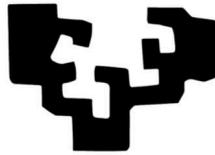


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

ZUZENBIDE
FAKULTATEA
FACULTAD
DE DERECHO

Trabajo de Fin de Grado

El matrimonio homosexual como Derecho Fundamental y sus retos: un estudio de derecho comparado

Realizado por: Yoel Mondragón Artiaga

Dirigido por: Janire Mimentza Martín

GRADO EN DERECHO

Curso 2023/2024

RESUMEN:

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como principal objetivo abordar el estudio del matrimonio homosexual como Derecho Fundamental a partir de un estudio de derecho comparado de diferentes legislaciones cuyo contenido es de alto interés jurídico.

Las parejas homosexuales han tenido grandes complicaciones políticas, jurídicas y sociales a lo largo de la historia para hacer valer sus derechos matrimoniales, es por ello que a través de una pequeña contextualización histórica de la legislación española, italiana, y europea, comenzaremos analizando los retos a los que han debido de enfrentar todas aquellas parejas homosexuales que buscan formar un proyecto de vida común. Para ello, pasaremos por el estudio de diferentes sentencias dictadas por Tribunales Constitucionales italianos y españoles, como incluso algunas del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Derechos Fundamentales, Matrimonio Homosexual, Constitución, Igualdad, Unión Europea.

ABSTRACT:

The main objective of this Final Degree Project is to address the study of same-sex marriage as a Fundamental Right based on a comparative law study of different legislations whose content is of high legal interest.

Homosexual couples have had political, legal and social complications throughout history to assert their marital rights, which is why through a short historical contextualization of Spanish, Italian and European legislation, we will begin by analyzing the challenges that all those homosexual couples who seek to form a common life project have had to face. In order to do this, we will study different judgments handed down by Italian and Spanish Constitutional Courts, as well as some by the European Court of Human Rights itself.

KEY WORDS: Fundamental Rights, Homosexual Marriage, Constitution, Equality, European Union.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1 Importancia sobre el discurso del matrimonio homosexual en la actualidad.....	4
1.2 Importancia constitucional del matrimonio homosexual	5
2. HISTORIA DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN ESPAÑA HASTA EL 2004.....	7
2.1 Definiciones importantes: Homosexualidad y matrimonio	7
2.2 Historia del panorama homosexual español hasta 2004	9
a) Homosexualidad en España antes del siglo XIX	9
b) Homosexualidad durante los siglos XIX y XX	12
c) Homosexualidad en España tras la Constitución del 78	15
3. DE LA OPRESIÓN A LA LEY 13/2005: IMPACTO DE LA APROBACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN PANORAMA CONSTITUCIONAL.....	16
3.1 Aprobación de la Ley 13/2005: apoyo y oposición.....	16
a) Contexto político-social	16
b) Recurso de inconstitucionalidad: Sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional..	17
3.2 Análisis de los artículos 10 y 14 de la Constitución como Derechos Fundamentales	21
a) Defensa basada en el artículo 14 de la CE del matrimonio homosexual.....	21
b) Defensa basada en el artículo 10 de la CE del matrimonio homosexual.....	23
3.3 Retos constitucionales del matrimonio homosexual	24
a) Necesidad de un blindaje constitucional	24
b) Retos sociales y políticos a los que se enfrenta el matrimonio homosexual.....	25
4. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN ITALIA	27
4.1 Introducción	27
a) Definiciones importantes	28
b) Historia del matrimonio homosexual en Italia	30
4.2 Pasos previos a la regulación de la unión civil: la sentencia nº 138 del 2010 della corte costituzionale y la sentencia nº 4184 della corte di cassazione	32
a) La sentencia nº 138 del 2010 della Corte Costituzionale	32
b) La sentencia nº 4184 del 2012 della Corte di Cassazione	35
4.3 La Ley del 2016 sobre las “Unione Civili”: introducción de unión homosexual en la legislación italiana y la no equiparación a la institución matrimonial	36
4.4 Futuros retos de Italia para la aprobación del matrimonio homosexual	40
5. DERECHO EUROPEO: ANÁLISIS EN MATERIA MATRIMONIAL Y SU INFLUENCIA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS.....	41
5.1 Introducción	41
5.2 Despenalización de la homosexualidad y la aceptación de uniones homosexuales.....	42
5.3 Análisis de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el Convenio de Derechos Humanos del Consejo de Europa: artículos 9 y 12 respectivamente	45
5.4 Directiva 2004/38/CE: Caso Coman y otros vs. Inspectoratul General Pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne (Rumanía) y la libre circulación de parejas homosexuales	47
5.5 Futuros retos del matrimonio homosexual en la Unión Europea	49
6. CONCLUSIONES FINALES	51

“Porque ser tú mismo no es cuestión de ideología. Es tu identidad.

Y nadie podrá nunca arrebatártela.”

Ursula von der Leyen. 2020.

1. INTRODUCCIÓN

Las personas homosexuales son una minoría social que desde siglos atrás han enfrentado diferentes retos y adversidades para el ejercicio de sus derechos fundamentales: derechos matrimoniales, derechos económicos, e incluso su propio derecho a la vida, tal y como sucede hoy en día en muchas partes del mundo donde las personas homosexuales, bisexuales, transexuales, y/u otras identidades del colectivo LGTBIQ son perseguidas, encarceladas y en los casos más severos, asesinadas.

No obstante, es una realidad que, a pesar de haber sido vetada durante siglos por diferentes organismos políticos, jurídicos, religiosos, e incluso por el propio pensamiento social mayoritario, siempre ha existido y siempre existirá, ya que no se trata de algo elegible, si no de algo que viene interiorizado en nosotras, las personas, y en nuestra propia identidad personal.

Junto con esta identidad personal, encontramos la necesidad humana de unirse con otros seres humanos para la creación de un proyecto de vida a través de las diferentes uniones que pueden surgir desde el punto de vista jurídico; uniones como la Unión Civil, las parejas de hecho, o el propio matrimonio, tema que abordaremos en los siguientes epígrafes.

Hablar de matrimonio es hablar de un Derecho Fundamental que viene recogido en Constituciones y en Tratados de índole internacional, es un derecho humano del que todos nos podemos hacer valer. Sin embargo, no es una realidad jurídica que se brinde igual a todas las personas en todos los países, al menos para las personas homosexuales.

Es por ello, por lo que a través de un estudio de derecho comparado veremos cuales han sido y serán los retos a los que se ha enfrentado esta minoría social que cada vez es más creciente, abordando un estudio de derecho comparado para brindar diferentes perspectivas y formas de regular una misma institución, el matrimonio igualitario.

1.1 IMPORTANCIA SOBRE EL DISCURSO DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN LA ACTUALIDAD

Las conversaciones sobre la diversidad sexual han ido abriéndose cada vez más paso en los temas políticos y sociales. Nos encontramos con un tema que se encuentra en auge, que es actual, y por el que ya no se tiene por qué tener miedo a hablar. Poco a poco la sociedad está entendiendo que no solo existe una forma de matrimonio, que es la tradicional entre

hombre y mujer, si no que pueden existir otras relaciones familiares alejadas de las tradicionales, como es el matrimonio igualitario, pensamiento que ha cambiado en las últimas décadas.

Es precisamente el Derecho el que se debe de encargar regular en la materia. La identidad de un país debe reflejarse en su propio Ordenamiento Jurídico, y es por ello por lo que el Derecho debe de ir adaptándose y desarrollándose a las realidades sociales. De hecho, esto se encuentra abordado en uno de los textos más importantes del que nos haremos valer más adelante, y que ha sido modelo a seguir por diversos Ordenamientos Jurídicos europeos, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, por la que se aprobó el matrimonio igualitario en España.

En su título preliminar se habla justamente de la importancia que tiene adaptar el Derecho a las realidades socio-culturales de un país, enunciando lo siguiente: *“tampoco en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular.”*¹ Tales declaraciones vienen precedidas por la aceptación de que en los Ordenamientos Jurídicos anteriores estos derechos no se encontraban regulados, como por ejemplo en la creación del Código Civil de 1889, en el que no se consideró la regulación de tales derechos debido a la poca visibilidad y reclamación social.

1.2 IMPORTANCIA CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

El derecho a contraer matrimonio es un Derecho Fundamental, por ello, se considera que su tratamiento debe ser desde un punto de vista constitucional, ya que el matrimonio no es solo una institución, si no un derecho constitucional relacionado con el respeto a la libre orientación sexual y a la garantía de protección contra la discriminación.²

Por ello, en los siguientes epígrafes hablaremos del matrimonio como Derecho Fundamental desde tres puntos de vista: el español, el italiano y el europeo, con atención en

¹ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Título preliminar.

² Sánchez, M. M. (2016). Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, p. 223.

este último a la legislación de la Unión Europea en la actualidad. Hablamos de dichos puntos de vista debido a que son casos caracterizados por su alto interés constitucional y cuyas legislaciones tienen trascendencia constitucional.

Desde el punto de vista europeo, hablamos, no solo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 9 garantiza “*el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia*”³, y remite a los Ordenamientos Jurídicos nacionales el deber de legislar sobre la materia, sino también de decenas de sentencias y directivas que avalan el deber de una legislación en favor de las parejas homosexuales.

Al tratarse de un Derecho Fundamental, este deberá de ser regulado constitucionalmente, ya que la Constitución representa la norma suprema de un país, y por ello, todos los derechos y obligaciones más importantes con los que contamos serán contemplados en la misma.

Es por ello, que en el caso español, el derecho a contraer matrimonio se encuentra en el artículo 32 de la Constitución Española, estipulando que “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*”⁴ y que “*la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*”⁵.

También en el caso del derecho italiano, encontramos su regulación en el artículo 29 de su Constitución, que traducida al castellano declara que “*La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El matrimonio se registrará sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la Ley como garantía de la unidad familiar.*”⁶. Prestaremos especial atención al derecho italiano ya que el derecho del matrimonio igualitario se enfrenta a dificultades tanto sociales como políticas que abordaremos más adelante, ya que conceptos como “*sociedad natural*” o el entendimiento del concepto “*matrimonio*” en el Estado italiano son especialmente particulares y tradicionales.

Por todas las razones expuestas, podemos concluir que hablar de matrimonio igualitario es hablar de la lucha social de una minoría, de retos jurídicos que poco a poco se

³ Comunicación 2000/C 364/01 sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 9

⁴ Constitución Española, Artículo 32.1

⁵ Constitución Española, Artículo 32.2

⁶ Constitución Italiana, Artículo 29.

están superando, y de un Derecho Fundamental que es regulado en las Constituciones estatales, y que, debería de abrirse a las miles de parejas homosexuales que residen en Europa.

2. HISTORIA DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN ESPAÑA HASTA EL 2004

2.1 DEFINICIONES IMPORTANTES: HOMOSEXUALIDAD Y MATRIMONIO

Antes de poner a España en un contexto político y social hasta la aprobación de la Ley del año 2005 por la que se legalizan los matrimonios igualitarios, debemos de explicar algunos conceptos que serán de vital trascendencia para entender el tema que abordaremos.

Homosexualidad

La homosexualidad, tal y como lo establece la Real Academia Española de la Lengua, explica que se trata de una persona “*inclinada sexualmente hacia individuos del mismo sexo*”⁷, y es cierto que esta es una definición correcta. Pero no solo debemos de observar el sentido literal de la palabra, si no que debemos llevar dicho sentido a lo entendido por “homosexual” en diferentes etapas de la historia y a su trascendencia, algo que podremos comprender en el contexto histórico.

El término “*homosexualidad*” encuentra su origen a finales del siglo XIX por parte de los psicólogos alemanes,⁸ aunque no gozaba de una connotación positiva, más bien, la homosexualidad era tratada como enfermedad tal y como veremos posteriormente. A pesar de que no se usara el término “*homosexualidad*” hasta el siglo XIX, a lo largo del contexto histórico nos referiremos a todas las personas con tendencias afectivo-sexuales hacia personas del mismo sexo como homosexuales, debido a que es el término que se usa hoy en día y es una realidad que también se daba siglos atrás conocida con otros nombres.

Hoy en día, tal connotación negativa ha dado la vuelta en el panorama español. Es una realidad muy aceptada a nivel jurídico, debido a la amplia legislación que existe en la materia, así como a nivel social tras la rápida aceptación que han vivido las personas homosexuales en las últimas décadas.

⁷ Definición de homosexualidad de la Real Academia Española de la Lengua.

⁸ Solana, M. (2018). El debate sobre los orígenes de la homosexualidad masculina. Una revisión de la distinción entre esencialismo y construccionismo en historia de la sexualidad. *Revista de Filosofía*, 54, p. 399.

Matrimonio

El matrimonio, tal y como establece nuevamente la Real Academia Española de la Lengua, es la “*unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.*”⁹. No obstante, a pesar de que dicha definición pueda parecer tradicional al establecer la unión entre hombre y mujer, en su siguiente definición admite que “*En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.*”¹⁰. Por ello, se asume que se entiende el matrimonio como algo aplicable tanto a parejas heterosexuales como homosexuales según la legislación tratada..

Tal y como haremos con la definición de la homosexualidad, debemos de observar dicha definición desde un punto de vista histórico y social.

El matrimonio, al contrario de la homosexualidad, no ha sido una institución que se haya visto perseguida o afectada durante la historia, aunque bien es cierto que durante casi un milenio ha estado bajo influencia religiosa en el contexto europeo. De hecho, es en el propio capítulo del Génesis de la religión católica en el que se habla del matrimonio, apreciando que

“Por tanto el hombre dejará a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, y serán una sola carne”. (Génesis 2:24).¹¹

Por ello, el matrimonio ha encontrado amparo religioso, que se ha transmitido a la realidad jurídica. En este sentido, solo podemos hablar de matrimonio heterosexual, ya que tal y como hemos visto en la definición de homosexualidad, esta no era aceptada, por ello, una unión con un carácter tan religioso entre dos hombre o dos mujeres, no era posible.

De hecho, tal y como menciona la profesora María Martín Sanchez en su obra “*Matrimonio homosexual y Constitución*” el matrimonio constituye el derecho a compartir con alguien tu proyecto de vida, y ha pasado por épocas en las que ha tenido más éxito o menos, pero no podemos hablar de un peligro de desaparición de la institución matrimonial.¹²

⁹ Definición número 1 de matrimonio de la Real Academia Española de la Lengua.

¹⁰ Definición número 2 de matrimonio de la Real Academia Española de la Lengua.

¹¹ Génesis, Capítulo 2, Versículo 24.

¹² Martín Sánchez, M. M. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*, p. 117.

Es por ello, que con la evolución de la sociedad, se han desarrollado nuevos modos de entender el concepto del matrimonio, como el que analizaremos. Esto llega hasta el punto en el que España se ha convertido en líder mundial en apoyo al matrimonio homosexual, no solo a nivel legal con la tercera aprobación del matrimonio homosexual, si no a nivel social también, ya que la sociedad ha cambiado totalmente su concepción sobre el matrimonio.

Por último, en la actualidad, tal y como se ha pronunciado el constitucional y como opina la doctrina, y centrándonos en el matrimonio desde el punto de vista jurídico, se entiende que el matrimonio es la relación afectivo-sexual entre dos personas que deciden compartir su proyecto de vida a través de una especie de contrato conocido como el matrimonio. Es dicha definición por la que entenderemos el matrimonio en la actualidad, y es por ello, por lo que defiende que dicha institución puede ser extrapolable también a las personas del mismo sexo unidas por tal vínculo afectivo-sexual, ya que es la base y el requisito más importante del contrato matrimonial.

