se trata de leyes incompletas y que no eliminan ni la problemática existente ni la discriminación entre ambos modelos de parejas. Un ejemplo es la Ley de Parejas de 1996, de Hungría.

## V. BREVE REPASO COMPARADO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

A modo de cierre, resulta interesante repasar siquiera sucintamente el panorama que encontramos en la actualidad, más allá de Europa. Lejos de ser una cuestión cerrada, encontramos aún no pocos lugares del planeta en donde la homosexualidad es un delito. Analizar la situación de la homosexualidad en

<sup>39</sup> Calvo Borovia (2005: 17).

<sup>40</sup> A diferencia de las «uniones civiles homosexuales» o del «matrimonio homosexual», estas leyes de parejas de hecho, generalmente no recogen otro tipo de provisiones legales, tales como: pensiones compensatorias en caso de extinción por muerte de uno de los miembros de la pareja, derecho de adopción conjunta, derechos en materia de filiación, tutela o patria potestad, naturalización de extranjeros o inseminación artificial, entre otros.

el mundo excedería con mucho el objeto de este trabajo, por lo que nos limitaremos a enumerar los Estados que, fuera de Europa, han apostado por la igualdad y la no discriminación por orientación sexual y han aprobado leyes de matrimonio entre personas del mismo sexo, siguiendo el ejemplo europeo.

En Estados Unidos, hasta hace pocos años no ha existido una conciencia sociopolítica fuerte que crease la necesidad de aprobar leyes destinadas a la protección de los derechos de la pareja homosexual, ni como unión civil, ni matrimonial.

Cada Estado, tal y como la Constitución prevé, ha venido determinando su política en materia de matrimonio a través de su legislación. Así, mientras que los más conservadores no han dado reconocimiento alguno a las uniones homosexuales y han blindado el matrimonio entre hombre y mujer, algunos otros han emprendido un proceso de legalización, encabezado por Estados como Vermont, Massachussets o Nueva Jersey. De manera pionera, optaron por legalizar las uniones entre personas del mismo sexo mediante leyes contrarias a la Ley Federal del país, lo que supuso una fuerte conmoción en el panorama social y político, provocó diferentes reacciones. En otro extremo, Estados que se oponían a tal proceso buscando fórmulas de blindaje del matrimonio entre hombre y mujer, mediante leyes o incluso a través de enmiendas contenidas en sus respectivas Constituciones. Algunos, llegaron a manifestar su rechazo con leyes que expresamente prohibían el matrimonio homosexual —Ohio y Virginia— para evitar una posible reforma del mismo.

El primer Estado de Estados Unidos donde se aprobó el matrimonio homosexual fue Massachussets, vía jurisprudencial, en su Sentencia Tribunal Supremo Estatal de Massachussets, de 18 de noviembre de 2003. En ella —*Goodridge vs. Department of Public Health*—, el juez declaró que la Ley del Estado que prohibía el matrimonio entre personas del mismo sexo era inconstitucional por discriminatoria. La Corte entendió que el derecho a casarse, concebido para parejas de distinto sexo, debía extenderse y entenderse ampliado a las parejas del mismo sexo. A partir de este pronunciamiento, se otorgó un plazo de seis meses a la Asamblea General de Massachussets para enmendar la Ley. Transcurrido el citado plazo sin que el pronunciamiento fuese enmendado, la equiparación del matrimonio entró en vigor el 17 de mayo de 2004, fecha desde la que, en este Estado, es legal el matrimonio entre homosexuales. A partir de este, un buen número de Estados ha seguido su ejemplo reconociendo el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En este proceso de apertura, encontramos un punto de inflexión a partir de un pronunciamiento de la Suprema Corte de 26 de junio de 2013. En su sentencia, el Tribunal declaró inconstitucional el Acta Federal «de Defensa del

Matrimonio»<sup>41</sup> (aprobada el 12 de julio de 1996), en la que se definía el matrimonio a los efectos de las leyes federales «como la unión legal entre un hombre y una mujer como esposo y esposa»<sup>42</sup>, suprimiéndose cualquier posibilidad de apertura para parejas del mismo sexo<sup>43</sup>.

