

Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ Adroaldo Furtado Fabrício, Alberto Delgado Neto, Alexandre Mustoi Moreira, Araken de Assis, Armínio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Athos Gusmão Carneiro, Carlos Alberto Abaro de Oliveira, Clademir José Ceolin Missaggia, Elaine Harzheim Mamedo, Engênio Facchini Neto, Francisco José Moesch, Gilberto Schäfer, Giannini Conti, Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Aracy Meneses da Costa, Nereu José Giacomoli, Paulo de Tarso Vieira Saisenerino, Rogério Gestá Leal, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Sérgio José Dulac Müller e Tapinambá Pinto de Azevedo.
- ✓ Prof. Dr. José Luis Bolzán de Moraes – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Maliska – UniBrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – UniBrasil, Paraná; Prof. Dr.ª Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebenetichler de Andrade – PUCRS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUCRS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS.

Conselho Editorial Técnico Internacional

- ✓ Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni – Universidad de Buenos Aires, Argentina; Prof. Jairo Parra Quijano – Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colômbia; Prof. Dr. Nicola Picardi – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr.ª Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr.ª Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José María Porras Ramírez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.

Pareceristas Convidados

- ✓ Prof. Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, Prof. Dr. Fábio Siebenetichler de Andrade, Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner e Prof. Dr.ª Selma Rodrigues Petterle.

Revista da AJURIS é uma publicação da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vinculada ao Centro de Pesquisas da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.

Revista da AJURIS

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL

DOCTRINA NACIONAL
DOCTRINA ESTRANGEIRA
JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA E COMENTADA
NOTAS E RESENHAS DE LIVROS

ANO XXXIX – N° 126
JUNHO DE 2012



EL MATRIMONIO DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES Y HOMOSEXUALES¹

THE MARRIAGE FOR GAY AND TRANSGENDER PEOPLE

Miguel Ángel Presno Linera²

Profesor Titular Derecho Constitucional, Universidad de Oviedo

RESUMEN: Este breve comentario se refiere a la regulación del matrimonio de las personas transexuales y homosexuales en el derecho europeo y en el derecho español. En ambos ordenamientos la creación de una familia es un derecho diferente al derecho a casarse. La familia y el matrimonio deben articularse a partir de la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas³.

PALABRAS CLAVE: derecho al matrimonio; matrimonio de las personas transexuales; matrimonio de las personas homosexuales; libre orientación sexual; dignidad, igualdad y no discriminación.

ABSTRACT: *This paper concerns the regulation of marriage for gay and transgender people in European law and Spanish law. In both orders the creation of a family is a different right to the right to marry. The family and marriage should be articulated from the dignity, freedom and equality of persons.*

KEYWORDS: *right to marriage; right to marriage of transgender; right to marriage between same sex persons; freedom of sexual orientation; dignity, equality and non discrimination.*

SUMARIO: I - El matrimonio de las personas transexuales; II - El matrimonio de las personas homosexuales.

¹ Este estudio es uno de los resultados del Proyecto de Investigación SEJ2011-23566 «La relación jurídica dignidad humana-derecho fundamental», cuyo investigador principal es Ricardo Chueca Rodríguez. E-mail: presnolinera@gmail.com. Site: <<http://presnolinera.wordpress.com>>.

² Una panorámica más amplia, que incluye la traducción al español de las 39 sentencias más importantes en materia de familia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, puede verse en Miguel Ángel PRESNO LINERA, M. A. (2008): *El derecho europeo de familia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.

SUMMARY: I – *The marriage for transgender people; II – The marriage of homosexual persons.*

I – EL MATRIMONIO DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES

En cuanto a las personas transexuales⁴, ha sido, precisamente, en estos casos donde se ha producido una auténtica y relativamente rápida, en términos jurisdiccionales, “revolución” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que pasó de considerar que “la imposibilidad para los demandantes transexuales de casarse con una persona del sexo opuesto a su nuevo sexo no [era] contraria al artículo 12 del Convenio” (asuntos *Rees c. Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986, *Cossey c. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1990, y *Sheffield y Horshman c. Reino Unido*, de 30 de julio de 1998) a concluir que “no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse” (asuntos *I. G. Reino Unido* y *Christine Goodwin c. Reino Unido*, ambos de 11 de julio de 2002). En estas sentencias se estiman vulnerados los artículos 8 y, lo que importa aquí, 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁵.

