

## EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN EUROPA

## THE HOMOSEXUAL MARRIAGE IN EUROPE

*Rev. boliv. de derecho n° 12, julio 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 204-216*



Enrique  
**SORIANO**  
**MARTÍNEZ**

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 1 de febrero de 2011

**ARTÍCULO APROBADO:** 28 de febrero de 2011

**RESUMEN:** El trabajo presenta una panorámica completa sobre la posición de los distintos Estados de la Unión Europea en relación con las relaciones familiares entre personas del mismo sexo, examinando, en particular, las legislaciones que admiten el matrimonio en este supuesto, prestando especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**PALABRAS CLAVE:** Matrimonio. Convivencia de hecho. Principio de igualdad. Homosexualidad.

**ABSTRACT:** This work presents a panoramic view of the position of the different member States of the European Union in relation to same-sex family relationships, especially considering those jurisdictions in which marriage is allowed and paying special attention to the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

**KEY WORDS:** Marriage. Domestic Partnership. Equality principle. Homosexuality.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA VISIÓN PANORÁMICA DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS RELACIONES DEL MISMO SEXO. 3. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 4. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN LA UNIÓN EUROPEA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Desde que en España se aprobara hace ya seis años la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, muchos han sido los cambios en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea así como de otros lugares del mundo en relación con el reconocimiento y regulación del matrimonio homosexual. En el presente artículo pretendo hacer una síntesis de estas novedades a la luz de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En el transcurso de la segunda mitad del siglo XX la situación de los homosexuales en Europa ha dado un vuelco radical pasándose de la criminalización de sus relaciones a la apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo en algunos países<sup>1</sup>. En España el cambio se produjo en 2005 con la entrada en vigor de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y de 15/2005, de 8 julio, que sin duda operaron una de las más profundas reformas del Derecho de familia en nuestro ordenamiento jurídico<sup>2</sup>.

En la medida en que el acceso a la institución del matrimonio o a uniones de afín naturaleza por parte de parejas homosexuales ha ido ganando acogida en los distintos ordenamientos del continente Europeo, se ha ido acrecentando el

---

1 No obstante, y según datos de la International, Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA) las relaciones homosexuales entre hombre sigue siendo ilegales en 79 países, y en 45 países en el caso de mujeres, siendo de aplicación la pena capital en 9 países.

2 Aunque suele considerarse de forma anecdótica, el primer matrimonio homosexual en España fue el de Marcela y Elisa, las cuales se casaron en el año de 1901 en La Coruña. Elisa se convirtió en Mario y el Padre Cortiella santificó la unión de la pareja. Fueron descubiertas y acabaron huyendo de España. El matrimonio se llevó a cabo en la Iglesia Parroquial de San Jorge en La Coruña. Marcela Gracia Ibeas y Elisa Sánchez se conocieron en la Escuela Normal de Maestras de La Coruña. Años más tardes se reencontraron cuando ejercían su profesión como maestras. En 1901 Elisa masculinizó su aspecto, inventó un pasado y se convirtió en Mario. El Padre Cortiella, párroco de San Jorge, bautizó a Mario y casó a la pareja. El sistema judicial trató de buscarlas para castigarlas por su matrimonio, así que ellas huyeron por causa de la homofobia del pueblo y las burlas y terminaron en Argentina". Cfr. BOSWELL, J., *Same-sex unions in Pre Modern Europe*, Vintage, First Edition, 1995.

• Enrique Soriano Martínez

Abogado Universidad de Valencia

debate sobre si del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y otros instrumentos de derecho internacional debe deducirse que existe el derecho a contraer matrimonio por parte de las parejas del mismo sexo, derecho que, por consiguiente, sería violado por aquellos Estados que no reconocieran el matrimonio homosexual. Esta cuestión, sin duda controvertida y en pleno proceso de evolución, es la que voy a analizar en las páginas que siguen tal y como se deduce del estado de las cosas en la actualidad.

## 2. UNA VISIÓN PANORÁMICA DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS RELACIONES DEL MISMO SEXO

Antes de adentrarnos en analizar las recientes sentencias del TEDH conviene hacer un breve repaso de cual al es el reconocimiento legal que actualmente dan los países de nuestro entorno a las uniones homosexuales.

