DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

#39

Número 39, Época II, junio 2018

Calidad de Revistas Científicas Españolas
FECYT | FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA | 2016

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010

FUNDACION CULTURAL ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.
EDITORIAL

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 39, Época II, junio 2018

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher's index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2019.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: *publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf*

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones

Dykinson, S.L.

Suscripción en papel
Ver boletín de suscripción al final de este número y remitir en sobre cerrado a:
Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)
Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
ISSN: 1133-0937
Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:
Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

EL DERECHO (FUNDAMENTAL) A CONSTITUIR UNA FAMILIA. EL "ESTADO DEL ARTE" EN ITALIA, A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN Y DEL SISTEMA CEDH*

THE (FUNDAMENTAL) RIGHT TO FOUND A FAMILY. THE "STATE OF THE ART" IN ITALY, IN LIGHT OF EUROPEAN LAW AND THE ECHR LEGAL SYSTEM

Angelo Viglianisi Ferraro
Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

Fecha de recepción: 12-4-17
Fecha de aceptación: 14-6-17

Resumen: *El trabajo se ocupa del desarrollo del derecho (fundamental) a constituir una familia en Italia, tomando en consideración el importantísimo rol que han desempeñado concretamente la normativa y la jurisprudencia supranacionales.*

Abstract: *The paper deals with the development of the (fundamental) right to found a family in Italy, taking in consideration the very important role of the supranational rules and Courts decisions.*

Palabras clave: derecho fundamental a constituir una familia, parejas del mismo sexo, normas de la Unión Europea, sistema Convenio Europeo Derechos Humanos

Keywords: fundamental right to found a family, same-sex couples, European Union rules, European Covenant Human Rights case-law

---

* Le agradezco la revisión de la traducción al español de este trabajo a los profesores María del Rosario Sánchez Valle y Juan Pablo Pérez Velázquez. Cualquier error solo puede ser atribuible al autor.

1. LA IDEA (CONSTITUCIONAL) ITALIANA DE FAMILIA (LEGÍTIMA) COMO "SOCIEDAD NATURAL FUNDADA EN EL MATRIMONIO" Y LOS DERECHOS RECONOCIDOS A LAS PAREJAS DE HECHO

La Constitución italiana, en el art. 29 habla de familia legítima como de una sociedad natural fundada en el matrimonio (constituida a través de aquel vínculo jurídico que deriva de un preciso negocio jurídico regulado en el Código Civil). A pesar de eso, el mismo Constituyente ha reconocido la importancia de garantizar la tutela a los hijos nacidos fuera del matrimonio.

La familia de hecho es aquella constituida por personas que, aunque no están unidas en matrimonio, conviven "*more uxorio*", adquiriendo así cierta relevancia jurídica[1].

A las parejas heterosexuales no casadas se les ha reconocido con el tiempo, por ejemplo, el derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento en caso de fallecimiento del arrendatario (art. 6, Ley n. 392/1978 modificado por la sentencia del Tribunal Constitucional nº. 404/1988[2]); el ejercicio de acciones para la tutela de la posesión de la casa donde conviven; el derecho al resarcimiento del daño en caso de muerte de la pareja[3], la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida (art. 5, Ley 19 febrero 2004. n. 40), el derecho a no declarar en un proceso penal en el que está imputada su pareja (art. 199.3, Cod. Proc. Pen.), la legitimación para presentar una instancia con la que solicitar solicitar el nombramiento de "amministratore di sostegno" (de tutor o curador) sobre la pareja enferma (art. 417 CC), legitimación para obtener tutela judicial en supuestos de violencia en las relaciones familiares (arts. 330, 333, 342-*bis* y 342-*ter* CC) y además la facultad de disfrutar de una serie de prestaciones de carácter social (como la asignación de Viviendas de Protección Oficial), en un tiempo reservado sólo a los cónyuges[4].

---

[1] El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones en materia de parejas de hecho. Vid., por todas, las sentencias nº. 6 de 1977; nº. 45 de 1980; nº. 237 de 1986; nº. 404 de 1988; nº. 423 de 1988; nº. 310 de 1989; nº. 559 de 1989; nº. 8 de 1996; nº. 2 de 1998; nº. 166 de 1998; nº. 352 de 2000; nº. 461 de 2000; nº. 491 de 2000; nº. 204 de 2003; nº. 86 de 2009; nº. 140 de 2009; nº. 7 de 2010; nº. 138 de 2010; nº. 170 de 2014.

[2] La sentencia del Tribunal Supremo nº. 5544/94 ha extendido tal derecho a las parejas del mismo sexo que conviven *more uxorio*.

[3] Cabe señalar que por la sentencia del Tribunal Supremo nº. 33305/02 el derecho en cuestión también ha sido concedido a las parejas homosexuales.

[4] Otros derechos reconocidos también a la pareja homosexual son aquellos indicados en los arts. 14 *quater* y 18 del Reglamento penitenciario, según los cuales la pareja tiene el de-

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

Por el contrario, siempre ha estado excluida la aplicación analógica de todo el cuerpo normativo dictado para la tutela de la familia legítima, así como las disposiciones singulares creadas para garantizar los derechos de las personas que forman parte del núcleo social formado con el matrimonio (piénsese en la regulación de la empresa familiar a la que se refiere el art. 230.bis.).

No obstante, semejante práctica en contra de las parejas de hecho fue inmediatamente entendida incompatible con las disposiciones de otros países del Viejo Continente y, sobre todo, no ajustada a una serie de derechos reconocidos en diversas Declaraciones internacionales, según la interpretación de los jueces encargados de garantizar la protección de las personas en Europa.

Sin embargo, se ha debatido constantemente la necesidad de reconocer a cada individuo el derecho a la vida familiar establecido en los arts. 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[5]; en los arts. 8, 12 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (también conocido como Convención Europea de Derechos Humanos)[6]; en el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos

recho a visitar a la persona detenida; en la Ley 91/99 sobre donación de órganos (con base en que el conviviente *more uxorio* tiene que ser informado acerca de la naturaleza y las circunstancias relativas a la extracción de órganos y tiene también el derecho de oponerse a tal procedimiento); en el art. 681 del Código procesal penal relativo a la petición de indulto (que puede ser firmada por la pareja); en la Circular nº. 8996 emanada del Ministro del Interior italiano el 26 octubre de 2012, cuyo objeto eran las uniones del mismo sexo y los permisos de residencia en atención al decreto legislativo n. 30/2007. Digna de mención es, además, la inserción de las parejas de los parlamentarios que sean homosexuales en el régimen del seguro sanitario. Por otra parte, la sentencia nº. 7176/12 del Tribunal de Apelación de Milán, Sección Trabajo, ha reconocido a la pareja del mismo sexo el derecho a ser inscrito en el seguro sanitario de la pareja empleada.

[5] Estas disposiciones establecen, respectivamente, que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques" y que "los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

[6] Según el art. 8 del CEDH, "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa

Civiles y Políticos[7], y, más recientemente, en los arts. 7 y 9 de la Carta de Niza[8].

El presente trabajo se ocupará básicamente del desarrollo del derecho (fundamental) a constituir una familia en Italia, tomando en consideración el importantísimo rol que han desempeñado concretamente la normativa y la jurisprudencia supranacionales.

2. LA TESIS TRADICIONAL CONTRARIA A LA PROTECCIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO Y EL FRACASO DEL PROYECTO DE LEY DICO

A pesar de las innumerables concesiones a favor de las parejas que conviven *more uxorio*, en Italia siempre ha sido considerado correcto (y constitucionalmente lícito) reservar determinados derechos solo a las familias legítimas (tratando de no lesionar la posición de los "hijos naturales", es decir, los nacidos fuera del matrimonio).

E incluso no se consideró, hasta hace algunas décadas, otorgar cualquier forma de tutela o protección a las parejas compuestas por personas del mismo sexo[9].

---

del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". El art. 12 dispone, en cambio, 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".

[7] Por el cual "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos".

[8] El art. 7 de la Carta de Niza afirma que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones"; mientras el art. 9 establece que "se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio".

[9] Para una visión general del problema relativo a la situación de las parejas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico italiano, vid., por todos, V. MAZZOTTA, "Le relazioni omosessuali in Italia", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pp. 163 ss.; F. BOCCHINI (a cura di), *Le convivenze familiari. Diritto vivente e proposte di riforma*, Torino, 2006; E. ROSSI – N. PIGNATELLI, "La tutela costituzionale delle forme di convivenza familiare diverse dalla famiglia" en S. PANIZZA – R. ROMBOLI (a cura di), *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, Pisa,

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

En 2007 fue presentado un Proyecto de Ley, denominado DiCo (acrónimo de "Derechos y deberes de las personas que conviven de forma estable") para garantizar la posición de las parejas no casadas[10].

Su regulación venía referida a «dos personas mayores de edad, también del mismo sexo, unidas por vínculos recíprocos de afectividad, que conviven y se prestan asistencia y ayuda material y moral mutua, no ligadas por un vínculo matrimonial, parentesco en línea recta, adopción, filiación, tutela, curatela o "amministrazione di sostegno", como titulares de los derechos y facultades establecidas en la presente ley". Según el DDL, la convivencia tenía que ser "probada por los resultados derivados del padrón municipal".

La declaración podía hacerse simultáneamente, pero en ausencia de ésta, «el miembro de la pareja que la hace tiene la carga de comunicarla mediante carta certificada con acuse de recibo al otro miembro de la pareja». No podían acceder a los derechos previstos en la ley los condenados (tampoco los acusados) por "homicidio consumado o tentativa de homicidio sobre el cónyuge del otro o sobre la persona con la que el otro convivía", así como las personas "vinculadas por relaciones contractuales, también laborales, que comporten necesariamente la vida en común".