Finalmente, ha sido el Tribunal Supremo americano quien ha terminado por reconocer el matrimonio homosexual y ha anulado la capacidad de los Estados para prohibirlo, al consagrarlo como un derecho extraído de su Constitución Federal de 1787. En su Sentencia de 25 de junio de 2015, Asunto *Obergefell vs. Hosges*, la Corte recurre a la Enmienda Catorce a la Constitución de Estados Unidos y declara que la Constitución «no prohíbe que los Estados permitan a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio en los mismos términos y condiciones acordadas a las parejas de sexos contrarios». En este asunto, la Suprema Corte revocó varias sentencias dictadas al amparo de leyes de varios Estados (Ohio, Tennessee, Michigan y Kentucky) que solo contemplaban la posibilidad de contraer matrimonio entre hombre y mujer. Al respecto, afirma que «habían violado la Enmienda Catorce de la Constitución al negarles a quienes reclamaban “dignidad igual a los ojos de la ley”, “su derecho a casarse o a que sus matrimonios fueran legales en otros Estados que le daban reconocimiento total”»<sup>44</sup>.

Con esta histórica decisión, el Tribunal Supremo americano ha legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo en todo el territorio de los Estados Unidos y lo ha consagrado como un derecho constitucional.

Dejando a un lado el caso de Estados Unidos, el primer Estado no europeo en legalizar el matrimonio homosexual fue Canadá en 2005, con la denominada Ley sobre Matrimonio Civil, de 20 de julio. Canadá es un ejemplo de

<sup>41</sup> Ratificada el 21 de septiembre de 1996 por el presidente de los EE. UU., Bill Clinton.

<sup>42</sup> *Vid.* Brewer-Carías (2015: 427).

<sup>43</sup> *Vid.* esta referencia textual del Acta en la obra de Martínez Calcerrada (2005: 115). Así: El Acta Federal, contiene tres secciones:

1. Se autodenomina como «Ley de defensa del matrimonio».
2. La ley contiene la siguiente norma: «Ningún Estado, territorio, posesión de los EE. UU. o tribu india, vendrá obligado a hacerse efectiva en su ámbito propio ninguna disposición, documento o sentencia judicial de otro Estado, territorio, posesión o tribu, concerniente a una relación entre personas del mismo sexo, que sea considerada como matrimonial según las leyes de ese otro Estado, territorio, posesión o tribu».
3. Se precisa el concepto de matrimonio previsto por el Código Federal, que es el acogido por el propio Acta, entendiéndose aquél como la unión legal entre un hombre y una mujer como marido y esposa, refiriéndose «cónyuge», solo a la persona de sexo contrario —marido o mujer—.

<sup>44</sup> *Vid.* el comentario a la sentencia de Brewer-Carías (2015: 422).

progresismo en lo que a reconocimiento de los derechos de la pareja homosexual se refiere. A diferencia de Estados Unidos, Canadá ha destacado desde hace años por la tendencia de sus tribunales, en las distintas provincias, al reconocimiento de los derechos matrimoniales a las parejas homosexuales, a la aceptación de las uniones civiles del mismo sexo, así como a la declaración de la inconstitucionalidad de la denegación del matrimonio a estos. De este modo, desde hacía algunos años, ya era legal el matrimonio homosexual en Canadá, aunque no de modo federal, sino a través de las declaraciones vertidas en sus sentencias por los distintos tribunales territoriales, en las que se reconocía la discriminación e inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo. Así ocurría en las siguientes provincias: Notario, desde el 10 de julio de 2003; Columbia Británica, desde el 8 de julio de 2003; Québec, desde el 19 de marzo de 2004; Yukon, desde el 14 de julio de 2004; Maníota, desde el 16 de septiembre de 2004; Nueva Escocia, desde el 24 de septiembre de 2004; Saskatchewan, desde el 5 de noviembre de 2004; Terranova y Labrador, desde el 21 de diciembre de 2004; y Nuevo Brunswick, desde el 23 de junio de 2005.

