

ORGANIZADORES

Gina Vidal Marcílio Pompeu
Fernando Facury Scaff

DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

a homossexualidade e a transexualidade
diante da experiência constitucional



"La Alegria de la Corte" de Rian Fontanele

IV

Jornada Internacional de Direito Constitucional
Giornate Italo-Spagnolo-Brasiliane di Diritto Costituzionale
Jornada Internacional de Derecho Constitucional



UNIFOR
ENSINANDO E APRENDENDO



DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

A homossexualidade e a transexualidade
diante da experiência

Editora CONCEITO EDITORIAL

| | | |
|-----------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Presidente Salézio Costa | Conselho Editorial André Maia Adriana Mildart Aline de C. M. Maia Liberato Carlos Alberto P. de Castro Cesar Luiz Pasold Diego Araujo Campos Edson Luiz Barbosa Fauzi Hassan Choukr Jacinto Coutinho Jerson Gonçalves C. Junior João Batista Lazzari Jonas Machado Ramos | José Antônio Peres Gediél José Antônio Savaris Lenio Luiz Streck Marcelo Alkmim Martonio Mont'Alverne B. Lima Michel Mascarenhas Renata Elaine Silva Samantha Ribeiro Meyer Pflug Sérgio Ricardo F. de Aquino Theodoro Vicente Agostinho Vicente Barreto Wagner Balera |
| Editor Chefe Salézio Costa | | |
| Editores Orides Mezzaroba Valdemar P. da Luz | | |
| Assistentes Editoriais Rosimari Ouriques | | |
| Diagramação Rafael Simon | | |

Catálogo na Publicação: Bibliotecária Cristina G. de Amorim CRB-14/898

D611

Discriminação por Orientação Sexual – A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência / Organizadora: Gina Vidal Marcilio Pompeu- Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

397p.

ISBN 978-85-7874-298-0

1. Homossexualidade 2. Transexualidade 3. Discriminação I. Pompeu, Gina Vidal Marcilio (org.)

CDU – 34

Imagem da capa: FONTENELE, Rian. La alegría de la corte. Gravura. Acervo da Fundação Edson Queiroz.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.
A violação dos direitos autorais é punível como crime, previsto no Código Penal e na Lei de direitos autorais (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

© Copyright 2012 Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Rua Felipe Schmidt, 321 - sala 1003, Centro, CEP 88010-000 – Florianópolis/SC

Editorial: Fone (48) 3205-1300 – editorial@conceitojur.com.br

Comercial: Fone (48) 3240-1300 – comercial@conceitojur.com.br

www.conceitojur.com.br

AUTORES CONSTANTES DESSA OBRA

Aida Torres

Licenciada en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1999 Máster en Derecho (LL.M). Yale Law School, New Haven, CT, Estados Unidos, 2002. Diploma de Estudios Avanzados (DEA). Doctorado en Derecho Público. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2003. Doctora en Derecho (JSD). Yale Law School, New Haven, CT, Estados Unidos, 2006. Beca para la Formación de Personal Docente e Investigador (FI-FIAP), Generalitat de Catalunya, 1999-2001. Profesora Visitante, Universidad de Puerto Rico, Puerto Rico, Estados Unidos, 2007. Profesora Visitante, Área de Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra, 2005-actualmente

Anna Lorenzetti

Anna Lorenzetti, Dottoressa di ricerca in “Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea” presso l’Università degli Studi di Bergamo. Collabora con le cattedre di Diritto costituzionale, Diritto costituzionale avanzato e Analisi di genere e diritto antidiscriminatorio dell’Università di Bergamo. Si è prevalentemente occupata di uguaglianza e non discriminazione, soprattutto nei confronti delle persone omosessuali e transgender.

Antonio Moreira Maués

Professor Associado da Universidade Federal do Pará. Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Antonio Ruggeri

É professore ordinario di Diritto Costituzionale nell’Università di Messina (Italia), già Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche “T. Martines” della stessa Università di Messina, della quale è in atto prorettore. Ha fatto parte del Direttivo dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti ed è stato Presidente del Gruppo di Pisa per il triennio 2005-2007.

È autore di oltre 400 pubblicazioni scientifiche, ospitate da accreditate sedi editoriali, italiane e straniere, l'elenco delle quali è consultabile presso il sito www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Ascensión Elvira

Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad Carlos III de Madrid. Sus líneas de investigación se han centrado principalmente en los derechos fundamentales, tanto en España como en el marco de la Unión Europea y del Consejo de Europa, y en el control parlamentario. Ha sido asesora del Parlamento de Ucrania y ha participado en numerosos cursos de formación a funcionarios de países de Europa del Este.

Barbara Pezzini

Ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università di Bergamo, dove insegna anche Analisi di genere e diritto antidiscriminatorio. Preside della facoltà di Giurisprudenza (2008-2012). Ha scritto, in particolare, di Bundesrat tedesco (1991), di Presidente della Repubblica (1996), di diritti sociali (2001 e 2005), di riforme costituzionali (2006), nonché di svariati temi del diritto costituzionale secondo un'ottica di genere (2008 e 2011). L'elenco delle pubblicazioni è consultabile nel sito www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Cecília Barroso de Oliveira

Mestre em Direito Constitucional, Especialista em Direito Processual Civil. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da universidade de Fortaleza, atualmente ocupando o cargo de coordenadora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Cintia Rejane Moller de Araujo

Exerce a docência na Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Nesta, é professora do curso de graduação e vinculada ao curso de Mestrado Profissional, ambos na área de Administração. Possui Doutorado em Administração Pública (FGV /São Paulo), Mestrado em Administração Pública (FGV /São Paulo), Graduação em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP), Graduação em Ciências Econômicas (Universidade de São Paulo – FEA/USP). No que concerne ao setor público, seus estudos focalizam: Políticas públicas & Poder Local, tanto quanto a Participação da Sociedade Civil no processo decisório de Políticas Públicas. É autora do Livro “Ética e Qualidade no Turismo do Brasil”.

Francisco Javier Matia Portilla

Es doctor en Derecho y profesor responsable del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid en el campus de Segovia, ocupando una plaza de profesor Titular aunque ya ha sido acreditado para Catedrático. Ha trabajado para el Tribunal Constitucional español en calidad de Letrado y en la actualidad dirige la Revista General de Derecho Constitucional.

Fernando Facury Scaff

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (1983), doutorado em Direito Economico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (1988) e Pós-Doutorado pela Università Degli Studi di Pisa em Direito Público. Atualmente é professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e professor da Universidade Federal do Pará (licenciado). É também consultor da Fundação Ford, da CAPES, do CNPQ e advogado. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nas áreas do direito tributário, econômico e financeiro.

Filomeno Moraes

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Livre docente em Ciência Política da Universidade Estadual do Ceará. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza. E-mails: filomenomoraes@uol.com.br; filomeno@unifor.br.

Gina Vidal Marcilio Pompeu

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará, Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Advogada e Consultora Jurídica da Assembléia dos Deputados do estado do Ceará - Brasil.

Itziar Gómez Fernández

Es Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y por la Università degli Studi di Pisa (2003), y profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad

Carlos III de Madrid (2010). Actualmente presta servicio como Letrada en el Tribunal Constitucional de España. Es autora, entre otros trabajos, de la monografía *Conflicto y cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional* (2004), habiendo realizado varias compilaciones normativas y jurisprudenciales comentadas, como el trabajo *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (2010), *Tribunal Constitucional. Normativa Procesal Constitucional* (2010), *La acción legislativa para erradicar la violencia de género en Iberoamérica* (2008), *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional* (2006). Tiene una amplia experiencia en cooperación universitaria a través de su participación en distintas acciones integradas, proyectos ALFA-UE, redes académicas, y desarrolla su labor investigadora en torno a las siguientes líneas: protección multinivel de los derechos fundamentales, estatuto jurídico de los trabajadores migrantes, derechos sociales y Estado Social e igualdad en las relaciones laborales.

Luiz Alberto David Araujo

Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito Constitucional. Professor Titular de Direito Constitucional da PUC-SP, Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino; Procurador Regional da República aposentado.

Maribel González Pascual

Profesora Agregada de la Universitat Pompeu Fabra. Licenciada en Derecho y Ciencias Política, y Doctora en Derecho. Ha sido investigadora en el Max Planck Institut de Derecho Público(Heidelberg). Ha realizado estancias de investigación en la Escuela Superior de Derecho Administrativo de Speyer, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bristol, y en el Centro de Derecho Europeo de Maastricht. Ha publicado diversos trabajos relacionados con el papel de los Tribunales Constitucionales en Europa, las regiones y la igualdad en los derechos.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima é Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt., Alemanha; Professor Titular da UNIFOR; e , no momento, Procurador-Geral do Município e Coordenador Nacional da Área de Direito na CAPES. Pesquisa e publicações em jurisdição constitucional e política.

Michele Carducci

È Dottore in Diritto costituzionale dell'Università di Bologna. Post-doc in diverse Università (Pontificia Università Cattolica di São Paulo; Cardozo School of Law New York ecc...), è Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato nell'Università del Salento (Italia) dove è anche Preside della Facoltà di Scienze della Formazione e Scienze politiche. È professore visitante di diverse Università brasiliane e latinoamericane e Presidente della Sezione Italiana dell'Istituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Nardejane Martins

Graduada em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR. Pesquisadora da Fundação Cearense de Apoio à Pesquisa, FUNCAP, no projeto sobre As novas famílias do século XXI, coordenado pela Prof^a. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu, PPGD-UNIFOR – Brasil.

Natascia Musardo

È componente del "Centro Didattico Euroamericano sulle Politiche Costituzionale" dell'Università del Salento (Italia) e borsista DAAD presso l'Università di Mainz (Germania).

Paula Arruda

Mestrado em direito constitucional pela Universidade Federal do Pará, doutorado em direitos humanos pela Universidade de Salamanca. Professora e pesquisadora da UFPA. Coordenadora do Programa de Educação em Direitos Humanos e Assessoria Jurídica aos Defensores de Direitos Humanos do Estado do Pará. Pesquisadora Integrante do Consórcio Latino-americano de Pós-graduação em Direitos Humanos. Advogada. Professora Assistente da Universidade Federal do Pará – Brasil.

Roberto Romboli

È professore ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Pisa (Italia), Direttore del Dipartimento di Diritto pubblico e già Preside della Facoltà di Giurisprudenza della stessa Università. E' nel comitato direttivo delle riviste "Il Foro italiano", "Giurisprudenza costituzionale", "Quaderni costituzionali" "Questione giustizia" e responsabile scientifico della "Rivista di diritto costituzionale". E' tra i fondatori del Gruppo di Pisa, di cui è stato Presidente. È autore di circa 300 pubblicazioni scientifiche, ospitate da accreditate sedi editoriali,

italiane e straniere, l'elenco delle quali è consultabile presso il sito www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Rosendo Freitas de Amorim

Possui dottorato (2001) e mestrado (1995) em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Lógica Dialética pela Universidade Estadual do Ceará (1989). Licenciado em Filosofia e História pela Universidade Estadual do Ceará (1983). Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Tem experiência na área de Direito, com ênfase na pesquisa e ensino jurídico, direitos humanos e política.