2006, pp. 208 ss.; G. BRUNELLI, "Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale", en *www.forumcostituzionale.it*; A. RUGGERI, "Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione", *Quad. cost*., 2007, pp. 753 ss.; Id., "Il diritto al matrimonio e l'idea costituzionale di "famiglia"", *Nuove aut.,* 2012, p. 37 ss.; Id., "Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale…) pretesa a connotarsi come "famiglie"", en *www.forumcostituzionale.it*; L. VIOLINI, "Il riconoscimento delle coppie di fatto: *praeter o contra constitutionem*?", *Quad. cost*., 2007, pp. 394 ss.; B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008; V. TONDI DELLA MURA, "La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi", *Quad. cost*., 2008, pp. 125 ss.; F. BILOTTA, "La convivenza tra persone dello stesso sesso è ancora un tabù?", *Resp. civ. prev*., 2010, pp. 412 ss.; N. PIGNATELLI, "Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio "eterosessuale": profili processuali e sostanziali", en *www.forumcostituzionale.it*; B. NASCIMBENE, "Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia", *Corr. giur*., 2010, pp. 107 ss.; M. SEGNI, "La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto", *Fam. pers. succ*., 2010, pp. 252 ss.; E. ROSSI, "Il riconoscimento delle coppie di fatto: alla ricerca di una sintesi", *Quad. cost*., 2010, pp. 388 ss.; M. MELI, "Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali", *Nuova giur. civ. comm*., 2012, II, pp. 451 ss.; T. AULETTA, "Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso", en *Nuova giur. civ. comm*., 2015, pp. 654 ss.; G. COSCO, "Le unioni omosessuali e l'orientamento della Corte costituzionale", *Giust. Civ.,* 2011, p. 485; G. FERRANDO, "Matrimonio same-sex: Corte di Cassazione e giudici di merito a confronto", *Corr. giur*., 2015, pp. 909 ss.

[10] El documento está disponible en *www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00253559.pdf.*

El proyecto de ley regulaba las cuestiones relativas a la asignación de Viviendas de Protección Oficial (confiando a las regiones la tarea de tener en cuenta las parejas registradas para la formulación de la clasificación); a la subrogación en el contrato de arrendamiento (consentida por la pareja "siempre que la convivencia dure al menos tres años o tengan hijos comunes"); a la tutela del puesto de trabajo (tratando de favorecer, en la disciplina de los traslados y atribuciones de sede de los funcionarios públicos y privados, la conservación de la residencia común y estableciendo derechos similares a los previstos en el art. 230 bis en relación a la empresa familiar); y, a las obligaciones alimenticias (debidas en las hipótesis en las cuales la pareja se encuentra en estado de necesidad y no sea capaz de subsistir por sus propios medios, «por un periodo determinado en proporción a la duración de la convivencia» y salvo que «el que tiene derecho contraiga matrimonio o inicie una nueva convivencia registrada en el Registro»).

Pero, el documento normativo fijaba, sobre todo, importantes reglas en materia de "herencia"[11], "de asistencia por enfermedad y hospitalización"[12] y de "tratamiento de la Seguridad Social y pensiones"[13].

---

[11] Según el proyecto de ley, "transcurridos nueve años del inicio de la convivencia, la pareja concurre en la sucesión intestada", teniendo derecho "a un tercio de la herencia si a la sucesión concurre con un solo hijo y a un cuarto si lo hace con dos o más hijos". En particular, el DDL preveía que «en caso de concurrencia con ascendientes legítimos o con hermanos y hermanas aunque sean medio hermanos la pareja tiene derecho a la mitad de la herencia». Si no hay hijos o hermanos y hermanas "dos tercios de la herencia", mientras "en ausencia de otros parientes dentro del tercer grado en línea colateral, toda la herencia". La ley especificaba después, desde un punto de vista fiscal, que "cuando la masa hereditaria se transmite de un miembro de la pareja a la otra, el tipo aplicable al valor global neto de los bienes será del 5% sobre el valor el valor total neto que exceda de los 100.000 €".

[12] Después de haber aclarado que "los Hospitales y servicios de asistencia pública y privada regulan el ejercicio del derecho de acceso de visita y asistencia en el caso de enfermedad y hospitalización de su pareja". El texto normativo precisaba que "cada pareja pueda designar al otro como representante en a) caso de enfermedad que comporte incapacidad de entender y querer, para tomar las decisiones en materia de salud, con los límites previstos por las disposiciones vigentes, b) en caso de muerte, por cuanto concierne, al modo de tratamiento del cuerpo y a la celebración del sepelio. Esta designación se efectúa mediante un documento escrito y firmado. En caso de imposibilidad de redactarlo se celebra un proceso verbal en presencia de tres testigos que lo suscriben y firman".

[13] El Proyecto de Ley preveía que en sede de reordenación de la normativa de Seguridad Social y Pensiones, la ley disciplina el tratamiento que debe darse a la pareja, estableciendo como requisito una duración mínima de convivencia proporcionando las prestaciones según la duración de la misma y teniendo en cuenta las condiciones económicas y patrimoniales del miembro de la pareja supérstite.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

El proyecto de reforma del marco normativo existente en el sector del derecho de familia nunca entró en vigor por oposición de importantes grupos políticos, de naturaleza sobre todo católica.

3. LA RECIENTE APERTURA JURISPRUDENCIAL DE LOS TRIBUNALES ITALIANOS Y LOS REGISTROS DE LAS UNIONES CIVILES

A pesar del fracaso del intento de garantizar en vía legislativa los derechos de las parejas del mismo sexo, los jueces italianos se han mostrado particularmente sensibles a la posición de los homosexuales.

El 3 de abril de 2009 el Tribunal de Venecia planteó, en relación a los arts. 2, 3, 29 y 117, apartado primero de la Constitución, cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del Código Civil, "*en la parte en la que, interpretados sistemáticamente, no permiten que las personas de orientación homosexual puedan contraer matrimonio con personas del mismo sexo*".

Este primer acto, que invoca también la violación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Convenio Europeo Derechos Humanos y de la Carta de Niza (de las que se deriva "un derecho fundamental de la persona… a casarse o no casarse, y de elegir por sí mismo al cónyuge", relativo a "la esfera de la autonomía y de la individualidad", en la que "el Estado no puede intervenir, si no existen intereses prevalentes incompatibles, en este caso no perceptibles") se ha añadido una segunda, emitida por el Tribunal de apelación de Trento en agosto del 2009. Y a estas han seguido, sucesivamente, las del Tribunal de apelación de Florencia y del Tribunal Civil de Ferrara.

El 15 de abril de 2010, la sentencia nº 138[14] del Tribunal Constitucional desestimó las apelaciones del Tribunal de Venecia y del Tribunal de apelación de Trento por inadmisibles (en relación con los arts. 2 y 117 de la Constitución[15]), puesto que la cuestión no forma parte de las competencias

[14] Para consultar comentarios a la sentencia, vid. N. COLAIANNI, "Matrimonio omosessuale e Costituzione", *Corr. giur.*, 2010, pp. 845 ss.; M. GATTUSO, "La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso", *Fam. dir.*, 2010, pp. 653 ss.; L. MORLOTTI, "Il no della Consulta al matrimonio gay", *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1505 ss.; P. PALERMO, "Uguaglianza e tradizione nel matrimonio: dall'adulterio alle unioni omosessuali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, pp. 537 ss.; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, *Ibidem*, pp. 527 ss.; A. PUGIOTTO, "Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio", en *www.forumcostituzionale.it.*

[15] El Tribunal evidencia que las normas supranacionales citadas no exigen en absoluto «la plena equiparación de las uniones homosexuales a las reglas previstas por las uniones

del Tribunal, e infundados (en relación a los arts. 3 y 29 de la Constitución), "en cuanto las uniones entre homosexuales no pueden ser consideradas similares al matrimonio".

Posteriormente, con los actos nº 276, de 22 de julio de 2010[16] y nº 4, de 5 de enero de 2011[17], fueron desestimados por motivos análogos los recursos del Tribunal de apelación de Florencia y del Tribunal de Ferrara.

Fundamental importancia reviste la declaración de principios contenida en la decisión nº 138/2010 de la Consulta italiana, que introduce definitivamente los derechos de las parejas homosexuales entre aquellos protegidos en el art. 2 de la Constitución, afirmando que "por formación social debe entenderse cualquier forma de comunidad, simple o compleja, adecuada para permitir y facilitar el libre desarrollo de la persona en la vida social, en un contexto de revalorización del modelo plural. Este concepto incluye también la unión homosexual, entendida como convivencia estable entre dos personas del mismo sexo, a las que corresponde el derecho fundamental de vivir libremente una relación de pareja, obteniendo –en los tiempos, modos y con los límites establecidos por la ley– el reconocimiento jurídico de los correspondientes derechos y deberes"[18].

El Tribunal Constitucional aclara que «corresponde al Parlamento, en el ejercicio de su plena discrecionalidad, establecer las formas de garantizar y reconocer estas uniones, quedando reservada al Tribunal Constitucional la posibilidad de intervenir para la tutela de situaciones específicas (como su-

---

matrimoniales entre hombre y mujer», en realidad, «la remisión a las leyes nacionales…confirma que la materia es confiada a la discrecionalidad del Parlamento». Para la Consulta, «la constatación de esto se desprende… del examen de la elección y las soluciones adoptadas en numerosos países que han introducido, en algunos casos, una verdadera extensión de la regulación prevista para el matrimonio civil a las uniones homosexuales o, más frecuentemente, formas de tutela muy distintas que van, desde la tendencia de asimilación de esas uniones al matrimonio, a la distinción clara, en términos de efectos, en comparación con el mismo».

[16] Publicada en *Fam. dir.*, 2011, núm. 1, pp. 18 ss., con nota de A. RIVIEZZO, *Sulle unioni omosessuali la Corte ribadisce: "questo" matrimonio non s'ha da fare (se non lo vuole il Parlamento).*

[17] Se puede consultar en *Giust. civ.*, 2011, núm. 4, pp. 18 ss., con nota de G. COSCO, "Le unioni omosessuali e l'orientamento"…, cit.

[18] Según el Tribunal Constitucional, "se debe excluir, sin embargo, que la aspiración a tal reconocimiento – que exige necesariamente una disciplina de carácter general, destinada a regular los derechos y deberes de los miembros de la pareja - sólo pueda lograrse a través de una equiparación de las uniones homosexuales al matrimonio. Es suficiente el examen, aunque no exhaustivo, de la legislación de los Países que hasta ahora han reconocido estas uniones para asegurar la diversidad de las opciones elegidas".