### A). Países que han reconocido carácter legal a las uniones homosexuales

La primera ley de uniones civiles homosexuales que se aprobó en el mundo fue la Ley danesa de Parejas registradas de 1989. La unión civil homosexual, aunque se trata de una figura cercana al matrimonio civil, no es totalmente equiparable al mismo en cuanto a efectos, derechos y obligaciones. Tal y como ha sido regulada en Dinamarca y posteriormente en otros países, se trata de una figura diseñada exclusivamente para la regulación de las parejas afectivas de personas del mismo sexo. A diferencia de las leyes de pareja de hecho, estas uniones civiles no son de ámbito universal, pudiendo acceder a ellas exclusivamente las parejas homosexuales<sup>3</sup>. Algunos países que en la actualidad cuentan con este tipo de figura legal con diverso grado de reconocimiento de derechos y obligaciones entre los contrayentes son: Alemania, Andorra, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Reino Unido, República Checa y Suiza<sup>4</sup>.

Vigente en Dinamarca desde el 1 de octubre de 1989, la “Ley de Cohabitación Registrada” (*The Danish Registered Partnership Act*) extiende a las uniones homosexuales registradas todos los preceptos relativos al matrimonio, tanto en el marco de los derechos sociales (seguridad social, pensiones, fiscalidad, etc.) como en el ámbito del Derecho civil (requisitos de constitución y disolución, obligaciones legales, efectos patrimoniales y sucesorios). Aunque inicialmente no permitía la adopción, la ley fue reformada en 1999 permitiendo la adopción por parte de un conviviente de los hijos del otro.

3 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, 1ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, Capítulo III, redactado por Rosa Moliner Navarro, pg. 96.

4 Suiza reconoce como unión civil los matrimonios entre personas del mismo sexo entre ciudadanos suizos y ciudadanos de los países en donde este matrimonio es legal.

La figura de la Unión Civil de parejas del mismo sexo se extendió rápidamente al resto de países del entorno geográfico escandinavo. Así por ejemplo en Noruega la “Ley de cohabitación Registrada” (**Act on Registered Partnerships**) entró en vigor el 1 de agosto de 1993, y en Suecia desde el 23 de junio de 1994<sup>5</sup>.

En Alemania hubo varios intentos frustrados de alcanzar un reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo hasta la Ley de parejas homosexuales de 2001 (**Eingetragene Lebenspartnerschaft**). En relación a la misma, en su Sentencia de 17 de julio de 2002, en Tribunal Constitucional Federal alemán, resolvió que no era contraria al art. 6.1 de la Ley Fundamental alemana (**Grundgesetz**) considerando que el matrimonio, protegido por este artículo, no queda afectado, ya que la Ley de 2001 regula una cosa distinta<sup>6</sup>. En cuanto a su contenido, la ley alemana establece una regulación paralela a la del matrimonio (efectos personales y patrimoniales, responsabilidad frente a terceros, derechos sucesorios, cese de la convivencia y disolución de la pareja registrada)<sup>7</sup>. Tras la modificación de la Ley en 2004, actualmente en Alemania se permite el reconocimiento de los hijos de la pareja, pero no la adopción conjunta.

En el Reino Unido las uniones civiles obtuvieron reconocimiento legal tras la entrada en vigor en Inglaterra y Gales el 5 de diciembre de 2005 de la Ley de uniones civiles (**Civil Partnerships Act 2004**). Esta ley define la unión civil como una relación entre dos personas del mismo sexo, que se inicia con el registro y termina con la muerte, disolución o anulación<sup>8</sup>. En cuanto a sus efectos la unión civil se equipara completamente al matrimonio heterosexual, incluyendo la adopción conjunta, con la excepción del acceso a la forma religiosa de celebración. Así se establece que ningún servicio religiosos puede tener lugar durante el registro, y que éste no puede desarrollarse en lugares destinados a la celebración de servicios religiosos.