Resulta conveniente detenerse en los “nuevos” argumentos del TEDH acogidos en la sentencia *I. c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002 (80 a 85):

“... Volviendo a examinar la situación en el año 2002, el Tribunal señala que mediante el artículo 12 se encuentra garantizado el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y fundar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero, y la incapacidad para una pareja de concebir o criar a un hijo no puede en sí misma privarle del derecho citado por la primera parte de la disposición en cuestión...”

La primera frase alude expresamente al derecho para un hombre y una mujer a casarse. El Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda

seguir admitiendo que estos términos impliquen que el sexo deba ser determinado según criterios puramente biológicos... Desde la adopción del Convenio, la institución del matrimonio se ha visto profundamente trastornada por la evolución de la sociedad, y los progresos de la medicina y de la ciencia han llevado consigo cambios radicales en el ámbito de la transexualidad. El Tribunal ha constatado más arriba, en el terreno del artículo 8 del Convenio, que la no concordancia de los factores biológicos en un transexual operado ya no podía constituir un motivo suficiente para justificar la negativa a reconocer jurídicamente el cambio de sexo del interesado... El Tribunal constata también que el texto del artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea adoptada recientemente se aparta – y ello no puede ser sino deliberado – del artículo 12 del Convenio en cuanto a que excluye la referencia al hombre y a la mujer... aunque el matrimonio de los transexuales tiene una gran adhesión, el número de aíses que autorizan dicho matrimonio bajo su nueva identidad sexual es inferior al de los Estados que reconocen el cambio sexual en sí mismo. El Tribunal no está convencido sin embargo de que ello constituya la base de la tesis según la cual los Estados parte deban poder reglamentar totalmente la cuestión en el marco de su margen de apreciación. En efecto, ello llevaría a concluir que el abanico de las opciones abiertas a un Estado contratante llega hasta prohibir en la práctica el ejercicio del derecho a casarse. El margen de apreciación no puede ser tan amplio; aunque corresponda al Estado parte determinar, concretamente, las condiciones que debe reunir un transexual que reivindica el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que realmente ha habido un cambio de sexo y aquellas en las que un matrimonio anterior deja de ser válido, o incluso las formalidades aplicables a

⁴ Un análisis más general puede verse en Ascensión ELVIRA PERALES (2011): “El tratamiento jurídico de la transexualidad en España desde un enfoque constitucional”, en VARIOS AUTORES (Eds.), *Discriminación por orientación sexual*, Centro de Ciencias Jurídicas, Universidade de Fortaleza, p. 387.

⁵ Véase Julio Vicente GAVIDIA SÁNCHEZ: “El matrimonio del transexual (I): Planteamiento y análisis jurisprudencial”, *Revista de Derecho Privado*, 7/2002, p. 517-569, y “El matrimonio del transexual (y II): el marco constitucional y conclusión”, *Revista de Derecho Privado*, 9/2002, p. 649-679.

un futuro matrimonio (por ejemplo, las informaciones a proporcionar a los futuros esposos), el Tribunal no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse...”

Esta doctrina ha sido acogida de manera expresa por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *K.B.* (Sentencia de 7 de enero de 2004), donde recuerda “que el TEDH ha declarado que la imposibilidad de que un transexual contraiga matrimonio con una persona del sexo al que pertenece antes de la operación de cambio de sexo, y que resulta del hecho de que, desde el punto de vista del estado civil, son del mismo sexo porque la normativa del Reino Unido no permite el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual, constituye una vulneración de su derecho a contraer matrimonio en el sentido del artículo 12 del CEDH”.