2.2 HISTORIA DEL PANORAMA HOMOSEXUAL ESPAÑOL HASTA 2004

Una vez habiendo comprendido como se han entendido los conceptos de homosexualidad y matrimonio en España e incluso en la gran mayoría de Europa a lo largo de siglos de historia, podemos comenzar hablando sobre como ha sido la situación de las personas homosexuales antes de la aprobación de la Ley de matrimonio igualitario en el 2005, ya que como hemos adelantado en anteriores párrafos, hemos podido conocer que la historia de esta minoría ha sido bastante sangrienta, y ha sido perseguida y condenada.

a) HOMOSEXUALIDAD EN ESPAÑA ANTES DEL SIGLO XIX

A priori, podríamos pensar que la homosexualidad siempre ha sido un tema tabú en la sociedad, y que siempre ha sido prohibida, pero nada más lejos de la realidad. Bien es cierto, que no obstante, las personas homosexuales nunca lo han tenido fácil, incluso a pesar de que en tiempos grecorromanos era un tipo de unión que en algunos casos podría hasta asimilarse a la unión heterosexual, ya que este tipo de relaciones no eran en absoluto raras, si no algo fuera de lo común.¹³

Es casi obligatorio hablar de los tiempos grecorromanos para entender la posterior respuesta hacia la homosexualidad que se tuvo en España. Lamentablemente, de estos tiempos, no tenemos muchos documentos jurídicos que avalen toda la información que se

¹³ Boswell, J. (1996). *Las Bodas de la semejanza*. p. 121.

puede mencionar sobre la homosexualidad en Grecia o Roma, ya que es difícil encontrar tales registros ya que las relaciones homosexuales eran privadas, y de ello solo constan evidencias en la ficción, en la poesía, o en las obras culturales de la época,¹⁴ así como pocos documentos.

Esto no niega que no fuese algo que en la época estuviera regulado de manera prohibitiva ni mucho menos, si no que acorde a la moral de la sociedad de la época, era algo completamente factible. De hecho, en las sociedades mediterráneas (en las que podemos incluir España al encontrarse bajo el dominio de tales imperios y debido a su alta influencia en la península) se usaba la palabra hermano/hermana como expresiones de cariño entre cónyuges en los que se incluían parejas homosexuales, lo que nos muestra una cierta igualdad jurídica entre los matrimonios homosexuales y los matrimonios heterosexuales.¹⁵

No obstante, no podemos hacer una comparación entre los matrimonios de la época y los matrimonios de la actualidad, ya que previamente los matrimonios eran algo mucho más informal¹⁶, y que en la mayoría de los casos se conforman con simples acuerdos de los que, volvemos a recalcar, no podemos casi encontrar evidencia debido a la privacidad de los mismos. Es por ello, que podemos entender que en la época llegaron a darse verdaderas uniones matrimoniales entre parejas homosexuales, ya que existía un conocimiento general de la convivencia entre un varón y otro varón, o una mujer y otra mujer.

Poco a poco, la homosexualidad fue regulada hacia una tendencia prohibitiva. De hecho, bajo dominio del imperio romano, en el año 342 d.C, se realizó una Ley en la que se prohibía el casamiento entre hombres¹⁷ en la que se preveía la pena de muerte para todos aquellos que “se casaran como mujeres” (*cum vir nubuit in feminam*)¹⁸ y que posteriormente fue recogida en el Código Teodosiano, código que se encargaba de recopilar las leyes vigentes bajo el Imperio Romano. Esta legislación no quiere decir que toda la sociedad romana quisiera erradicar esta práctica que se veía con cierta normalidad de manera generalizada, si no que había ciertos legisladores que querían su prohibición.¹⁹

¹⁴ Boswell, J. (1996). *Las Bodas de la semejanza*. p. 120.

¹⁵ Idem, p. 143.

¹⁶ Boswell, J., & Galmarini, M. A. (1993). *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad: los gays en Europa occidental desde el comienzo de la Era Cristiana hasta el siglo XIV*, p. 23.

¹⁷ Boswell, J. (1996). *Las Bodas de la semejanza*. p. 168.

¹⁸ Código Teodosiano IX, 7, 3.

¹⁹ Boswell, J. (1996). *Las Bodas de la semejanza*. p. 395.

El primero en legislar contra la sodomía (es decir, todas aquellas prácticas sexuales que no se correspondían al coito vaginal), fue Justiniano, que con la composición del Corpus Iuris Civilis impuso la pena de muerte a todo aquel que realizara estas prácticas, argumentando que era algo diabólico y antinatural. No tuvo mucho éxito, salvo en España, donde la sodomía también fue penada bajo castración y penitencia.²⁰

Con la expansión y llegada del cristianismo, todo cambia, ya que el matrimonio adquiere una cierta imagen espiritualista²¹. El matrimonio deja de verse como una forma de goce y se comienza a ver como una forma de crear más vida para luego conseguir una segunda vida mucho más plena. San Agustín por ejemplo observaba que un cristiano podía vivir con un cónyuge “*en armonía*”, satisfaciendo sus deseos sexuales, o en “*unión fraterna*” sin relación física alguna.²²

Poco a poco, a partir de la segunda mitad del siglo XIII y con la sistematización del derecho canónico comenzó un proceso de desarrollo del derecho real y municipal, por las que se comenzaron a regular grandes cuestiones que preocupaban a la sociedad de la época, como la conducta sexual, en la que se produjo una actitud prohibitiva y en la que se comenzaron a aplicar sanciones.²³

Por ello, podemos afirmar que comenzó una persecución contra todas aquellas personas que buscaban vivir una vida alejada de los nuevos valores que quería imponer la Iglesia, valores basados en la procreación y la formación de una familia. Hablamos pues de un Derecho romano con altas influencias cristianas que abogan por un modelo de familia tradicional que excluye la homosexualidad.

De hecho, era tal el modelo que la Iglesia quiso inculcar, que solo eran aceptadas las relaciones sexuales con la condición de ser dentro del matrimonio y con el objetivo de procreación. Cabe destacar, que en 1497 los Reyes Católicos, en aras de luchar contra la sodomía y todas las formas de relaciones sexuales consideradas como antinatura, promulgaron una sanción.²⁴

²⁰ Díaz, I. B. (2007). La construcción del discurso homofóbico en la Europa cristiana medieval. *En La España Medieval*, 30(30), p. 435.

²¹ Boswell, J. (1996). *Las Bodas de la semejanza*. p. 216.

²² Boswell, J. (1996). *Las Bodas de la semejanza*. p. 241 en la que se hace referencia a lo interpretado por San Agustín.

²³ Díaz, I. B. (2007). La construcción del discurso homofóbico en la Europa cristiana medieval. *En La España Medieval*, 30(30), p. 436.

²⁴ García-Gallo, A. & Ángel Pérez, M. (1973) *Libro de las bulas y pragmáticas de los reyes católicos, ahora nuevamente publicado por el Instituto de España*, vol. I, fols. CXLVIII- CXLIX.

b) HOMOSEXUALIDAD DURANTE LOS SIGLOS XIX Y XX

A partir del siglo XIX tras el estancamiento de siglos de la situación del modelo de familia tradicional, las ideas liberales producidas por la revolución francesa comenzaron a llegar a España, aunque no podemos hablar de un proceso tranquilo y paulatino, sino más bien de un siglo intenso y con variedad de opiniones dispares.

Con la conquista francesa de España en mayo de 1808 y con la imposición de Jose Bonaparte, hermano de Napoleón, como rey de España, se introduce en el país el Código Napoleónico, que sorprendentemente despenaliza las relaciones homosexuales, aunque después de la redacción de la Constitución de 1812 y la posterior vuelta al poder de Fernando VII después de la invasión, se impuso en su sexenio absolutista nuevamente restricciones en contra de los homosexuales. No obstante, la persecución se despenaliza con el trienio liberal en 1820, aunque 3 años después esta vuelve a perseguirse con la imposición del absolutismo nuevamente durante una década.

No fue hasta el 1848 en el que podemos hablar de una verdadera despenalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, idea que se conservó en todas las siguientes reformas legales que se realizaron en los posteriores años.²⁵

Poco a poco, la homosexualidad pasó a interpretarse como una enfermedad, y no tanto como un crimen, aunque bien es cierto que volvió a considerarse crimen en otros momentos. Según Francisco Vázquez García, filósofo e historiador, interpreta que *“Los «invertidos» aparecían presentados como principales responsables de delitos de escándalo y de los abusos deshonestos y violaciones sufridos por los niños.”*²⁶ (Vázquez García, 2001). Es por ello, que *“los invertidos”*, término usado en la época para referirse a todos aquellos con una conducta sexual diferente a la heterosexual, eran concebidos como enfermos y como delincuentes.

No fue hasta el 13 de septiembre de 1928, y con el reinado de Alfonso XIII, que volvieron las leyes en contra de los homosexuales en España.²⁷ Ese mismo día se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Código Civil que en su título número X sobre delitos contra la honestidad, en su capítulo VI sobre delitos contra el escándalo público, que establece que *“El que, habitualmente o con escándalo público cometiera actos contrarios al pudor con*

²⁵ Vázquez García, F. (2001). El discurso médico y la invención del homosexual (España 1840-1915). *Asclepio*, 53(2), p. 149.

²⁶ Idem p. 159

²⁷ Idem p. 160

personas del mismo sexo, será castigado con multa de 1.000 a 10.000 peetas e inhabilitación especial para cargos públicos de seis a doce años”.²⁸ Es por ello, por lo que nos encontramos una vez más con una criminalización de todas aquellas personas que quisieran mantener un vínculo sexo-afectivo con personas del mismo sexo.

Con la llegada de la segunda república, este código penal fue derogado y se introdujo uno nuevo que sólo prohibía las relaciones homosexuales entre personas del ejército, lo que daba a entender que en los demás casos era legal. Esto no modificaba que en la sociedad siguiera el pensamiento de homosexualidad como enfermedad. A pesar de que éste no estuviera penalizado, sabemos que a veces la realidad de la sociedad no encaja con lo dispuesto en los Ordenamientos Jurídicos, como era el caso. La unión homosexual era vista como algo antinatural por la gran mayoría de la sociedad, se trataba como una enfermedad.

Finalizado el corto periodo de la II república, Franco entró en el poder y con él se acentuó la familia tradicional como columna vertebral, que se fundamenta en el “*matrimonio indisoluble*”.²⁹ Hablamos de una época donde se perseguían todos los movimientos, ideas y comportamientos que no se asemejan a la moral tradicional que se buscaba, por lo que hablamos de una idea del matrimonio como institución tradicional, donde existía un único vínculo posible entre heterosexual, donde la mujer tiene notable inferioridad sobre el varón, consecuencias que reflejadas en la legislación de la época. De hecho de la homosexualidad femenina no hay referencias debido al control que ejercía el varón sobre la mujer eliminando toda su autonomía, lo que pudo facilitar su existencia, al pasar más desapercibida.³⁰

Si hablamos de legislación, bien es cierto que el Código Penal de 1932 no se modificó hasta 1944; no obstante, en 1954 se produjo la reforma de la Ley de Vagos y Maleantes que se realizó en la IIª en 1932 en la que se introdujo a los homosexuales como personas perseguibles para ser encarceladas, introduciendo en su artículo 2º, número 2º a “*los homosexuales, rufianes y proxenetas*”³¹. Se impusieron ciertas medidas reflejadas en el artículo 6 de la Ley que dispone que “*Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás.*”³² Por lo que se crearon instituciones especiales para el tratamiento

²⁸ Código Penal español de 1928, art. 616.

²⁹ Concepto introducido en el libro de *El látigo y la pluma: homosexuales en la España de Franco* de Olmeda Salas, F. & Torres R. en la p. 45.

³⁰ Olmeda Salas, F. & Torres, R. (2004). *El látigo y la pluma: homosexuales en la España de Franco*, p. 60.

³¹ Ley de 15 de julio de 1954 por la que se modifican los artículos 2ª y 6ª de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, artículo 2.

³² Idem, artículo 6

de personas homosexuales. De hecho, antes de la modificación de la Ley de Vagos y Maleantes, el propio Supremo en el año 1951 mantuvo que la homosexualidad era un “*vicio repugnante en lo social, aberración en lo sexual, perversión en lo psicológico y déficit en lo endocrino*”.³³ (Calvo Borobia, 2017).

Hablamos entonces de una época en la que no había ni la más mínima intención de realizar una regulación de unión entre personas homosexuales, dado que eran encarceladas por el simple hecho de serlo. Era tal la represión de la época, que el propio Tribunal Supremo volvió a declarar lo siguiente en su sentencia del 5 de noviembre de 1958:

*“Las prácticas de homosexualidad con individuos mayores de edad, en plenitud de sus facultades mentales y sin circunstancia alguna que pueda mermar la libertad absoluta de sus acciones, significarán, fuera de la menor duda, la manifestación de un vicio merecedor de la más absoluta repulsa...”*³⁴ (STS de 5 de noviembre de 1958)

Con el pasar de las décadas, la persecución fue todo un éxito a ojos de la dictadura, y muchos homosexuales optaron por el matrimonio de conveniencia para no ser perseguidos³⁵. En el año 1970, se derogó la Ley de Vagos y Maleantes para introducir la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, en la que se condenaban en su artículo 2º, párrafo 3º “*los que realicen actos de homosexualidad.*”³⁶

Por otro lado, en el artículo 6 de la misma Ley se le imponía “*Internamiento en un establecimiento de reeducación.*” y “*Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe o de visitar ciertos lugares o establecimientos públicos, y sumisión a la vigilancia de los delegados.*”³⁷ Sobre la reeducación, hablamos de prácticas que hoy en día atentan contra derechos fundamentales como la integridad física de las personas, ya que se utilizaban técnicas de conversión en homosexuales, y “*bajo la idea de "curar" la homosexualidad eran sometidos a "tratamientos" mediante terapias aversivas como la aplicación de descargas eléctricas ante estímulos homosexuales, cesando ante estímulos heterosexuales.*”³⁸ Hoy en

³³ Calvo Borobia, K. (2017). *¿Revolución o reforma? La transformación de la identidad política del movimiento LGTB en España, 1970-2005*, p. 79 en la que se menciona la cita de la sentencia citada por Arnalte en el año 2003.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1958 citada en el libro de “*El látigo y la pluma: homosexuales en la España de Franco*” de Olmeda Salas, F. & Torres R. en la p. 128.

³⁵ Olmeda Salas, F., & Torres, R. (2004). “El látigo y la pluma: homosexuales en la España de Franco”, p. 59.

³⁶ Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, artículo 2, párrafo 3º.

³⁷ Idem, artículo 6.

³⁸ Amnistía Internacional en su estudio “*España: Poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista*”, p. 18.

día, este tipo de prácticas se consideran un atentado contra los Derechos Fundamentales, es por ello que, con la llegada de la democracia en 1978 y con la redacción de la Constitución, algunos de los artículos de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social dejaron de causar efectos, entre los que se encontraba la homosexualidad, ya que chocaba directamente con principios constitucionales.

c) MOVIMIENTO HOMOSEXUAL TRAS LA CONSTITUCIÓN DEL 78

Antes de la derogación de los preceptos que atentaban contra los homosexuales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, diferentes movimientos homosexuales comenzaron a coger mucha fuerza, sobre todo en Madrid, donde la gran mayoría de movimientos sociales comenzaban a surgir. Bajo este contexto, el *movimiento español de liberación homosexual* contó con apoyos de partidos de izquierdas revolucionarios, sindicatos y otros movimientos sociales ³⁹ cuyos principales objetivos eran la derogación de la antes mencionada Ley.