Stefano Agosta

È Ricercatore di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Messina. Per i tipi della Giuffrè è autore di una monografia dal titolo *La leale collaborazione tra Stato e Regioni* (Milano 2008) nonché di numerosi saggi in tema, tra gli altri, di Bioetica, Giustizia costituzionale e Diritto regionale.

SUMÁRIO

MATRIMÔNIO, FAMÍLIA E CONDIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS

NOVAS FAMÍLIAS DO SÉCULO XXI: O RECONHECIMENTO E A POSITIVAÇÃO
DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Gina Vidal Marcílio Pompeu

Nardejane Martins..... 19

MATRIMÔNIO, FAMÍLIA E A CONDIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS: REFLEXÕES À
LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Rosendo Freitas de Amorim 37

HOMOSEXUALID Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Francisco Javier Matia Portilla..... 61

IL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO ED IL DIRITTO AD UNA
VITA FAMILIARE PER LE COPPIE OMOSESSUALI NELL'ESPERIENZA ITALIANA

Roberto Romboli 89

“FAMIGLIE” DI OMOSESSUALI E FAMIGLIE DI TRANSESSUALI: QUALI PROS-
PETTIVE DOPO CORTE COST. N. 138 DEL 2010?

Antonio Ruggeri 111

Comunicações

EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO A LA LUZ DEL CONVE-
NIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA UNIÓN EUROPEA

Aida Torres Pérez 135

O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO APÓS A DECISÃO DO STF
NA ADI Nº 4.277

Cecília Barroso de Oliveira 149

UNO SGUARDO SULLE UNIONI OMOSESSUALI DALLA PROSPETTIVA COM-
PARATISTICA: UNA LEZIONE CHE STENTA ANCORA AD ESSERE IMPARATA

Stefano Agosta 163

INSTITUIÇÃO, FORMAÇÃO SOCIAL DIVERSA DA FAMÍLIA E CONDIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS

INSTITUIÇÕES, FORMAÇÕES SOCIAIS DIVERSAS DA FAMÍLIA E CONDIÇÃO
DOS HOMOSSEXUAIS NO BRASIL

Antonio Maués

Paula Arruda 191

LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TEDH. (DE LA CONSIDERACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD COMO “VIDA
PRIVADA” AL RECONOCIMIENTO DE UNA DISCRIMINACIÓN PROHIBIDA)

Maribel Gonzáles Pascual 205

ISTITUZIONI, FORMAZIONI SOCIALI DIVERSE DALLA FAMIGLIA E CONDI-
ZIONE DEGLI OMOSESSUALI IN ITALIA.

Michele Carducci

Natascia Musardo 215

Comunicações

UNIDADE FAMILIAR HOMOAFETIVA E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL DE 2011

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima 247

INTEGRACIÓN LABORAL Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN
SEXUAL Y DE IDENTIDAD SEXUAL

Itziar Gómez Fernández 255

A CONDIÇÃO DOS TRANSEXUAIS

TRANSEXUALIDADE E PODER JUDICIÁRIO: EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA
NO BRASIL

Luiz Alberto David Araujo 285

EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA TRANSEXUALIDAD EN ESPAÑA DESDE
UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Ascensión Elvira 299

TRANSGENERE IN ITALIA: LE REGOLE DEL DUALISMO DI GENERE E
L'UGUAGLIANZA

Barbara Pezzini 327

IL CASO BERNAROLI. QUALI SOLUZIONI PER UN SISTEMA "INCARTATO"?

Anna Lorenzetti 363

Comunicações

VARIAÇÕES SOBRE CONSTITUIÇÃO, DIREITO DE INFORMAR E TOLERÂNCIA
NO BRASIL

Filomeno Moraes 377

POLÍTICAS PÚBLICAS E A QUESTÃO DE GÊNERO: SUA SUFICIÊNCIA (OU IN-
SUFICIÊNCIA)

Cintia Rejane Moller de Araujo 391

HOMOSEXUALIDAD Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Francisco Javier Matia Portilla¹

Introducción

Antes de comenzar a desarrollar el tema tengo que confesarles algo. Aunque estuve trabajando durante cerca de un mes en la elaboración de un estudio teórico sobre esta cuestión, he optado, finalmente, por dejarlo de lado, y decantarme por la preparación de una conferencia o ensayo, en la que me permitiré opinar sobre algunas de las materias tratadas.

Esta decisión la he tomado por varias razones. En primer lugar, porque ya hay estupendos estudios en esta materia (permítanme recomendarles el trabajo de Fernando Rey, muy completo). En segundo lugar, porque el desarrollo teórico de tal estudio hubiera exigido unas dimensiones imposibles de asumir en un foro como éste. Y en tercer, pero no último lugar, porque dado el carácter de este encuentro, más parecido a un seminario de profesores que a un congreso, me parece que esta perspectiva puede ser más eficiente. En efecto, hilar una ponencia en relación con el tema de la homosexualidad en el Derecho constitucional español me permitirá encuadrar esta problemática con otras más generales, como son la interpretación constitucional y sus límites o la evolución del estado social.

1. La normalización de la homosexualidad

Lo cierto es que la sociedad española acepta hoy, por lo general, y con los precisos matices, no solamente la homosexualidad sino sus manifestaciones públicas. Es cierto que este fenómeno no se produce con la misma intensidad ni en todas las localidades (el factor urbano invita a la normalización) ni para todas las generaciones (los más jóvenes viven su sexualidad con más libertad y con menos complejos) ni para todas las sensibilidades (resulta, en principio, más difícil de conciliar su aceptación con algunas confesiones, como la cristiana o la islámica).

¹ Universidad de Valladolid. javierfacultad@gmail.com.

Es muy interesante examinar cómo el Tribunal de la Rota ha valorado y valora la homosexualidad en relación con la anulación de matrimonios canónicos, para lo que es altamente recomendable la lectura de la Sentencia del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de España, de 8 enero 2003, sobre la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio (RI §401699).

Pero, con todos los matices que se quieran, se aprecia una evolución que merece la pena reseñar, y que podría resumirse en dos momentos. El primero de ellos es aquel en que se deja de perseguir la práctica del sexo homosexual. Tales prácticas ya no se encuentran tipificadas ni en el código penal ni en las normas administrativas de policía. Estas transformaciones pueden explicarse en el Derecho Constitucional desde la perspectiva del principio de igualdad formal (art. 14 CE), que pretende evitar toda discriminación que se funde, en lo que aquí interesa, en la orientación sexual de las personas. Cabe afirmar, así, que la libertad sexual, que también forma parte del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), asume con normalidad la práctica del sexo homosexual en la intimidad. Podría pensarse que tal aceptación es global en estos tiempos, pero les recuerdo que el sadomasoquismo sigue siendo castigado en algunos ordenamientos de nuestro entorno.

La segunda fase, en la que ahora estamos, ya no alude a los actos privados de las personas homosexuales, sino que guarda relación con su reconocimiento externo, con la visualización de su tendencia sexual, y con el reconocimiento de los mismos derechos que se le reconoce a las parejas heterosexuales. Ya no estamos en el momento de la no persecución, como antes, sino en el momento de la normalización, de la convivencia abierta y libre entre las personas, con independencia de su orientación sexual. Y, así entendido, este fenómeno se conecta manifiestamente con el principio de igualdad material (art. 9.3 CE) y, especialmente, con el libre desarrollo de la personalidad, constitucionalmente garantizado en el art. 10.1 CE. No resulta, por ello, extraño, que, en esta fase, y a diferencia de lo que sucedía en la anterior, los colectivos homosexuales y bisexuales pasen a exigir actuaciones positivas, tanto en el plano normativo como administrativo, ya que el libre desarrollo de la personalidad genera obligaciones positivas a los poderes públicos (en sentido lato).

La normalización se aprecia, por supuesto, en nuestra sociedad, pero también en las transformaciones jurídicas que se están produciendo a nuestro alrededor y entre nosotros. Si me permiten que me centre por un segundo en Madrid, donde vivo, les puedo trasladar mi impresión de que en los últimos tiempos el barrio de Chueca, refugio durante muchos años de los homosexuales, ha perdido su antiguo protagonismo. Comienza a ser habitual (normal siempre debió de serlo) el cruzarse en cualquier parte de Madrid con parejas de chicos y chicas, lo que constituye un evidente avance en la conquista de la igualdad. Por decirlo todo, les diré que se aprecia una mayor tasa de visibilidad entre los hombres que entre las mujeres.

Más interés tiene en este foro aludir a las numerosas iniciativas normativas que, en los últimos años, han regulado la convivencia de parejas homosexuales, aunque hayan abordado ésta de muy diversas formas. En algunos países se ha diseñado un régimen jurídico de parejas

de hecho, al que puede acceder cualquier pareja, heterosexual u homosexual, configurando así una alternativa a la institución del matrimonio. Aunque se caracterizan, generalmente, por regular unos efectos jurídicos limitados respecto de aquél, como ocurre en Francia, con el pacto civil de solidaridad, o en Portugal, con las uniones de hecho, en ocasiones optan por una equiparación jurídica de sus efectos (caso de las parejas estables en Navarra y las parejas de hecho en el País Vasco). En otros países del norte de Europa (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Suecia, Holanda. También Alemania –debido a la STC Federal Alemán de 1993- y Gran Bretaña) se han aprobado leyes de uniones civiles homosexuales, institución dirigida específicamente al colectivo gay y lésbico, y que se presenta como alternativa al matrimonio para este colectivo. Finalmente, en los últimos tiempos se está optando por extender la figura del matrimonio al colectivo homosexual, lo que supone una plena equiparación entre las parejas que se casan, con independencia de cuál sea su orientación sexual. Esto es, precisamente, lo que ha ocurrido en mi país, y a lo que me referiré con cierto detalle dentro de algunos minutos. Las modificaciones constitucionales que se han intentado imponer en Estados Unidos para prohibirla muestran, paradójicamente, la fuerza de esta tendencia, que en el mundo occidental se impondrá en breve plazo.

El matrimonio conformado por personas del mismo sexo ha sido regulado antes que en España en Países Bajos (Ley de 21 de diciembre de 2000) y Bélgica (Ley de 13 de febrero de 2003), y después en Suecia (Ley de 1 de mayo de 2009), Noruega (Ley de 1 de enero de 2009), Portugal (Ley N.º 9/2010, de 31 de mayo) e Islandia (Ley de 11 de junio de 2010). También ha sido regulado en Canadá (*Civil Marriage Act*, de 20 de junio de 2005); Sudáfrica (Ley No. 17 de 2006, de 29 de noviembre); México Distrito Federal (Ley de 29 de diciembre de 2009); Argentina (Ley de 21 de julio de 2010), y, dentro de los Estados Unidos, en Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire y Washington D.C. En algunos de estos estados la regulación de los matrimonios del mismo sexo tiene su origen en una decisión judicial (decisión de la Corte Suprema de Massachusetts de 4 de marzo de 2003 en *Hillary Goodridge & others vs. Department of Public Health & another*; decisión de la Corte Suprema de Connecticut de 8 de octubre de 2008 en *Elizabeth Kerrigan & others vs. Commissioner of Public Health & another*; decisión de la Corte Suprema de Iowa de 3 de abril de 2009, en *Katherine Varnum & others vs. Timothy J. Brien*). En otros es obra del legislador. El primero fue Vermont (Ley aprobada el 7 de abril de 2009 y en vigor desde el 1 de septiembre de 2009; Vermont fue también el primer estado en regular las uniones civiles del mismo sexo, en julio de 2000, tras la decisión de 20 de diciembre de 1999 de su Corte Suprema en *Baker vs. Vermont*, que obligaba al legislador a reconocer a estas uniones los mismos derechos que a las parejas casadas), seguido de New Hampshire (Ley de 3 de junio de 2009, entrada en vigor el 1 de enero de 2010, que reemplaza a la ley de mayo de 2007 que regulaba de las uniones de hecho del mismo sexo, permitiendo la conversión de éstas en matrimonio), y Washington D.C. (Ley de 2 de marzo de 2010). Finalmente, se está tramitando tal institución en Eslovenia (en *Blažič y Kern vs. Slovenia*, de 2 de julio de 2009, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional que las uniones estables del

mismo sexo no disfrutasen de los mismos derechos que las parejas casadas de sexo distinto), Luxemburgo (<http://www.elplural.com/macrovida/detail.php?id=48576>) o Finlandia (http://www.yle.fi/uutiset/news/2010/07/gender-neutral_marriage_law_possible_by_2012_18040). Todos estos datos se extraen de Rodríguez Ruiz, Blanca: “Matrimonio...”, pp. 76.