La interacción entre el derecho europeo en sentido amplio y el derecho europeo en sentido estricto se muestra de manera gráfica en estas sentencias, pues en la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se mencionan tanto el CEDH como la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (casos *Christine Goodwin e I.*) y en las sentencias de este último Tribunal se cita como argumento que no puede ser desdénado la redacción del artículo 9 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

En España, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas⁶, dispuso (art. 1) que “toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo” y que “la rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición” (art. 5.2). En todo caso, en España el matrimonio de las personas transexuales ya estaba protegido por la Ley 13/2005, a la que nos referiremos con mucho más detalle en las páginas siguientes.

II - EL MATRIMONIO DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES

En el ámbito del derecho europeo se ha venido afirmando que el matrimonio de personas del mismo sexo no está protegido por el artículo 12

⁶ <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_esp/1_003_2007.pdf>; véase el comentario de Yolanda BUSTOS MORENO (2008): *La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Madrid, Dykinson.

del Convenio, que, como es conocido, es el precepto que reconoce el derecho a casarse.

En una jurisprudencia ya antigua, el TEDH concluyó, en sendas Sentencias (caso *Rees*, de 17 de octubre de 1986, y caso *Cossey*, de 27 de septiembre de 1990), que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implicaba violación del artículo 12 del Convenio de Roma que, al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; y, que todo depende de la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante las leyes el ejercicio del derecho de casarse⁷.

Pero, en todo caso, ese precepto no lo prohíbe; para decirlo en palabras del *Præsidium* de la Convención Europea en relación con el artículo correspondiente de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, “este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo”. Por tanto, dependerá de las legislaciones internas que el matrimonio lo puedan contraer personas de sexo diferente o del mismo sexo, posibilidad esta última que ha experimentado un importante crecimiento tanto en Europa (Países Bajos desde el año 2001, Bélgica desde el 2003, España desde el 2005, Noruega y Suecia desde 2009, Portugal e Islandia desde 2010) como en otras latitudes (Canadá desde 2005, Sudáfrica desde 2006⁸, a partir de 2004 en varios Estados y

⁷ Véase al respecto Aida TORRES PÉREZ: “El matrimonio de personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea”, en VARIOS AUTORES: *Discriminación por orientación sexual...*, p. 183 ss.

⁸ En sus Conclusiones al asunto *Tadao Maruko*, el Abogado General recuerda (apartado 83) que la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A-0028/1994 del 8 de febrero de 1994, D.O.C. 28.02.1994) supuso “punto de partida en la lucha contra las discriminaciones que afectan a los homosexuales. En ella se pide a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales; 14. Opina que la recomendación debería, como mínimo, tratar de poner fin: § A la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales. § A la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres. § A toda forma de discriminación en el derecho laboral y relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el derecho penal, civil, contractual y comercial. § Al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su conocimiento y consentimiento, o a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos. § A la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia...”; con posterioridad se aprobó la Resolución de 15 de enero de 2003 por la que “recomienda a los Estados miembros que reconozcan las relaciones no matrimoniales, tanto entre personas de distintos sexos como entre personas del mismo sexo, y que concedan a las personas que mantienen estas relaciones los mismos derechos que a las que celebran matrimonio, e insta a la Unión Europea a que incluya en la agenda

el Distrito Federal en Estados Unidos, el Distrito Federal en México desde 2009, en Argentina desde 2010 y en Brasil desde 2011⁹.

Como ya se ha apuntado por el propio TEDH, “el texto del artículo 9 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea se aparta – y ello no puede ser sino deliberado – del artículo 12 del Convenio en cuanto a que excluye la referencia al hombre y a la mujer” (*I. c. Reino Unido*, 82). Es cierto, no obstante, que ese mismo Tribunal ha precisado (asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010), que del artículo 12 del Convenio no se deriva una obligación para los Estados de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero tampoco aquí se puede descartar una evolución jurisprudencial en el mismo sentido que ha ocurrido con las personas transexuales o de la experimentada, por ejemplo, en materia de adopción por personas homosexuales (asunto *E. B. c. Francia*, de 22 de enero de 2008)¹⁰ o en relación con el acceso a la subrogación arrendaticia mortis causa (asunto *Karner c. Austria*, de 24 de julio de 2003).