A pesar de que en el año 1978 se acabarían eliminando preceptos de la Ley de Peligrosidad, no fue hasta el año 1989 cuando finalmente se derogó la Ley de escándalo público en la que se criminaliza a los homosexuales, por lo que podemos marcar este año como el año en el que las personas homosexuales dejaron de considerarse criminales.

Fue durante este contexto en el que instituciones como la Unión Europea comenzaron a legislar en la materia, y comenzaron a instar a los Estados Miembros a buscar soluciones a la discriminación homosexual, decisiones que veremos más adelante con el estudio europeo y que influyeron mucho en países como España. Esto causó que durante la década de los 90 el colectivo ganara mucha más visibilidad y aceptación por parte de la sociedad, así como el apoyo de grandes partidos políticos como el PSOE, que más adelante sería el propulsor de la Ley por la que se aprobó el matrimonio igualitario.

Asimismo, debemos de tener en cuenta que antes de la aprobación de dicho matrimonio las propias comunidades autónomas comenzaron a legislar sobre uniones entre individuos sin tener en cuenta su orientación sexual. Hablamos por ejemplo de la ley pionera 10/1998 de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre las uniones estables de pareja ⁴⁰. Este

³⁹ Calvo Borobia, K. (2017). *¿Revolución o reforma? la transformación de la identidad política del movimiento LGTB en España, 1970-2005*, p. 93.

⁴⁰ Rey Martínez, F. (2005). Homosexualidad y Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, p. 116.

tipo de unión es la que se conoce como parejas de hecho, y es que esta figura, a pesar de no estar regulada en la Constitución, fue posible debido a la regulación que podían hacer las CC.AA. Dicha unión “*ha de entenderse como la unión sólo de dos personas, y, últimamente, con independencia de su sexo*” ⁴¹, y de hecho “*las primeras CCAA que regularon la figura dieron cabida a las del mismo sexo*” ⁴² (Cantero García, 2021).

3. DE LA OPRESIÓN A LA LEY 13/2005: IMPACTO DE LA APROBACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN EL PANORAMA CONSTITUCIONAL

3.1 APROBACIÓN DE LA LEY 13/2005: APOYO Y OPOSICIÓN

a) CONTEXTO POLÍTICO-SOCIAL

Tras años de lucha y de cambios sociales, y tras una primera votación que fue favorable en el congreso de los diputados pero desfavorable por el senado, finalmente, el 30 de junio de 2005 miles de personas homosexuales pudieron ver los frutos de su lucha, el matrimonio homosexual finalmente se aprobó en España. Esto fue posibilitado gracias a la modificación del artículo 44 del Código Civil, que añadía a lo expuesto previamente “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.*” la siguiente disposición:

“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.” ⁴³ (Ley 13/2005, 2005).

Dicho precepto pudo llevarse a cabo gracias a la facultad que realiza el artículo 32 de la Constitución a favor del propio legislador, brindándole una cierta libertad para poder legislar en la materia, al declarar que “*La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*” ⁴⁴ Es por este motivo, que se le permite al legislador el poder, (en incluso considero, el deber, debido a los cambios en el pensamiento social) de modificar, dentro de los límites de la propia Constitución y de la Ley, la capacidad para contraerlo, en la

⁴¹ Cantero García, G. (2021). Parejas de hecho: Historia, régimen y perspectivas de futuro. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 14, p. 335

⁴² Idem

⁴³ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en la que en su artículo único modifica el segundo párrafo del artículo 44.

⁴⁴ Artículo 32 de la Constitución Española

que entran los sujetos que pueden beneficiarse de tal Derecho, cuestión que es de vital importancia en este caso.

Volviendo al contexto en el que se aprobó la Ley 13/2005, esta fue propuesta por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE a partir de ahora), partido político que se alzó con la victoria de las elecciones generales en el año 2004 y en cuyos objetivos principales se encontraba la regularización del matrimonio homosexual.⁴⁵ Su principal objetivo, era la modificación del Código Civil en aras de asemejar los derechos de las parejas homosexuales a las parejas heterosexuales, que podían ejercer su derecho a matrimonio sin ningún impedimento legal (sin contar aquellos previstos por el Código Civil por otras razones).

Esta decisión y modificación del Código no quedó libre de opiniones adversas. A pesar de haber sido aprobada por gran parte del Congreso, la propuesta no encontró apoyo por parte de la Iglesia Católica, que tal y como hemos podido observar en la parte histórica, apoya una institución tradicional del matrimonio concibiendo a los sujetos heterosexuales los únicos capaces para acceder a la misma. Se cuestionaba entonces si realmente tal modificación del Código Civil creaba una indefensión del término “matrimonio”, y este fue uno de los principales debates de la España de aquel y posteriores años.

De hecho, fue tal la controversia de esta decisión, que el Partido Popular, a través de un recurso de inconstitucionalidad legitimado por el artículo 162.1 de la Constitución, interpuso tal recurso ante la Ley 13/2005 propuesta por el PSOE. Dicho recurso defendía que la modificación del artículo 44 del CC “*transformaba la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como era concebido hasta entonces.*”⁴⁶ (Delgado Ramos, 2013).

b) RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: SENTENCIA 198/2012 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Este recurso de inconstitucionalidad es de importante carácter jurisprudencial debido a la cuestión tratada, ya que se cuestiona si es constitucional o no la posibilidad de brindar el derecho de matrimonio a las parejas homosexuales y se ponía en duda una posible modificación encubierta del artículo 32 de la Constitución, basándose “*en ocho motivos de inconstitucionalidad que se traducen en la infracción de los arts. 9.3, 10.2, 14 (en relación con los arts. 1.1 y 9.2), 32, 39.1, 2 y 4, 53.1 (en relación con el art. 32), y 167 de la*

⁴⁵ Programa del partido político PSOE de las elecciones estatales del año 2004, p. 32.

⁴⁶ Delgado Ramos, D. (2013). La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. *Asamblea*, 29, p. 215.

Constitución española.”⁴⁷ El recurso de inconstitucionalidad, se resolvió el 6 de noviembre de 2012, a través de la Sentencia 198/2012, cuyo fallo desestimó el recurso, al entender que era totalmente constitucional que tal modificación del Código Civil fuese respaldada por el artículo 32 de la Constitución, y que por ende, no creaba ninguna indefensión a la institución del matrimonio. No obstante, esta decisión tampoco se libró de controversias incluso dentro del propio tribunal, ya que 8 magistrados votaron positivamente, con un voto particular, y 3 negativamente, de los cuales todos emitieron su voto particular.

La defensa principal apreciable en los 3 votos particulares es la misma que defendió el Partido Popular a la hora de formular el recurso de inconstitucionalidad, una especie de desnaturalización de la institucionalidad del matrimonio debido a los cambios efectuados en los sujetos que pueden acceder a la misma. Esto, según los magistrados Ramón Rodríguez Arribas, Andrés Ollero y Juan José González Rivas (que emitieron su juicio a favor del recurso de inconstitucionalidad) creaba una vulneración en la garantía institucional del matrimonio que se protege en la Constitución.⁴⁸ No obstante, debemos comprender qué es exactamente el término garantía institucional, y es que *“el término de garantía institucional es un concepto que nace a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, dónde se establece que se persigue la protección de instituciones fundamentales dentro del orden constitucional que simplemente han sido enunciadas y no desarrolladas por la Carta Magna.”*⁴⁹ (Villanueva Turnes, 2014). Se considera que el matrimonio es una institución fundamental, y por ende debe de ser protegida por la Constitución a modo de garantía institucional. Al añadir la opción de acceder a la institución a las parejas homosexuales, los tres magistrados opinaron que la heterosexualidad era un requisito indispensable en las parejas que querían acceder a la institución, y que la falta de tal requisito desnaturaliza la misma y por ende era una vulneración de la garantía institucional que se buscaba proteger.

Sin embargo la sentencia 198/2012 realiza en su fundamentación jurídica argumentos (sobre todo en los apartados 9 y 11) que sostienen la no vulneración de la garantía institucional. Dichos apartados merecen menciones extensas ya que son de gran importancia jurisprudencial y sirven para la destrucción del discurso del Partido Popular.

⁴⁷ Fundamento número 2º del constitucional de la sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 que responde al recurso de inconstitucionalidad nº 6864-2005.

⁴⁸ Parra Lucán, M. A. (2013). Matrimonio y “matrimonio entre personas del mismo sexo”: la constitucionalidad de la Ley 13/2015, *Derecho Privado y Constitución*, 27, p. 9.

⁴⁹ Villanueva Turnes, A. (2014). Análisis jurídico de la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España, *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 14, 19, p. 4.

El fundamento jurídico número 9, menciona que la Constitución es un “árbol vivo”, concepto introducido por el Abogado del Estado de Canadá en expresión de la sentencia “*Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada*”⁵⁰ y que viene a decir que esta debe interpretarse conforme a la evolución de la sociedad; es por ello, que el Tribunal Constitucional debe interpretar el Derecho según las incertidumbres del momento en la sociedad, y es precisamente por ello, por lo que la interpretación del art. 10.2 de la CE que menciona que “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*” debe de interpretarse de esa manera, ya que a pesar de que los tratados ratificados por la España de aquella fecha no obligaban al Estado a reconocer el matrimonio homosexual, tampoco descarta la posibilidad de ello, es por ello, por lo que la Constitución, y el Tribunal Constitucional con su interpretación, deben de velar por la evolución del Derecho. Del mismo fundamento deriva la mención de varios estudios que reflejan la aceptación del matrimonio homosexual por gran parte de la sociedad española, unido por la aceptación de que desde la regularización del matrimonio homosexual en España, diferentes ordenamientos jurídicos de otros países han ido incluyendo en su legislación la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que refleja una progresiva aceptación de la comunidad internacional. Todos estos fundamentos se mencionan con la finalidad de concluir que la Ley 13/2005 “*desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea.*” .⁵¹

En resumidas cuentas, el hecho de que se haya ampliado el ejercicio del derecho al matrimonio a las parejas homosexuales no representa la vulneración de la garantía institucional, en tanto en cuanto es una realidad creciente, y de hecho la gran mayoría de la sociedad española lo acepta, así como la legislación de otros ordenamientos internacionales, tal y como expresa el último de los preceptos del fundamento número 9.⁵²

Por otro lado, existe un debate extenso sobre si la Ley 13/2005 realizó una ampliación de los titulares del derecho a ejercer matrimonio, y el fundamento 11 vino a aclarar que

⁵⁰ Sentencia mencionada en el fundamento número 9 de la sentencia del constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 para hacer referencia a que las constituciones no son algo estático, si no son algo que se debe adaptar al pensamiento general de la ciudadanía y a los valores de la misma.

⁵¹ Fundamento número 9º del constitucional de la sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 que responde al recurso de inconstitucionalidad 6864-2005.

⁵² Idem

*“supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio”*⁵³, por tanto, hablamos de un cambio en el ejercicio del derecho y no una ampliación de los titulares del mismo. Por tanto, este ejercicio se reconoce a todos los individuos, sin perjuicio de la condición sexual que estos puedan tener. Es por ello mismo, por lo que no podemos hablar de una reducción de los derechos de las parejas heterosexuales tal y como defiende la opinión que aboga por una vulneración de la garantía institucional. La institución no se ve en ningún momento vulnerada, ya que las personas heterosexuales pueden ejercer su derecho a contraer matrimonio con la misma libertad en la que lo ejercían antes, por ello, *“Ello no afecta al contenido esencial del derecho”* ya que no *“impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse”*⁵⁴. Con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, no se le niega a nadie ni su garantía institucional ni su libre ejercicio de sus Derechos Fundamentales, lo que sí hubiera sido contrario a la Constitución en caso de que estos se negaran. El contenido esencial del matrimonio no se ve vulnerado, por tanto, podemos concluir que la garantía institucional no se ve vulnerada por la modificación del artículo 44 del Código Civil, que conserva todos y cada uno de los preceptos anteriores a julio de 2005.

No obstante, el recurso de inconstitucionalidad también hace mención a la vulneración de otros derechos fundamentales como la institución de la “familia” protegida por el artículo 39. A pesar de que el propio tribunal constitucional declara que tal fundamentación debe de ser descartada y que no tiene cabida en este recurso de inconstitucionalidad al tratarse de un reclamación de la garantía institucional del matrimonio, da una respuesta (también admite, que el matrimonio y la familia son bienes totalmente diferentes, y que es precisamente por ello por lo que se encuentran regulados en preceptos diferentes, en los artículo 32 y 39 de la Constitución respectivamente). Declara que la Ley 13/2005 no vulnera el artículo 39, debido a que a pesar de que la Ley permita la adopción también para las personas homosexuales, se parte de la protección de la familia sin necesidad de ser derivada del matrimonio, debido a la pluralidad de formas de familia que existen hoy en día.

Volviendo a la garantía institucional, podemos alegar que tal y como expone la profesora Parra Lucán, ambos puntos de vista, tanto los contrarios al recurso como los que lo

⁵³ Fundamento número 11º del constitucional de la sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 que responde al recurso de inconstitucionalidad 6864-2005.

⁵⁴ Idem

apoyan, hablan sobre si se vulnera o no una garantía institucional que en teoría debe configurarse constitucionalmente, no obstante, ambos comparten una visión errónea del mismo, ya que debemos recordar que el matrimonio no es solo una garantía institucional, sino un Derecho Fundamental, que es aquello que busca defender y proteger la Constitución.⁵⁵ Podemos hablar entonces sobre una especie de supremacía de los Derechos Fundamentales sobre la garantía institucional, de hecho, las garantías institucionales si gozan de protección, pero a estas no se les puede excluir la intervención estatal en caso de que fuera necesaria, como sí sucedería en los Derechos Fundamentales.⁵⁶ Es precisamente por esto, por lo que considero que, evidentemente se debe velar por la protección de las garantías institucionales, pero no podemos olvidarnos que sobre estas existen Derechos Fundamentales que deben de protegerse a todas costa, hablamos especialmente de Derechos Fundamentales como el artículo 14 que vela por la igualdad jurídica de todos los españoles, o del artículo 10, que vela por el libre desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos. Ambos Derechos Fundamentales se encuentran muy unidos al artículo 32 de la Constitución, que uniéndose a la definición que se entiende del matrimonio como una relación afectivo-sexual entre dos personas que deciden convivir en un proyecto de vida común, se entiende que la sociedad ha evolucionado, y que los Derechos Fundamentales del art. 14 y del art. 10 deberían de aplicarse al caso, tal y como analizaremos a continuación.

3.2 ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 14 DE LA CONSTITUCIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución española comprende diversos artículos que son de principal importancia en el tema del que estamos hablando, nos referimos concretamente al art. 10 sobre la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad y al art. 14 sobre la igualdad.

a) DEFENSA BASADA EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CE DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

El artículo 14 de la Constitución española recoge uno de los principios más importantes de la democracia, el principio fundamental de la igualdad de todos y cada uno de los ciudadanos de la nación, que declara que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que*

⁵⁵ Parra Lucán, M. A. (2013). Matrimonio y “matrimonio entre personas del mismo sexo”: la constitucionalidad de la Ley 13/2015, Derecho Privado y Constitución, 27, p. 11.