No es ajena a esta evolución ni el activismo mostrado en este tema por la Unión Europea ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque es verdad que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea excluye cualquier referencia a la diversidad sexual cuando regula el derecho al matrimonio (art. 9), “ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca” (Explicaciones). Esta redacción, que encuentra su sentido en las reservas estatales expresadas antes y con ocasión del Tratado de Lisboa sobre el alcance de algunos derechos (*cf.* Matia Portilla, Francisco Javier: “Los derechos...”), no excluye el activismo demostrado en esta materia por la Unión Europea. Comenzando por el Parlamento Europeo, deberíamos recordar, en primer lugar, la difundida Resolución 28/1994, de 8 de febrero (DOCE de 28 de febrero), sobre “igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea”, en la que se insta, a través de peticiones concretas, a que se ponga fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones estatales jurídicas y administrativas (ap. 7). A esta importante Resolución han seguido otras que nos limitamos a citar ahora: son las de 17 de diciembre de 1998, 29 de diciembre de 2000, 15 de enero de 2003 (en la que por primera vez se habla del reconocimiento del matrimonio homosexual), 18 de enero de 2006, sobre la homofobia en Europa (DOUE C 287 E de 24 de noviembre de 2006), 15 de junio de 2006 sobre el aumento de la violencia racista y homófoba en Europa y 26 de abril de 2007, sobre la homofobia en Europa. Más relevante es que el Tratado de Ámsterdam previera que la Unión Europea pudiera adoptar medidas para luchar contra la discriminación por orientación sexual (art. 6.A TCE, ver hoy los arts. 10 y 19 TFUE). Se dictó poco tiempo después la importante Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE L 303 de 2.12.2000). Ver, también, las Directivas 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, relativa al derecho de reagrupación familiar, y 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que, en el estado actual del Derecho en el seno de la Unión, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no son asimilables a las relaciones matrimoniales (Sentencias Grant, de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96, §§ 34 y 35 y D. vs. Consejo de la Unión Europea, de 28 de enero de 1999, asunto T-264/97, § 28) y, lo que es más sorprendente, que éstas no inciden en el derecho a la vida privada familiar (Grant, § 35 y D. vs. Consejo de la UE, § 39).

Finalmente, en la STJUE de la Gran Sala Tadao Maruko, de 1 de abril de 2008 (asunto C-267/06), se afirma que “el artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia” (§ 73). Más recientemente aún, puede consultarse la interesante STJUE de la Gran Sala Römmer, de 10 de mayo de 2011, asunto C-147/08, esp. § 52. También sobre pensiones y matrimonio versa la Sentencia K.B., de 7 de enero de 2004 (asunto C-117/01), pero en conexión con la imposibilidad de que una pareja heterosexual, en el que uno de sus miembros es transexual, pueda casarse en el Reino Unido. Y sobre transexualidad y matrimonio puede consultarse también García Pechuán, Mariano: “Una primera...”, y la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que allí se glosa.

Por otra parte, la posición del Consejo de Europa también ha variado a lo largo del tiempo. Mientras que en un primer momento se admite la tipificación penal de la homosexualidad (Decisión 104/55, de 17 de diciembre de 1955) y la de actos impúdicos homosexuales (Decisión 5935/75, de 30 de septiembre de 1975), esta posición será revisada posteriormente en la difundida STEDH *Dudgeon vs. Reino Unido* (Demanda 7525/76, Sentencia de 22 de octubre de 1981) por no estar justificada en una necesidad social apremiante (§ 60). Ver también, en relación con esta materia, las SSTEDH *Norris vs. Irlanda* (Demanda 10581/83, Sentencia de 26 de octubre de 1988) y *Modinos vs. Chipre* (Demanda 15070/89, Sentencia de 22 de abril de 1993). También en un primer momento se afirmara que las relaciones homosexuales duraderas no se incluyen en la protección de la vida familiar reconocida en el art. 8 CEDH (Decisiones de 3 de mayo de 1983, X. e Y./Reino Unido, n. 9369/81, D R 32, p. 220; de 14 de mayo de 1986, S./Reino Unido, n. 11716/85, D R 47, p. 274, apartado 2, y de 19 de mayo de 1992, *Kerkhoven y Hinke/Países Bajos*, n. 15666/89, no publicada, apartado 1) y que no vulneran el art. 14 CEDH, por razón de sexo, las regulaciones que ofrecen mayor protección familiar a las personas casadas y a las uniones heterosexuales (Decisiones S./Reino Unido, antes citada, apartado 7; de 9 de octubre de 1989, C. y L.M./Reino Unido, n. 14753/89, no publicada, apartado 2, y de 10 de febrero de 1990, B./Reino Unido, n. 16106/90, D R 64, p. 278, apartado 2) (ver STJUE *Grant*, de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96, § 33).

Muchas resoluciones posteriores han versado sobre la interdicción de toda discriminación fundada en la orientación sexual, como son las relacionadas con la expulsión de los homosexuales de las fuerzas armadas (asunto *Smith y Grady vs. Reino Unido*, demandas 33985/96 y 33986/96, Sentencia de 27 de septiembre de 1999), la sanción penal referida a la distinta edad para realizar actos homosexuales consentidos con respecto a los heterosexuales (asuntos *L. y V. vs. Austria*, demandas 39392/98 y 39829/98, Sentencia de 9 de enero de 2003), la atribución de la patria potestad (asunto *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, demanda

33290/96, Sentencia de 21 de diciembre de 1999), la adopción de menores [asunto Fretté vs. France (demanda 36515/97, Sentencia de 26 de febrero de 2002), revisado en E.B. vs. Francia (demanda 43546/02, Sentencia de la Gran Sala de 22 de enero de 2008)], el derecho de subarriendo de la vivienda respecto de la pareja fallecida (asunto Karner vs. Austria, demanda 40016/98, Sentencia de 24 de julio de 2003), el cálculo de la pensión que debería haberse variado al tener una pareja (homosexual) (asunto J.M. vs. Reino Unido, demanda 37060/06, Sentencia de 28 de septiembre de 2010, § 55) y el derecho de manifestaciones promovidas por colectivos gays y lésbicos (asuntos Baczkowski y otros vs. Polonia, demanda 1543/06, Sentencia de 3 de mayo de 2007 y Alekseyev vs. Rusia, demandas 4916/07; 25924/08 y 14599/09, Sentencia de 21 de octubre de 2010).

Especialmente relevante para este trabajo es el asunto Schalk y Kopf vs. Austria (demanda 30141/04, Sentencia de 24 de junio de 2010), y no sólo porque se ocupa, frontalmente, de la cuestión del matrimonio homosexual. El Tribunal revisa su jurisprudencia anterior [expresamente el Auto Mata Estévez vs. España (demanda 56502/00, Auto de 10 de mayo de 2001, glosado en § 92), pero también los asuntos Rees vs. Reino Unido (demanda 9532/81, Sentencia de 10 de octubre de 1986, § 49) y Cossey vs. Reino Unido (demanda 10843/84, de 27 de septiembre de 1990, § 43)] para decidir que, a la vista de la evolución experimentada en las legislaciones estatales, considera que una pareja homosexual ejerce *vida familiar* desde la perspectiva del art. 8 CEDH [§ 94. Ver también el asunto P.B. y J.S. vs. Austria (demanda 18984/02, Sentencia de 22 de julio de 2010, § 30)], lo que podría hacer que el Tribunal de Justicia de la UE deba revisar lo afirmado en el asunto Grant (§ 33). Y eso lleva al Tribunal Europeo a realizar una doble afirmación, aparentemente contradictoria, pero cargada de sentido común. Si bien es cierto que las diferenciaciones fundamentadas en la orientación sexual son sospechosas, por lo que deben ser fundamentadas con razones especialmente consistentes (Ver SETEDH Karner, § 37; L. y V. vs. Austria, § 45; y Smith y Grady, § 90), los Estados disponen de un margen de actuación para adoptar medidas estratégicas en el plano económico y social (asunto Stec y otros vs. Reino Unido, demanda 65731/01, Sentencia de la Gran Sala de 12 de abril de 2006, § 52) (§ 97). Con elemental sentido común, en un panorama estatal diverso, el TEDH concluye que el art. 12 CEDH “no impone una obligación para el Gobierno demandado de garantizar a las parejas homosexuales, como la recurrente, el acceso al matrimonio” (§ 63, y aún menos se puede extraer tal conclusión del art. 14 en relación con el 8, § 101). Más aún, en el supuesto de que se decida a regular las uniones homosexuales, también dispone el Estado de un margen de apreciación a la hora de establecer su régimen jurídico, sin que esté obligado a que sea idéntico al del matrimonio (§ 108).

La Sentencia se acompaña de dos opiniones separadas. Mientras que en una de ellas, debida al Magistrado Kovler, se defiende el principio heterosexual del matrimonio previsto en el art. 12 CEDH, en la otra, suscrita por los Magistrados Rozakis, Spielmann y Jebens, se estima que los recurrentes han sido discriminados, ya que, aunque tenían una vida familiar, no podían encauzarla jurídicamente hasta que entró en vigor la Ley de 2010, sin que encuentre natural

acomodo la idea del margen de apreciación nacional en una materia en las que las diferencias deben fundarse en razones de especial convicción.

Debemos aplaudir igualmente la evolución que el Tribunal ha experimentado en lo que atañe a la adopción de menores por personas homosexuales, recordando a este respecto que la argumentación del Tribunal ha avanzado, y mucho, en la STEDH E.B. vs. Francia (de 22 de enero de 2008, demanda 43546/02) respecto de la STEDH Fretté vs. France (de 26 de febrero de 2002, demanda 36515/97). En E.B. vs. Francia, tratándose de una adopción individual, el Tribunal considera arbitrario que se le deniegue la adopción a la recurrente por la ausencia de un referente paterno al ser homosexual y vivir en pareja, porque es incompatible este motivo con aquella premisa (§ 73), aunque se manejara otro motivo no desprovisto de fundamento (§ 76). Y es que la Sala constata que la homosexualidad de la recurrente ha estado presente en todo el proceso. Partiendo, ahora sí, de que el Convenio es un instrumento vivo (§ 92), se constata la discriminación.