En Francia, uno de los países europeos con más bajas tasas de matrimonio, tras dos propuestas en 1990 y 1992 para introducir una ley de pareja para personas del mismo sexo, se aprobó en 1999 el “Pacto Civil de Solidaridad” (**Pacte civil de solidarite**)<sup>9</sup>, más conocido como PACS, que ofrece a cualquier pareja no casada, del mismo o distinto sexo, la posibilidad de constituir una convivencia reconocida institucionalmente en el marco del derecho de familia, que se disuelve por matrimonio, muerte o voluntad unilateral de cualquiera de ellos. El PACS genera derechos y deberes entre las partes, pero estos son menores que en el matrimonio.

5 Tanto Noruega como Suecia reconocieron en 2009 el matrimonio entre personas del mismo sexo. En Noruega la ley que establece el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 1 de enero de 2009, y en Suecia el 1 de mayo del mismo año.

6 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, cit., pág. 100.

7 EZQUERRA UBERO, J.J. y LAZARO GONZÁLEZ, I.E., “Las parejas de hecho como sujeto de las políticas familiares en la España de las autonomías”, *Informes 2007, Economía y Sociedad*. Disponible online en la página Web de la Fundación BBVA.

8 DE CRUZ, P., *Family Law, Sex and Society. A comparative study of Family Law*”, Routledge, Oxon, 2010, pág. 265.

9 Acta No. 99-144 de 16 de Noviembre de 1999, que modifica el Código Civil francés.

## B). Países en los cuales el matrimonio homosexual es legal

Actualmente el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene carácter legal en los siguientes Estados: Holanda (desde 2001), Bélgica (desde 2003), España (desde 2005), Canadá (desde 2005), Sudáfrica (desde 2006), Noruega (desde 2009), Suecia (desde 2009), Portugal (desde 2010), Islandia (desde 2010), Argentina (desde 2010).

Además el matrimonio homosexual está reconocido en seis jurisdicciones de Estados Unidos: Massachusetts (desde 2004), Connecticut (desde 2008), Iowa (desde 2009), Vermont (desde 2009), New Hampshire (desde 2010) y Washington, D.C. (desde 2010); y en México, en el Distrito Federal de México desde 2010.

En 2001 los Países Bajos fueron el primer país del mundo en reconocer el derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo. Holanda incluyó desde el principio la posibilidad de acogerse a las disposiciones relativas a la adopción conjunta de menores o, en su caso, adoptar a los hijos de ambos que convivan en el hogar; siempre con el visto bueno del juez y del otro progenitor biológico. También, cuando se trata de un matrimonio entre mujeres, la ley reconoce de forma automática la filiación de ambas “cónyuges” en caso de inseminación artificial.

En el caso Belga se excluyó inicialmente que los miembros del matrimonio homosexual pudieran acogerse a las disposiciones relativas a la adopción conjunta de menores, o sobre los hijos del otro “cónyuge”. No obstante, a finales de 2005 se aprobó la ley que permite que los matrimonios homosexuales puedan adoptar.

En España la ley que reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio entró en vigor el 3 de julio de 2005. El Congreso de los Diputados aprobó la ley en una primera votación por 183 votos a favor contra 136. A su paso por el Senado la ley fue vetada por 131 votos contra 119. De vuelta al Congreso el veto fue levantado y la ley finalmente aprobada por 187 votos a 147. La ley española no hace ninguna referencia específica a la adopción, asumiéndose implícitamente que no existe ninguna excepción en este ámbito por parte de las personas del mismo sexo<sup>10</sup>.

En Canadá la ley de matrimonios homosexuales se hizo efectiva el 20 de junio de 2005. El matrimonio entre personas del mismo sexo estaba ya reconocido en ocho Provincias y la decisión del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2004, había confirmado definitivamente su constitucionalidad.

En Estados Unidos el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo es un asunto que divide a los distintos estados. Actualmente legal en seis jurisdicciones, Massachusetts fue el Estado pionero, tras las sentencia de su Tribunal Supremo *Hilary*

10 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, cit., pág. 102.