⁵⁶ Baño León, J. M. B. (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8 (24), p. 157.

pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Tal artículo pretende generar una situación de igualdad legal entre todos, para que nadie pueda verse vulnerado por discriminación por ninguna de las materias mencionadas. No obstante, es observable que no existe ninguna disposición en el mismo sobre la discriminación por razón de orientación sexual, razón que no fue contemplada por el legislador cuando realizó la Constitución, probablemente por la poca visibilidad y concienciación social que existía en 1978 de las personas homosexuales.

A pesar de esto, el legislador no quiso crear un artículo que se limitara a contemplar únicamente unas causas específicas, y así dejar desamparadas a minorías que no encontraban a primera vista amparo en el artículo. Por ello encontramos tal amparo al final del artículo, con la expresión “*o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, que merece un análisis en profundidad.

Con la redacción de dicho artículo, el legislador tuvo en cuenta que el término discriminación es un concepto evolutivo que va cambiando con la sociedad, y que este no tiene unos parámetros concretos. Con la elaboración de dicha premisa final, se establece que en dicho artículo no debía pretenderse especificar todas las causas previstas⁵⁷, por lo que el legislador crea la denominada *cláusula abierta*, en la que se aceptan más causas de discriminación que las declaradas en el artículo.

A efectos de dicha cláusula, no podemos limitarnos a admitir como discriminación cualquier injusticia que se nos presente, si no que dicha discriminación debe de ser ajustada al “*test*” de desigualdad. Hablamos de una situación en la que lo que debemos de mostrar es que el ordenamiento jurídico conlleva una consecuencia jurídica diferente para dos o más personas o colectivos⁵⁸, en el caso que nos ahonda, los estrapolariamos entre el colectivo homosexual y las parejas heterosexuales. No obstante, no solo se debe demostrar que las situaciones son distintas sino que son tratadas desde un punto de vista desigualitario legalmente hablando.⁵⁹

⁵⁷ Martín Sánchez, M. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*, p. 30.

⁵⁸ Alonso García, E. (1983). El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. *Revista de Administración Pública*, 100, p. 23.

⁵⁹ *Idem*, p. 25.

A efectos del matrimonio homosexual, podemos hablar que el matrimonio es una institución cuyo objetivo es que una pareja de individuos tenga derecho a compartir un proyecto de vida con los respectivos derechos y obligaciones que este genere para ambos ⁶⁰ ; por lo que consideramos, que el matrimonio no debería de ser exclusivamente de las parejas heterosexuales, si no también de las miles de parejas homosexuales que conviven en España.

La exclusividad de este a las parejas heterosexuales, puede ser entendida como una vulneración del artículo 14, ya que por razón de discriminación por orientación sexual se estaría haciendo una limitación al libre ejercicio del derecho al matrimonio, entendiéndose que este es exclusivo de un colectivo de personas, en este caso de personas de personas que quieran casarse con personas del sexo contrario. El legislador, tras muchos años de controversia y de lucha social entendió que debía brindar este derecho a todas aquellas parejas que no entraban en el esquema tradicional que pretendían hacer uso del libre ejercicio de su desarrollo personal que ampara el artículo 10.

b) DEFENSA BASADA EN EL ARTÍCULO 10 DE LA CE DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

El artículo 10 de la CE declara que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” en su primer párrafo.

Este artículo es muy importante para la defensa de un matrimonio homosexual, debido a la definición de matrimonio que entendemos hoy por hoy, ya que entendemos el matrimonio como una unión entre dos personas que buscan formar un proyecto de vida, por lo que nos topamos directamente con el libre desarrollo de la personalidad de la que habla el artículo 10 por el que deben velar las instituciones públicas. Es por el libre desarrollo de la personalidad que se reconoce que no debería de haber ningún impedimento para que dos personas homosexuales, que se aman y que buscan formar un proyecto de vida, puedan unirse bajo la institución del matrimonio.

⁶⁰ Martín Sánchez, M. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*, p. 117.

3.3 RETOS CONSTITUCIONALES DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

a) NECESIDAD DE UN BLINDAJE CONSTITUCIONAL

Como hemos podido leer anteriormente, el artículo 32 de la Constitución habla de “*el hombre y la mujer*”, lo que podría ser comprendido como única forma de matrimonio si tomamos al pie de la letra lo mencionado en el artículo. Aquí entra en debate si es necesaria o no una modificación de la Constitución en aras de ofrecer aún más protección al matrimonio homosexual e igualarlo en todos los sentidos al matrimonio heterosexual, como podría ser añadir a tal disposición lo expuesto en el artículo 44 del Código Civil. Debemos de analizar entonces con exactitud lo que quería dar a entender el constitucional cuando hablaba sobre el “hombre y la mujer”.

Tal y como hemos podido observar en la parte histórica, en tiempos del franquismo, la mujer quedaba relegada a las órdenes del marido cuando estos contraen matrimonio. Hablamos de una figura misógina que convierte a la mujer en un objeto al que se le elimina casi en su totalidad su autonomía. Es por ello, por lo que el legislador constitucional, a la hora de regular el precepto constitucional del matrimonio en 1978, buscaba afianzar una igualdad entre el hombre y la mujer, para dejar a un lado la antigua institución del matrimonio entendida como la superioridad del hombre sobre la mujer. Esto se recuerda en la sentencia 198/2012 que previamente hemos analizado, ya que en su fundamento jurídico número 8, se menciona que “*el art. 32 CE manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones, lo cual no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera.*”.⁶¹

Por tanto entendemos que con la redacción de tal artículo se busca fomentar e igualar la personalidad de la mujer a la del hombre dentro de la institución matrimonial, para así poder devolver la autonomía que le había sido robada durante tantos siglos. Esta voluntad puede verse plasmada en el propio artículo 32, ya que establece que “*tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”. La plena igualdad jurídica de la que habló el legislador se traduce en la igualdad entre ambos cónyuges, y por ende, no se habla de la obligación o necesidad de que deban tratarse de una pareja heterosexual, de hecho, el artículo

⁶¹ Fundamento número 8º del constitucional de la sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 que responde al recurso de inconstitucionalidad 6864-2005.

solo menciona aquellos que pueden acceder a la institución matrimonial, en este caso, el hombre y la mujer.

Esto nos lleva a hablar de la última parte de la sentencia anteriormente citada, y es que, el constitucional no excluye de ningún modo la posibilidad de que el matrimonio homosexual fuera posible, simplemente decidió no hablar sobre ello, probablemente por la poca visibilidad y positividad con la que se veía al colectivo en aquella época.⁶²

Por ende considero que el matrimonio homosexual ya se encuentra protegido y blindado por la Constitución, en tanto en cuanto es la misma la que realiza una remisión en el artículo 32.2 a la Ley concediéndole el poder de legislar sobre todas las materias del matrimonio. La propia Constitución blinda todos los preceptos recogidos por las diferentes disposiciones como Leyes Orgánicas, Código Civil... etc que regulan el matrimonio, dando una cierta flexibilidad a la institución de matrimonio, y entendiendo que la Ley no es algo estático, así como la propia institución del matrimonio. Con el simple hecho de que la Ley 13/2005 haya sido aprobada por el legislador, y posteriormente ratificada por el Tribunal Constitucional con su sentencia 198/2012, sería suficiente para garantizar una igualdad real entre el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual, creando los mismos efectos jurídicos para ambos.

La Constitución recoge el matrimonio como un Derecho Fundamental de los ciudadanos, un Derecho que no puede ser eliminado al tratarse de un Derecho supremo avalado por diferentes tratados internacionales que España ha ratificado, y parte del desarrollo y autonomía de las personas. Por ello considero que la misma debería limitarse a permitir y asegurar la institución, pero permitir a la Ley (como bien hace en la actualidad) su regulación y modificación, adaptándose a las necesidades pertinentes de la sociedad.

b) RETOS SOCIALES Y POLÍTICOS A LOS QUE SE ENFRENTA EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Ante los crecientes movimientos de extrema derecha, que abogan por un pensamiento más tradicional, el derecho de ejercicio del matrimonio de las parejas homosexuales se encuentra en peligro. Países como Italia, Hungría, Brasil, Finlandia o Argentina hoy en día están siendo gobernados por partidos de extrema derecha que buscan recortar o prohibir el derecho a las parejas homosexuales en aras de conseguir una igualdad jurídica.

⁶² Recordemos que tan sólo 8 años atrás la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social había sido aprobada.

Es entendible que ante esta situación, y viendo lo sucedido en otros países, haya un cierto miedo por el avance de la extrema derecha, sobre todo en nuestro país, donde la misma ha adquirido mayor fuerza. Por ello, a pesar de que no es necesaria una modificación de la Constitución para proteger y blindar aún más el matrimonio homosexual, es totalmente lícito que haya movimientos dentro del colectivo que exijan su cambio, por lo que no podemos evitar mencionar los requisitos que serían necesarios para un cambio y los retos a los que este se expondría, ya que, como bien sabemos, existe todo un procedimiento para llevar a cabo este cambio.

En España, la reforma Constitucional puede darse según dos procedimientos, el procedimiento ordinario, regulado en el artículo 167 de la misma, y el procedimiento agravado, regulado en el artículo 168. Si se realizara un cambio del artículo 32 de la Constitución, podríamos optar por el procedimiento ordinario, ya que el agravado se destina a la reforma total o parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo II, concretamente a la sección primera del Título I, o a la sección segunda ⁶³. Por ende, el legislador constitucional decidió no hacer necesario un procedimiento agravado en la sección segunda del Título I del Capítulo II, sobre los derechos y deberes de los ciudadanos. Por otro lado, el procedimiento ordinario de reforma constitucional que se recoge en el artículo 167 de la Constitución dicta que los proyectos deben de ser aprobados por tres quintas partes de todas las Cámaras, en caso de no haber acuerdo, se creará una comisión paritaria que presentará otro texto. Si no se lograra la aprobación, pero sí tuviera mayoría absoluta en el Senado, el Congreso podrá aprobar el proyecto por mayoría de dos tercios. No obstante, esta reforma se someterá a referéndum si así lo pide un décimo de alguna de las cámaras. ⁶⁴

Sabiendo el proceso que representa una modificación de la Constitución, podemos observar que es necesario contar con un amplio apoyo de la misma, y aun consiguiendolo, seguramente necesite aprobación mediante referéndum. Por tanto considero que un cambio en la Constitución en el momento político en el que nos encontramos actualmente, no sería posible. España encuentra en sus Cámaras diversidad de pensamientos, y se encuentra muy dividida, es por ello, por lo que podríamos decir que este sería un reto prácticamente imposible.

No obstante, debemos recordar, que por mucho que un cambio constitucional no sea posible por los retos socio-políticos que este representa, el matrimonio homosexual no queda

⁶³ Constitución española de 1978, artículo 168.

⁶⁴ Constitución española de 1978, artículo 167.

desamparado ni desprotejido tal y como se ha explicado en el anterior apartado, la regulación a la que remite el Constitucional en el artículo 32.2 sirve y es más que suficiente para asegurar una protección del ejercicio del matrimonio igualitario.

Es por ello, por lo que podemos concluir que un reto para muchas personas es la regulación del matrimonio homosexual a nivel constitucional, mientras que para muchas, este reto ya fue conseguido con la redacción de la Ley 13/2005.

En resumen, la modificación de la Constitución española para abordar cuestiones relacionadas con el matrimonio enfrentaría una serie de desafíos políticos y sociales que requerirían un amplio consenso, compromiso y atención a las opiniones y preocupaciones de la sociedad española.) A pesar de que la modificación constitucional no fuera la mejor opción para seguir regulando el derecho matrimonial igualitario, no podemos retroceder en la lucha por la que miles de personas han dejado su vida. En estos momentos, no solo debemos preocuparnos por conseguir un derecho mucho más igualitario y humano, si no también hay que luchar contra todos aquellos que intentan eliminar todas las garantías y protección de los colectivos más vulnerables de la sociedad.

4. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN ITALIA

4.1 INTRODUCCIÓN

El derecho al ejercicio del matrimonio para las parejas homosexuales en España, es una realidad y avance social que nos caracteriza como sociedad, aunque no se desarrolla de la misma forma en todos los países del mundo, ni tan siquiera dentro de la propia Unión Europea. Este es el caso de Italia, un país muy cercano a nuestras costumbres pero cuyo reconocimiento de derechos está siguiendo un proceso evolutivo mucho más pausado y con poca esperanza positiva a corto plazo. Por tanto es de interés constitucional para nuestro país observar los procesos legislativos de otros Estados, para aprender de ellos u obtener diferentes perspectivas que pueden mejorar nuestra doctrina.

En Italia, el matrimonio homosexual no se encuentra reconocido por el constituyente, si no que es algo que se reserva exclusivamente para parejas heterosexuales. Es por ello, que traducido el artículo 29 de su carta magna, la Constitución, encontramos lo siguiente:

“La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio.

*El matrimonio se ordena sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites que establece la ley para garantizar la unidad familiar.”*⁶⁵ (Art. 29 de la CI, 1948).

De dicho artículo constitucional, podemos encontrar varias definiciones que serán importantes de definir antes de desarrollar la situación del matrimonio homosexual en Italia, definiciones de gran importancia como “*familia natural*” y el propio “*matrimonio*”. Es de especial interés el concepto de “*familia natural*” que encontramos en la Constitución italiana, siendo este el eje de muchas controversias, y la razón por la que parte de la doctrina prohíbe el matrimonio homosexual al entender que la familia natural se refiere única y exclusivamente a la familia heterosexual, cuyo objetivo es la procreación. De hecho, según la profesora Luisa Rosso, es un grave error desde el punto de vista lógico combinar los conceptos de sociedad natural que proviene del derecho natural con el del matrimonio, que es un instituto de derecho positivo.⁶⁶ Es por esto, por lo que tales conceptos, serán explicados a continuación para un mayor entendimiento.

a) DEFINICIONES IMPORTANTES

La “familia natural”

El artículo 29 hace referencia al reconocimiento de los derechos de la familia como “*sociedad natural*” que serán fundados en el matrimonio. Entendemos por ello, el concepto de “*sociedad natural*” como “*familia natural*”. De dicho precepto, podemos deducir que se habla del matrimonio como modo de formar una familia, es decir, un modo de procreación, dedicado, solo a las parejas heterosexuales. Es por ello, que “*según esta visión, la heterosexualidad de la pareja sería de hecho un principio tan fundamental y pacífico que la legislación nunca habría considerado imprescindible especificarlo.*”⁶⁷ (Gattuso, 2007).

No obstante, no toda la doctrina piensa así, y es que precisamente uno de los caracteres más importantes de la sociedad es que se encuentra en constante cambio. El profesor Francesco Galgano, en su manual dedicado al derecho privado menciona que la “*sociedad natural no significa inmutabilidad de la regulación normativa: esto puede cambiar con el cambio de las costumbres sociales, con la evolución de las concepciones de la familia y de las relaciones entre sus miembros*”.⁶⁸ (Galgano, 2013). Se reconoce por tanto

⁶⁵ Constitución italiana de 1948, artículo 29 traducido al castellano.

⁶⁶ Russo, L. (2022). *Le unioni civili*, p. 11.

⁶⁷ Gattuso, M. (2007). La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali. *Il Mulino*, 3, pp. 456 donde en su cita número 14 hace referencia al pensamiento y lo escrito por Sandulli.