La Sentencia se acompaña de diversas opiniones separadas. Así, el Magistrado Costa, en un voto al que se adhieren los Magistrados Türmen, Ugrekhelidze y Jočienė, no tiene claro que la falta de referencia paterna alegada por las autoridades evidencie una discriminación por orientación sexual, y el segundo motivo no resulta ni irrazonable ni desproporcionado, por lo que discrepa de la decisión de la mayoría. También lo hace el Magistrado Zupančič, para quién un privilegio (la adopción) no puede vincularse al ejercicio de un derecho. La opinión concordante de los Magistrados Lorenzen y Jebens se centra en cuestiones menores (sobre si debía el tribunal pronunciarse sobre si el segundo motivo de la denegación de la adopción era razonable, como hace, o el alcance del fallo). Sí que discrepa de éste el Magistrado Loucaides, entendiendo que los dos motivos de denegación operaban conjuntamente, y por lo tanto no podían ser separados a la hora de evaluar su viabilidad, y afirmando, además, que la orientación sexual puede ser tomada en consideración en materia de adopción. Muy sugerente es el último voto particular, discrepante, del Magistrado Mularoni, en el que se presenta una construcción distinta en lo que atañe a la admisión del asunto (no vinculada con el derecho de adoptar, sino con su incidencia en la vida privada), y al fondo del asunto (subrayando la autonomía y consistencia del segundo motivo para denegar la adopción solicitada).

Un mapa de la situación actual de la regulación de las relaciones afectivas de parejas homosexuales se puede consultar en <http://www.pseudoghetto.com/legislacion.php>. Ver también, en el plano doctrinal, Talavera: Pedro: "El Derecho..."

2. Homosexualidad y Tribunal Constitucional

Voy a detenerme brevemente en la escasa jurisprudencia constitucional relacionada con la homosexualidad. Hacerlo exige, previamente, recordar qué normas constitucionales pueden tener una especial incidencia para este colectivo.

A mi juicio, éstas son los tres ya citados: la interdicción de las discriminaciones fundadas en la orientación sexual, el libre desarrollo de la personalidad y el mandato a los poderes públicos para remover los obstáculos para conseguir la igualdad material de las personas. Me permitirán que no incluya, en este momento, el derecho al matrimonio, del que luego hablaremos extensamente. Lo hago porque tengo claro que el art. 32.1 CE, que dispone que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, está pensando en el matrimonio heterosexual.

¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional en relación con la homosexualidad? Pues ni gran cosa ni nada que deba sorprendernos, si se atiende a la fecha de sus pronunciamientos. El Tribunal Constitucional ha señalado que el art. 14 CE prohíbe toda discriminación fundada en la orientación sexual, aunque no aparezca expresamente citada entre las allí recogidas (STC 41/2006/3, de 13 de febrero). Ahora bien, la aplicación de esta cláusula antidiscriminatoria ha sido bastante modesta, limitándose a impedir un despido laboral que pudiera justificarse en la orientación sexual del trabajador (en el citado auto).

El Tribunal Constitucional también ha censurado, desde la estricta perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que se excluya al padre de la guarda de los menores habidos en el matrimonio, pero lo ha hecho porque el propio órgano judicial se había basado en la sospecha, no probada, de su homosexualidad (STC 13/1982/4, de 1 de abril).

Por otra parte, el Tribunal ha respaldado la constitucionalidad del art. 352 del Código de Justicia Militar, precepto que tipificaba los actos deshonestos realizados en el ejército entre individuos del mismo sexo. El Tribunal Constitucional entiende que dichos actos, “tanto por los sujetos que los cometen, como por su mismo contenido y finalidad no son asimilables ni comparables con las relaciones heterosexuales” (ATC 446/1984/6, de 11 de julio). Afirmación apodíctica y vacía en parte de sentido (¿cuál es el contenido o la finalidad de una relación sexual?) que dudo que repitiera hoy el Tribunal.

No se puede decir que el Tribunal Constitucional se haya tomado muy en serio la tarea de proteger la posición de las personas homosexuales, y es una pena porque dicho conservadurismo contrasta con la posición adoptada por otros órganos judiciales. Por citar algunos ejemplos, podrían citarse las relevantes decisiones adoptadas por los Tribunales Supremos de Massachusetts de 4 de marzo de 2003, de Connecticut de 8 de octubre de 2008 y de Iowa de 3 de abril de 2009. Es de justicia aligerar esta crítica, porque las resoluciones del Tribunal Constitucional a las que hemos aludido se han dictado hace años, en un contexto social que poco tiene que ver con el actual.

En España, como en otros países de nuestro entorno, la normalización ha venido provocada por la actuación del legislador. Podrían citarse, en esta dirección, el art. 16.1.b) de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que otorga el derecho de subrogación arrendaticia a la persona que haya vivido permanentemente con el arrendatario fallecido, o el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, que equipara al cónyuge con la persona con la que

mantenga una relación permanente de especial afectividad, con independencia de su orientación sexual

El Tribunal Constitucional tendrá en breve una nueva oportunidad para pronunciarse sobre la eventual inconstitucionalidad de una Ley que, superando una discriminación histórica, ha abierto la institución del matrimonio a las parejas compuestas por personas del mismo sexo. A su examen dedicamos las siguientes consideraciones.

3 El matrimonio homosexual

3.1 El punto de partida

Ni siquiera los colectivos de gays y lesbianas podían sospechar en el año 2004 que podrían casarse poco tiempo después. Podríamos decir, con cierto rigor, que en ese tiempo ya existía un claro consenso social y político de que había que establecer un régimen jurídico para que las parejas homosexuales pudieran formalizar sus uniones. También estaba claro que el estatuto que podía conferirse a sus contrayentes sería muy similar al de los cónyuges heterosexuales.

Las discrepancias políticas existentes se vinculaban, fundamentalmente, con el nombre que tal unión debía recibir, y con una determinada facultad incluida en su estatuto jurídico. En relación con la primera cuestión apuntada, mientras que algunas voces, minoritarias, defendían la apertura del matrimonio civil, otro sector, más conservador, prefería conferir otro nombre a las parejas homosexuales. Por otra parte, se debatía hasta la saciedad si era razonable que pudieran adoptar las parejas homosexuales.

3.2 El anteproyecto

Partiendo de estas premisas, hubiera sido relativamente fácil consensuar un texto legal que regulara el régimen jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo, aunque hubiera sido más difícil determinar el alcance de la adopción. Sin embargo, el Gobierno optó por presentar un proyecto de Ley más comprometido, en el que se instaba a una revolucionaria reforma del régimen legal del matrimonio. Aunque la modificación realizada parecía modesta, en la medida en que se limitaba a sustituir las referencias realizadas en el Código Civil al hombre y la mujer por la indeterminada a los cónyuges, añadiendo en el art. 44 del mismo que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, era radical, en la medida en que igualaba, sin matiz alguno, el régimen jurídico de ambas uniones.

3.3 Reacciones: generalidades

Como se podrán imaginar, tal decisión política generó un profundo malestar en algunos sectores sociales y políticos. La Iglesia Católica, por ejemplo, mostró su rechazo de todas las formas posibles en una serie de documentos (hoy consultables en la página web de la conferencia episcopal española) y con su apoyo a la convocatoria de manifestaciones (La familia sí importa). También el Foro Español de la Familia organizó una marcha contra la reforma en curso el 18 de junio de 2005. En el plano político, el PP negó su apoyo a la iniciativa gubernamental, porque, a su decir, afectaba a la institución del matrimonio y porque permitía, además, la adopción conjunta de menores.

Dejando de lado el debate social y político, interesa centrar nuestra mirada en los informes que emitieron dos importantes órganos. El primero, preceptivo, fue evacuado, como correspondía, por el Consejo de Estado. El segundo, que no lo era por no afectar el anteproyecto a asuntos de justicia, fue impuesto por el Consejo General del Poder Judicial. Con esta actuación, el Consejo llegó a su más alto grado de irresponsabilidad, haciendo política partidista (además de homófoba) en vez de cumplir con las altas responsabilidades que le atribuye el ordenamiento jurídico.

Para entender bien la oposición, social y jurídica, surgida contra el proyecto de Ley es muy recomendable la lectura del estudio de Leire Etxazarra (“La legalización...”).

3.4 El dictamen del Consejo de Estado

El Consejo de Estado es prudente en su labor, pero aun así el informe no puede ser asumido acriticamente. Por eso nos permitiremos glosar sus aportaciones con algunas reflexiones personales.

El Consejo de Estado parte de una premisa incuestionable: el matrimonio constitucionalmente previsto en el art. 32 de la Constitución es heterosexual. No es solamente que diga “el hombre y la mujer”, es que resulta ingenuo (por no decir manipulador) decir seriamente que en el año 1978 se habría consagrado el derecho de las parejas de mismo sexo a casarse.

El propio Tribunal Constitucional es consciente de este dato. En efecto, en el ATC 222/1994, de 11 de julio, puede leerse que “al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)”. Y por este motivo, dicho Tribunal ha señalado que el recurrente no tenía derecho a percibir una pensión de viudedad por la muerte de su compañero, admitiendo “la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial” (ídem).

Ahora bien, que el matrimonio homosexual no esté previsto en la Constitución no implica, obviamente, que sea incompatible con ésta, puesto que el legislador puede hacer todo lo que quiera excepto vulnerar la Constitución. El Consejo de Estado recuerda que el legislador puede “adecuar las instituciones garantizadas al espíritu de los tiempos”, pero añade que no deberá “hacerlo en términos que las hagan irreconocibles por la conciencia social de cada tiempo y lugar” (apartado V).

Hasta aquí no hay nada que criticar. Esta primera premisa (el matrimonio homosexual no está previsto en la Constitución) parece razonable. No lo es tanto la segunda premisa: la convivencia de parejas formadas por personas del mismo sexo plantea problemas específicos y distintos a los que operan en las heterosexuales (apartado IV.A). Aunque esta idea se repite en diversas ocasiones, no se fundamenta adecuadamente. En efecto, se afirma en el apartado IV.C que si la reforma legislativa se produjera, se constreñiría “a quienes tienen una opción sexual y de afecto por personas de su mismo sexo a insertarse en una institución jurídica cuyo régimen ha sido conformado para dar cauce a una realidad distinta”, o que “la pluralidad de realidades demanda una diversidad de instituciones”.

Pero, ¿cuál es esa realidad? ¿Cuál es esa problemática vinculada al matrimonio conformado por personas del mismo sexo que no concurre, o lo hace de forma distinta, en las heterosexuales? Les confieso que, aunque he tratado de buscarla, no la encuentro. No son muy convincentes los ejemplos presentados por el Consejo de Estado, vinculados con la determinación de la paternidad y las presunciones en materia de filiación. El primero no ve alterado su sentido con el reconocimiento del matrimonio homosexual, puesto que con la determinación de la paternidad se pretende identificar al responsable de un menor, con independencia de su estado civil. Desde esta perspectiva, guarda mayor relación con el derecho de familia que con el régimen jurídico del matrimonio. Lo mismo cabe decir de las presunciones en materia de filiación. De hecho, sorprende bastante que el Consejo de Estado no recuerde en su informe que, como el Tribunal Constitucional ha recordado, existe un distinto régimen jurídico vinculado al matrimonio, de un lado, y al derecho de familia, de otro.