No obstante, este reconocimiento por parte de las regiones tenía un carácter muy limitado, puesto que partía de una capacidad legal, cuando menos, «incierto». En efecto, la definición de matrimonio, tal y como prevé la Constitución canadiense, es competencia y responsabilidad del Gobierno Federal, una interpretación mantenida por la Corte Suprema de Canadá. Así pues, debía ser el Gobierno Federal quien resolviese sobre la definición de matrimonio. En respuesta a la controversia política originada, el primer ministro elaboró un Plan Federal para legalizar el matrimonio del mismo sexo en todo el territorio del Estado Federal (incluidos los territorios más conservadores) y la propuso ante las Cámaras para su votación. El Plan Federal obtuvo mayoría en ambas Cámaras, aprobándose finalmente la denominada Ley C-38, Ley sobre el Matrimonio Civil, el 20 de julio de 2005.

Mediante la aprobación de esta Ley, Canadá se convirtió en el cuarto país del mundo en permitir legalmente los matrimonios homosexuales —tras Holanda, Bélgica y España— (ya que la Ley aprobada en el Estado de Massachussets no es una Ley Federal sino de efectos limitados al propio territorio de Massachussets). La Ley canadiense es de carácter progresista y universal. Es decir, no es una ley creada específicamente para homosexuales, como vía mediante la que estos puedan acceder al matrimonio o equipararse a él. Se trata, en cambio, de una ley de matrimonio civil en la que se redefine el concepto de *matrimonio*, que se define ahora como la unión de dos personas. Se proclama el matrimonio como un derecho genérico de la persona que, de negarse a alguien para contraerlo con otro de su mismo sexo, se estarían vulnerando los derechos de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá. En conclusión, se

aprueba el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, entendiéndose este como derecho de la persona, con independencia de la libertad de las confesiones religiosas para su libre aceptación. Este matrimonio fue aprobado como ley federal, por lo que tiene validez en todo el territorio canadiense.

Un año más tarde, en 2006, Sudáfrica se convirtió en el primer país africano en legalizarlo. En este caso, fue la Corte Superior de Sudáfrica la que en 2002 declaró que la Ley Nacional de Matrimonio era inconstitucional y discriminatoria por no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tras esta resolución, en 2005, la Corte Constitucional ordenó el cambio en la redacción de dicha ley, de modo que junto a «esposa o marido» se incluyera el término «cónyuge», alcanzando un año después su legalización. En otro extremo del mundo, Nueva Zelanda, el matrimonio homosexual es legal desde abril de 2013.

En el ámbito latinoamericano, también se advierte una tendencia de apertura puesta en marcha en Argentina, que legalizó el matrimonio homosexual en julio de 2010 (Ley de Matrimonio igualitario, que modifica su Código Civil). De igual manera, Uruguay en abril de 2013 (aunque permitía las adopciones desde 2009).

Otros países han optado por el reconocimiento vía jurisdiccional. En el caso de México, aunque algunos Estados ya lo han legalizado (Quintana Roo, Coahuila y México DF y Chihuahua), lo más destacado es la Sentencia de 3 de junio de 2015 de la Suprema Corte, en la que declara que «como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión sea heterosexual, ni que se enuncie como entre un solo hombre y una sola mujer», aunque no obliga a los Estados a que hagan regulación específica al respecto. Antes se había pronunciado en sentencia de 5 de agosto de 2010 a favor del derecho a la adopción homoparental en Distrito Federal.

Por su parte, en Brasil se reconoció vía judicial el 14 de mayo de 2013, pero este encuentra su precedente en un pronunciamiento del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2011 en el que reconocía la constitucionalidad de las uniones civiles homosexuales.