*Goodridge and others v. Department of Public Health*, que resolvió que la prohibición de acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo violaba los derechos de libertad y de igualdad de determinados ciudadanos (los homosexuales). El 17 de mayo de 2004 entró en vigor la ley que permite extender licencia de matrimonio con plenos efectos a las parejas gays<sup>11</sup>. Con posterioridad otros cinco estados han dotado de carácter legal a estos matrimonios. Además Maine, Hawái, Oregón, Washington y Maryland permiten a las parejas homosexuales formalizar algún tipo de unión legal. Sin embargo el Gobierno Federal no reconoce los matrimonios del mismo sexo porque desde el Acta de Defensa del Matrimonio se prohíbe expresamente su reconocimiento a nivel federal. También conviene apuntar que desde el 1 de enero de 2009, treinta estados, a través de enmiendas constitucionales, han prohibido explícitamente el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, restringiendo el matrimonio civil a una unión legal que puede tener lugar exclusivamente entre un hombre y una mujer<sup>12</sup>.

También en el continente americano hay que hacer mención a Argentina, donde el 15 de julio de 2010 se aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así se ha convertido en el primer país de Latinoamérica en reconocerlo a nivel nacional<sup>13</sup>. El 30 de Julio del 2010, en el registro civil de la ciudad de Frías, provincia de Santiago del Estero, se realizó el enlace de José Luis David Navarro y Miguel Ángel Calefato, siendo el primer matrimonio igualitario realizado en el país bajo el amparo de la nueva ley<sup>14</sup>.

En Bolivia no está reconocido el matrimonio ni las uniones civiles entre personas del mismo sexo, no obstante conviene apuntar que el artículo 14 de la nueva Constitución Política del Estado de 2009 (CPE) "prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona". Sin embargo, la normativa de derecho de familia boliviana sigue siendo la propia de un país en el que se considera el matrimonio como una unión entre un hombre y una mujer; así el artículo 63-I de la misma CPE dice que "el matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges". Al referirse a las uniones libres o de hecho, la CPE en su artículo 63-II se refiere expresamente a las "mantenidas entre una mujer y un hombre". Por otra parte, el 55 del Código Boliviano de Familia, al referirse a las formalidades

11 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, cit., pág. 104 y 105.

12 DE CRUZ, P., *Family Law, Sex and Society*, cit., págs. 267 y 268.

13 "Argentina, primer país de Latinoamérica en aprobar el matrimonio gay", *El País* - Buenos Aires - 15 de julio de 2010.

14 "Un jubilado y un divorciado ganan la carrera por ser los primeros en casarse", *El Mundo*, 31 de julio de 2010.

preliminares del matrimonio, habla de “el varón y la mujer que pretendan contraer matrimonio”

### 3. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La protección de los Derechos Humanos en Europa tiene en la actualidad dos foros distintos de protección. Por un lado, dentro de la esfera del Consejo de Europa, la otorgada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en relación con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) y el menos conocido Comité Europeo de Derechos Sociales, con relación a la aplicación de la Carta Social Europea. Por otro lado, los derechos fundamentales también se encuentran protegidos por la Unión Europea, en mayor medida desde que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, y por aplicación del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea “tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”<sup>15</sup>. En este apartado me referiré a la jurisprudencia del TEDH dejando para el punto siguiente la consideración del matrimonio homosexual por parte de las Instituciones de la Unión Europea.

En Europa las relaciones homosexuales estuvieron tipificadas como delito en la mayoría de los países europeos hasta fechas bien recientes. La propia jurisprudencia del TEDH, hasta principios de los años ochenta, vino a confirmar la legitimidad de dicha tipificación legal.

El cambio de orientación en la jurisprudencia de Estrasburgo, que dio lugar a la despenalización de las relaciones homosexuales en el ámbito europeo, se produjo a partir de la sentencia **Dudgeon**, con fecha de 22 de octubre de 1981. Una vez asentada la doctrina despenalizadora de las relaciones homosexuales, se inició un proceso que debía derivar en la adquisición de un estatus de igualdad. En éste ámbito el TEDH también se pronunció, por ejemplo en las sentencias **Lustig-Pream and Beckett v. Reino Unido** y **Smith and Grady v. Reino Unido**, ambas de 27 de diciembre de 2007, que consideraron que la expulsión del ejército británico que sufrieron los demandantes por causa de su homosexualidad constituía una violación del artículo 8 del CEDH<sup>16</sup>. El Gobierno británico no discutía que los homosexuales fueran menos capaces o menos valientes que los heterosexuales, o que los demandantes