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

cedió con las parejas de hecho: sentencias nº. 559 de 1989 y nº. 404 de 1988). Puede suceder, en efecto, que, en relación con casos particulares, se observe la necesidad de dar un tratamiento homogéneo entre las condiciones de la pareja casada y de la pareja homosexual, tratamiento que este Tribunal puede garantizar mediante el control de razonabilidad».

El 11 de junio de 2014, con la conocida sentencia nº 170[19], el Tribunal Constitucional ha vuelto a ocuparse indirectamente del tema y ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 4 de la Ley de 14 de abril de 1982, nº 164 (Normas en materia de cambio de sexo), y del art. 31, apartado 6, del Decreto Legislativo 1 de septiembre de 2011, nº. 150, en la parte en la que no prevén que la sentencia de cambio de sexo de uno de los cónyuges, que provoca la disolución del matrimonio o el cese de los efectos civiles derivados de la inscripción del matrimonio, permita, de todos modos, si ambos lo solicitan, mantener viva una relación de pareja jurídicamente regulada con otra forma de unión registrada, que tutele adecuadamente los derechos y obligaciones de la pareja misma, con las modalidades establecidas por el legislador[20].

---

[19] Vid. A. RUGGERI, "Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte Cost. n. 170 del 2014)", en *www.giurcost.org*; V. BARBA, "Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale", *Fam. dir.*, 2014, p. 866; G. PALMERI y M. C. VENUTI, "L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 12, 2014, pp. 20553 ss.; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, *Ibidem*; C. SALAZAR "Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento", en w*ww.confronticostituzionali.it*; R. CATALDO, "Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. "divorzio imposto"", en *AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2014; F. BIONDI, "La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto", *Forum di quaderni costituzionali*, 2014; F. SAITTO, "Rettificazione di sesso e 'paradigma eterosessuale' del matrimonio: commento a prima lettura della sent. n. 170 del 2014 in materia di 'divorzio imposto'", en *www.diritticomparati.it*; P. VERONESI, "Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014", en *www.forumcostituzionale.it*; P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, *Ibidem*; A. RAPPOSELLI, "Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un "nuovo" tipo di sentenze additive?", en *AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.

[20] La cuestión había sido planteada por la I Sez. Civ. del Tribunal de Supremo, con auto interlocutorio de 6 de junio de 2013, nº. 14329, en relación a un caso relativo a una pareja boloñesa en la que el marido, como consecuencia de un camino compartido y después del cambio de sexo, consiguió la sentencia de rectificación del tribunal, en la que el encargado del Registro

En la sentencia se lee que «sin embargo, no es posible la *reductio ad legitimitatem*, mediante una "pronuncia manipolativa", que sustituya el divorcio automático por un divorcio solicitado a instancia de parte, puesto que ello supondría permitir la continuación del vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo, en contradicción con el art. 29 de la Constitución», por tanto, será «tarea del legislador introducir una forma alternativa (y diferente del matrimonio) que permita a los cónyuges evitar el paso de un estado de máxima protección jurídica a una situación de absoluta indeterminación». Y,

---

Civil, llamado a inscribir en el registro de los actos del Ayuntamiento la rectificación del sexo, consideró que debía asumir la obligación de actualizar el registro de los actos del matrimonio, indicando el cese de los efectos civiles del matrimonio (como está previsto en el art. 4 de la ley 164/1982, después sustituido por el art. 31, apartado 6, del D.Lgs. nº. 150/2011). Contra tal decisión, la pareja presentó un recurso, consiguiendo la anulación del tribunal de Módena (que consideraba necesario para la inscripción de la disolución del matrimonio una sentencia del órgano judicial competente). Tal medida fue a su vez impugnada por el Ministerio del Interior y cambiada por el Tribunal de apelación de Bolonia, para el que el matrimonio "rectificado" estaría "privado de su indispensable presupuesto de legitimidad, la diversidad sexual de los cónyuges". Recurrida en Casación, la controversia permite al Tribunal Supremo afirmar que el "divorcio impuesto", además de no considerarlo adecuado a «la importancia primordial de formaciones sociales en un contexto constitucional en que es ampliamente compartido la exigencia de reconocer las uniones de hecho… debilita el principio de autodeterminación del sujeto que quiere proceder al cambio de sexo, ya que con tal elección logra la eliminación de cara al futuro del derecho a la vida familiar, que realizó mediante la elección del vínculo matrimonial". A la luz "del derecho a la preservación de la preexistente dimensión relacional, cuando asume los caracteres de estabilidad y continuidad propios del vínculo conyugal; del derecho a no ser discriminados con respecto a otras parejas casadas, a las que se les reconoce la posibilidad de elegir divorciarse; del derecho de la pareja a elegir si continuar con la relación matrimonial", el instituto censurado constituye "una injerencia estatal" desmesurada, y contraria también al art. 3 Const., (por la injustificada disparidad de régimen jurídico entre la hipótesis de disolución automática del vínculo conyugal, previsto *ex lege* en el caso de cambio de sexo, y aquellos establecidos por la l. nº. 898 de 1970 y sucesivas modificaciones, en relación a delitos graves, por las que la elección sobre la disolución del matrimonio le es atribuida al otro miembro de la pareja), y el art. 24 Cost. (en la parte en que se prevé la notificación del recurso por rectificación de cambio de sexo al otro miembro de la pareja, sin reconocerle a este último el derecho a oponerse a la disolución del vínculo conyugal en el proceso judicial en cuestión, ni de ejercer el mismo poder en otro proceso). El Tribunal Constitucional, en la sentencia nº. 170/2014, en relación con este último aspecto, pone de manifiesto que efectivamente no existe ningún conflicto, ya que "en cuanto al primer argumento, porque no siendo… configurable un derecho de la pareja no heterosexual a permanecer unida en un vínculo matrimonial, no es, por tanto, concebible cualquier vulneración en el plano de la defensa … y en cuanto al argumento del art. 3 Const., la peculiaridad del caso de disolución debido a la reasignación de género de uno de los cónyuges en comparación con las otras causas de disolución del matrimonio justifica la disciplina diferente".

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

precisa la Consulta, "el legislador está llamado a cumplir tal tarea de forma urgente para superar la ilegalidad de las disposiciones en examen por el déficit actual en la protección de los derechos de los sujetos implicados".

En espera de tal intervención normativa, para evitar el paso "de un estado de máxima protección jurídica a uno de máxima indeterminación", es necesario garantizar –como ha aclarado recientemente el Tribunal Supremo– "la conservación del estatuto de los derechos y deberes propios del modelo matrimonial… sujeto a la condición resolutiva temporal constituida por la nueva reglamentación señalada en la sentencia"[21].

Interesante parece, desde este punto de vista, el recorrido que ha llevado al Tribunal Supremo a una constante ampliación de los derechos de las parejas de hecho (también *same sex*).

Alejándose decididamente de posiciones como las expresadas en la sentencia nº. 4204 de 2 de mayo de 1994 (en la que se estableció que "no existe posibilidad de asimilación alguna entre matrimonio y convivencia *more uxorio,* en cuanto son conceptos totalmente antitéticos"[22]), el Tribunal Supremo ha asegurado recientemente que el término "familia" del que se habla en el art. 572 Código Penal "debe entenderse referido a todo consorcio de personas entre las que, por las estrechas relaciones y hábitos de vida, hayan surgido relaciones de asistencia y solidaridad por un considerable periodo de

[21] Así Cass. civ. Nº. 8097 de 21 de abril de 2015, comentada M. GATTUSO, "Nasce il matrimonio sottoposto a condizione risolutiva, ovvero sul caso Bernaroli", en *www.personaedanno.it,* y por A. RUGGERI, "Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e … impossibile?", en *Consulta online*, 2015. Téngase en cuenta que, unos meses más tarde, con la sentencia nº. 15138 de 20 de julio de 2015, el propio Tribunal Supremo ha dejado claro que no es necesario un cambio anatómico con el fin de rectificar el sexo en el Registro Civil, ya que "según una interpretación constitucionalmente orientada y en línea con la jurisprudencia del CEDH de los artículos 1 de la Ley núm. 164 de 1982, así como el art. 3 de la misma ley, en la actualidad incorporado en el art. 31, apartado 4, del d.lgs. n. 150 de 2011… la adaptación de los caracteres sexuales no implica necesariamente la intervención quirúrgica cuando, del resultado de una exhaustiva investigación judicial, se haya establecido la seriedad y la singularidad del camino elegido por el individuo y el cumplimiento final".

[22] El Tribunal Supremo había subrayado entonces que "el matrimonio es un instituto fundamental del derecho, del que se derivan consecuencias perennes e ineludibles (piénsese en el deber de mantenimiento o de alimentos al cónyuge, deber persistente también una vez divorciados)", mientras «la convivencia… es una situación de hecho elegida por quien intenta sustraerse a los deberes conexos al matrimonio y reservarse, en cambio, la posibilidad de un *commodus discessus* como resultado de los caracteres de precariedad y revocabilidad unilateral *ad nutum* propios de la convivencia de hecho".

tiempo"[23], y, con referencia a la regulación de las relaciones patrimoniales, ha aclarado, en sede civil, que en tal noción "se incluye toda forma de comunidad, simple o compleja, adecuada para permitir y facilitar el libre desarrollo de la persona en la vida social, en un contexto de revalorización del modelo plural. En este concepto se comprende la convivencia estable entre dos personas, también del mismo sexo, a las que corresponde el derecho fundamental de vivir libremente una relación de pareja, obteniendo –en los tiempos, modos y con los límites establecidos por la ley– el reconocimiento jurídico de los correspondientes derechos y deberes[24]".

El 15 de marzo de 2012, la conocida sentencia nº. 4184[25], del Tribunal Supremo, aunque rechaza la solicitud de reconocimiento en Italia del matrimonio celebrado en el extranjero por una pareja italiana del mismo sexo, ha declarado que la jurisprudencia tradicional "según la cual la diversidad de sexo de la pareja que va a contraer matrimonio es, junto a la manifestación de voluntad matrimonial de los contrayentes expresada ante el encargado del Registro Civil

[23] Así, en la sentencia de 22 de octubre de 2009, nº. 40727. Sin embargo, ya antes en Cass. Sec. 6, sentencia nº. 20647 de 29 de enero de 2008; y, siempre Sec. 6, sentencia nº. 21329 de 24 de enero de 2007. Habló, sin embargo, de simple estabilidad de la relación la Sec. 3, en la sentencia nº. 44262, de 8 de noviembre de 2005.