Precisamente por este dato, los derechos de los menores se encuentran muy bien garantizados en nuestro país, donde lo relevante no es determinar cuál es la vinculación contractual de sus progenitores, sino hacer que los derechos (especialmente el de alimentos) sean eficazmente garantizados.

A la vista de estas consideraciones, se entenderá que cuestionemos la segunda premisa contenida en el Informe del Consejo de Estado, referida a la distinta realidad del matrimonio homosexual respecto del heterosexual. Ni tal afirmación se justifica de forma convincente, ni resulta de recibo en un modelo jurídico-constitucional como el español, en el que se regulan de forma diferenciada el matrimonio y el derecho de familia.

Esta crítica debe extenderse a la conclusión del informe, que se fundamenta en esta segunda debatida premisa, y que va a considerar que sería más aconsejable, antes de abrir la sacrosanta institución del matrimonio a las parejas compuestas por personas del mismo sexo,

el abordar una regulación específica sobre las uniones conformadas por personas del mismo sexo. Tal opción permitiría, siempre a juicio del Consejo, regular de forma más detallada su particular estatuto jurídico.

Se aprecian en el informe también algunas reservas en materia de adopción, que nos limitamos a apuntar (apartado IV.C.c).

3.5 El informe del Consejo General del Poder Judicial

Ya se ha adelantado que el Informe emitido por la mayoría el Consejo General del Poder Judicial es desafortunado, tanto en su gestación, como en su contenido. En su gestación, porque no tenía competencia para dictarlo, como se explica con contundentes argumentos en los tres votos particulares realizados por los consejeros discrepantes, aunque en uno de ellos se dé, además, escueta respuesta a los argumentos de fondo manejados por la mayoría.

Estos argumentos son homófobos en su redacción final, y adquieren relevancia penal en la provisional, en la que se equiparaba la homosexualidad con la zoofilia (art. 510 CP), con la consiguiente lesión difusa del honor de las personas afectadas (STC 214/1991, que resuelve el conocido asunto Violeta Friedman).

No es que todo lo que allí se dice sea incorrecto. Se reitera, por ejemplo, que el matrimonio previsto en la Constitución es de naturaleza heterosexual. Más discutible es que se indique que hoy no existe discriminación porque todas las personas (también los homosexuales) pueden casarse, si así lo desean, con otra persona de distinto sexo (vid, ahora, el discutible argumento recogido en la STJUE Grant, de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96, §§ 27-28), o que se diga que la prohibición del matrimonio de dos personas del mismo sexo es comparable a otras que existen en nuestro ordenamiento, como es la de casarse entre parientes o con personas que mantengan vínculos matrimoniales vivos. Nadie cuestiona, en este momento de la historia y en nuestro país, el carácter monógamo del matrimonio o la interdicción de los matrimonios entre hermanos (que se puede fundamentar, por cierto, en la protección de la salud). Sin embargo, la vinculación social del matrimonio con el amor, y la existencia de relaciones sentimentales entre personas del mismo sexo, permite plantearse el derecho a que dichas relaciones puedan ser formalizadas.

En relación con el impedimento matrimonial por razón de parentesco puede consultarse la STEDH recaída en el asunto B. y L. vs. Reino Unido (demanda 36536/02, Sentencia de 13 de septiembre de 2005).

Volviendo al Informe, resulta lógico que se cebe en la enumeración de los posibles motivos de inconstitucionalidad en los que la ampliación del matrimonio a las parejas homosexuales podría incurrir. El primero de ellos (p. 21 ss.) es el referido a la referencia hombre y mujer del art. 32.1 CE, a su carácter heterosexual, que se vería además confirmado por las referencias a la madre y a los hijos en el art. 39 CE y 58, que aluden a la figura del o de la consorte del Rey o de la Reina. El segundo argumento que propugna la inconstitucionalidad

de la medida es que vulnera la imagen maestra del matrimonio, dado que la incorporación del matrimonio homosexual es un cambio radical y que sitúa al legislador en el plano constituyente, lo que le está lógicamente vedado (p. 27). Por otra parte, en tercer lugar, se pierde la reconocibilidad propia de la institución matrimonial, que excluye la regulación de otros tipos de matrimonios (como son el poligámico o el homosexual, p. 30). Resulta también inconstitucional que se contemple la adopción conjunta de matrimonios homosexuales, porque es apodípticamente considerada perjudicial para el interés del menor (p. 31) y porque pretende crear una vinculación incompatible en el plano biológico. No considera el Consejo General discriminatorio que una pareja homosexual no pueda adoptar, ya que tampoco lo pueden hacer dos personas del mismo sexo que convivan (hermanos, amigos convivientes), se inscribe en la prohibición de adopción de parejas (excluidos el matrimonio y las parejas de hecho), y no se justifica en la mayor protección del menor (pp. 32-34). Y ello a pesar de que diversas leyes autonómicas de uniones de hecho permiten el acogimiento de menores a parejas homosexuales, como son las de Navarra, Aragón, Asturias, Andalucía, Extremadura y País Vasco.

Ver, en el plano doctrinal, España Mallorquín, Susana: "El matrimonio...", esp. p. 231.

La mayoría del Consejo no solamente considera inconstitucional la reforma, sino también inconveniente. En un acto de falsa consideración, se indica que el Consejo realizará únicamente objeciones jurídicas, basadas en razones lo más objetivas posibles (sic) y como simple llamada de atención (p. 37). Y lo hace afirmando que el matrimonio heterosexual no se basa en la "tendencia" heterosexual de sus miembros, sino en una realidad biológica, física o anatómica (p. 38). Sin comentarios. Reitera el Consejo la necesidad de respetar la imagen maestra del matrimonio (pp. 38 ss.), por razones de oportunidad y seguridad jurídica, afirmando que su existencia es previa al Estado, por lo que éste no puede adulterarlo (p. 43), reiterando su inexcusable carácter heterosexual.

También se afirma, como en el informe del Consejo de Estado, que matrimonio y unión homosexual son realidades distintas, por su estructura (obvio), por su funcionalidad social (fecundidad vs. esterilidad), por su cuantía (menor en el segundo), por su estabilidad (mayor en el primer caso). Es evidente que ninguna de estas razones presenta una mínima consistencia. Los matrimonios heterosexuales deberían prohibirse, por ejemplo, por falta de funcionalidad cuando el hombre es estéril, la mujer ha llegado a la menopausia o se utilizan los servicios (públicos muchas veces, por cierto) de planificación familiar. Los derechos nada tienen que ver ni con la cantidad de las personas que los invocan ni con su orientación sexual (por cierto, criterio este de diferenciación que debe ser considerado sospechoso a la vista del art. 14 CE) ni por la forma (incluso arbitraria) de ejercerlos.

Tras insistir en que se ve afectada la imagen maestra del matrimonio (pp. 48-49), se presentan otros argumentos que cuestionan la iniciativa legislativa. Así se dirá que el legislador puede promover la igualdad de las parejas homosexuales, aunque éstas no se encuentren discriminadas, a través de medidas que no supongan una adulteración de la figura del matrimonio. De esta forma, no se contribuirá a la confusión del derecho de familia, evitando que se

vea afectada por una opción radical, discutida y discutible, y que se conecta además con una circunstancia (la tendencia sexual) que es subjetiva. El informe se recrea insistiendo en la presunta disfuncionalidad del matrimonio homosexual (p. 54 ss.), que se vincula con su esterilidad, la extramatrimonialidad de la filiación, la devastadora adopción para los (pobres) niños afectados. El retrógrado informe sigue afirmando que no puede identificarse el compromiso homosexual con la *affectio maritalis*, y reiterando argumentos ya citados en este estudio.

Las conclusiones del informe no son sorprendentes: el legislador puede regular las uniones entre personas del mismo sexo, pero no abrir el matrimonio a ellas, porque sería inconstitucional y políticamente inconveniente, especialmente en lo que se refiere a la adopción.

Afortunadamente, algunos consejeros no asumieron estos planteamientos, y formularon distintos Votos Particulares. El primero de ellos fue suscrito por siete vocales (entre ellos, el profesor Aguiar). En él se indica, a mi modesto entender, lo obvio. Se denuncia la evidente extralimitación en que ha incurrido la mayoría del Consejo al dictar un informe no solicitado y que no guardaba relación alguna con la justicia, y que contiene un discurso más político que jurídico. En este voto disidente se discrepa también del fondo del informe, defendiendo la constitucionalidad de la reforma, que no cuestiona la regulación constitucional del matrimonio. Se contextualiza la reforma en el marco de la evolución de la conciencia social en la materia, también evidenciada en otros países y en el plano europeo. Se considera plenamente constitucional porque “la extensión de un determinado derecho a nuevos colectivos de ciudadanos no reduce, desvirtúa o desnaturaliza el derecho a contraer matrimonio de aquellos ciudadanos (ciertamente los más) que tradicionalmente venían ostentando tal derecho” (p. 8), y que encuentra además apoyatura constitucional en el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad material (arts. 10.1 y 9.2 CE). Defienden, además, que se ha producido una profunda evolución en el concepto de matrimonio (que ya beneficiaba a la persona que, habiendo alterado su sexo, se casa con otra que nació con sus mismos atributos sexuales, p. 10-11). Vinculan el matrimonio hoy con “la idea de acuerdo de vida en común, los sentimientos de afecto recíproco como fundamento del mismo, la satisfacción de las tendencias sexuales de la pareja con independencia de cual sea su orientación sexual, la ayuda recíproca entre los cónyuges, y todo ello basado en la lealtad y fidelidad recíprocas” (p. 11). Finalmente, consideran más razonable (por no discriminatoria) la apertura del matrimonio a las personas homosexuales que la creación de un estatuto jurídico distinto pero de similar contenido, como propugna el Consejo de Estado.

El segundo voto particular, suscrito por el consejero Agustín Azparren Lucas, se niega a entrar en el examen de fondo, por entender que ello ahonda en la incompetencia del Consejo para pronunciarse en el caso que nos ocupa. Y lo mismo hace Alfons López Tena en el tercero.

3.6 La tramitación de la Ley

No nos detendremos en este punto. Baste con recordar que en la votación del pleno del Congreso celebrada el 5 de mayo de 2005 la iniciativa contó con el respaldo de los diputados socialistas y el rechazo de los populares (aunque la diputada Celia Villalobos se desmarcó de la posición defendida por su grupo parlamentario y voto a favor) y de Convergencia i Unió.

La propuesta fue, sin embargo, vetada en la Cámara alta el 28 de junio de 2005, a instancia del senador Jordi Casas, de Unió Democràtica. El mismo prosperó con el respaldo de los senadores del PP, cuatro senadores de CiU, y en contra del parecer de los senadores socialistas, de Entesa Catalana del Progrés, PNV, Coalición Canaria e IU.

El veto fue superado, y la ley definitivamente aprobada, por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados en la sesión celebrada el 4 de julio de 2005. A favor votaron PSOE, PNV, ERC, CC, IU, Grupo Mixto, dos diputados de CiU y Celia Villalobos, del PP. En contra se posicionó esta formación y Unió Democràtica de Catalunya, mientras que varios diputados de CiU se abstuvieron.