15 La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada solemnemente en Niza, el 7 de diciembre de 2000 por los presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea. En aquel entonces se dejó pendiente la decisión de si la Carta debía ser incorporada, o no, a los Tratados. Tras el fallo del “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” del año 2004, en el que la Carta era incluida íntegramente en el texto constitucional como Título II del mismo, la Carta fue modificada en 2007 y tras Lisboa, si bien es mantenida como un texto aparte, sí que ve reconocido el mismo valor jurídico que los Tratados (Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Cfr. BAR CENDÓN, A., *Los Tratados de la Unión Europea, versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

16 El art. 8 del CEDH proclama el derecho al respeto de la vida privada y familiar.



hubieran tenido algún problema de conducta antes de conocerse su condición. Pero alegaba que los intereses de la seguridad nacional estaban en juego y que admitir homosexuales en las fuerzas armadas tendría un significativo y negativo efecto en la moral de las fuerzas armadas. El TEDH no aceptó estos argumentos como justificación para limitar el derecho al respecto a la vida privada de los demandantes.

No obstante el avance más significativo en la lucha por la no discriminación de los homosexuales fue la consagración de la "orientación sexual" como un criterio discriminador a pesar de que no aparecía explícitamente en la enumeración realizada con el artículo 14 del CEDH, cuyo tenor literal dice 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". Así, por ejemplo, se hizo referencia a este criterio en el caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (21 de marzo de 2000) o el caso *Kernel v. Austria* (24 de julio de 2003), en 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" (art. 14 CEDH) en relación con el derecho al respeto de la vida privada (art. 8). Cuando se da una diferencia de trato por razón de orientación sexual, el TEDH exige que las autoridades nacionales aporten una justificación especialmente intensa. El Tribunal acepta que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón de peso que podría justificar una diferencia de trato, pero en las circunstancias del caso el Gobierno austriaco no aporta argumentación alguna para demostrar que esa finalidad exige no reconocer el derecho de subrogación arrendaticia a las parejas de mismo sexo<sup>17</sup>.

Sin duda es necesario hacer referencia al art. 12 del Convenio, que proclama el derecho a contraer matrimonio. Según este artículo "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". El tenor literal de este artículo ha generado grandes discusiones, precisamente por la referencia que hace al "hombre y la mujer". ¿Pretende indicar este artículo a que tanto hombres como mujeres tienen derecho a casarse o que tienen el derecho a casarse entre sí? ¿Por qué no se hace una referencia expresa a hombre y mujer por separado en otros artículos del Convenio? Conectado con este artículo se encuentra el tema del matrimonio entre transexuales, que plantea la cuestión de si la referencia que el artículo 12 hace a "hombre y mujer" obedece a criterios estrictamente biológicos.

En los casos *Rees* y *Cossey*, en Sentencias de 17 de octubre de 1986 (TEDH 1986, 11) y de 27 de septiembre de 1990 (TEDH 1990, 22), el Tribunal había

17 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, cit., pág. 82 y 83.

entendido que el art. 12 de la Convención se refería al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente; y, en consecuencia, había considerado que la legislación inglesa, contraria a admitir la validez de un matrimonio contraído por un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico, no vulneraba el referido precepto. No obstante esta jurisprudencia experimentó un brusco viraje en 2002 a raíz de los conocidos casos *I. v. Reino Unido* y *Christine Goodwin v. Reino Unido*<sup>18</sup>. En estas sentencias el Tribunal admitió que la negativa a admitir el matrimonio de un transexual con una persona del mismo sexo cromosómico vulnera el artículo 12 de la Convención. Se reconoce que el precepto “alude sin duda expresamente el derecho para un hombre y una mujer a casarse”, no obstante “el Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda seguir admitiendo que estos términos impliquen que el sexo deba ser determinados según criterios puramente biológicos”. Añade también que “los progresos de la medicina y de la ciencia han llevado consigo cambios radicales en el ámbito de la transexualidad”. De esta sentencia se concluye que el criterio legal de atribución del sexo no puede ser determinado exclusivamente por criterios biológicos, por lo que ha de reconocerse al transexual el derecho al cambio de sexo, con todas las consecuencias derivadas de dicho cambio, en particular, la de poder casarse con una persona que legalmente tenga un sexo distinto, aunque cromosómicamente sea idéntico al suyo.