En España, a partir de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio¹¹, el matrimonio puede ser celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición¹². Esta

política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y a que desarrolle propuestas concretas al respecto” (DOCE de 12 de febrero de 2004); puede consultarse en la página <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:038E:0247:0262:ES:PDF>>.

9 El Supremo Tribunal Federal concluyó el 5 de mayo de 2011 que deben extenderse a la unión estable de parejas del mismo sexo los derechos y deberes de la unión estable heterosexual (<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>). Los argumentos aquí empleados son los que justifican, en una decisión no publicada en el momento de escribir estas páginas, su extensión al matrimonio:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/infotur/toc.jsp?processo=1183378&b=INFJ&thesaurus=JURIDI&CO>>; véanse los comentarios de MARCÍLIO POMPEU/ MARTINS: “Novas famílias do século XXI: o reconhecimento e a positivação da união entre pessoas do mesmo sexo”; FREITAS DO AMORIM: “Matrimônio, família e condição dos homossexuais”, y BARROSO DE OLIVEIRA: “O casamento entre pessoas do mesmo sexo após a Decisão do STF na Adi 4277”, todos en *Discriminação por orientação sexual*,..., p. 9 ss, 35 ss. y 210 ss.

10 Nos ocupamos de esta cuestión en Miguel Ángel PRESNO LINERA: “La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 1/2008.

11 <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espaa/1_013_2005.pdf>.

12 Entre los comentarios inuspravitistas e inuspublicistas sobre la Ley y sus implicaciones véanse, por orden de publicación, los de FERNÁNDEZ-CORONADO (2006): “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, en *Foro*,

configuración del matrimonio ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional, que, en el momento de redactar estas páginas (diciembre de 2011), todavía no se ha pronunciado. Esta controversia constitucional ha acontecido en no pocos países (Sudáfrica, Portugal, Italia, Francia, Brasil,...) y organizaciones territoriales inferiores (varios de los estados de Estados Unidos, como Massachusetts, Iowa, Connecticut, California,...).

Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, núm. 3, p. 93-112; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006): “Cambio revolucionario en una Institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual” en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, p. 1605-1626; (2006) *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI: (Seminarios Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones*. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005), coord. por YÁÑEZ VIVERO, DONADO VARA, MORETÓN SANZ, LASARTE ÁLVAREZ (dir. congr.); SANTIAGO CANAMARES ARRIBAS (2007): *El matrimonio homosexual en el derecho español y comparado*, Iustel, Madrid; Luis María DIEZ PICAZO (2007): “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Indret 2/2007*, p. 3-8; Julio Vicente GAVIDIA SÁNCHEZ (2007): “La libertad de elegir como conyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y una unión libre (Análisis crítico de la constitucionalidad del Matrimonio Homosexual y del llamado “Divorcio Express”)” en *La reforma del matrimonio: (Leyes 13 y 15/2005)*, coord. por GAVIDIA SÁNCHEZ, p. 21-79; Abraham BARRERO ORTEGA: “Le débat sur la legalisation du mariage homosexuel en Espagne”, *Revue française de Droit Constitutionnel*, n° 70, 2007, p. 249-267; María MARTÍN SÁNCHEZ (2008): *Matrimonio homosexual y Constitución*, Valencia, Tirant; I. VIVAS TESÓN (2008): “España: tres años de matrimonio homosexual”, en LEAL ADORNA y LEÓN BENÍTEZ: *La enseñanza interdisciplinar del Derecho Matrimonial*, Sevilla, Mergabium, p. 25-40; Dionisio LLAMAZARES FERNÁNDEZ (2008): “El matrimonio homosexual”, en *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España: estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez*, coord. por SOUTO NIEVES, G., p. 3-40; E. SOUTO GALVÁN: “El derecho a contraer matrimonio homosexual” en *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España: estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez*,..., p. 145-176; María Paz GARCÍA RUBIO (2009): “Viejos y nuevos apuntes sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual”, en *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, coord. por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, María Paz GARCÍA RUBIO y Marta REQUEJO ISIDRO; Santiago de Compostela, p. 171-198; – en esta misma publicación ÁLVAREZ GONZÁLEZ se ocupa de la “Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del Legislador español no vio”, p. 9-37; Blanca RODRÍGUEZ RUIZ (2011): “Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 91, p. 69-102; Francisco Javier MATÍJA PORTILLA (2011): “Homosexualidad y Constitución española”, *Discriminación por orientación sexual*, p. 73 ss.; Javier PARDO FALCÓN: “El matrimonio homosexual, un derecho constitucional (Algunas consideraciones básicas a la espera del TC)”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 24, 2011, p. 60-67; Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (2011): “La garantía del matrimonio en la Constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n° 2137, p. 1-17, y Gregorio CÁMARA VILLAR: “Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Direitos Fundamentais & Justiça*, n° 17, 2011, p. 13-40.