3.7 El contenido de la Ley 13/2005

Como ya se ha adelantado, el legislador español ha optado por el modelo de asimilación, en vez de crear un régimen jurídico diferenciado -nominalmente o también en su contenido- para las parejas homosexuales.

Aunque el asunto es, como enseguida diremos, discutible, me parece que plantea más ventajas que inconvenientes. No resulta preciso adaptar unas normas a una realidad que es, si no me equivoco, sustancialmente idéntica. Lo es porque la procreación es una posibilidad que hoy no se vincula, habitualmente, con el matrimonio. Hay matrimonios que deciden no tener hijos y parejas que, aunque no se hayan casado, deciden formar una familia. Hay personas solteras que deciden tener descendencia (ya sea a través de la adopción o de otras vías jurídicamente vidriosas pero conocidas por todos).

Es cierto que el matrimonio ha tenido una dimensión jurídica vinculada con la herencia del nombre y del patrimonio, en un contexto marcadamente machista. Es igualmente claro que también en su formulación histórica se pretendía defender a la parte más débil (la mujer) a través de la discutible fórmula del proteccionismo, pero resulta desafortunado aplicar estos cánones a la realidad actual, en el que se persigue la plena igualdad jurídica entre hombres y mujeres y en los que nuestra sociedad vincula la idea de matrimonio con los sentimientos y el compromiso personal adquirido, públicamente, entre dos personas.

Lo mismo cabe decir de la adopción. Es cierto que puede cuestionarse, como hace mi buen amigo Fernando Rey, si no resulta más adecuado que el adoptado tenga una referencia heterosexual en su hogar, pensando en su desarrollo. Sería demagógico obviar, por ejemplo,

que es probable que ese menor pueda recibir críticas externas por la orientación homosexual de sus progenitores o que tendrá que enfrentarse con interrogantes distintos (y acaso más complejos) que otros que vivan en un entorno tradicional. Aparcamos aquí esta pregunta, a la que daremos respuesta más adelante.

Interesa resaltar en este momento que tras la entrada en vigor de la Ley se han planteado dos problemas. El primero, menor, es la objeción de conciencia planteada por algunos jueces para negarse a celebrar matrimonios homosexuales. El segundo, de mayor relevancia, es el recurso de inconstitucionalidad presentado por sesenta diputados del PP. Veamos cada uno de ellos, y demos después cuenta del desarrollo de la Ley durante estos años.

3.8 La objeción de conciencia para celebrar matrimonios

Hay un viejo principio, positivizado en casi todos los ordenamientos jurídicos, que dispone que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento (art. 6.1 CC). Recordamos este principio porque resulta sorprendente y desafortunado que aquéllos que tienen por principal obligación enjuiciar si los particulares respetan las normas, se decidan, con plena conciencia, a ignorarlas. Es verdad que lo han hecho porque algunas instancias políticas y sociales (*Nota acerca de la objeción de conciencia ante una Ley radicalmente injusta que corrompe la institución del matrimonio*, emanada del Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal el 5 de mayo de 2005) les han dado alas, pero eso no justifica que los jueces desconozcan el Derecho.

Vayamos por partes. Tras la aprobación de la Ley, algunas parejas homosexuales comienzan a tramitar sus matrimonios. El problema surge porque algunos titulares de los Juzgados competentes solicitan ser apartados de la tramitación de dichos expedientes, alegando su derecho a la objeción de conciencia. La primera objetora, Isabel López García-Nieto, lo hace invocando su condición católica y citando interesadamente una jurisprudencia del Tribunal Constitucional superada hace algunos lustros, que vinculaba la objeción de conciencia con la libertad ideológica y religiosa (cfr. <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=10156>). Apoyarán esta actitud los autores contrarios al matrimonio homosexual, como Rafael Navarro-Valls ("La objeción...") y algunos consejeros del Consejo General del Poder Judicial que, aunque reconocen que no cabe en los jueces la objeción de conciencia, estiman que la libertad ideológica o religiosa puede oponerse al deber, sugiriendo la activación del mecanismo de sustituciones.

Es evidente, a mi modesto entender, que a los órganos judiciales no les asiste derecho alguno a la objeción de conciencia en esta materia, ni tampoco a los cargos municipales. Bastaría con recordar que la objeción de conciencia se produce cuando un sujeto es obligado a realizar algo, cosa que, por definición, no puede ocurrir con quién mantiene una relación voluntaria con la administración para prestar funciones públicas. El Tribunal Supremo recuerda, además, que no está legalmente prevista, por lo que no reconoce su existencia (STS -Sala Tercera- de 11 mayo 2009, recurso 69/2007, de la que es Ponente el Magistrado D. Pablo

Lucas Murillo de la Cueva. Decisión duramente cuestionada por Ángel López-Sidro López en “La objeción...”).

Tampoco los magistrados pueden cuestionar la constitucionalidad de la Ley al desempeñar sus funciones al frente del registro civil. El Tribunal Constitucional ha excluido tal posibilidad en diversas resoluciones, entre las que destacan los AATC 505/2005 y 508/2005, de 13 de diciembre, en los que ha concluido que el Juez encargado del Registro Civil no está facultado con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, dado que su actuación ni presenta carácter jurisdiccional ni se dicta en el marco de un proceso, contradiciendo así lo vaticinado por el profesor Navarro-Valls.

3.9 El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta diputados

Más importancia presenta, sin ningún género de dudas, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta diputados del Partido Popular. Aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre el mismo, resumiremos aquí su argumentación y daremos nuestra opinión sobre su viabilidad.

Las primeras líneas del recurso del PP contienen una argumentación muy débil, en la que se denuncia que la mayoría parlamentaria se haya decidido a modificar “los elementos definitorios básicos de una institución fundamental de nuestra estructura social”, (a) despreciando el consenso con la oposición, (b) desconociendo el carácter institucional básico del matrimonio, (c) alterando la Constitución y (d) dejando de lado otras fórmulas más adecuadas para lograr el fin perseguido. Estas afirmaciones iniciales carecen de un mínimo contenido, limitándose a expresar un legítimo punto de vista, pero no un argumento jurídico para decretar la inconstitucionalidad de la reforma.

El primer motivo de inconstitucionalidad se funda en el art. 32 CE, y en él se recuerda que el matrimonio constitucionalmente previsto es heterosexual y que se trata de una garantía institucional, que no puede ser alterada por el legislador. Siguiendo la argumentación del discutible informe del Consejo General del Poder Judicial, dedica muchas páginas a recordar lo obvio: el art. 32 regula el matrimonio heterosexual. Expone después la duda de si tal alteración del matrimonio podría comprometer el art. 32 CE, pero no acierta a explicar qué facultad del derecho queda afectada por la reforma. Quizás la imposibilidad de argumentar en este punto, explica que el razonamiento se traslade al campo de la garantía institucional, que debe ser respetada en su núcleo esencial por el legislador (STC 32/1981, de 28 de julio). El recurso considera que con el reconocimiento del matrimonio homosexual esta garantía institucional queda vaciada de contenido, desnaturalizada y tergiversada. Se insiste, además, en que la norma es desproporcionada, porque habrían cabido otras opciones “orientadas a una nueva regulación del nuevo modelo de pareja”.

El segundo motivo de inconstitucionalidad se vincula con la eventual lesión del art. 10.2 CE, ya que en el plano internacional también se considera heterosexual el matrimonio.

Se consideran vulnerados, en tercer lugar, los principios de igualdad formal y material (arts. 14 y 9.3 CE). Entienden los recurrentes que, dado que el matrimonio (heterosexual) y la unión (homosexual) son materias distintas, no puede exigirse una regulación única al amparo del principio de igualdad.

Asimismo, se considera que la reforma vulnera la protección de la familia, la protección integral de los hijos y de los niños en general (arts. 39, apartados 1, 2 y 4, respectivamente), por permitir la adopción conjunta por matrimonios homosexuales, lo que sería contrario al interés del adoptado.

Finalmente, se entiende lesionado el principio de jerarquía normativa (art. 9.1), puesto que la ley modifica la noción constitucional de matrimonio, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por actuar el legislador en contra de la Constitución, y el art. 167 de ésta, porque se reforma la Constitución al margen del procedimiento constitucionalmente previsto para ello.

Diríase, en resumen, que la reforma ha producido, a juicio de los parlamentarios recurrentes, un grave daño constitucional, rompiendo con una institución ancestral, lo que nos aboca, al parecer, a terribles males.

Antes de examinar la viabilidad de este recurso de inconstitucionalidad, merece la pena exponer, brevemente, que efectos ha tenido la entrada en vigor de la Ley, para evaluar si los daños provocados son tan graves como los anunciados.

3.10 La aplicación de la Ley 13/2005

Lo cierto es que el matrimonio sigue gozando, entre nosotros, de buena salud, pese a todo. Valiéndonos de la voz de wikipedia “Matrimonio entre personas del mismo sexo en España”, que incluye referencias a informes del Instituto Nacional de Estadística y a un importante estudio de la Fundación BBVA, podemos señalar que el porcentaje de matrimonios formados por personas del mismo sexo se sitúa, cada año, entre el 1,60 y el 2,10 % del total. No solamente no se han producido conflictos sociales, sino que en el citado informe se indica que el 60% de los españoles aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo. El apoyo es mayoritario entre los jóvenes de entre 15 y 34 años (75%), las personas con estudios superiores (71%), los no adscritos a una religión (75,5%), y los que se identifican con la izquierda y el centro-izquierda (71,9%). Sin embargo, sólo un 44% se manifiesta a favor de la adopción por parejas homosexuales, frente a un 42% que se opone.

3.11 ¿Qué puede decir el Tribunal Constitucional?

Si todo lo que he dicho hasta el momento es opinable, será mucho más osado a partir de este momento, pronunciándome sobre lo que intuyo que dirá (o, mejor dicho, debería decir, a mi modesto entender) el alto Tribunal.

Comencemos por lo obvio: el matrimonio previsto en la Constitución es de naturaleza heterosexual. Coincido en este punto con todos los críticos con la Ley, y, ya puestos, con lo que ha señalado el Tribunal Constitucional italiano (Sentenza 138 de 2010), el Tribunal Constitucional portugués (Sentencia 359/2009), el Consejo Constitucional francés (Décision 2010-92 QPC de 28 de enero 2011) y el Tribunal Constitucional federal alemán (Auto 806, de 4 de octubre de 1993 –del que existe versión en castellano en la nada neutral página web http://www.unav.es/civil/nsd/pagina_2.html).

Es verdad que el Tribunal Constitucional podría optar por reinterpretar el art. 32 CE, sobre el derecho al matrimonio, optando por una interpretación dinámica del matrimonio, que tomara en consideración la profunda transformación social operada en este punto (vid. Strauss, David A: *The living Constitution*. Harvard Oxford University Press. Oxford, 2010), y vinculando tal decisión con algunas disposiciones constitucionales (en particular, la remoción de obstáculos para lograr la igualdad efectiva de las personas y la interdicción de discriminaciones basadas en la orientación sexual). Ya hemos visto, de hecho, que una argumentación como ésta se ha producido en algunos Estados de Norteamérica y se ha debatido también en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (asunto Schalk y Kopf vs. Austria, demanda 30141/04, Sentencia de 24 de junio de 2010, §§ 55-57). Pero tal decisión sería sorprendente en un Estado europeo, puesto que estos gozan de extensos textos constitucionales y en ellos se da un respeto reverencial hacia la letra de lo escrito en ellos.