No obstante la revisión de la postura del Tribunal respecto a los transexuales, que obedece en parte a que la mayoría de los Estados contratantes permiten ese tipo de matrimonios, no se extiende al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, respecto a los cuales no existe en la actualidad una convergencia de estándares entre los Estados firmantes del Convenio (solo 6 de 47 Estados permiten el matrimonio homosexual). Así se ha pronunciado el TEDH en el caso *Schalk and Kopf v. Austria*, de 24 de junio de 2010, que resume cuál es la jurisprudencia actual del Tribunal sobre este aspecto. En esta sentencia el Tribunal ha negado que el art. 12 de la Convención consagre obligación alguna de los Estados firmantes para permitir el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio.

En esta sentencia los demandantes eran dos ciudadanos austríacos que en 2002 habían pretendido casarse en su país, siéndoles denegada esta posibilidad por tratarse de personas del mismo sexo. El artículo 44 del Código Civil austríaco de 1812 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), al hablar del matrimonio se refiere expresamente a “personas del sexo opuesto”. Tras apelar en su país y serles finalmente desestimado el recurso por el Tribunal Constitucional austríaco en 2003, las partes decidieron llevar su caso a Estrasburgo. En su demanda alegaban una violación de art. 12 del Convenio así como del art. 14 en conexión con el art. 8. Conviene apuntar que el 1 de enero de 2010 entró en vigor en Austria la *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*, o Ley de Parejas Registradas, pensada para proveer a las parejas homosexuales de

18 Sentencias TEDH de 11 de julio de 2002.

reconocimiento y efectos legales. Respecto a la violación del art. 12 del Convenio el Tribunal hace consideración al art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, al referirse al derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia omite cualquier referencia a "hombre y mujer", dejando la decisión de admitir los matrimonios entre personas del mismo sexo a los Estados. En consideración del art. 9 de la Carta, el TEDH ya no considera que el equivalente art. 12 del Convenio se restrinja únicamente a parejas de sexo opuesto, no obstante la cuestión de permitir o no el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio se deja a la elección de los Estados contratantes, considerando que la institución del matrimonio tiene un profundas raíces sociales y connotaciones culturales que pueden diferir enormemente de una sociedad a otra. Por tanto concluye que el art. 12 del CEDH "no impone una obligación a los Gobiernos de permitir el acceso de una persona del mismo sexo al matrimonio".

En relación con la alegada vulneración del art. 14 en conjunción con el 8, el Tribunal recuerda que para que exista una discriminación es necesario que exista un trato desigual en circunstancias que son relevantemente similares. Esta diferencia de trato es discriminatoria cuando no está justificada objetiva y razonablemente. También recuerda que tanto las diferencias basadas en el sexo como en la orientación sexual requieren razones particularmente serias para ser justificadas. Así en el caso de las parejas del mismo sexo, éstas, al igual que las parejas heterosexuales, pueden establecer una relación estable y con compromiso, y, por tanto, se encuentran en una situación relevantemente similar a las parejas de sexo opuesto en lo relativo a su necesidad de reconocimiento y protección legal. Sin embargo el Tribunal entiende que el Convenio debe entenderse como un "todo" y que si el art. 12 no impone a los Estados la obligación de permitir el matrimonio homosexual, tampoco pueden imponerla unos artículos de carácter más genérico como los arts. 14 y 8. El Tribunal también explica que la falta de protección legal de su relación ha cesado desde que entró en vigor la Ley de Parejas Registradas. Si bien en las últimas décadas un gran número de países han conferido reconocimiento legal a las uniones entre homosexuales todavía no son mayoría entre los Estados parte de, Convenio. Por lo tanto esta materia debe considerarse en proceso de evolución y todavía sin consenso, en la que los Estados deben mantener un margen de apreciación respecto al momento en el que introducir cambios legislativos. Aunque Austria no se encuentre en la vanguardia de este reconocimiento legal de las uniones del mismo sexo, no se le puede reprochar no haber introducido antes los cambios legales. Tampoco son admisibles las alegaciones de las partes respecto a que las previsiones de la Ley de Parejas Registradas no crea un estatuto exactamente idéntico al del matrimonio, sino que se mantienen algunas diferencias, por ejemplo en materia de paternidad. El Tribunal entiende que, en conjunto, no hay ningún indicio de que Austria se haya excedido de su margen de apreciación en la elección de los derechos y obligaciones

conferidas a las parejas registradas y que, por tanto, no existe una violación de los referidos artículos.