[24] Así en la sentencia nº. 1277, de 22 de enero 2014. Según el Tribunal Supremo, «las uniones de hecho, como formaciones sociales que presentan significativas analogías con la familia formada en el ámbito de una unión matrimonial y asumen relevancia en el sentido del art. 2 Const., se caracterizan por deberes de naturaleza moral y social de cada pareja frente a la otra, que se ponen de manifiesto también en las relaciones de naturaleza patrimonial. De ello se deriva que las atribuciones patrimoniales a favor de la pareja de hecho efectuadas en el curso de la relación (en este caso, transferencias de dinero a la cuenta del conviviente) configuran el cumplimiento de una obligación natural *ex* art. 2034 c.c., con la condición de que sean respetados los principios de proporcionalidad e idoneidad, sin que tengan relevancia las eventuales renuncias operadas por el conviviente –tales como la de trasladarse al extranjero rescindiendo la relación laboral– incluso sugeridas o solicitadas por el otro conviviente, que hayan llevado a una situación de precariedad económica, ya que tales daciones no tienen ningún valor de indemnización, sino que son una expresión de la solidaridad entre dos personas unidas por una unión estable y duradera». Este principio ya había sido expresado por III Sec. Civ. del Tribunal Supremo en la sentencia nº 11330 de 15 de mayo de 2009.

[25] La sentencia fue publicada en *Fam. dir.*, 2012, pp. 665 ss., con comentario de M. GATTUSO, ""Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Giur. it.*, 2012, p. 1767 ss. con nota de E. CALEVI, *Unioni* same-sex: *dall'inesistenza all'inidoneità a produrre effetti giuridici.* Vid., además, F. R. FANTETTI, "Il diritto degli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia", *Fam., pers. succ.*, 2012, p. 857 ss.; L. MAROTTI, "La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra Corti interne e Corte europea dei diritti umani", *Giur. it.*, 2013, pp. 329 ss.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

celebrante, requisito mínimo indispensable para la misma "existencia" del matrimonio civil, como acto jurídicamente válido… no se muestra más adecuada a la actual realidad jurídica, habiendo sido radicalmente superada la concepción según la cual la diversidad de sexo de la pareja es presupuesto indispensable, por así decir "natural", de la misma "existencia" del matrimonio". Y, además, ha establecido que "los miembros de la pareja homosexual, que conviven en una relación estable de facto,… como titulares del derecho a la "vida familiar" y en el ejercicio del derecho inviolable a vivir libremente una relación de pareja y del derecho a la tutela jurisdiccional de situaciones específicas, especialmente para la tutela de otros derechos fundamentales, pueden recurrir a los jueces ordinarios para hacer valer, en "situaciones específicas o concretas", el derecho a un tratamiento homogéneo al asegurado por la ley a la pareja casada"[26].

El principio se reitera en la sentencia pronunciada el 9 de febrero 2015, nº. 2400, con la que el Tribunal Supremo –ocupándose de un asunto relativo a la denegación por parte del encargado del Registro Civil de publicar las amonestaciones matrimoniales solicitadas por una pareja *same sex*– aclara que «en nuestro sistema jurídico de derecho positivo el matrimonio entre personas del mismo sexo no es idóneo para producir efectos al no estar previsto entre las hipótesis legislativas de unión conyugal. El núcleo afectivo–relacional que caracteriza la unión homosexual, en cambio, recibe un reconocimiento constitucional directo en el art. 2 de la Constitución y a través del proceso de adecuación y equiparación impuesto por la relevancia constitucional de los derechos en cuestión que puede adquirir un grado de protección y tutela equiparable al matrimonial en todas las situaciones en las que la falta de una disciplina legislativa determina una lesión de derechos fundamentales derivados de la relación en cuestión».

Sobre la cuestión también se ha pronunciado el Consejo de Estado, con la célebre *decisione* de 27 de octubre de 2015, en la que ha establecido definitivamente que las inscripciones en los archivos registrales de los municipios italianos de los certificados de matrimonio celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo son nulas, en cuanto el matrimonio homosexual, para los jueces, carece "de la indefectible condición de la diversidad de sexo entre los futuros esposos"[27].

---

[26] Sobre el tema, véase E. BERGAMINI, "Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, pp. 467 ss.

[27] El pronunciamiento ha cerrado la *vexata quaestio* surgida con la concesión por parte del alcalde de Roma (pero, también del de Bolonia y de Milán) de la posibilidad de inscribir en el Registro Civil los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero (en virtud del "prin-

La sensibilidad de muchos administradores municipales, en contracorriente a la sordera del legislador estatal, se ha concretado también en la concesión de la solicitud, promovida *in primis* por el movimiento LGBT (desde los años noventa), de instituir a nivel municipal en varias ciudades italianas los llamados registros de las uniones civiles (privados de un valor jurídico real, pero de alto significado simbólico y moral).

El primer municipio en disponer de un registro, con una decisión de 21 de octubre de 1993, fue Empoli. La decisión fue, sin embargo, casi inmediatamente suspendida por el Comité regional de control, pero luego fue aprobada en cambio por el TAR de Toscana en el 2001.

El 7 de junio de 1996 el Ayuntamiento de Pisa siguió el ejemplo de Empoli, recibiendo, también en este caso, una censura del Co.Re.Co. Pero, la cuestión se resolvió rápidamente y el 20 de febrero de 1998 la primera pareja (heterosexual) se inscribió civilmente.

El camino por recorrer para lograr un reconocimiento real de los derechos de las parejas del mismo sexo era todavía largo.

4. EL ART. 9 DE LA CARTA DE NIZA Y LA ORIENTACIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO

Un fuerte impulso para la revisión, por parte de los jueces italianos, del viejo modo de entender la familia ha derivado ciertamente de la pertenencia a organizaciones supranacionales europeas, que, desde hace tiempo, invitan a los Estados del Viejo Continente a garantizar los derechos (fundamentales) de las personas homosexuales.

---

cipio de reciprocidad"). Sobre el caso intervenía el Ministro del Interior, que con una circular enviada a los *prefetti* (similar a los delegados o subdelegados del Gobierno) el 7 de octubre de 2014, subrayaba la disconformidad de las inscripciones con las leyes italianas (puesto que la "diversidad de sexo" es un requisito fundamental para considerar jurídicamente válido el matrimonio y que «la regulación de la eventual equiparación del matrimonio homosexual y el celebrado entre personas de diverso sexo» es «competencia exclusiva del legislador nacional»). Los *prefetti* de Roma y Bolonia decidieron entonces anular las medidas de los Alcaldes, suscitando así el recurso administrativo al TAR de dos parejas y del Ayuntamiento de Roma y consiguiendo de cuatro Tribunales administrativos regionales una respuesta inesperada: la anulación de las inscripciones *de quibus* sólo podía ser establecida por la autoridad judicial ordinaria (por tanto, por un tribunal civil) y no por el Ministro del Interior o el *prefetto*. Las resoluciones en cuestión fueron revocadas por el Órgano Administrativo Supremo, que reconoció a los *prefetti* el poder de actuar en «autotela sobre actos adoptados *contra legem* por un órgano subordinado» y puso de relieve la ausencia en los tratados europeos y en las convenciones internacionales de un "derecho fundamental al matrimonio homosexual".

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

La Unión Europea, desde los años 90, intenta promover la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual del individuo[28] (sobre todo, gracias a una serie de intervenciones del Parlamento Europeo[29] y de la Comisión[30]).

---

[28] Vid. G. COSCO, *Le unioni omosessuali*, *cit.*, 40 y Id., *Convivenza fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo*, cit., pp. 351 ss.

[29] Con las Resoluciones del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994 y de 16 de marzo de 2000, se preguntó a los Estados miembros de la Comunidad y a la Comisión sobre la eliminación de cualquier forma de discriminación frente a las relaciones homosexuales, permitiendo a estos últimos el acceso al matrimonio civil o a un instituto jurídico equivalente. Y la Resolución de 16 de enero de 2001 solicita la adopción de instrumentos destinados a eliminar cualquier trato humillante a los homosexuales; sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, de 4 de septiembre de 2003, se corrobora la necesidad que los Estados miembros abolan cualquier forma de discriminación sobre los homosexuales, en particular en materia de derecho al matrimonio y a la adopción. La Resolución sobre la homofobia en Europa, de 18 de enero de 2006, como aquella de 26 de abril de 2007, exhorta a los Países de la Unión a adoptar disposiciones legislativas que pongan punto final a las discriminaciones padecidas por las parejas del mismo sexo en materia de sucesión, propiedad, arrendamiento, pensiones, fiscalidad, seguridad social y otras. La Resolución del Parlamento europeo, de 14 de enero de 2009, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en el periodo temporal 2004-2008, contiene una invitación a los Estados, dotados de una legislación sobre las parejas del mismo sexo, a reconocer las normas adoptadas por otros Estados miembros. Se dirige a la Comisión un llamamiento a presentar propuestas que garanticen la aplicación, por parte de los Países de la Unión, del principio de reconocimiento recíproco por las parejas homosexuales, casadas o ligadas por una unión civil registrada, del derecho a la libre circulación, invitando a los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho a adoptar iniciativas legislativas dirigidas a eliminar las discriminaciones frente a algunas parejas por su orientación sexual. En el informe sobre la igualdad de derechos hombres-mujeres de 2012 el Parlamento Europeo se ha pronunciado contra los gobiernos que definen la familia en sentido restrictivo por no reconocer protección legal a las parejas del mismo sexo y a sus hijos. Dignas de mención son, además, el informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo de 12 de marzo de 2015 (apartado 92, en particular) y las resoluciones del Parlamento Europeo de 22 de abril 2015, de 9 de junio 2015 y el 8 de septiembre de 2015. Esta última, en el parr. 86 "considera que hay más probabilidades de que los derechos fundamentales de las personas LGBTI sean protegidos si tienen acceso a instituciones jurídicas como la cohabitación, la unión de hecho registrada o el matrimonio; acoge con satisfacción que en la actualidad diecinueve Estados miembros ofrezcan estas posibilidades, y pide a los demás Estados miembros que consideren la posibilidad de ofrecerlas igualmente; reitera, por otra parte, su llamamiento a la Comisión para que presente una propuesta de normativa ambiciosa que garantice el reconocimiento mutuo de los documentos acreditativos del estado civil, incluidos el reconocimiento jurídico de género, los matrimonios y las uniones de hecho registradas, así como sus efectos jurídicos, a fin de reducir las trabas administrativas y jurídicas discriminatorias que deben afrontar los ciudadanos a la hora de ejercer sus derechos a la libre circulación".