Cuestión distinta es que nuestro Tribunal Constitucional se vea obligado a repensar el alcance de su jurisprudencia, matizándola, como sin duda alguna tendrá que hacer en relación con la interrupción voluntaria del embarazo. Pero esta cuestión, aunque muy interesante, nos aleja del objeto de esta exposición.

Ahora bien, que la Constitución no exija la regulación del matrimonio homosexual no quiere decir que, de producirse, ésta sea contraria a la Constitución. Como es bien sabido, el legislador no debe ejecutar, desarrollar la Constitución, sino, simplemente, no vulnerarla. Por ese motivo resulta contradictorio que, en el recurso del PP, se afirme que el matrimonio homosexual no está recogido en la Constitución y, a la vez, que su regulación vulnera aquélla. Para que una ley sea contraria a la Constitución será preciso, necesariamente, que la misma venga a vulnerar alguna materia allí contenida, presupuesto que, al decir de los propios recurrentes, no se produce en este caso.

Es evidente que las dos únicas quejas que presentan un mínimo interés constitucional son las relacionadas con el derecho al matrimonio y con la eventual adopción de menores por parte de matrimonios homosexuales.

Nos detendremos, en primer lugar, en la queja referida con el art. 32 CE y con todas aquéllas otras que se vinculan, directa o indirectamente, con el precepto constitucional citado. Aunque la queja principal presenta un mínimo interés, carece, sin embargo de contenido que justifique su estimación. Es imposible que la extensión de un derecho (como es el de contraer matrimonio) a personas homosexuales lesione el derecho subjetivo –que mantienen, y que se encuentra constitucionalmente garantizado- de las personas heterosexuales. Ninguna ley que amplíe derechos puede ser inconstitucional, salvo si tal extensión conlleva una restricción, para otras personas, de ese mismo derecho fundamental o de otros. Pero no se proporciona en el recurso un solo argumento en esta dirección. Se expresa una discrepancia política, legítima, para fundamentar un vicio de inconstitucionalidad lo que, simplemente, no existe.

Compartimos sin ambages la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia de 17 de julio de 2002, cuando señala que la protección que la Constitución dispensa al matrimonio no impide al legislador atribuir a las parejas derechos y deberes parecidos o análogos a los que derivan de aquel, puesto que la institución del matrimonio no está amenazada por una institución que se dirige a personas que no pueden contraerlo. Aunque es cierto que en el caso alemán se utiliza otra denominación, no creo que una cuestión de simple nombre pueda servir para vulnerar una garantía esencial, cuando ésta no afecta a su contenido primigenio como aquí ocurre. Coincidimos, pues, con el autor de uno de los primeros estudios publicados en esta materia (Gavidia, p. 46).

La Sentencia de 17 de julio de 2002 puede consultarse en castellano en Schwabe, Jürgen: *Jurisprudencia...*, pp. 265 ss. Puede consultarse, en sentido cercano, la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá relativa al Requerimiento relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo, 2004 CSC 79 de 9 de diciembre de 2004, en la que se afirma que “el simple reconocimiento del derecho a la igualdad de un grupo no puede, en sí, comportar un atentado contra los derechos de otro grupo. El avance en los derechos y valores consagrados por la Carta beneficia al conjunto de la sociedad, y la afirmación de esos derechos no puede como tal infringir los mismos principios que la Carta está llamada a promover”. Comenta esta resolución Alain Vallières, en “La prohibición...”.

Podría así decirse, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley, que ésta no vulnera el derecho al matrimonio heterosexual constitucionalmente previsto en el art. 32 CE, siendo irrelevante, en este punto las normas internacionales en materia de derechos humanos, puesto que no se ha visto afectado el derecho de persona alguna a casarse. Por otra parte, resulta del todo indiferente que el legislador haya entendido bien o no las exigencias derivadas del principio de igualdad sustancial, o que existieran otras alternativas posibles. En un Estado democrático las decisiones del legislador se justifican por la regla de la mayoría, con el único límite jurídico de que no transgredan la Constitución. Puesto que

no se ha vulnerado la imagen maestra del matrimonio, aunque se haya abierto, por vía legal, a las parejas homosexuales, carecen de consistencia los motivos relacionados con los arts. 9 y 167 CE.

Aunque es cierto que el problema es más complejo, si se concibe el matrimonio (heterosexual) como una garantía institucional (vid. Díez-Picazo, Luis María: "En torno...", pp. 11-12), creo que los argumentos esgrimidos hasta el momento (las normas constitucionales favorables a la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales y los precedentes comparados), unidos al respeto que el legislador democrático siempre merece, inclinarán la Sentencia del lado de la constitucionalidad de la medida.

No es descartable que el Tribunal añada a esta argumentación que, aunque la Constitución no exija la regulación del matrimonio homosexual, ésta encuentra apoyatura en algunas disposiciones constitucionales, como son el libre desarrollo de la personalidad y el principio antidiscriminatorio por orientación sexual. Aunque es evidente que podría haberse optado por otro modelo, lo relevante es que éste es acorde con aquéllas.

Esto es lo que el Tribunal ha hecho en la Sentencia relacionada con el *home schooling*, cuando afirma que, aunque la escolarización obligatoria de los estudiantes es una medida acordada libremente por el legislador democrático, encuentra, además, apoyaturas constitucionales (en particular, las ofrecidas por los arts. 27.1 y 27.2 CE. STC 133/2010/9, de 2 de diciembre de 2010).

Los restantes fundamentos del recurso, relacionados con el art. 32 CE, presentan una menor enjundia. Si se acepta que no se vulnera el derecho al matrimonio y, lo que sin duda es más complejo, que no se ve afectada por su ampliación la institución del matrimonio, carece de cualquier contenido la última queja de la demanda, relacionada con el principio de jerarquía normativa y el art. 167 CE, sobre la reforma.

Tampoco se vulnera el art. 10.2 CE, puesto que, si bien es cierto que algunos textos de nuestro entorno (Convenio Europeo de Derechos Humanos) siguen manejando una visión heterosexual del matrimonio, otros muestran una clara apertura en esta materia (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Podría añadirse que, incluso en el marco del Convenio, el Tribunal de Estrasburgo ya reconoce que las parejas homosexuales ejercen una vida familiar que es amparable desde la perspectiva del art. 8 CEDH.

El argumento de la doble lesión del principio de igualdad (de la formal y de la material) tampoco resulta admisible. No se entiende, en el momento actual, qué diferencia a una pareja heterosexual de otra homosexual. En nuestro contexto histórico, el matrimonio sirve para expresar la afectividad sentimental y sexual entre dos personas, por lo que no resulta evidente que su orientación sexual sea un dato relevante.

Es verdad que esto no siempre fue así. La institución del matrimonio surge para asegurar cosas distintas, vinculadas con la propiedad y la prole. Es bien sabido que en muchas culturas (especialmente en la romana –en la que, por cierto, era posible el matrimonio homosexual–), una cosa era el matrimonio y otra bien distinta la afectividad o el sexo. También en

la configuración tradicional del matrimonio ha pesado, y mucho, la protección de la mujer, confinada su existencia dentro del lugar. Afortunadamente, todos estos elementos han experimentado una honda evolución. La protección integral de los menores es absolutamente independiente del estatuto jurídico que tenga la relación de sus progenitores y la mujer posee idénticos derechos a los de sus parejas. Siendo esto así, podría cuestionarse cuál es en la actualidad, la utilidad social del matrimonio, interrogante que supera, con creces, los modestos objetivos de este estudio.

Quedaría, por fin, el examen del argumento dirigido, en particular, contra la adopción por parte de parejas homosexuales, que se anuda al interés del menor. Estamos, posiblemente, en el asunto más polémico de los tratados. De un lado porque, como ya se ha apuntado, resulta ingenuo negar que el menor educado por una pareja homosexual puede verse sometido, en el momento actual, a interrogantes o conflictos añadidos a los de otros niños de su entorno, como en su día ocurriera con aquéllos otros cuyos padres se divorciaron. De otro porque no existe un claro acuerdo social sobre la adopción por parte de parejas homosexuales, en el que el voto favorable solamente puede argüir una exigua mayoría del 44% de la población frente al nada despreciable 42% que se opone.

Sin embargo, es posible también defender la constitucionalidad del precepto que permite la adopción conjunta de menores por parte de parejas homosexuales. Podría afirmarse, por ejemplo, que el desarrollo del menor depende de factores mucho más importantes (el cariño y ejemplos recibidos, por ejemplo), y que toda persona debe convivir con las circunstancias de su entorno (económicas, sociales, físicas, etc.).

Existe otro argumento, a mi juicio definitivo, para defender la constitucionalidad de la Ley. Desde que la adopción individual es posible en nuestro país, todas las parejas homosexuales que han querido descendencia lo han logrado sin problemas, asumiendo la adopción uno de sus miembros. Esto hace que el otro progenitor, que convive a diario con el menor, carezca de reconocimiento jurídico. La paradoja es que si el adoptante falleciera, el menor volvería a depender del Estado, pese a que ya cuenta, de facto, con una persona que le está educando y al que le une un vínculo afectivo. No parece que separarles sea una decisión acertada para el mejor desarrollo del menor. Como defendiendo, sinceramente y no como bandera dialéctica, que el interés del menor debe prevalecer absolutamente en la regulación de la adopción, me resulta inconcebible que el Derecho no garantice el papel que las parejas homosexuales desempeñan, en estos casos, respecto del adoptado.

En definitiva, no está acreditado que los menores educados por dos personas del mismo sexo se vean perjudicados en relación con los que viven en un entorno heterosexual. En todo caso, si lo que se reclama es dicho entorno heterosexual, resultaría inadmisibles la adopción por personas individuales, pacíficamente admitida hace años. Siendo, pues, un asunto discutible y no abiertamente inconstitucional, dudo que el Tribunal Constitucional imponga un criterio al legislador democrático.

Es muy recomendable el visionado del documental “Mis padres son gays”, de Stéphanie Kain y Franck Guérin.

Al comienzo de esta intervención vaticinaba la normalización de las parejas homosexuales. Me atrevo ahora a dar un paso más, y apostar por la apertura generalizada de la institución del matrimonio al colectivo homosexual en otros países de nuestro entorno, ya que en nuestra cultura social ésta se anuda con las relaciones afectivas y estables, y éstas son consustanciales a todas las personas. Ahora entenderán mejor la opinión expresada con anterioridad. No tengo claro que hoy se pueda afirmar de forma tajante que el compromiso estable de dos personas sea de distinta naturaleza atendiendo al similar o desigual sexo de las mismas.

No deja de resultar paradójico que el avance del Estado social no solamente dependa de políticas activas, sino también del simple respeto a las decisiones individuales, y del reconocimiento público de estas cuando atañen a su futuro en común.