⁶⁸ Galgano, F. (2013). *Diritto privato*, p. 732.

que la sociedad natural de la que habla la Constitución es algo que puede ir cambiando según evoluciona la sociedad, tal y como reconoció el legislador al regular la Ley 13/2005 en el caso español.⁶⁹

Por otro lado, no podemos evitar mencionar el hecho de que la Constitución italiana menciona el matrimonio como forma de fundación de la familia. Entiende que la procreación es la base del matrimonio y el objetivo del mismo, algo sin sentido, ya que está claro que no se puede prohibir el matrimonio a parejas estériles, a mujeres que tengan la menopausia o aquellos casos que simplemente por voluntad propia no quieran crear una familia, por tanto la Ley les sigue protegiendo, ya que existe el afecto y la solidaridad mutua de la que surge la intención de consagrarse en matrimonio.⁷⁰

Bien es cierto, que hay en otras sociedades donde una causa legítima de divorcio es la voluntad de no querer procrear, de hecho, en la propia Iglesia Católica existe una especie de “obligación” de procreación en el matrimonio, siendo la voluntad de no realizarlo una causa de nulidad del mismo (sin contar todas aquellas personas estériles por naturaleza)⁷¹. Esta última visión católica de matrimonio es una visión muy influenciada en Italia, seguramente porque en este país se encuentra el propio Estado del Vaticano y donde se originó la expansión del catolicismo de forma masiva con el Imperio Romano.

De hecho, Busnelli habla de una “*isla grande*” a la que se le van sumando “*pequeños archipiélagos*”⁷², entendiendo que esta isla grande sería la familia tradicional, a la que con el pasar de las décadas se le van añadiendo otros archipiélagos que se traducen como nuevas formas de familia que se adaptan a las realidades sociales que vivimos hoy en día. Por esto, considero muy arcaico por parte del legislador italiano el hecho de vincular a la familia totalmente con el matrimonio, convirtiéndolo en la única forma de procreación, creando una laguna a todas aquellas familias que no quieran tener hijos pero casarse, o tener hijos sin estar casadas. Dejando de lado esta visión arcaica, considero que sí tiene cabida la posibilidad del matrimonio homosexual, debido a que recordemos que el matrimonio se basa sobretodo en la intención de una pareja de crear un proyecto de vida conjunto, cosa que no entiende así el legislador italiano, tal y como veremos a continuación.

⁶⁹ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Preámbulo. Título Preliminar.

⁷⁰ Gattuso, M. (2007). La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali. *Il Mulino*, 3, p. 456.

⁷¹ Vassallo, N. (2015). Il matrimonio omosessuale è contro natura: falso!, *Iride*, 3, p. 691.

⁷² Donato Busnelli, F. (2002). La famiglia e l'arcipelago familiare, in *Rivista di Diritto Civile*, 48, 4, p. 520 que menciona la metáfora introducida por Jemolo.

El “matrimonio”

Según la enciclopedia “*Treccani*”, una de las enciclopedias científicas más importantes de Italia, define el matrimonio como una “*Institución jurídica (o, según la Iglesia católica, sacramento) mediante la cual se da forma legal (y respectivamente. carácter sagrado) a la unión física y espiritual del hombre (marido) y de la mujer (esposa) que establecen vivir en comunidad de vida con el fin de fundar la familia*”⁷³ Es una definición bastante correcta en cuanto a lo que es el matrimonio a efectos jurídicos en Italia. El matrimonio italiano se destaca por ser una institución altamente influenciada por la religión, y por ende, en el propio artículo 29 de la Constitución tal influencia puede contemplarse en cuanto a la “familia natural”. Bien es cierto, que en el segundo párrafo del artículo 29, se habla sobre la igualdad de los cónyuges a la hora de establecerse el matrimonio, no obstante, a pesar de que no se mencione la prohibición expresa del matrimonio homosexual, el hecho de que el legislador allí preferido no realizar ninguna regulación sobre la materia, y limitarse a permitir la institución de una unión civil en el año 2016 en favor de las parejas homosexuales, y no el matrimonio, nos hace deducir que uno de los requisitos indispensables para contraer matrimonio es la heterosexualidad en los individuos, a parte de otros requisitos que sí vienen expresos en el Código Civil italiano (requisitos que se asemejan a los del Código Civil español: no ser menor de edad, no estar vinculado a otro matrimonio... etc.).

b) HISTORIA DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN ITALIA

Si hablamos de historia del matrimonio homosexual en Italia, podemos servirnos de los primeros siglos relatados en la parte histórica española, debido a que los vínculos que unían a España e Italia durante los primeros siglos eran prácticamente los mismos, hablamos pues de los imperios griegos y romanos previamente mencionados, que controlaban gran parte del mediterráneo y donde la historia referente al matrimonio igualitario fue bastante similar. Aunque en Italia, la represión y la influencia del catolicismo fue mucho mayor, así como la influencia de la familia tradicional católica que se conserva hasta hoy en día tanto en el pensamiento de la sociedad italiana como en su legislación.

Al igual que en España, no existía una igualdad entre los cónyuges, si no que era el hombre el que poseía cierto poder sobre la mujer. Es en este contexto en el que se realiza una Reforma del Derecho de Familia en el año 1975 que trajo la igualdad entre cónyuges,

⁷³ Istituto della Enciclopedia Italiana, diccionario *Treccani*, definición de “matrimonio”.

revaluando el concepto de las familias. A su vez, asociaciones como Arcigay (asociación italiana creada en 1980 cuya finalidad es velar por el bienestar y la igualdad del colectivo LGTBIQ+ ⁷⁴) se crearon buscando un cambio en el reconocimiento de familias con afecciones diferentes a las tradicionales, creando un debate sobre la unión civil para las personas homosexuales. ⁷⁵

Fue gracias a Arcigay, que en el año 1988, se realizó la primera propuesta al Parlamento de Unión Civil, que no reconocía per se el matrimonio homosexual (de hecho, los medios lo designaron como un matrimonio de segunda de modo peyorativo, “*matrimonio di serie b*”⁷⁶), si no que hablaba de la regulación de la Unión Civil, que se dirige a ella como “*famiglia di fatto*”. ⁷⁷ En el preámbulo de la propuesta n° 2340 se habla de lo estipulado por el artículo 29 de la Constitución, y es que la propuesta entiende que con la reafirmación de la comunidad familiar a la que hace referencia el artículo 29 de la CI se debe de promover la personalidad de la persona, fundamentándose a su vez en el artículo 2 de la CI donde se reconoce que la República es la encargada de velar por el desarrollo de dicha personalidad.

Es bajo este contexto en el que en el art. 1.1 de la propuesta propone que “*las relaciones entre dos personas unidas por una comunión de vida material y espiritual que dure al menos tres años y que resulten de inscripción registral o escritura pública, se regulan por lo dispuesto en esta Ley*”. ⁷⁸ Debemos de atender a “*las relaciones entre dos personas*”, dando a entender aquí, que lo pretendido con esta propuesta era posibilitar a las parejas homosexuales optar al menos a la Unión Civil como refugio legal.

Sin embargo, a pesar de la repercusión mediática de dicha propuesta, esta no salió adelante, aunque sirvió como base para las posteriores propuestas que se realizaron al Parlamento, que al igual que esta, sufrieron el mismo final.

Tras decenas de intentos de regular la Unión Civil, en el año 2000, la Comisión Europea a través de su Directiva 2000/78/CE buscaba “*luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el*

⁷⁴ Estatuto de la asociación italiana Arcigay. Artículo 3.

⁷⁵ Rebecca Berrone, G. A. (2015) *Matrimoni fra persone dello stesso sesso*, p. 45.

⁷⁶ Rebecca Berrone, G. A. (2015) *Matrimoni fra persone dello stesso sesso*, p. 47.

⁷⁷ Propuesta de Ley n° 2340 de 1988 sobre la regulación de uniones civiles en Italia. Preámbulo.

⁷⁸ Propuesta de Ley n° 2340 de 1988 sobre la regulación de uniones civiles en Italia. Artículo 1.1.

principio de igualdad de trato.”⁷⁹ proponiendo a todos los Estados Miembros a legislar en materia de discriminación por orientación sexual. Es por ello, que finalmente en el año 2003, a través del Decreto Legislativo No. 216 de 9 de julio de 2003 se reguló tal discriminación, que no se adaptaba exactamente a lo requerido por la Directiva de la UE, por lo que la Comisión tuvo que abrir un procedimiento por el que acusaba a Italia de no respetar dicha Directiva, lo que causó la modificación de los artículos que infringían la Directiva. Dicho Decreto Legislativo, dejaba la puerta abierta finalmente a una regulación de la Unión Civil de las parejas homosexuales para conseguir una regulación antidiscriminatoria en el caso de las parejas homosexuales.

4.2 PASOS PREVIOS A LA REGULACIÓN DE LA UNIÓN CIVIL: LA SENTENCIA N° 138 DEL 2010 DELLA CORTE COSTITUZIONALE Y LA SENTENCIA N° 4184 DELLA CORTE DI CASSAZIONE

En Italia, surgieron cada vez más movimientos (sobre todo encabezados por Arcigay, asociación que no podemos evitar mencionar) que buscaban la aprobación del matrimonio homosexual como forma legítima de unión, o en su defecto, una Unión Civil que al menos pudiera brindar algo de reconocimiento a las parejas homosexuales.

En este contexto, se dan los pasos previos a la final regulación de la Unión Civil, forma que eligió Italia como modo de regulación ante las crecientes peticiones legislativas, y cuya decisión analizaremos más adelante. No podemos evitar entonces hablar de las sentencias del año 2010 y del año 2012 de gran importancia en esta cuestión.

a) LA SENTENCIA N° 138 DEL 2010 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

La sentencia n° 138 del 15 de abril de 2010 de la Corte Constitucional, surge como respuesta a dos recursos. En primera instancia, nos encontramos ante un recurso derivado de la ordenanza del 3 de abril de 2009 de Venecia, en la que se cuestiona la negación por parte del personal del ayuntamiento de la publicación del matrimonio de dos personas homosexuales, fundamentándose *“en virtud del complejo normativo que funda el ordenamiento jurídico italiano y la oposición al orden público constituido por principios fundamentales de rango tanto constitucional como ordinario”*⁸⁰. Es por ello, por lo que se oponen rotundamente a aceptar la inscripción de dicha pareja.

⁷⁹ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Artículo 1.

⁸⁰ Ordenanza del 3 de abril de 2009 del Tribunal de Venecia. “Motivazione” de la sentencia.

En segunda instancia, se da una respuesta a un recurso similar realizado en Trento el 29 de julio de 2009, tras negarse el ayuntamiento a inscribir a una pareja homosexual considerando que el matrimonio homosexual era inadmisibles por el Ordenamiento Jurídico italiano en virtud de los artículos del Código Civil que daban a entender que el matrimonio solo podía surgir efectos en los casos en los que los sujetos fuesen un hombre y una mujer.

Aunque son los propios tribunales de Venecia y de Trento los que reconocen que el matrimonio homosexual no está expresamente previsto pero tampoco está expresamente prohibido ⁸¹, al menos desde el punto de vista constitucional. No obstante, la cuestión surge de lo que se entiende del Código Civil por lo que se dirige la cuestión al constitucional sobre si efectivamente sería constitucional o no el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

En primer lugar, debemos de observar la argumentación de las partes. Por un lado, las partes privadas ⁸² hablan sobre la evolución del derecho que ya hizo el preámbulo de la Ley 13/2005 en el caso de España. En la sentencia, se discutía sobre si la heterosexualidad era un requisito implícito recogido en el artículo 29 de la CI, no obstante, se reconoce que *“el art. 29 Cost. no sugiere en absoluto, lo que impide que las personas homosexuales disfruten plenamente de su ciudadanía y del derecho a realizarse afectiva y socialmente dentro de la familia legítima.”* ⁸³

Asimismo, hablan del término “sociedad natural” que emplea el artículo 29 para referirse al matrimonio, no obstante, reconoce igualmente que por ejemplo el matrimonio civil ya no se encuentra orientado hacia la procreación, como si lo podía hacer antes, y acepta que *“procreación sería sólo un elemento eventual en la relación conyugal”*. ⁸⁴ Siguiendo esta línea, en la sentencia, se procede a reconocer que el derecho a contraer matrimonio, es un derecho fundamental, y por ello, debe de ser una institución asegurada a todas y cada una de las realidades sociales que puedan surgir, por lo que las partes privadas mencionan que no es necesaria una nueva legislación, sino la ampliación del ejercicio.

Esto nos recuerda a lo sucedido en el caso español, donde por una parte había un gran porcentaje de la doctrina que opinaba que era necesaria la creación de un nuevo derecho, mientras que otra, simplemente hablaba de una modificación de las personas que podían

⁸¹ Viggiani, G. (2013) Il matrimonio tra persone dello stesso sesso come atto queer, *About Gender*, 2 (3), p. 95.

⁸² “Le parte private”, término que usa la sentencia del constitucional con el fin de proteger las identidades de los demandantes, y para referirse a los mismos.

⁸³ Sentencia nº 138 del 2010 della Corte Costituzionale italiana. “Ritenuto in fatto” (antecedentes de hecho) número 2º.

⁸⁴ Idem.

ejercer tal derecho, que fue la opinión que finalmente venció y fue reconocida por el propio constitucional con la sentencia del 2012 previamente analizada.

No obstante, ante esta argumentación por parte de los demandantes, la defensa, se negó rotundamente a la aceptación de esta argumentación, defendiendo que tal y como establece el artículo 29 de la CI, el matrimonio y la familia están vinculadas y que tal y como presume el CC se debe de reserva tal institución a parejas heterosexuales. El constitucional tuvo que pronunciarse, y declaró que respecto al artículo 2 de la Constitución por el que se obliga a la república el velar por el libre desarrollo de la personalidad se estableció “*que por formación social debemos entender un modelo pluralista que incluya también la unión homosexual*”.⁸⁵ (Viggiani, 2013).

Tal término de “formación social” que se establece en la sentencia es de gran importancia, ya que se le reconoce a las parejas homosexuales que son una “*formación social*”, y que por tanto, a efectos del artículo 2 tendrían la obligación de ser tuteladas. Esto quiere decir, que tal y como presume el artículo 2 de la Constitución italiana por el que se garantizan los derechos de todas las formaciones sociales, se tiene que promover el libre desarrollo de su personalidad. Dentro de estas formaciones sociales, la sentencia reconoce a las parejas homosexuales como una formación más por lo que deben de garantizarse sus derechos y por ello se debe velar por el libre desarrollo de su personalidad. Dicho libre desarrollo, requiere de unos derechos y unas obligaciones que puedan tutelar la formación social de las parejas homosexuales.

De hecho, esta sentencia es de importante interés constitucional y fundamental para el desarrollo de la legislación que se dió más adelante, ya que en la misma, se da una definición sobre lo que son, según el punto de vista constitucional las parejas homosexuales:

*"una formación social, que tiene derecho al derecho fundamental a vivir libremente en pareja, obteniendo -en los tiempos, en las formas y dentro de los límites establecidos por la ley- el reconocimiento jurídico con los derechos y deberes correspondientes"*⁸⁶ (Sentencia nº 138 del 2010 della Corte Costituzionale, 2010).

⁸⁵ Viggiani, G. (2013) Il matrimonio tra persone dello stesso sesso come atto queer, *About Gender*, 2 (3), p. 95.

⁸⁶ Sentencia nº 138 del 2010 della Corte Costituzionale italiana. “Ritenuto in fatto” (antecedentes de hecho) fundamento número 8°.

dotando finalmente a las parejas homosexuales de una protección que se deberá regular por el legislador más adelante.