[30] El 16 de marzo de 2011 la institución dotada del poder de impulso legislativo ha presentado al Consejo y al Parlamento dos propuestas de reglamento, COM(2011) 126 FINAL e

Tal principio ha sido consagrado expresamente, por primera vez a nivel supranacional, en el art. 13 CE que, tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, atribuyó al Consejo la facultad de dictar "las medidas oportunas para luchar contra las discriminaciones por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o las convicciones personales, discapacidad, edad o tendencia sexual"[31].

Pero, hoy también el art. 21 apartado 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (plenamente vinculante con el Tratado de Lisboa) dispone que "está prohibida cualquier forma de discriminación fundada, en particular, sobre el sexo, la raza, el color de la piel o el origen étnico o social, las características genéticas, la lengua, la religión o las convicciones personales, las opiniones políticas o de cualquiera otra naturaleza,

COM(2011) 127 FINAL, respectivamente en materia de regímenes patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas. Los documentos han encontrado resistencia por parte de algunos Estados miembros, preocupados por el riesgo de que por tal vía se pudiese llegar a un reconocimiento implícito de la unión homosexual registrada. Así, no obstante, las propuestas aclaran que la noción de "unión registrada" viene definida sólo en relación al Reglamento (mientras que su contenido específico y las cuestiones preliminares tales como la existencia, validez o reconocimiento del instituto en cuestión deberían seguir siendo definidos por la legislación nacional de los Estados miembros) y que «el reconocimiento y la ejecución de una resolución relativa, total o parcialmente, a los aspectos patrimoniales de las uniones registradas, no podrían denegarse en un Estado miembro cuando la legislación nacional no los reconozca o contemple aspectos patrimoniales diferentes» (así en el considerando n. 23 del segundo de los mencionados textos) el Consejo de Justicia asuntos Internos del 3 diciembre 2015 ha debido dar acto de la falta de unanimidad necesaria –en virtud del art.81 (3) TFUE– para llegar en un plazo razonable a acuerdos políticos en materia. El 2 de marzo de 2016, la Comisión ha presentado nuevamente una Propuesta de Regulación del Consejo, "relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas" –COM (2016) 107 Final–, considerando que "entre diciembre de 2015 y febrero de 2016, diecisiete Estados miembros se dirigieron a la Comisión expresando su deseo de establecer entre sí una cooperación reforzada en el ámbito de los regímenes económicos de las parejas internacionales y, concretamente, de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, así como de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, y solicitaron a la Comisión que presente una propuesta al Consejo a tal fin".

[31] Vid., en sentido análogo, el artículo 19 TFUE (que habla de "orientación sexual"). Una expresa toma de posición en este sentido no había sido aún efectuada por el CEDH que, en el art. 14, establece: "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".

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio, el nacimiento, la discapacidad, la edad o la orientación sexual". Y tan importante previsión normativa es repetida expresamente por las directivas europeas núms. 2000/43 y 2000/78[32], que instituyen el principio de "igualdad de trato entre las personas", subrayando que se aplica "…independientemente de la religión, de las convicciones personales, de la edad, de la discapacidad y de la orientación sexual…" (art. 1). Asimismo, hay que destacar la Directiva 2004/38/CE, 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, reflejado en el considerando nº. 5, precisando el art.1 que por "familiar" también se entiende "la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro" (pero, este es el límite de la normativa en cuestión, solamente "si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida").

Más allá, pues, de lo estipulado en el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, que no parece introducir la obligación de los Estados miembros de garantizar formas adecuadas de tutela de las parejas de hecho[33] (por lo demás, el ámbito de acción del mismo *Bill of Rights* eu-

[32] Las fuentes europeas en cuestión han sido transpuestas en Italia mediante los decretos legislativos núms. 215-216 / 2003.

[33] Como correctamente ha señalado el Tribunal Constitucional en la citada sentencia nº. 138/2010, «el art. 9 de la Carta … en afirmar que son las leyes nacionales las que regulan el ejercicio del derecho a contraer matrimonio» y a esto "hay que añadir que las explicaciones relativas a la Carta de los Derechos Fundamentales, elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que la había redactado (y que, aunque no tengan la condición de la ley, representan un indudable instrumento de interpretación), con referencia a dicho artículo 9 que aclaran (entre otras cosas) que "el artículo ni prohíbe ni impone la concesión del estatuto matrimonial a las uniones entre personas del mismo sexo"". El Comentario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, elaborado en 2006 por la Red de expertos independientes en derechos fundamentales de la UE, establece lo siguiente en relación con el artículo 9 de la Carta: "Tendencias y desarrollos modernos en la legislación nacional de diferentes países hacia una mayor apertura y aceptación de las parejas homosexuales a pesar de que algunos Estados todavía tengan políticas públicas y/o regulaciones que prohíben explícitamente la noción de que las parejas del mismo sexo tengan derecho a contraer matrimonio. Actualmente hay un reconocimiento jurídico extremadamente limitado de las relaciones entre parejas del mismo sexo en el sentido de que las parejas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio. La legislación nacional de la mayoría de los Estados presuponen, en otras palabras, que los que quieren casarse sean de diferente sexo. Sin embargo, en algunos países, por

ropeo es bastante limitado, teniendo en cuenta la previsión contenida en el art. 51 del documento mismo[34]), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en muchas ocasiones sobre la necesidad de no crear desigualdad de trato por razón de sexo (y se ha obtenido de esta manera, en términos de reconocimiento directo o indirecto de los derechos de las parejas del mismo sexo, resultados que habrían sido impedidos si se hubiera recurrido a las reglas contenidas en el texto proclamado en Niza en 2000)[35].

Así, si en 2001[36], ocupándose de la legalidad de una norma del *Estatuto de los Funcionarios*, ha aclarado que "el artículo 1, apartado 2, letra a), del anexo VII, del

ejemplo, en los Países Bajos y Bélgica, el matrimonio entre homosexuales es reconocido legalmente. Otros, como los países escandinavos, han aprobado una ley de uniones registradas, que implica, entre otras cosas, que la mayoría de las disposiciones relativas al matrimonio, por ejemplo sus consecuencias jurídicas, tales como la distribución de los bienes, derechos sucesorios, etc., son aplicables también a estas uniones. Al mismo tiempo, es importante subrayar que la definición de "unión registrada" fue elegida intencionadamente para evitar confusiones con el matrimonio, y se estableció como un método alternativo para el reconocimiento de las relaciones personales. Esta nueva institución es, en consecuencia, una norma accesible sólo a las parejas que no pueden contraer matrimonio, y la unión homosexual no tiene el mismo *status* y los mismos beneficios del matrimonio. (…) Con el fin de tener en cuenta la diversidad de regulaciones nacionales relacionadas con el matrimonio, el artículo 9 de la Carta se refiere a la legislación nacional. Como se desprende de su tenor literal, la disposición tiene un alcance más amplio que los artículos correspondientes de los demás instrumentos internacionales. Dado que no existe una referencia explícita a "hombres y mujeres" como en otros instrumentos relativos a los derechos humanos, se puede sostener que no existe ningún obstáculo para el reconocimiento de las relaciones homosexuales en el contexto del matrimonio. No hay, sin embargo, ninguna disposición expresa que requiera que las legislaciones nacionales deban facilitar este tipo de matrimonios. Los tribunales y comisiones internacionales han hasta el momento dudado en extender la aplicación del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo. (…)".

[34] La disposición establece que "1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás partes de la Constitución. 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución".

[35] Vid., por todas las sentencias de 17 de abril de 1986, asunto C-59/85, *Reed*; 22 de junio de 2000, asunto C-65/98, *Eyup*; 23 de marzo de 2006, asunto C-408/03, *Comisión v. Bélgica*.

[36] Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99 *P, P.D. v. Regno di Svezia*, *Recopilación de Jurisprudencia 2001 página I-043191*. Pero, después de todo, ya el 17 de febrero de 1998 con la sentencia *Grant*, asunto

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

Estatuto, que reserva la asignación familiar al funcionario casado, no puede considerarse discriminatoria en función del sexo del interesado", ya que "el principio de igualdad de trato sólo puede aplicarse a las personas que se encuentran en situaciones comparables" y "la situación de un funcionario que ha inscrito en un Estado miembro una relación de pareja no puede considerarse comparable, a los efectos de la aplicación del Estatuto de los Funcionarios, a la de un funcionario casado"[37]. El 7 de enero de 2004, en la sentencia *K.B.* v. *National Health Service Pensions Agency*, asunto C-117/01, (retomada luego por la de 27 de abril de 2006, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions,* asunto C-423/2004), reconoció al transexual que se había cambiado de sexo el derecho a obtener la pensión de viudedad (afirmando la incompatibilidad con el principio de no discriminación por razón de sexo

C-249/96, el juez comunitario había subrayado, en el apartado 35, que "en el estado actual del Derecho en el seno de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo. Por consiguiente, el Derecho comunitario no obliga a un empresario a equiparar la situación de una persona que tiene una relación estable con un compañero del mismo sexo a la de una persona casada o que tiene una relación estable sin vínculo matrimonial con un compañero del otro sexo".