Esta postura del TEDH ha sido también recientemente compartida por el Consejo Constitucional francés, que en su decisión del pasado 28 de enero de 2011<sup>19</sup> declaró que la prohibición del matrimonio homosexual es legal. Los nueve “Sabios” que lo componen, como se les conoce en Francia, recordaron que según los artículos 75 y 144 del Código Civil, “el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer”. Además el órgano francés indicó que el legislador, “en el ejercicio de su competencia, estimó que la diferencia de situación entre las parejas del mismo sexo y las parejas compuestas por un hombre y una mujer podría justificar una diferencia de trato en cuanto a las reglas de derecho de la familia”. “No corresponde al Consejo Constitucional substituir su apreciación (la del legislador) a la hora de tener en cuenta esta diferencia de situación”. En su razonamiento el Consejo Constitucional Francés hace referencia a la jurisprudencia del TEDH, en especial a la sentencia de 24 de junio ya explicada, según la cual tanto el art. 12 del CEDH como el art. 9 de la CDFUE, no imponen la obligación a los Estados de regular el matrimonio homosexual.

#### 4. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Para finalizar quiero hacer una breve referencia a la situación del matrimonio homosexual dentro de la Unión Europea. Como ya he comentado, el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no hace mención a “hombre y mujer” para declarar el derecho a contraer matrimonio y a la vida familiar. Según su tenor literal “se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. También la no discriminación por razón de orientación sexual ha sido reconocida expresamente por el art.21 de la Carta.

Actualmente 5 de los 27 Estados miembros de la Unión han aprobado el matrimonio homosexual, mientras que otros 11 admiten las uniones legales, con distinto grado de reconocimiento de derechos y obligaciones.

Ya en 2003 la comisión anual de libertades del Parlamento Europeo presentó un informe, que finalmente no fue aprobado, en el que se instaban a los países miembros a reconocer a las parejas homosexuales los mismos derechos de las parejas heterosexuales. Aunque el texto fue rechazado por 279 votos contra 259 y 9 abstenciones, el parlamento aconsejó a la Unión Europea la inclusión en su agenda política el debate sobre los matrimonios homosexuales<sup>20</sup>.

19 Décision n° 2010-92 QPC de 28 janvier 2011.

20 “El Parlamento Europeo decide hoy si apoya el matrimonio entre homosexuales”, El País, 14 de enero de 2003.

Finalmente un nuevo informe fue aprobado el 15 de enero de 2009 por 401 votos contra 220 y 67 abstenciones<sup>21</sup>. En este informe el Parlamento Europeo "pide a los Estados miembros que han adoptado legislación relativa a las parejas del mismo sexo que reconozcan las normas adoptadas por otros Estados miembros con efectos similares; pide a estos Estados miembros que propongan directrices para el reconocimiento mutuo entre Estados miembros de la legislación existente con el fin de garantizar que el derecho a la libre circulación en la Unión Europea de las parejas del mismo sexo se aplique en las mismas condiciones aplicables a las parejas heterosexuales", "Urge a la Comisión a presentar propuestas para garantizar que los Estados miembros apliquen el principio del reconocimiento mutuo a las parejas homosexuales, ya estén casadas o en régimen de pareja inscrita civilmente, en particular; cuando ejercen su derecho de libre circulación derivado de la legislación de la Unión" y "pide a los Estados miembros que aún no lo hayan hecho, que, en aplicación del principio de igualdad, adopten medidas legislativas para superar la discriminación que sufren algunas parejas por motivos de su orientación sexual"<sup>22</sup>.

---

21 Parlamento Europeo (14 de enero de 2008). Nota de prensa: "El PE critica los comentarios de líderes religiosos y políticos contra los homosexuales".

22 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2009, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 [2007/2145(INI)].