Sin embargo, podríamos entender que por ende, el matrimonio homosexual con esta fundamentación podría ser aceptado y válido constitucionalmente hablando. No obstante, aunque la propia sentencia habla sobre la necesidad de una regulación para las parejas homosexuales, no obliga al uso de la institución del matrimonio para tutelarlas, tal y como se desarrolla en otros países de Europa.⁸⁷ Con esto, se le brinda al legislador total libertad de elegir otra forma de desarrollar la tutela de las parejas homosexuales.

b) LA SENTENCIA N° 4184 DEL 2012 DELLA CORTE DI CASSAZIONE

En esta sentencia, el problema reside en la voluntad de una pareja de inscribir su matrimonio realizado en el extranjero. El registro se opone fundamentándose en el art. 18 del Decreto del 3 noviembre 2000, n. 396, que establece que *“los documentos extendidos en el extranjero no podrán registrarse si son contrarios al orden público.”*. Dicho artículo es importante ya que es el fundamento de las posteriores decisiones de los ayuntamientos que se negaban a inscribir matrimonios homosexuales realizados en el extranjero. Ante su disconformidad, la pareja, que celebró su matrimonio en Holanda⁸⁸, interpuso una demanda en el Tribunal Ordinario de Latina, después en el Tribunal de Apelación de Roma, y tras ello, se llevó el asunto a la *“Corte di Cassazione”* (equivalente al Tribunal Supremo en España).

Ante esto, la sentencia se puede dividir en dos partes⁸⁹. El tribunal en la primera parte de la sentencia, se refieren a la sentencia 245/2011, otra sentencia en la que el Tribunal Constitucional reconoció el derecho fundamental a contraer matrimonio, pero los jueces estimaron que *“...la diferencia de sexo es – junto con la manifestación del deseo conyugal – el requisito mínimo indispensable para la propia 'existencia' del matrimonio civil como acto jurídicamente relevante”*⁹⁰ (Rebecca Berrone, 2015). Juntando con lo dispuesto por el art. 18 del Real Decreto previamente mencionado, existiría un conflicto entre, en este caso, el derecho extranjero y el derecho italiano, prevaleciendo el italiano ya que la inscripción quería realizarse en dicho Estado.

⁸⁷ Pardo Prieto, P.C. Italia. Crónica Jurisprudencial, *Laicidad y libertades*, 15, p. 467.

⁸⁸ A pesar de que este caso comenzó en el año 2004, Holanda permite el matrimonio homosexual desde el año 2001, lugar donde contrajeron matrimonio las partes privadas del caso.

⁸⁹ Viggiani, G. (2013) Il matrimonio tra persone dello stesso sesso come atto queer, *About Gender*, 2 (3), p. 97.

⁹⁰ Rebecca Berrone, G. A. (2015) Matrimoni fra persone dello stesso sesso, p. 161 citando la sentencia 4184/2012 de la *Corte di Cassazione* en la que se hace referencia a lo pronunciado en la sentencia 245/2011 de la *Corte Costituzionale*.

En la segunda parte de la sentencia *“los jueces se dedican en cambio al problema de cómo tratar el acto”* ⁹¹ teniendo en cuenta lo estipulado por la Sentencia 138/2010 del Constitucional previamente analizada. El tribunal supremo, asume que el matrimonio homosexual es una realidad, aunque opina que no se debe dejar al Parlamento su regulación, es por ello, que la sentencia concluye asumiendo que *“la inregistrabilidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo no dependería entonces de su inexistencia, ni de su nulidad, que se aprecia en relación con el ordenamiento jurídico en el que se celebran tales matrimonios, sino de «su incapacidad para presentar, como documentos matrimoniales, cualquier efecto jurídico en el ordenamiento jurídico italiano”*. ⁹² (Viggiani, 2013).

En resumidas cuentas, en esta sentencia se desestima el recurso interpuesto por la parte privada respecto a la posibilidad de hacer valer su matrimonio contraído en el extranjero. No obstante, esta sentencia se convirtió en jurisprudencia importante en la situación del panorama en el 2012, ya que a pesar de que se desestime el recurso, la sentencia admitió que se debería de asegurar el derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales, cosa que venía siendo discutida por la doctrina desde hace muchos años atrás.

4.3 LA LEY DEL 2016 SOBRE LAS “UNIONE CIVILI”: INTRODUCCIÓN DE UNIÓN HOMOSEXUAL EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA Y LA NO EQUIPARACIÓN A LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL

Durante y posterior al dictamen de dichas sentencias, no cesaron los intentos de la aprobación por parte del Parlamento de un matrimonio igualitario, así como proyectos que pretendían asegurar los derechos de las parejas homosexuales a través de la institución de la Unión Civil. Es por ello, que la Ley de 20 de mayo de 2016, n° 76, también conocida como *“Legge Cirinnà”* (nombre relacionado a la primera firmante de la Ley) introdujo la regulación de las Uniones Civiles, para todas aquellas parejas homosexuales que querían unirse y que su unión causara efectos jurídicos y la regulación de las convivencias de *“facto”* ⁹³.

La necesidad de una regulación jurídica dedicada a las parejas homosexuales no sólo se veía reflejada en la presencia de regulaciones similares en otros ordenamientos jurídicos europeos, si no que el propio Parlamento Europeo había solicitado mediante el Tribunal de

⁹¹ Viggiani, G. (2013) Il matrimonio tra persone dello stesso sesso come atto queer, *About Gender*, 2 (3), p. 97.

⁹² Viggiani, G. (2013) Il matrimonio tra persone dello stesso sesso come atto queer, *About Gender*, 2 (3), p. 98.

⁹³ Las convivencias de *“facto”* a las que refiere la Ley de 20 de mayo de 2016, n° 76 serían equivalentes a las parejas de hecho en el caso español.

Derechos Humanos y su sentencia de 21 de julio de 2015 de Oliari contra Italia la regulación jurídica de las parejas homosexuales.⁹⁴

En dicha sentencia, 3 parejas homosexuales italianas denunciaron al Estado italiano por la vulneración del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que garantiza el respeto de la privacidad y la vida familiar, entendiendo que el Estado italiano estaba violando dicha garantía al no tener formalizada ninguna regulación sobre las uniones entre parejas homosexuales. De hecho, el propio Tribunal de Derechos Humanos condenó a Italia y obligó a indemnizar económicamente a las 3 parejas afectadas.

Ante esta sentencia, y las propias sentencias italianas previamente analizadas, el Estado italiano se puso las pilas con la regulación jurídica de las uniones entre parejas del mismo sexo. Como bien hemos podido observar, la sentencia del año 2010 del constitucional le daba la oportunidad al Parlamento Italiano de realizar dicha regulación optando por la unión que viera correspondiente, y en una sentencia del año 2014, se requería el desarrollo de la regulación de parejas homosexuales "*con la mayor prontitud*"⁹⁵. Mientras el Estado español optó por la modificación de los sujetos que podían acceder a la institución matrimonial no creando ningún tipo de nueva institución, el legislador italiano optó que la mejor opción era conservar el derecho matrimonial tal y como estaba, y crear una nueva regulación totalmente nueva, ya que la corte constitucional estaba en contra de ampliar los sujetos del matrimonio civil.⁹⁶

Hablamos entonces, que se reservó la posibilidad de matrimonio solo a las personas heterosexuales, considerando que este era un requisito que debía de aplicarse a la hora de contraer matrimonio. Esta idea se aleja de otros ordenamientos europeos como pueden ser el neerlandés, el francés, o el propio español. Seguramente, el legislador optó por regular un derecho totalmente nuevo debido a la influencia del catolicismo aún en la actualidad, que a mi parecer, no debería de influir a la hora de realizar la legislación de un país, sobre todo teniendo en cuenta que Italia es un Estado laico por lo que se puede presumir de los artículos 7 y 8 de su Constitución. No obstante, bien es cierto que no se podía forzar a Italia a aceptar el matrimonio homosexual, debido a que las diversas sentencias del Tribunal Europeo de Estrasburgo (hablamos de sentencias como la de Schalk y Kopf vs. Austria 24 de junio de

⁹⁴ Torrente, A & Schlesinger, P. (2021). *Manuale di diritto privato*, p.1317.

⁹⁵ Ferrando, G. (2017). Matrimonio e unioni civili: Un primo confronto. *Politica del Diritto*, 48(1), p.52 en la que se hace referencia a la sentencia nº 170 de 11 de junio de 2014 de la Corte Costituzionale.

⁹⁶ Russo, L. (2022). *Le unioni civili*, p. 13.

2010, Vallianatos vs. Grecia , 8 de noviembre de 2013, X vs. Austria, 19 de febrero de 2013 o Pajic vs. Croacia, 23 de febrero de 2016.)⁹⁷

Es precisamente en este contexto en el que se desarrolló la ley de unión civil. Esta Ley se caracteriza por la “*técnica parlamentaria*” con la introducción de un único artículo que se divide en 69 párrafos.⁹⁸ Bien es cierto, que tras años de petición al Parlamento, dicha legislación por fin brindaba algunos derechos legales y protecciones a las parejas del mismo sexo, pero esto no significa que se otorguen los mismos derechos y obligaciones, o incluso el mismo reconocimiento legal que el que tiene el matrimonio. Precisamente de estos 69 párrafos, se presume que hay una distinción entre la institución del matrimonio y la unión civil.

Por esto, debemos hacer una reflexión de por qué el legislador decidió realizar un nuevo derecho en vez de modificar los sujetos que podían acceder a la institución de matrimonio tal y como lo hizo el legislador español, que “*no impidió que prevalezca la interpretación según la cual esta norma señala a los sujetos titulares del derecho a contraer matrimonio (es decir, el derecho debe ser reconocido a todo hombre y a toda mujer), sin limitar su capacidad de elegir libremente a su pareja.*”⁹⁹ (Gattuso, 2007). Es por ello, por lo que mientras el legislador interpreta que efectivamente los titulares del ejercicio del derecho podían modificarse bajo la institución del matrimonio, el legislador italiano entendía que modificar los titulares de tal derecho desvirtuaba la institución matrimonial, que era algo que debía corresponder única y exclusivamente a las parejas heterosexuales.

Seguramente, tal decisión tendría que ver con el papel tan fundamental que es el “*núcleo familiar*” para la legislación italiana, tal y como lo establece el artículo 29 de su Constitución al dar su definición de matrimonio. Y es que, una de las principales diferencias entre la institución matrimonial y la unión civil está relacionada directamente con los hijos, es decir, la formación de una familia.¹⁰⁰ Las parejas homosexuales, hoy en día, y a diferencia de la legislación española, no pueden adoptar, y tampoco pueden inscribir hijos nacidos en el extranjero mediante la práctica de la gestación subrogada, ya que a efectos de la legislación

⁹⁷ Ferrando, G. (2017). Matrimonio e unioni civili: Un primo confronto. *Politica del Diritto*, 48(1), p. 50 donde cita las mencionadas sentencias en su referencia número 1.

⁹⁸ Torrente, A & Schlesinger, P. (2021). *Manuale di diritto privato*, p.1318.

⁹⁹ Gattuso, M. (2007). La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali. *Il Mulino*, 3, p. 457

¹⁰⁰ López Sanchez, C. (2022) Una doble perspectiva acerca del matrimonio homosexual en España y la unión civil entre personas del mismo sexo en Italia, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 17 bis, 2, p 1997.

italiana, solo el padre biológico podrá ser inscrito en el registro.¹⁰¹ Es por esto, por lo que seguramente el legislador italiano temía desvirtuar el “núcleo familiar” tradicional con la aprobación del matrimonio homosexual, ya que se hubieran equiparado los derechos de adopción de matrimonios heterosexuales a los matrimonios homosexuales.

No obstante, sucede algo curioso con la Constitución italiana, y es que al igual que en la Constitución española, se habla de que no se contempla explícitamente la posibilidad del matrimonio igualitario, pero es algo que tampoco se excluye, tal y como ya explicó el Tribunal Constitucional italiano con su sentencia del 2010.

Diferente fue la opinión del legislador a la hora de establecer la Unión Civil como único modo de acceder a la unión. Es por ello por lo que podemos resumir que el matrimonio homosexual es algo que no existe, algo que está prohibido, e incluso podría llegar a considerarse un privilegio, a mi parecer, hacia las parejas homosexuales. A pesar de que la unión civil cause efectos parecidos a los producidos por el matrimonio, estos no son al 100% iguales, ya solo por la propia diferenciación nominativa. Personalmente, considero que con dicha decisión se atentan todos los Derechos Fundamentales relacionados con la igualdad jurídica, al no garantizar una institución a una formación social, mientras que a otra sí.

Es de hecho de interés citar lo declarado en el año 2003 por la Corte Suprema de Massachusetts, que estableció que *“el derecho a casarse significa poco si no incluye el derecho a casarse con la persona de su elección”*.¹⁰² Si una persona, no puede elegir bajo el ejercicio de su derecho fundamental de libertad de personalidad, elegir con quien crear un proyecto de vida bajo la institución del matrimonio, deberíamos de replantearnos si la legislación de un país es igualitaria o no. Miles de personas en el Estado italiano ven vulnerado un derecho fundamental que les pertenece, que tienen derecho a usar con quien quieran, pero que la Ley no les permite ejercer.

Hablamos por ello de decenas de miles de parejas que deben conformarse con una unión civil que ha sido exclusivamente creada para ellos, como si de derechos de segunda se tratara, tal y como los medios llamaron a este tipo de unión de 1986. Es por ello que no

¹⁰¹ Hablamos, entre otros muchos casos, del caso de Marco Simon Puccioni y Giampietro Preziosi, caso muy controversial en Italia en el año 2023 debido a la negación de la inscripción en el registro de uno de los padres tras haber asistido ambos al Estado de California para la realización de la gestación subrogada, práctica que es legal en dicho Estado.

¹⁰² Corte Suprema de Massachusetts Goodridge v. Departamento de Salud Pública, 18/11/2003, n. 08860 citado en La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali de Gattuso, M. *Il Mulino*, 3, p. 452.

hablamos de una desvirtuación institucional del matrimonio, si no de una desvirtuación de Derechos Fundamentales y de garantías que debería de velar el propio supremo y constitucional italiano.

Los Derechos Fundamentales, tal y como lo es el derecho a contraer matrimonio, no deberían de limitarse a unos pocos. El libre ejercicio de los Derechos Fundamentales es uno de los pilares de la democracia y del Estado de Derecho cuyo objetivo debe ser la igualdad de todos los ciudadanos en todos sus derechos y obligaciones. Impedir este derecho a un colectivo que, durante las últimas décadas, ha crecido en número, y en algunos casos, en derechos, significa atentar contra los principios democráticos más puros e intocables.

4.4 RETOS A LOS QUE SE ENFRENTA ITALIA EN LA ACTUALIDAD

Como bien hemos podido observar, Italia en estos momentos se encuentra en una situación en la que están habiendo avances sociales, pero no los suficientes como para considerar posible una aprobación de matrimonio homosexual en la actualidad. La sociedad italiana se caracteriza por un pensamiento de una familia tradicionalista, tal y como establece el legislador en la propia Constitución del país, reflejo de una sociedad, que aunque fuera realizada en el año 1947, sigue manteniendo gran parte de las instituciones intactas, mentalmente y socialmente hablando.