[37] Así en los apartados 48 a 51. El Tribunal precisa que "para apreciar si la situación de un funcionario que ha inscrito una relación de pareja entre personas del mismo sexo es comparable a la de un funcionario casado, el juez comunitario no puede prescindir de las concepciones dominantes en el conjunto de la Comunidad… Pues bien, puesto que la situación existente en los Estados miembros de la Comunidad en cuanto al reconocimiento de las relaciones de pareja entre personas del mismo o distinto sexo está caracterizada por una gran variedad de legislaciones y por una falta general de equiparación entre el matrimonio, por una parte, y las demás formas de unión legal, por otra». Según los jueces europeos, sin embargo, «la equiparación, por lo demás incompleta, de la pareja inscrita con el matrimonio en un número limitado de Estados miembros no puede tener por consecuencia, mediante una mera interpretación, que se incluya en el concepto estatutario de "funcionario casado" a personas sometidas a una normativa distinta de la aplicable al matrimonio. En efecto, el término "matrimonio", según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo. Aunque desde 1989 un creciente número de Estados miembros han establecido, junto al matrimonio, regímenes legales que reconocen jurídicamente diversas formas de unión entre personas del mismo o de distinto sexo y que otorgan a dichas uniones determinados efectos jurídicos idénticos o comparables a los del matrimonio, tanto entre sus miembros como respecto a terceros, no obstante, además de su gran variedad, estos regímenes de inscripción de relaciones de pareja que hasta entonces no estaban reconocidas por la Ley son, en los Estados miembros que las prevén, distintos de los que regulan el matrimonio. Tales circunstancias no permiten al juez comunitario interpretar el Estatuto de los Funcionarios de modo que se equiparen al matrimonio situaciones legales que difieren de éste". Ver los apartados 34 a 39.

de la legislación del Reino Unido que no permitía la inscripción del cambio de sexo en el Registro y, por lo tanto, la posibilidad de contraer matrimonio al transexual que haya cambiado sexo)[38]. Un derecho similar ha sido reconocido después, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 2008, causa C-267/06, *Tadao Makuro v. VddB*, al *partner* de una unión homosexual reconocida (minusvalorando el argumento relativo a una presunta violación de las normas constitucionales en materia de familia, puesto que "prohibition of discrimination is a general principle of Union law" and "Union-law supersedes also national constitutional law").

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia se vuelve aún más severa con los Estados miembros que desatienden los derechos de las parejas del mismo sexo después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Interpretando los arts. 1 y 2 de la citada Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, el órgano jurisdiccional de Luxemburgo, en el 2011, con la relevante sentencia *Jürgen Römer* establece que tales disposiciones "se oponen a una disposición nacional en virtud de la cual el beneficiario que ha constituido una pareja estable inscrita percibe una pensión complementaria de jubilación de cuantía inferior a la que se reconoce al beneficiario casado que no viva permanentemente separado, si en el Estado miembro en cuestión el matrimonio se reserva exclusivamente a personas de sexo diferente y coexiste con el régimen de pareja estable inscrita, régimen reservado exclusivamente a las personas del mismo sexo, y existe una discriminación directa por motivos de orientación sexual, debido al hecho de que, en el Derecho nacional, la mencionada pareja estable inscrita se encuentra en una situación jurídica y fáctica análoga a la de una persona casada a los efectos de la pensión de que se trata"[39].

---

[38] Téngase en cuenta que con la sentencia en cuestión el Tribunal considera que el impacto de los derechos fundamentales europeos en un ámbito, el del Registro Civil, sin duda ajeno a la competencia de la Unión, pero se considera flexible respecto a la protección supranacional de ese derecho.

[39] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2011, asunto C-147/08, en *Recopilación de Jurisprudencia* 2011, I-03591. Los jueces afirman, además, que "la apreciación de si existen situaciones análogas es competencia del órgano jurisdiccional remitente y debe centrarse en los derechos y obligaciones respectivos de los cónyuges y de las personas que constituyan una pareja estable inscrita, tal como se regula en el marco de las correspondientes instituciones, que sean pertinentes habida cuenta del objeto y de las condiciones de reconocimiento de la prestación en cuestión" (apartado 52 y el punto 2).

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

En el 2013, con la sentencia *Frédéric Hay*[40], precisa que "se opone a una disposición de un convenio colectivo, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual se excluye a un trabajador que celebra un PACS con una persona del mismo sexo del derecho a obtener determinadas ventajas que se conceden a los trabajadores con ocasión de su matrimonio, tales como determinados días de permiso especial retribuido y una prima salarial, cuando la normativa nacional del Estado miembro de que se trate no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, en la medida en que, habida cuenta del objeto y de las condiciones de concesión de tales ventajas, el referido trabajador se encuentre en una situación análoga a la de un trabajador que contraiga matrimonio".

4. LOS ARTS. 8, 12 Y 14 DEL CEDH Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO. DE UN ENFOQUE SUAVE A UNA POSICIÓN DURA

También ha sido particularmente importante el papel desempeñado por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos para el desarrollo – especialmente en Italia, aunque no solo en este país – de una fuerte apertura hacia la constitución de modelos familiares diferentes al tradicional.

En el "*diritto vivente*" formado sobre el CEDH se ha registrado una lenta, pero incisiva, evolución en la tutela del derecho en cuestión[41].

El Tribunal de Estrasburgo, basándose en una lectura literal del art. 12 del Convenio de 1950 (derecho a casarse y fundar una familia) había establecido inicialmente que familia era sólo aquella fundada en el matrimonio entre un hombre y una mujer[42], pero con posterioridad –particularmente en

[40] Se trata de la sentencia de 12 de diciembre de 2013, asunto C-267/12.

[41] Para un análisis de las primeras decisiones del Tribunal de Estrasburgo sobre el tema, vid. F. UCCELLA, "La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su alcune tematiche del diritto di famiglia e suo rilievo per la disciplina interna", en *Giur. it.*, 1997, IV, p. 134.

[42] Véase la sentencia de 17 de octubre de 1986, *Rees v. Reino Unido* (recurso núm. 9532/1981), sin embargo, el Tribunal era consciente de "la gravedad de los problemas que afectan a los transexuales y su malestar", y recomendaba "una constante revisión, teniendo en cuenta, en particular, los avances científicos y sociales". En el asunto *Cossey c. Reino Unido*, decidido mediante sentencia de 27 de septiembre de 1990 (recurso núm. 10843/84), el Tribunal llegó a una conclusión similar, señalando que la vinculación al concepto tradicional de matrimonio proporcionaba "razones suficientes para seguir aplicando criterios biológicos para

la sentencia *B. c. Francia* (recurso n. 13343/87) de 25 de marzo de 1992– sostuvo que la negativa a que la demandante inscribiera el cambio en el Registro Civil ponía a la mujer "en una situación diaria incompatible con el respeto a su vida privada y familiar".

Y es precisamente este último derecho (más que sobre el de casarse y fundar una familia) sobre el que los jueces europeos se han centrado, para garantizar una protección adecuada a las familias de hecho (y, por tanto, también a las parejas del mismo sexo)[43]. Desde la sentencia *Marckx c. Bélgica* (recurso nº. 683/74) de 13 de junio de 1979, el Tribunal extendió el concepto de vida familiar contenido en el CEDH a la familia ilegítima que, en este caso, estaba constituida por una madre y una hija nacida fuera del matrimonio[44]. Mientras en el caso *Keegan c. Irlanda* (recurso nº. 34615/97), sentencia de 26 de mayo de 1994, afirmó que la noción de familia a la que alude el art. 8 no se limita a las relaciones fundadas en el matrimonio, pudiendo superar de hecho los vínculos familiares cuando las partes conviven *more uxorio*; y en la sentencia *X, Y y Z c. Reino Unido* (recurso nº. 21830/93), de 22 de abril de 1997, reconoció la existencia de una vida familiar entre un transexual y el hijo de su pareja, puesto que desde el momento en que "X actuó como "padre" de Z en cada ámbito desde su nacimiento. En tales circunstancias, el Tribunal considera que los tres recurrentes están unidos por lazos familiares"[45].

Sin embargo, el paso más significativo en esta materia se produce con la sentencia *Goodwin c. Reino Unido* (recurso nº. 28957/95), de 11 de julio de 2002, en la que estimando la demanda de una mujer que había sufrido importantes discriminaciones por razón del cambio de sexo –en el ámbito laboral, de la Seguridad Social y de las pensiones, así como con respecto a la

determinar el sexo de una persona con la finalidad de contraer matrimonio" y los Estados tienen la facultad de regular con sus propias leyes el ejercicio del derecho a contraer matrimonio (concepto repetido en la detención de *Sheffield y Horsham v. Reino Unido* de 30 de julio de 1998, recursos núms. 22985/93 y 23390 / 94).

[43] En la sentencia de 5 de enero de 2010, *Jaremowicz c. Polonia* (recurso n. 24023/03), se aclaran las diferencias "estructurales" entre el derecho a contraer matrimonio y el derecho al respeto de la vida familiar y las consiguientes diferencias de amplitud del margen de apreciación concedido a los Estados miembros: en el caso del art. 12 CEDH, de hecho, el control del cumplimiento de la Convención debe limitarse a la verificación de la arbitrariedad y desproporción de las elecciones hechas por los Países firmantes de la Convención (§ 50).

[44] Y con la sentencia de 6 de enero de 1992, *Alilouch El Abasse c. Países Bajos*, (recurso núm. 14501/89), se ha aclarado que "constituye vida familiar la relación entre un padre bígamo y el hijo tenido con su primera mujer".

[45] Ver el apartado 37.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

posibilidad de contraer matrimonio– el Tribunal constató una violación del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), «ya que ningún factor relevante de interés público se contrapone al interés de la demandante en obtener el reconocimiento jurídico de su cambio de sexo», pero también del art. 12, puesto que no habría "ninguna justificación para privar a los transexuales del derecho a contraer matrimonio en cualquier circunstancia"[46].

La base fundamental sobre la que los jueces europeos apoyan muchas de sus decisiones a favor de los derechos de las parejas del mismo sexo se asienta precisamente en el principio (reiterado por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa a través de la Recomendación de 26 de septiembre de 2000, nº. 1474) de no discriminación por razón de la orientación sexual[47].

Tal *aurea regula,* por tanto, se aplica en materia de guarda y custodia de los hijos después de la separación[48]; de adopción por parte de homosexuales, cuando la legislación estatal permita la adopción a personas solteras[49]; de subrogación en el contrato de arrendamiento de la vivienda común[50]; de

[46] En materia de derechos de los transexuales y posibles lesiones de sus intereses, hay que destacar otras sentencias importantes del Tribunal Estrasburgo, como la *Parry c. Regno Unito* y *R. e F. c. Regno Unito* (recurso nº. 25748/05) de 28 de noviembre de 2006; la *L. c. Lituania* (recurso nº. 27527/03) de 11 de septiembre de 2007; la *Schlumpf c. Svizzera* (recurso nº. 29002/06) de 8 enero 2009; la *P.V. c. España* (recurso n. 35159/09) de 30 noviembre 2010; la *P. c. Portugal* (recurso nº. 56027/09) de 6 septiembre 2011; y la *Van Kück c. Alemania* (recurso nº. 35968/97) de 12 junio 2013. Y, más recientemente, las sentencias *Hämäläinen* (recurso nº. 37359/09) de 16 julio 2014 (en *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1139 ss., con comentario de A. LORENZETTI y A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*) e *Y.Y. c. Turchia* (recurso n. 14793/08) de 10 marzo 2015.