Refrenda nuestra apuesta por la equiparación la relevante sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 21 de julio de 2010 (1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07), en la que se considera inconstitucional la desigualdad de trato existente entre las parejas registradas (homosexuales) y los matrimonios (heterosexuales) en relación con el impuesto de sucesiones. Ver, en el plano doctrinal, Vega García, Alberto: “La equiparación...”.

4. Algunas cuestiones abiertas

Podría pensarse que, alcanzada la igualdad en materia de matrimonio, desaparecerán los problemas jurídicos derivados de discriminaciones, abiertas o encubiertas, fundadas en la orientación sexual. Por esta razón resulta conveniente señalar, antes de poner fin a este ensayo, que existen todavía cuestiones abiertas.

A mero título de ejemplo nos detendremos en tres de ellas, que plantean problemas de distinta naturaleza y alcance.

No se encuentra entre esas cuestiones la problemática derivada del silencio que la Ley 13/2005 guarda en relación con el Derecho internacional privado, pues dicho silencio ha sido colmado por la relevante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005, que instruye a los encargados del Registro Civil en el sentido de que la ley española debe entenderse aplicable a los extranjeros aunque su ley personal no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sobre esta materia, es muy interesante la lectura de Díez-Picazo, Luis María: “En torno...”, esp. p. 9, y Gómez Jené, Miguel y Abarca Junco, Ana Paloma: “Breves notas...”.

4.1 Donación de sangre por personas homosexuales

Existen aún algunas restricciones para que las personas homosexuales donen sangre en algunos Estados de la Unión Europea, situación que ha sido duramente criticada por el comisario europeo de Sanidad y Política del Consumidor, John Dalli, hace escasos días, descartando que la homosexualidad pueda ser incluida entre las conductas sexuales peligrosas. Fuente: http://noticias.universogay.com/la-union-europea-ha-calificado-como-ilegal-la-prohibicion-de-que-los-gays-donen-sangre__08092011.html, consultado el 2 de octubre de 2011.

4.2 Pensiones de viudedad en parejas de hecho homosexuales

En el Derecho español, el supuesto habitual es que pueden acceder a una pensión de viudedad un cónyuge cuando su marido, o mujer, ha fallecido. Sin embargo, existe un supuesto añadido, y que beneficia a “quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley” (Disposición Adicional Décima 2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio).

La cuestión a responder es la de si puede entenderse que las parejas homosexuales se han encontrado en este supuesto hasta el año 2005. Aunque desde la perspectiva del derecho al matrimonio la respuesta a este interrogante debe ser negativa, a tenor de la jurisprudencia constitucional examinada en líneas anteriores, la respuesta es más compleja (y posiblemente distinta) si se enfoca desde la perspectiva del derecho a no sufrir una discriminación basada en la orientación sexual de la persona.

Mi impresión es que tal lesión se ha podido producir (ver “Condena...”, p. 374), aunque autorizadas voces se han pronunciado en sentido contrario. El debate se ha producido tanto en sede judicial como doctrinal. Mientras que la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 14-11-2005 (AS 2006, 964) entiende que sí es de aplicación a una pareja homosexual el citado supuesto legal, defiende lo contrario la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 437/2006, de 18 de septiembre (AS 2006\3427). En el plano doctrinal se ha pronunciado en el mismo sentido que la primera Sentencia Iván Rodríguez Cardo: “Forma...”, nota 5, y apoya lo contrario, con argumentos también sólidos, Elena Desdentado Daroca (en “Homosexualidad...”).

4.3 Adopción internacional por personas o parejas homosexuales

Finalmente, es oportuno recordar que entre la documentación que es preciso cumplir para realizar una adopción en determinados países (China, por ejemplo) se encuentra una declaración jurada de heterosexualidad. Esto supone que, en tales supuestos, se produce una diferenciación que afecta a las personas homosexuales y, por supuesto, a las parejas (de hecho o matrimoniales) conformadas por dos personas del mismo sexo.

Así como en otras cuestiones me he atrevido a expresar una opinión fundada en Derecho, lo único que puedo trasladarles en relación con esta materia son algunas dudas. En estos momentos se está haciendo un ambicioso estudio sobre esta materia que, espero, pueda ayudarme a formar un criterio propio sobre la misma.

Mientras llegue ese momento, solamente me atrevería a sugerir la existencia de dos vías para abordar esta materia. La primera aproximación debería realizarse desde la perspectiva de los derechos fundamentales y humanos. El segundo enfoque que podría mostrarse útil es desde las fuentes del Derecho, lo que nos llevaría al análisis del espinoso asunto de la naturaleza jurídica de los tratados internacionales, y su relación con la Constitución.

Conclusión

Como he tratado de explicar, la Ley 13/2005 ha colmado las legítimas exigencias del colectivo homosexual en nuestro país, abriendo la secular institución del matrimonio a las parejas formadas por dos personas del mismo sexo. El Tribunal Constitucional tendrá que pronunciarse próximamente sobre si tal decisión es, o no, compatible con la Constitución. Aquí hemos apostado porque el Alto Tribunal entenderá que el legislador es libre de ampliar un derecho que la Constitución garantiza a las parejas heterosexuales.

Podría pensarse que esta equiparación impide toda clase de discriminación hacia el colectivo homosexual, pero hemos visto como algunos temas siguen pendiente de resolución, como son los referidos a las pensiones de viudedad o a la adopción internacional, entre otros. Por eso puede afirmarse que las cosas han mejorado, y mucho, pero no que sean perfectas.

Referências

Alventosa del Río, Josefina: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2008.

Bouazza Ariño, Omar: "Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". En *Revista de Administración Pública* 176 (2008), págs. 289-308.

Cañamares Arribas, Santiago: "El reconocimiento del matrimonio homosexual en Italia. Breves consideraciones a propósito de la Sentencia 130/2010 del Tribunal Constitucional italiano". En *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* 23 (2010).

Cañamares Arribas, Santiago: "El reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual: un debate todavía abierto". En *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* 14 (2007).

Castro Martín, Teresa: *Maternidad sin matrimonio. Nueva vía de formación de familias en España*. Fundación BBVA. Madrid, 2007.

Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos: *Sexualidad y derechos humanos. Documento de reflexión*. Ginebra, 2010.

Desdentado Daroca, Elena: "Homosexualidad y pensión de viudedad. Una reflexión crítica sobre los problemas de Derecho transitorio". En *Aranzadi Social* 2009\10.

Díez-Picazo, Luis M^a: "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo". *Indret* 2007\2.

España Mallorquín, Susana: "El matrimonio civil y la adopción por parejas del mismo sexo". En *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 10 (2004).

Etxazarra, Leire: "La legalización del matrimonio homosexual (el cómo y el por qué de una movilización)". En *Papeles del Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva* 2007/1.

Fernández-Coronado González, Ana: "La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual". En *Foro* 3 (2006).

García Pechuán, Mariano: "Una primera protección constitucional para el matrimonio homosexual en Alemania: la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 27 de julio de 2008". En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 60-61 (2007).

Gavidía Sánchez, Julio V: "Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio". En *Revista Española de Derecho Constitucional* 21 (2001).

Gimeno, Beatriz y Barrientos, Violeta: "La institución matrimonial después del matrimonio homosexual". En *Íconos* 35 (2009).

Gómez Jené, Miguel y Abarca Junco, Ana Paloma: "Breves notas sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo". En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 12 (2006).

Jordán Villacampa, María Luisa: "Particularidades del sistema matrimonial español en el seno de la Unión Europea". En *Cuadernos de Integración Europea* 7 (2006).

Labadie Jackson, Glenda: "Deshojando margaritas: un recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América". En *Indret* 2006\2.

Linacero de la Fuente, María: "Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio". En *Foro* 2005\2.

López-Sidro López, Ángel: "La objeción de conciencia de los jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo". En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 21 (2009).

Martí Sánchez, José M^a: "Sobre la naturaleza del matrimonio y sus implicaciones jurídicas". En *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* 26 (2011).

Matia Portilla, Francisco Javier: "Condena por una discriminación inexistente". En *Revista Española de Derecho Constitucional* 92 (2011).

Matia Portilla, Francisco Javier: "Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas". En *Revista Española de Derecho Europeo* 29 (2011) (en prensa).

Medina, Graciela: "Problemática de la unión homosexual. Derecho comparado. Derecho argentino". En Álvarez de Lara, Rosa María (coord.): *Panorama internacional de derecho de familia, culturas y sistemas jurídicos comparados*. Tomo I. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 2006.

Montesinos Sánchez, Nieves: "Matrimonio y homosexualidad". En *Feminismo/s* 8 (2006).

Navarro-Valls, Rafael: "Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad". En *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* 14 (2007).

Navarro-Valls, Rafael: "La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo". *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 9 (2005).

Nuevo, Pablo: "Reflexiones constitucionales a propósito del llamado matrimonio homosexual". En *Dikaión* 15 (2006).

Pascucci de Ponte, Enrico: "Algunas consideraciones en torno a la extensión del derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales. A propósito de la Sentencia Goodridge vs. Department of public health (2003) del Tribunal Supremo de Massachusetts (EEUU)". En *Saberes* 2004/2.

Peña García, C: *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*. Universidad de Comillas. Madrid, 2004.

Pérez Álvarez, Salvador: "El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?". En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 12 (2006).

- Rey Martínez, Fernando: "Homosexualidad y Constitución". En *Revista Española de Derecho Constitucional* 73 (2005).
- Rodríguez Cardo, Iván: "Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano". En *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 16/2007.
- Rodríguez Ruiz, Blanca: "Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear". En *Revista Española de Derecho Constitucional* 91 (2011).
- Rodríguez Vázquez, María Ángeles: "Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado español". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 122 (2008).
- Sanguino Fernández, Carlos: "La conferencia episcopal y el argumento de la reproducción. Sobre las ideas de la Iglesia contra el matrimonio homosexual". En *Iglesia Viva* 220 (2004).
- Scala, Jorge: "Uniones homosexuales y derechos humanos". En *Persona y Bioética* 24 (2005).
- Schwabe, Jürgen: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2009.
- Solano, Elvia M: "Los proyectos de reforma constitucional para la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos". En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 50-51 (2005).
- Souto Paz, José A. (coord.): *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez*. Comares. Granada, 2008.
- Talavera, Pedro: "El Derecho europeo ante el matrimonio y uniones de hecho de personas del mismo sexo". En *Revista de Instituto de Ciencias Jurídicas* 2007\2.
- Tarrazona García, Juan Carlos: *El principio de no discriminación por motivo de orientación sexual: una aproximación a la situación actual*. Tesina manuscrita. Valencia, 2001.
- Tirapu Martínez, Daniel: "La cuestión no cerrada del llamado matrimonio homosexual". *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* 26 (2011).
- Tirapu Martínez, Daniel: "Perplejidades y contradicciones del pretendido matrimonio homosexual. Comentarios al proyecto de Ley de reforma del código civil en materia de matrimonio". En *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* 8 (2005).
- Vallières, Alain: "La prohibición del matrimonio entre cónyuges del mismo sexo como discriminación por razón de orientación sexual (un comentario a la Sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo del Tribunal Supremo de Canada). En *Revista de Derecho Político* 68 (2007).
- Vega García, Alberto: "La equiparación en Alemania de las parejas de hecho registradas (eingetragene Lebenspartnerschaften) a los matrimonios en el impuesto de sucesiones". En *Indret* 2011\1.