De hecho, es el propio Gobierno italiano actual ¹⁰³ el que se niega en gran parte al colectivo homosexual la ampliación de sus derechos. Ya hemos mencionado previamente el caso de Marco Simon Puccioni y Giampietro Preziosi, padres de una hija que a efectos legales sólo tiene un padre (en este caso el padre biológico al tratarse de una gestación subrogada), mientras que el otro padre no tiene ningún derecho sobre la hija. Esto se basa en el pensamiento de la propia presidenta del Gobierno, Giorgia Meloni, que ha declarado en diferentes ocasiones que ella considera que la adopción homosexual no debería de ser legítima ya que a un hijo siempre deberá tener un padre y una madre, ya que, tal y como ella alega, el amor que dos padres o dos madres le puedan dar a su hijo no tiene cabida legalmente. ¹⁰⁴

¹⁰³ Recordemos que en la actualidad gobierna el partido “Fratelli d’Italia”, partido considerado de extrema derecha con ideales basados en el conservadurismo y tradicionalismo familiar, presidido por Giorgia Meloni.

¹⁰⁴ Palabras declaradas por la propia Giorgia Meloni en el canal televisivo italiano “Corriere TV” el 12 de septiembre de 2022.

No obstante, este pensamiento no sólo se puede achacar a una política que ha sido elegida democráticamente, si no que este es el pensamiento de un gran segmento de la sociedad. Italia, seguramente por la influencia cristiana y por la cercanía a la Iglesia católica tanto socialmente como geográficamente, refleja los valores de “*familia tradicional*” que se han visto plasmados en las decisiones políticas y democráticas que ha elegido la sociedad en su conjunto.

Es por ello, por lo que considero que no será a corto plazo, sino más bien a largo plazo, cuando podremos ver que el Derecho Fundamental a contraer matrimonio para las personas homosexuales es legítimo. Es una realidad que Italia está avanzando en cuanto a pensamiento, a pesar de que las decisiones políticas muestren lo contrario. La juventud italiana será de vital importancia para que estos derechos se puedan proclamar, y al igual que las juventudes españolas lo hicieron en su día, estoy seguro de que las italianas lo conseguirán.

5. DERECHO EUROPEO: ANÁLISIS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU INFLUENCIA EN LAS CONSTITUCIONES Y ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

5.1 INTRODUCCIÓN

La legislación emanada de las organizaciones internacionales europeas son de gran importancia jurídica para los Ordenamientos Jurídicos de los Estados Miembros (EM a partir de ahora) y para el Derecho Europeo. Por Derecho Europeo, no solo entenderemos el propio Derecho que emana de la Unión Europea, si no también el Derecho de otros organismos internacionales como el Consejo de Europa cuyas decisiones causan efectos jurídicos a todos Estados Miembros del mismo.¹⁰⁵ Son estas propias instituciones las que, en la gran mayoría de casos, establecen obligaciones hacia los EM en cuanto a la protección y la salvaguarda de los Derechos Fundamentales.

El matrimonio homosexual es algo que trae quebraderos de cabeza a los Estados europeos desde hace décadas, y en especial a la Unión Europea, por una muy simple razón. Hablamos de que dentro de la Unión existen muchos EM con tradiciones jurídicas totalmente

¹⁰⁵ Mientras que la Unión Europea cuenta con 27 EM, el Consejo de Europa cuenta con 46 EM. Es importante hacer dicha distinción ya que todos los EM de la Unión Europea forman parte del Consejo de Europa, pero no todos los EM del Consejo de Europa forman parte de la Unión Europea, por lo que las normas de esta última no afectarán a todos aquellos miembros del Consejo.

diferentes, que, han tenido que adaptar su legislación a la requerida por la Unión ¹⁰⁶, pero que en muchas ocasiones el pensamiento social o la evolución de los Derechos Fundamentales se da de una manera totalmente diferente. Ya solo con el caso de España e Italia, podemos ver que incluso países con tradiciones jurídicas muy parecidas, pueden tratar de una manera muy diferente una misma figura, como es el caso de las parejas homosexuales.

Podríamos asumir entonces que existe una especie de enfrentamiento entre la tradición jurídica propia de cada EM y los valores y Derechos Fundamentales que la Unión Europea pretende inculcar en aras de proporcionar una igualdad jurídica a todos los ciudadanos.

No obstante, a pesar de existir dichos enfrentamientos entre los valores y la tradición jurídica, todas las decisiones emanadas de las instituciones europeas afectan a los Ordenamientos Jurídicos nacionales. En el caso español, las decisiones tomadas por los organismos internacionales europeos tendrán efectos en el ordenamiento interno nacional, tal y como establece el artículo 96 de la CE, una vez los tratados hayan sido ratificados. Es por ello, por lo que no podemos evitar hablar de la legislación emanada de organismos internacionales europeos, que afectan directamente en nuestro modo de legislar, en nuestra Constitución y en el tratamiento de los Derechos Fundamentales.

5.2 DESPENALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD Y LA ACEPTACIÓN DE UNIONES HOMOSEXUALES

Antes de entrar en materia, es conveniente mencionar un poco el contexto en el que las personas homosexuales se encontraban en Europa, y es que al igual que en el caso español e italiano, en la mayoría de ordenamientos jurídicos europeos existía una tendencia punitiva hacia el colectivo. No obstante, la despenalización de las relaciones homosexuales en el panorama europeo comenzó con la sentencia *Dudgeon*, de 22 de octubre de 1981 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ¹⁰⁷. En dicha sentencia se debatía si las leyes contrarias a los homosexuales de Irlanda del Norte eran contrarias al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que:

¹⁰⁶ Requisito fundamental de adaptar la legislación de cada país candidato a formar parte de la Unión por el que se deben de modificar todos los preceptos legales contrarios a ella

¹⁰⁷ López Sanchez, C. (2022) Una doble perspectiva acerca del matrimonio homosexual en España y la unión civil entre personas del mismo sexo en Italia, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 17 bis, p. 1986 donde se menciona la sentencia nombrada.

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar; de su domicilio y de su correspondencia.” ¹⁰⁸ (Convenio europeo de DDHH, 1950).

A priori puede ser complicado definir qué se entendía por la exigencia del derecho de protección a la vida privada, y más en una época en la que los Estados democráticos y de Derecho acababan de nacer. No obstante, la Comisión Europea de Derechos Humanos dio luz sobre esta definición en la demanda n° 6825/74 estableciendo que protege *“el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, particularmente en el campo emocional”* ¹⁰⁹. Es por ello por lo que con la sentencia Dudgeon se acabó proclamando un derecho a la vida privada de los individuos homosexuales, comenzando así una tradición jurídica más abierta hacia este colectivo.

Dicha lucha se plasmó asimismo en el Parlamento Europeo con la Resolución sobre la igualdad de derechos de las personas homosexuales en la CE de 1998 pidiendo dos cosas importantes. En primer lugar que *“todos los países candidatos que supriman toda ley que viole los derechos humanos de las personas homosexuales, sobre todo por lo que respecta a la desigualdad en la edad mínima legal para mantener relaciones sexuales.”* ¹¹⁰ siguiendo la sentencia Dudgeon; en segundo lugar pidiendo *“a la Comisión Europea que tenga en cuenta el respeto y la observancia de los derechos humanos de los homosexuales de ambos sexos a la hora de negociar la adhesión de nuevos países”* ¹¹¹, creando una nueva exigencia en los Ordenamientos Jurídicos de los países candidatos a entrar en la Unión en un futuro.

La Unión Europea no solo aprobó la anterior resolución, si no que incluso en el propio Tratado de Amsterdam de 1996 se produjo *“un desarrollo de primer orden en la construcción del estatuto jurídico de la orientación sexual”* ¹¹² (Rivas Vaño & Rodríguez-Piñero Royo, 1999) , la modificación del artículo 6 del Tratado de la UE por el que se manifiesta que *“sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá*

¹⁰⁸ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Artículo 8.

¹⁰⁹ Rivas Vaño, A. R., & Rodríguez-Piñero Royo, M. (1999). Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 52, p. 12.

¹¹⁰ Resolución sobre la igualdad de derechos de las personas homosexuales en la CE n° C 313 de 12/10/1998 p. 0186. Petición n° 2.

¹¹¹ Idem. Petición n° 3.

¹¹² Rivas Vaño, A. R., & Rodríguez-Piñero Royo, M. (1999). Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 52, p. 30.

*adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.”.*¹¹³

La firma de dicho tratado supuso que la Unión Europea comenzaría a luchar contra todo tipo de discriminación contra la orientación sexual, ocasionando un paso muy importante a una posible regulación entre la unión de personas homosexuales.

Asimismo, se obtuvieron grandes avances en la lucha contra la discriminación por razón de orientación sexual cuanto se declaró esta misma discriminación como criterio del artículo 14 del Convenio, que establece que *"el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación"*.

¹¹⁴. Dicho criterio se utilizó en el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* del año 2000 o en el caso *Kernel vs. Austria* del año 2003, en los que el que *"el TEDH consideró que la no extensión del derecho de subrogación arrendaticia al superviviente de una pareja homosexual constituía una discriminación "por razón de orientación sexual."*, aceptando, por ende, la discriminación por orientación sexual como criterio de prohibición de discriminación.

Sin embargo, la lucha por la no discriminación por orientación sexual no produjo con ella una aprobación de la unión homosexual inminente, debido a las diferencias culturales y sociales a las que se estaban enfrentando los EM y a los ideales tan diferentes se barajaban. En este contexto se produjo la Carta Europea de los Derechos Fundamentales en el año 2000, que entró en vigor en el año 2009 junto con el Tratado de Lisboa. Al igual que la Convención de los Derechos Humanos de 1950 del Consejo de Europa, la Carta Europea de los DDF exigía como Derecho el matrimonio, artículo que analizaremos a continuación.

No podemos evitar mencionar que en el año 1990 la Organización Mundial de la Salud retiró la homosexualidad de la lista de Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud, lo que probablemente ocasionó que muchos países cambiaran su perspectiva respecto a la homosexualidad.¹¹⁵

¹¹³ Artículo 2.7 del Tratado de Amsterdam por el que se modifica el artículo 6A del Tratado de la Unión Europea.

¹¹⁴ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Artículo 14.

¹¹⁵ López Sanchez, C. (2022) Una doble perspectiva acerca del matrimonio homosexual en España y la unión civil entre personas del mismo sexo en Italia, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 17 bis, p. 1985.

5.3 ANÁLISIS DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE Y EL CONVENIO DE DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA: ARTÍCULO 9 Y 12 RESPECTIVAMENTE

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (por la que nos referiremos a partir de ahora como la “carta”) establece en su artículo 9 que *“se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.”*¹¹⁶. Mientras que el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa (que a partir de ahora referiremos como “convenio”) establece en su artículo 12 que *“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.”*¹¹⁷ Como podemos observar, la gran diferencia entre ambos artículos, es que el Convenio mantiene la exigencia de la “edad núbil” y el matrimonio entre “hombre y mujer”, mientras que la Carta simplemente garantiza el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia sin requerir tales condiciones. Esta diferenciación se fundamenta sobre todo en las diferentes tradiciones jurídicas que existen en cada país, es decir, *“para abarcar los casos en que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia”*¹¹⁸ (Pérez, 2010).

Seguramente la Unión Europea optó por la no utilización de dichos términos debido a la situación en la que se encontraba el Derecho de unión de parejas homosexuales¹¹⁹ en el momento de la redacción, así como la pronta creación del Convenio en el año 1950 en el que ni siquiera se contemplaba la posibilidad de una unión entre parejas homosexuales ya que estaba penada en la mayoría de los EM y no se contemplaba otra unión que no fuera entre un hombre y una mujer, al menos desde el punto de vista jurídico.

El artículo 9 de la Carta pretendía evitar alimentar las controversias sociales y culturales de la Europa de la época, ya que, tal y como hemos mencionado, el matrimonio es una tradición jurídica que puede variar según el país, por influencias culturales, religiosas,

¹¹⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). Artículo 9.

¹¹⁷ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Artículo 12.

¹¹⁸ Pérez, J. G. (2010). El derecho a contraer matrimonio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 87, p. 506

¹¹⁹ En la redacción del texto original de la Carta diversos países habían comenzado con un proceso de regulación de los matrimonios homosexuales, y en otros muchos ya existían grandes movimientos que lo exigían.

políticas etc. ¹²⁰ La Carta realizó una “*elección histórica*” ¹²¹ al no excluir a las parejas homosexuales de una posible regulación de sus matrimonios. En resumidas cuentas, con el artículo 9 se le brinda a los países el derecho de legislar sobre la materia como ellos deseen, realizando, como en el caso de las Constituciones italiana y española previamente analizadas, una omisión de incluir el matrimonio homosexual como modo legítimo de contraer matrimonio, pero, sin prohibirlo.

Ante esto, surgió la duda de si con tales artículos podía obligarse a los EM a aprobar el matrimonio homosexual como forma legítima de contraer matrimonio. En lo que respecta en lo que respecta al artículo 12 del Convenio, el TEDH estimó en varias ocasiones que el matrimonio homosexual no era un derecho de las personas homosexuales, como pudo observarse en una de las últimas sentencias del caso “*Chapin et Charpentier vs. Francis*” (asunto nº 40183/07). En esta misma sentencia, se discute si existe un choque entre el artículo 12 del Convenio (el relativo a asegurar el matrimonio como Derecho Humano), y el artículo 14 del mismo Convenio (relativo a la no discriminación por cualquier condición), alegando la parte demandante que “*de haber sido de una orientación heterosexual, habrían tenido acceso a tres esquemas de protección de pareja*” ¹²², y que por este motivo, existía una vulneración. No obstante, tal y como se contestó en la sentencia de Schalk y Kopf vs. Austria del año 2010 (y que fue la primera en abordar la cuestión), se declaraba que a pesar de que la institución matrimonial había ido variando según la cultura de las diferentes naciones, no se había llegado a un consenso común, y que por ende era decisión de los propios EM la decisión de si aprobar o no un matrimonio homosexual. Finalmente, declaró en el fallo de la sentencia que no existía violación del artículo 12.

Esto nos deja ver que es el propio tribunal el que remite a los Estados miembros la posibilidad de legislar sobre la materia, y por tanto, no lo establece como una obligación. Lo mismo sucede con la interpretación del artículo 9 de la Carta de la UE, a pesar de que en este caso no se especifique al hombre y la mujer como requisito fundamental del matrimonio, no se impone la obligación de reconocer el matrimonio homosexual en todos los EM de la Unión.

¹²⁰ Idea del profesor Jorge Antonio Climent Gallart de la Universidad de Valencia en su análisis sobre la obligación del artículo 12 del Convenio de obligar a los Estados a reconocer el matrimonio igualitario.

¹²¹ Gattuso, M. (2007). La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali. *Il Mulino*, 3, p. 457.

¹²² Sentencia “*Chapin et Charpentier vs. Francis*” (asunto nº 40183/07) en el argumento de las partes.

Independientemente de que la Unión Europea no pueda obligar a los EM a aprobar el matrimonio igualitario debido a las diferencias culturales y políticas de los propios Estado, ha lanzado recomendaciones y directrices aconsejando a los EM legislar sobre la materia en aras de crear un derecho mucho más igualitario y comprometido con los Derechos Fundamentales. Ya no solo se ha pedido que se valore el matrimonio, sino también otras formas de unión como puede ser la Unión Civil en el caso de Italia. No obstante debemos recalcar que las recomendaciones y directrices no son vinculantes desde el punto de vista jurídico, y por tanto, no obligan a los Estados a cumplirlas.