[47] Dignas de mención son también las Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa nº. 924 (1981); 1470 y 1474 (2000); 1547 (2007); y nº. 1728 (2010); así como la Recomendación del Comité de los Ministros CM / Rec (2010) 5.

[48] Se remite a la sentencia *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (recurso núm. 33290/96), de 21 de diciembre de 1999.

[49] Vid. la sentencia *E. B. c. Francia* (recurso nº. 43546/02), de 22 de enero de 2008. Por el contrario, no se considera una violación del CEDH impedir a las parejas homosexuales acceder a la adopción (permitida, sin embargo, a las *opposite-sex couples*), prevista en el ordenamiento jurídico francés. Véase la sentencia *Gas y Dubois c. Francia* (recurso núm. 25951/07), de 15 de marzo de 2012.

[50] Vid. la sentencia *Karner c. Austria* (recurso n. 40016/98), de 24 de julio de 2003, y *Kozak c. Polonia* de 2 marzo de 2010 (recurso nº. 13102/2002). En el asunto *Kozak c. Polonia*, en particular, el Tribunal vuelve a ocuparse del derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento suscrito por parejas del mismo sexo y constata la violación del art. 14 CEDH en relación con el artículo 8 del CEDH. Al intento de las autoridades polacas de justificar la dife-

adopción por personas que conviven *more uxorio*[51] y de *stepchild adoption*[52]; de ver que sus propias relaciones de convivencia estable son tratadas como familias al igual que las *opposite-sex couples*[53] y de gozar, cuando proceda, de las mismas formas de tutela previstas para las parejas de hecho heterosexuales[54] (aunque, por el contario, no se impone a los Estados la obligación de reconocer a las personas que conviven los mismos derechos que a los cónyuges[55]).

El 21 de julio de 2015 el Tribunal de Estrasburgo decide, sin embargo, adoptar una postura firme frente a Italia y con la sentencia *Oliari e a. c. Italia* (recursos núms. 18766/11 y 36030/11)[56] condena a esta última por violación del art. 8 del CEDH (y lo hace, también, derogando las normas previstas en el Convenio sobre el requisito del previo agotamiento de los recursos internos para la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional europeo[57]).

El Tribunal considera que, en ausencia de matrimonio, las parejas del mismo sexo tienen un interés particular en obtener la posibilidad de una for-

rencia de trato entre las parejas heterosexuales y homosexuales sobre la base de la necesidad de proteger a la familia basada en la unión de un hombre y una mujer, de conformidad con el art. 18 de la Constitución, los jueces europeos han respondido poniendo de relieve que, si bien dicha justificación pueda ser aceptable de forma teórica en principio, en el caso concreto el Estado podría haber adoptado diversas medidas para lograr su objetivo, conciliando así, en virtud de la evolución de la sociedad, los intereses contrapuestos que subyacen a la protección de la familia en el sentido tradicional y a la protección de los derechos de las minorías sexuales.

[51] Vid. la sentencia *Moretti e Benedetti c. Italia* (recurso nº. 16318/07) de 27 de abril de 2010.

[52] Vid. el caso *X y a. c. Austria* (recurso nº. 19010/07), de 19 de febrero de 2013.

[53] Se remite a la sentencia *Schalk y Kopf c. Austria* (recurso nº. 30141/04), de 24 de junio de 2010.

[54] Es significativa a este respecto la sentencia (de la Gran Sala) *Vallianatos c. Grecia* (recursos números 29381/09 y 32684/09), de 7 de noviembre de 2013.

[55] Vid. las sentencias *Saucedo Gómez c. España* (recurso nº. 37784/97), de 26 de enero de 1999; *Shackell c. Reino Unido* (recurso nº. 45851/99), de 27 de abril de 2000; *Burden e Burden c. Reino Unido* (recurso nº. 13378/05) de 29 de abril de 2008; *Courten c. Reino Unido* (recurso nº. 4479/06), de 4 de noviembre de 2008.

[56] Entre los muchos comentarios a la sentencia, vid. F. ALICINO, "*Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza,*" en *www.forumcostituzionale.it*; C. NARDOCCI, "Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza *Oliari e altri c. Italia,*" en *www.forumcostituzionale.it*.

[57] El Tribunal consideró que tratándose de una situación persistente, por razón de la permanente laguna legal, existe una violación continua de acuerdo con su jurisprudencia y, por lo tanto, el período de seis meses no puede considerarse transcurrido (véase par. 97 de la decisión).

ma de unión civil o unión registrada, ya que sería la más apropiada para lograr el reconocimiento legal de sus relaciones y con ello garantizarían sus relaciones con las debidas protecciones – en forma de derechos protegibles en una relación estable y comprometida.

Incluso tomando en consideración la existencia en Italia de los acuerdos de convivencia y los registros de las uniones civiles, los jueces europeos consideran que tales instrumentos no son suficientes para garantizar un reconocimiento y una protección efectiva a las parejas del mismo sexo. Con respecto a los acuerdos de convivencia, en efecto, se evidencia que tienen un contenido estrictamente económico y requieren la convivencia, mientras que la experiencia demuestra cómo hay uniones (y matrimonios) estables que no cumplen este requisito[58]. Con referencia a los registros de las uniones civiles, se subraya que su carácter es meramente simbólico y que, incluso, siendo relevantes a fines estadísticos, no otorgan ningún estado civil oficial, y menos aún, derechos de ningún tipo a las parejas homosexuales (además de no tener tampoco valor probatorio de la unión estable para los tribunales nacionales)[59].

El Tribunal observa que, a pesar de algunos intentos, en el transcurso de treinta años, el legislador italiano no ha logrado aprobar una ley adecuada para tutelar a las parejas *same-sex* y eso violaría los *deseos* de la comunidad nacional, incluida la población (dentro de la que ya se registra –como lo demuestran los estudios oficiales en la materia– una absoluta aceptación de las parejas homosexuales así como un amplio apoyo para su reconocimiento y tutela) y las más altas autoridades judiciales (que en repetidas ocasiones han hecho hincapié en la necesidad de garantizar los derechos y deberes de las uniones entre personas del mismo sexo)[60].

Los jueces europeos concluyen que no habiendo el Gobierno italiano alegado un interés público prevalente al ponderarlo con los importantes derechos de los demandantes, y a la luz de que las conclusiones de los tribunales nacionales en esta materia han quedado en letra muerta, el Estado ha excedido su margen de discrecionalidad y no ha cumplido la obligación de ga-

---

58 Vid. el punto 169 de la sentencia.

59 Así en el parr. 168 de la sentencia.

60 De acuerdo con el Tribunal de Estrasburgo, esta repetida inobservancia por parte del legislador de las sentencias del Tribunal Constitucional o de las recomendaciones contenidas en ellas puede debilitar potencialmente la responsabilidad de la judicatura y en este caso ha dejado a los interesados en una situación de inseguridad jurídica que debe tenerse en cuenta.

rantizar que los demandantes contaran con un específico marco jurídico que previera el reconocimiento y la tutela de sus uniones homosexuales[61].

Se condena a Italia al pago de una indemnización de 5.000,00 € a cada una de las parejas por los daños no patrimoniales (*in re ipsa*) sufridos y a pagar además todos los costes legales de los recurrentes.

5. LA NUEVA LEY ITALIANA EN MATERIA DE "REGLAMENTACIÓN DE LAS UNIONES CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y REGULACIÓN DE LA CONVIVENCIA"

Como consecuencia de la fuerte presión supranacional, era evidente que Italia no habría podido retrasarse más en introducir una normativa para la protección de los derechos de las parejas homosexuales.

El 11 de mayo de 2016 fue aprobada definitivamente una ley (la nº. 3634, conocida también como "Cirinnà"), en materia de "Reglamentación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y disciplina sobre la convivencia"[62], destinada a regular, por un parte, (siguiendo el modelo alemán del *Lebenspartnerschaftgesetz* del 2001) las uniones civiles registradas, como institución alternativa al matrimonio reservada sólo para los homosexuales[63], y,

[61] Habiendo constatado una violación del art. 8 CEDH, el Tribunal consideró que no era necesario examinar la violación del art. 14 CEDH en relación con el artículo 8 CEDH y declaró inadmisible la demanda en relación con la infracción del artículo 12 CEDH, solo o junto con el art. 14 CEDH, mientras que señala, sin embargo, que el artículo 12 CEDH ya no debe interpretarse como limitado al matrimonio hombre/mujer. Sin embargo, puesto que no existe consenso sobre este punto (sólo once miembros entre cuarenta y siete reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo), la cuestión se deja a la discreción de los Estados que tienen sobre este punto de un amplio margen de apreciación.

[62] Para un comentario al proyecto de ley aprobado en el Senado (y luego en la Cámara de los Diputados), vid. M. SEGNI, "Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II pp. 707 ss.; V. F. BOCCHINI – E. QUADRI, *Diritto privato*, 2016, Torino, p. 363 ss.; G. FERRANDO, "Transazione novativa e *ars notaria*", en *www.juscivile.it*; Mir. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, en *www.giudicedonna.it*, 2/2016; G. AUTORINO, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2016; F. DELL'ANNA MISURALE, "Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge", en *giustiziacivile.com*, 2016; R. PACIA, "Unioni civili e convivenze", en *www.juscivile.it*, 2016.

[63] Esto porque las parejas de distinto sexo pueden recurrir al instrumento típico de la consagración formal de su vínculo, es decir, el matrimonio. Concediéndoles también la posibilidad de acceder a las uniones civiles, se infringiría un grave *vulnus* a la noción tradicional de la familia, fundada en el matrimonio.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

por otra, las parejas de hecho, tanto para heterosexuales como *same-sex* (a las que se dedica la segunda parte del texto legislativo)[64].