Y para finalizar, Colombia, a partir de un pronunciamiento de la Corte Constitucional, de 28 de abril de 2016. Este es el broche final a un camino emprendido por la Corte en 2011 (C-577/2011) cuando reconoció que las uniones del mismo sexo constituían familia, dio un paso más con su pronunciamiento de noviembre de 2015 (C-683/2015) en la que aprobó la posibilidad de que las parejas homosexuales adopten niños «sin restricciones» en igualdad de condiciones que las heterosexuales, y que ha culminado en 2016 con el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

## Bibliografía

- AA. VV. (2003). *Q & A, el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres*. Ministerio de Interior y de Relaciones del Reino y Ministerio de Justicia de Países Bajos.
- Brewer-Carías, A. R. (2015). Un «putsch judicial»: comentarios explicativos de la Corte Suprema de Estados Unidos declarando la inconstitucionalidad de las leyes de cuatro Estados que regulaban el matrimonio como unión solo de un hombre con una mujer. *Estudios Constitucionales*, 1 (2), 421-446. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200014>.
- Calvo Borovia, K. (2005). *Ciudadanía y minorías sexuales: la regulación del matrimonio homosexual en España*. Madrid: Fundación Alternativas.
- Carmona Cuenca, E. (2014). La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (art. 14 CEDH y Protocolo 12). En F. J. García Roca y P. Santolaya Macheti (coords.). *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos* (pp. 733-764). Madrid: CEPC.
- Díaz Lafuente, J. (2013). La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea. *Revista General de Derecho Constitucional* (Monográfico sobre el movimiento LGTB en perspectiva constitucional) (17).
- Expósito, E. (2013). El derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. *Revista General de Derecho Constitucional* (Monográfico sobre el movimiento LGTB en perspectiva constitucional) (17).
- Gilbaja Cabrero, E. (2014). La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Político* (91), 303-340. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5944/rdp.91.2014.13673>.
- Gonzalez Beilfuss, C. (2004). *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.
- Matía Portilla, F. J. (2013). Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo. *Teoría y Realidad constitucional* (31), 535-554.
- Martín Sánchez, M. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2010). El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (13), 249-284.
- (2013). El vago «sí» del Tribunal Constitucional. *Revista General de Derecho Constitucional* (Monográfico sobre el movimiento LGTB en perspectiva constitucional) (17).
- (2014). Conflictos paterno-filiales y condición sexual en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Patria potestad y custodia. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (24), 195-219.
- Martínez Calcerrada, L. (2005). *La homosexualidad y el matrimonio*. Madrid: Ediciones Académicas.
- Mécary, C., y Leroy-Forget, F. (2000). *Le Pacs*. Paris: Presses Universitaires de France.

- Medina, G. (2001). *Uniones de hecho homosexuales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Presno Linera, M. A. (2013). El matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema constitucional español». *Revista General de Derecho Constitucional* (Monográfico sobre el movimiento LGTB en perspectiva constitucional) (17).
- Rallo Lombarte, A. (1995). Uniones conyugales de hecho y Constitución (la necesidad de clarificar la contradictoria jurisprudencia constitucional). *Revista General de Derecho*, II (606), 1759-1779.
- Rey Martínez, F. (2005), Homosexualidad y Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional* (73), 111-156.
- (2010). Homosexuales, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (13), 285-323.
- Salazar Benítez, O. (2013). El matrimonio igualitario como exigencia del libre desarrollo de la personalidad. *Revista General de Derecho Constitucional* (Monográfico sobre el movimiento LGTB en perspectiva constitucional) (17).
- Sánchez Martínez, O. (2000). Constitución y parejas de hecho (el matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares). *Revista Española de Derecho Constitucional* (38), 45-69.
- Seijas Villadangos, E. (2015). La trigésima cuarta reforma de la constitución irlandesa: a propósito del referéndum de 22 de mayo de 2015 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Revista Catalana de Derecho Público. Blog*. Disponible en: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/05/27/la-trigesima-cuarta-reforma-de-la-constitucion-irlandesa-a-proposito-del-referendum-de-22-de-mayo-de-2015-sobre-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-esther-seijas-villadangos/>.
- Talavera Fernández, P. A. (1999). *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*. Madrid: Dykinson.
- (2000). Hacia un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España. *Orientaciones. Revista de Homosexualidad* (1), 41-68.