5.4 DIRECTIVA 2004/38/CE: CASO COMAN Y OTROS VS. INSPECTORATUL GENERAL PENTRU IMIGRĂRI Y MINISTERUL AFACERILOR INTERNE (RUMANÍA) Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PAREJAS HOMOSEXUALES

Aunque la Unión Europea no obligue a los EM a aprobar el matrimonio homosexual, existen ciertos límites hacia los Estados en cuanto a la libre circulación de ciudadanos de la Unión y sus miembros y familiares. Hablamos, del caso Coman, resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su causa 673/16 en la que se responde a Rumania a una cuestión referente a la libre circulación de un matrimonio homosexual.

A modo de antecedentes de hecho, nos encontramos ante un caso en el que un ciudadano rumano y un ciudadano estadounidense contrajeron matrimonio en Bélgica, país donde el matrimonio homosexual es legal. La pareja, decidió trasladarse a Rumanía, país del que era nacional el señor Relu Adrian Coman, y acudir a la inspección rumana *“para que se les informase del procedimiento y los requisitos con arreglo a los cuales el Sr. Hamilton, nacional de un tercer Estado, podía, en calidad de miembro de la familia del Sr. Coman, obtener el derecho a residir legalmente en Rumanía por un período superior a tres meses.”*¹²³ Esto podría llevarse a cabo debido a la Directiva 2004/38 relativa al 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, que permitía al señor Robert Clabourn Hamilton, el ciudadano estadounidense, vivir en Rumanía por más de 3 meses, al entrar dentro de las causas contempladas en el artículo 7 de la Directiva que otorgaba el derecho de residencia por más de tres meses cuando *“es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la*

¹²³ Antecedentes descritos en el apartado *“litigio principal y cuestiones prejudiciales”* de la propia Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018 (asunto C-673/16).

*Unión, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).”*¹²⁴

La condición “a)” contemplaba como miembro de la familia a los “cónyuges”. Es aquí donde radica el problema. Según el art. 277.1 del *Codul Civil* rumano, el matrimonio homosexual está prohibido, y por ende, existe un conflicto entre lo dispuesto por la Directiva y el derecho interno rumano. La inspección rechazó a Hamilton un permiso de residencia superior a 3 meses, al que interpusieron un recurso que fue desestimado, y planteó una excepción de inconstitucionalidad al entender que la Constitución rumana no protegía los derechos a la vida privada y familiar, y se trasladó a la Corte Constitucional Rumana la Cuestión, que decidió plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones relativas al término “cónyuge” al que hace referencia la Directiva formulando dos cuestiones.

El Tribunal de Justicia de la UE se pronunció en la Gran Sala el 5 de junio de 2018 exponiendo que en referencia a la primera cuestión prejudicial que *“el artículo 21 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades competentes del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional denieguen la concesión de un derecho de residencia en el territorio de dicho Estado miembro al nacional de un tercer Estado debido a que el Derecho de ese Estado miembro no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo.”*¹²⁵. Es por ello, que la Gran Sala falló en favor de Coman y otros fundamentándose en el art. 21 del TFUE sobre la libre circulación de todos los ciudadanos. Es por ello, por lo que el Tribunal de Justicia acabó resolviendo la cuestión apelando que era admisible que Hamilton pudiera residir más de tres meses al considerarse cónyuge de Coman.

Esto nos demuestra que a pesar de que el matrimonio homosexual no sea una obligación para los EM, la Unión Europea brinda un cierto reconocimiento y protección hacia todos los matrimonios homosexuales, creando así derechos que podrán ejercerse en cualquier país de la Unión independientemente de su legislación.

¹²⁴ Artículo 7 apartado 1º letra d) de la Directiva 2004/38 relativa al 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.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018 (asunto C-673/16). Primera cuestión prejudicial.

5.5 FUTUROS RETOS DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN LA UNIÓN EUROPEA

A pesar de que el artículo 9 de la Carta y el artículo 12 del Convenio no impongan la aprobación del matrimonio homosexual, la Unión Europea se enfrenta a diferentes retos relacionados con la búsqueda de la no discriminación contra el colectivo por razón de orientación sexual, tanto del punto de vista jurídico como social. La UE se encuentra muy comprometida con el cumplimiento de los Derechos Fundamentales, ya que estos derechos forman parte de los valores por los que se conforma la Unión, y sin ellos, una Unión no tendría ningún tipo de sentido.

Actualmente, 13 de los 27 EM aceptan el matrimonio homosexual como forma legítima de contraer matrimonio, 8 aprueban otros tipos de uniones (como por ejemplo la Unión Civil en el caso italiano) y sólo 6 países no brindan ningún tipo de reconocimiento ¹²⁶. La propia Unión ha impulsado en varias ocasiones la aprobación de las uniones homosexuales, y ha luchado por evitar la discriminación de todos los colectivos más vulnerables de la sociedad, en aras de conseguir una igualdad real para todos los ciudadanos de la Unión.

Las instituciones europeas son conscientes de que aún queda mucho trabajo para que las parejas homosexuales puedan tener los mismos derechos o similares en todos los Estados de la Unión, y es por ello por lo que Europa debe luchar contra todos aquellos movimientos que luchan por eliminar derechos y valores de todos los ciudadanos. La diversidad es uno de los mayores valores de la UE, y es algo que debemos proteger a toda costa. Movimientos de extrema derecha, al igual que en el caso italiano como español, amenazan con retroceder en derechos LGTBIQ, algo de lo que la UE es consciente y teme.

Ante esto, el 14 de septiembre de 2021 el Parlamento Europeo expresó su insistencia en *“que la Unión debe adoptar un enfoque común para el reconocimiento de los matrimonios y las uniones homosexuales; pide específicamente a los Estados miembros que introduzcan legislación pertinente para garantizar el pleno respeto del derecho a la vida privada y familiar”*. ¹²⁷ Asimismo, el Parlamento, en la misma resolución acogió satisfactoriamente la estrategia de igualdad LGTBIQ propuesta por la Comisión entre los años 2020 y 2025.

¹²⁶ En virtud a la revista “En portada” de la Comisión Europea del año 2020.

¹²⁷ Punto número 4 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGTBIQ en la Unión Europea.

Antes de mencionar dicha propuesta realizada por la Comisión, no podemos evitar mencionar el punto número quinto de la resolución del 14 de septiembre de 2021 del PE, y es que se declara que *“el Derecho de la Unión prevalece sobre cualquier tipo de legislación nacional, incluso sobre disposiciones constitucionales en contrario, y que, por lo tanto, los Estados miembros no pueden invocar ninguna prohibición constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo ni la protección constitucional de la «moral» o el «orden público» para obstaculizar el derecho fundamental a la libre circulación de las personas dentro de la Unión vulnerando los derechos de las familias de arcoíris que se instalan en su territorio;”*¹²⁸ Con esto, se le recuerda a los EM que formar parte de la UE conlleva la supremacía de las decisiones de esta sobre el derecho interno, e incluso sobre el propio derecho constitucional de los países. Es precisamente por esto por lo que el Derecho europeo cobra tanta importancia desde el punto de vista constitucional, ya que nuestra Constitución debe de adaptarse a lo exigido por el Derecho de la UE.

Por último, tal y como hemos adelantado, se ha realizado la primera estrategia con el objetivo de conseguir aún más igualdad para el colectivo LGTBIQ y para la propia Unión. Para ello, la Comisión insta a los Estados Miembros, el Parlamento Europeo y la sociedad civil¹²⁹ que distribuirá en 4 pilares: la lucha contra la discriminación, la garantía de la seguridad, la construcción de sociedades inclusivas y liderar los movimientos de igualdad LGTBIQ de todo el mundo, utilizando la integración¹³⁰ como medio para conseguir la igualdad. La estrategia expone una serie de pautas sobre el trabajo que realizará la Comisión con la finalidad de conseguir una Unión más igualitaria, con los esfuerzos de las demás instituciones de la UE.

Como podemos observar, la Unión Europea se encuentra en una evolución constante y en un deseo de obtener la igualdad de todos los ciudadanos, cosa, que a veces, algunos Estados Miembros olvidan a juzgar de las decisiones tomadas, que muchas veces atentan contra los derechos fundamentales de los colectivos más vulnerables, en este caso, de todas las parejas homosexuales que buscan consagrarse en matrimonio, o al menos, en una unión.

¹²⁸ Punto número 5 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGTBIQ en la Unión Europea

¹²⁹ COM(2020) 698 final sobre la “Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGTBIQ 2020-2025” pp. 3

¹³⁰ En la comunicación anteriormente citada se acentúa la integración como modo de obtener la igualdad. Dicha integración viene señalada debido a que la UE se encuentra en un proceso constante de la misma, que afecta a las políticas y legislación de la Unión.

6. CONCLUSIONES FINALES

Con este trabajo de fin de grado, hemos podido entender por qué en algunos casos Ordenamientos con una costumbre jurídica muy similar pueden regular de maneras totalmente diferentes una institución. La pluralidad de ideas y pensamientos sociales hacen que el Derecho se regule de una forma totalmente diferente en cada panorama, lo que ha influido directamente al desarrollo del matrimonio igualitario.

Es por la propia pluralidad de pensamientos por las que el matrimonio homosexual ha pasado por diferentes retos, y lo seguirá haciendo en el futuro. Los retos mencionados y analizados han sido el proceso y el resultado de una lucha de siglos de duración, en la que miles de homosexuales han perdido la vida para dar un futuro mejor a las siguientes generaciones. Es normal que tal y como se encuentra actualmente la sociedad sigan desarrollándose diferentes retos, y es que para las personas homosexuales que quieren contraer matrimonio o desarrollar cualquier faceta de su vida, esta es un constante reto, no solo a efectos jurídicos en los que se brinda relativa igualdad, si no también a efectos sociales. Cada día las personas homosexuales se enfrentan a diferentes retos, ya sea por su orientación sexual, por su apariencia, o por la persona a la que aman.

No podemos permitir que todos aquellos que pretenden eliminar Derechos Fundamentales se salgan con la suya. No podemos permitir que miles de personas a lo largo del mundo sigan muriendo por querer amar a otro individuo. No podemos permitir que esta lucha no haya servido para nada ante los crecientes movimientos de extrema derecha que amenazan con recortar derechos.

Por esto y por mucho más, la lucha por la protección de todos los Derechos Fundamentales, no solo del matrimonio, debe continuar, más fuerte que nunca.

BIBLIOGRAFÍA

MANUALES

- Boswell, J. (1996). *Las Bodas de la semejanza*.
- Boswell, J., & Galmarini, M. A. (1993). *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad: los gays en Europa occidental desde el comienzo de la Era Cristiana hasta el siglo XIV*.
- Calvo Borobia, K. (2017). *¿Revolución o reforma? La transformación de la identidad política del movimiento LGTB en España, 1970-2005*.
- Galgano, F. (2013). *Diritto privato*.
- García-Gallo, A. & Ángel Pérez, M. (1973) *Libro de las bulas y pragmáticas de los reyes católicos, ahora nuevamente publicado por el Instituto de España*, vol. I.
- Martín Sánchez, M. M. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*.
- Olmeda Salas, F. & Torres, R. (2004). *El látigo y la pluma: homosexuales en la España de Franco*
- Russo, L. (2022). *Le unioni civili*.
- Torrente, A & Schlesinger, P. (2021). *Manuale di diritto privato*.

ARTÍCULOS DE REVISTAS JURÍDICAS Y ESTUDIOS

- Alonso García, E. (1983). El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. *Revista de Administración Pública*, 100, pp. 21-92.
- Amnistía Internacional y su estudio “España: Poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista”
- Baño León, J. M.. (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8 (24), pp. 155-179.
- Cantero García, G. (2021). Parejas de hecho: Historia, régimen y perspectivas de futuro. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 14, 322-379.
- Comisión Europea (2020). *En portada*.
- Delgado Ramos, D. (2013). La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. *Asamblea*, 29, pp. 211-227.
- Díaz, I. B. (2007). La construcción del discurso homofóbico en la Europa cristiana medieval. *En La España Medieval*, 30(30), pp. 433-454.
- Donato Busnelli, F. (2002). La famiglia e l’arcipelago familiare, in *Rivista di Diritto Civile*, 48, 4, pp. 509-530.
- Ferrando, G. (2017). Matrimonio e unioni civili: Un primo confronto. *Politica del Diritto*, 48(1), pp. 49-69.

- Gattuso, M. (2007). La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali. *Il Mulino*, 3, pp. 452-463
- López Sanchez, C. (2022) Una doble perspectiva acerca del matrimonio homosexual en España y la unión civil entre personas del mismo sexo en Italia, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 17 bis, 2, pp. 1982-2015.
- Pardo Prieto, P.C. Italia. Crónica Jurisprudencial, *Laicidad y libertades*, 15, pp. 467-481.
- Parra Lucán, M. A. (2013). Matrimonio y “matrimonio entre personas del mismo sexo”: la constitucionalidad de la Ley 13/2015, *Derecho Privado y Constitución*, 27, pp. 271-311.
- Pérez, J. G. (2010). El derecho a contraer matrimonio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 87, pp. 505-520.
- Rey Martínez, F. (2005). Homosexualidad y Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, pp. 111-156.
- Rivas Vañó, A. R., & Rodríguez-Piñero Royo, M. (1999). Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 52, pp. 3-38.
- Sánchez, M. M. (2016). Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, pp. 219-253.
- Solana, M. (2018). El debate sobre los orígenes de la homosexualidad masculina. Una revisión de la distinción entre esencialismo y construccionismo en historia de la sexualidad. *Revista de Filosofía*, 54, pp. 395-427.
- Vassallo, N. (2015). Il matrimonio omosessuale è contro natura: falso!, *Iride*, 3, pp. 1-130.
- Vázquez García, F.(2001). El discurso médico y la invención del homosexual (España 1840-1915). *Asclepio*, 53(2), pp. 143-161.
- Viggiani, G. (2013) Il matrimonio tra persone dello stesso sesso come atto queer, *About Gender*, 2 (3), pp. 80-113.
- Villanueva Turnes, A. (2014). Análisis jurídico de la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España, *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 14, 19, pp. 1-7.

SENTENCIAS, LEYES Y OTROS RECURSOS JURÍDICOS.

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01).
- Código Penal español de 1928
- Código Teodosiano
- Constitución Española de 1978.
- Constitución Italiana de 1948.

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.
- COM(2020) 698 final sobre la “Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025”
- Comunicación 2000/C 364/01: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Corte Suprema de Massachusetts, 18/11/2003, n. 08860.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- Directiva 2004/38 relativa al 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.
- Estatuto de la asociación italiana Arcigay.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social.
- Ley de 15 de julio de 1954 por la que se modifican los artículos 2ª y 6ª de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933.
- Ley italiana de 20 de mayo de 2016, n° 76
- Ordenanza del 3 de abril de 2009 del Tribunal de Venecia.
- Programa del partido político PSOE de las elecciones estatales del año 2004.
- Propuesta de Ley n° 2340 de 1988 sobre la regulación de uniones civiles en Italia.
- Rebecca Berrone, G. A. (2015) *Matrimoni fra persone dello stesso sesso*.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGBTIQ en la Unión Europea (2022/C 117/01).
- Resolución sobre la igualdad de derechos de las personas homosexuales en la CE n° C 313 de 12/10/1998 p. 0186.
- Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 del Tribunal Constitucional que responde al recurso de inconstitucionalidad n° 6864-2005.
- Sentencia “*Chapin et Charpentier vs. Francis*” (asunto n° 40183/07)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018 (asunto C-673/16).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1958.
- Sentencia “*Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada*”.
- Sentencia n° 138 del 2010 della Corte Costituzionale italiana.
- Tratado de Amsterdam de 1997 (entrada en vigor en 1999).