Las uniones civiles parecen producir los mismos derechos y los mismos deberes que se derivan del matrimonio, sea en la fase constitutiva de la "formación social" en cuestión[65], sea en aquella patológica de la crisis, salvo el derecho a acceder directamente al divorcio, sin separación previa (siendo suficiente el transcurso de 3 meses de la manifestación de voluntad, realizada incluso por separado, ante el encargado del Registro Civil[66]). Este último se produce, además, *ipso iure* frente a una sentencia de rectificación de atribución de sexo de una de las partes[67].

Los actos de la unión civil que contienen los datos personales, el régimen patrimonial y la residencia son inscritos en el Registro Civil; y las partes pueden establecer, mientras dure la unión, un apellido común pudiendo elegir entre sus apellidos o anteponiendo o posponiendo su propio apellido (si es diferente).

Con la constitución de la unión civil, las partes adquieren los mismos derechos y los mismos deberes: tienen la obligación recíproca de asistencia moral y material y a la convivencia; y deberán, cada una en proporción a sus recursos y a su capacidad para desempeñar un trabajo profesional o doméstico, contribuir a las necesidades comunes. No se incluye la obligación de fidelidad, mientras que se ha establecido que las partes fijarán de común acuerdo el domicilio familiar donde ubicarán la residencia común.

La ley establece también una regulación específica en materia de impedimentos y nulidad de las uniones civiles (así como en materia de sucesiones) y hace extensivas las normas el Código Civil relativas al régimen patrimonial de la familia y a la comunidad de bienes a los miembros de la unión civil.

---

[64] El artículo 1, apartado 36, del documento normativo en cuestión establece que «se entiende con el término "pareja de hecho", dos personas mayores de edad unidas de forma estable por vínculos afectivos de pareja y recíproca asistencia moral y material, no vinculadas por relaciones de consanguineidad, afinidad o adopción, matrimonio o unión civil».

[65] Téngase en cuenta que, en comparación con el proyecto de ley original, se quitaron las "controvertidas" referencias a los artículos 29-30-31 de la Constitución y se decidió que sólo se recuerden los artículos 2 y 3 de la Carta Fundamental.

[66] La norma tiene considerables analogías con los artículos 81 y 86 del Código civil español reformado por la Ley 15/2005.

[67] Por otra parte, el artículo 1, apartado 27, de la ley establece que "la rectificación registral del sexo, en la que los cónyuges hayan expresado su voluntad de no disolver el matrimonio ni cesar los efectos civiles, se deriva el establecimiento automático de la unión civil entre personas del mismo sexo".

Para garantizar una plena efectividad de los derechos y un total cumplimiento de las obligaciones derivadas de la unión civil, el texto normativo prevé que "las disposiciones que contengan las palabras "cónyuge", "cónyuges" o términos equivalentes, en cualquier ley, en los actos con fuerza de ley, en los reglamentos así como en los actos administrativos y en los convenios colectivos, también se aplican a cada una de las partes de la unión civil entre personas del mismo sexo" (art. 1, apartado 20). Sin embargo, se ha aclarado (para tranquilizar a los más conservadores) que tal previsión no es aplicable "a las normas del Código Civil no mencionadas expresamente en la presente ley» y especialmente a «las disposiciones de la Ley de 4 de mayo de 1983, nº. 184" (en efecto, se ha excluido la posibilidad de admitir para las uniones civiles la llamada *stepchild adoption*); aunque, no obstante, se haya establecido «sin perjuicio de lo dispuesto y permitido en materia de adopción por las normas vigentes» (con una "evidente alusión a la actual apertura de la jurisprudencia menor en tema de adopción por parejas del mismo sexo"[68]).

En relación a las parejas de hecho, la ley, acogiendo una serie de indicaciones procedentes de la jurisprudencia constitucional, de la del Tribunal Supremo y de la jurisprudencia menor (así como supranacional), señala los efectos que derivan de las relaciones estables entre dos personas mayores de edad (también del mismo sexo) unidas "por vínculos afectivos de pareja y recíproca asistencia moral y material, no vinculadas por relaciones de consanguineidad, afinidad o adopción, matrimonio o unión civil" (art. 1, apartado 36).

A los sujetos en cuestión les son reconocidos los mismos derechos que corresponden a los cónyuges en caso de enfermedad u hospitalización (o sea, el derecho de visita, de asistencia, además del acceso a la información personal, según las reglas de organización de los Hospitales o Servicios de Salud, públicos, privados o concertados), en caso de muerte (en cuanto a la donación de órganos, al modo de tratamiento del cuerpo, a la celebración del sepelio, al derecho al resarcimiento del daño en caso de que la muerte se haya producido como consecuencia de un hecho ilícito de un tercero), pero también con respecto a la inserción en la clasificación para la asignación de Viviendas de Protección Oficial o en relación con lo que se prevé en el ordenamiento penitenciario.

Las parejas de hecho pueden regular las relaciones patrimoniales relativas a su vida en común mediante la celebración de un "acuerdo de convivencia" (que no puede ser sometido a término o a condición), redactado

[68] Así F. BOCCHINI – E. QUADRI, *Diritto privato*, cit., p. 367.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088

en forma escrita, bajo pena de nulidad, en documento público o privado con firma autenticada por un notario o un abogado[69]. Y la ley también define los casos de nulidad insubsanables (art. 1, apartado 57) de suspensión (art. 1, apartado 58) y de resolución (art. 1, apartados 59-64) del negocio en cuestión[70].

La nueva normativa regula, además, los llamados derechos económicos vinculados a la convivencia (como la permanencia en la vivienda[71], o la subrogación en el contrato de arrendamiento, en caso de muerte del conviviente, y de participación en los beneficios de la empresa familiar[72]) o a su cese (obligación de prestar alimentos, cuando la pareja se encuentre en "estado de necesidad y no sea capaz de mantenerse por sí mismo"[73]).

---

[69] El acto puede contener una indicación de la residencia, el modo de contribución a las necesidades de la vida en común (en proporción a los recursos de cada uno y a su capacidad para desempeñar un trabajo profesional o doméstico); el régimen patrimonial de la comunidad de bienes (que puede ser cambiada en cualquier momento).

[70] El apartado 61, tratando de la terminación de los efectos del contrato de convivencia por rescisión unilateral, afirma que "en caso de que el casa familiar sea de disponibilidad exclusiva del que rescinde, la declaración de rescisión, bajo pena de nulidad, debe contener el término, no inferior a noventa días, concedidos a la pareja para dejar la vivienda".

[71] Según el artículo 1, apartado 42, "en caso de muerte del propietario de la casa donde tenían la residencia común, la pareja de hecho que sobreviva tiene derecho a seguir viviendo en la misma durante dos años o por un período igual a la convivencia si hubiese sido superior a dos años y no más de cinco años. Si en la misma cohabitan niños menores de edad o niños discapacitados de la pareja supérstite, el mismo tiene derecho a seguir viviendo en la casa de residencia común por un período no inferior a tres años». Mientras que, de conformidad con el apartado 43, «el derecho mencionado en el apartado 42 se extingue en caso de que el miembro de la pareja que sobrevive deje de habitar permanentemente en la casa de residencia común o en caso de matrimonio, unión civil o de nueva convivencia de hecho".

[72] La ley prevé la inclusión en el Código Civil del art. 230 *ter*, mediante el cual "a la pareja de hecho que presta de forma permanente su propio trabajo dentro de la empresa de su pareja tiene derecho a una parte de los beneficios de la empresa familiar y los bienes adquiridos con ellos, así como a los aumentos de la empresa, incluso en la puesta en marcha, en consonancia con el trabajo realizado. El derecho de participación no corresponde si entre la pareja existe una relación de sociedad o de trabajo".

[73] Así en el art. 1, apartado 65, donde se establece que "los alimentos se otorgan por un período proporcional a la duración de la convivencia y en la medida determinada de conformidad con el artículo 438, apartado segundo, del Código Civil. Para determinar el orden de los obligados en virtud del artículo 433 del Código Civil, la obligación de alimentos de la pareja a que se refiere el presente apartado se cumplirá con prioridad de los hermanos y hermanas".

6. CONCLUSIONES. EL (INCIERTO) ESCENARIO FUTURO EN ITALIA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE NO PUEDE SER MÁS LESIONADO

Hay que señalar que esta es sólo el marco de la regulación general de los derechos de las parejas *same-sex*. Los redactores de la ley han decidido delegar en el Gobierno la tarea de adoptar, dentro de seis meses, uno o más Decretos Legislativos en materia de unión civil entre personas del mismo sexo, de acuerdo con los principios y directrices fijados en la Ley de Bases, para adecuar las disposiciones del Registro Civil en materia de inscripciones, y anotaciones, y para coordinar y reordenar las normas de derecho interno y de derecho internacional privado.

El 19 de enero de 2017 se aprobaron los decretos núms. 5, 6 y 7[74] y se han inscrito en Italia las primeras uniones civiles.

No obstante, aún quedan muchas cuestiones por resolver y la doctrina ha dado buena cuenta de una serie de contradicciones e inconsistencias dentro de la nueva normativa[75].

La esperanza es que el marco jurídico final, que también dependerá de la interpretación que haga la jurisprudencia de la Corte Suprema, sea conforme a las directrices previstas por los Tribunales europeos, de modo que la intervención normativa adoptada no resulte fragmentaria, incompleta y no resolutiva (o incluso contradictoria y anfibológica), como muchas veces ha ocurrido en materia de derecho de familia.

En juego están, de hecho, una vez más situaciones jurídicas universalmente consideradas inviolables.

Angelo Viglianisi Ferraro
Università "Mediterranea" di Reggio Calabria
via Salita Melissari, 89100,
Reggio Calabria, Italia
e-mail: avf@unirc.it

[74] Vid. *http://www.altalex.com/documents/news/2016/10/05/unioni-civili-decreti-attuativi*.

[75] Sobre el tema, véase M. BLASI – R. CAMPIONE – A. FIGONE – F. MECENATE – G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016; L. BALESTRA, "Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni", *Giur. it.*, 2016, pp. 1779 ss.; y M. SESTA, "Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia", *Giur. it.*, 2016, p. 1771.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1088