Los trabajos de GONZÁLEZ BELFUSS, C. (2004): *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, y REY MARTÍNEZ, F. (2005): “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 73, p. 111-156 son anteriores a la Ley pero no por ello menos interesantes.

Las cuestiones clave han venido siendo en qué medida el texto constitucional definía, o no, de modo excluyente el matrimonio como una unión entre hombre y mujer, y si resultaba contrario a la prohibición constitucional de discriminación la no regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Como es obvio, debe de buscarse en cada caso la interpretación constitucionalmente adecuada a la concreta Norma Fundamental de que se trate y, en este sentido, las respuestas de los Tribunales Constitucionales han variado: en Canadá, a lo largo del año 2003 diversos Tribunales provinciales concluyeron que la exigencia de diversidad de sexos para contraer matrimonio era discriminatoria e inconstitucional. Para evitar situaciones distintas en unas y otras provincias, el Gobierno federal solicitó un dictamen al Tribunal Supremo federal, que lo emitió el 9 de diciembre de 2004¹³, declarando que una eventual reforma legal que admitiese el matrimonio entre personas del mismo sexo no sería contraria a la *Charter of Rights*, si bien debería garantizar el derecho a la objeción de conciencia de los funcionarios públicos llamados a participar en la celebración del matrimonio. Poco después se aprobó la Ley federal de 20 de julio de 2005, que regula el matrimonio entre homosexuales con los mismos derechos y deberes que el de los heterosexuales.

En Sudáfrica el reconocimiento partió precisamente de su Tribunal Supremo, que en su sentencia de 1 de diciembre de 2005 (*Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*)¹⁴ declaró que el concepto de matrimonio presente en el *Common Law* y en la *Marriage Act* eran incompatibles con los artículos 9 y 10 de la Constitución (derecho a la igualdad y a la dignidad, respectivamente) pues no permitían que las parejas del mismo sexo disfrutasen del estatus, derechos y obligaciones concedidos a las parejas heterosexuales; para igualar las situaciones concedió un plazo de un año al Parlamento, que culminó con la aprobación de la *Civil Union Act* el 14 de noviembre de 2006.

En un control preventivo de 2010¹⁵, el Tribunal Constitucional portugués no encontró obstáculos a la ley. Por su parte, tanto el Tribunal Constitucional italiano, Sentencia 13/2010, de 23 de marzo¹⁶, como el Consejo Constitucional

francés, en una Decisión de 28 de enero de 2011¹⁷, han considerado que no hay un derecho constitucional al matrimonio pero admiten que la decisión al respecto corresponde al Legislador; lo que, en otras palabras, permite pronosticar que su introducción no sería inconstitucional.

Finalmente, y en fechas más recientes, el Supremo Tribunal Federal brasileño concluyó (5 de mayo y 26 de agosto de 2011) que la unión continua, pública y duradera entre personas del mismo sexo debe admitirse con las mismas reglas y consecuencias que la unión estable heteroafetiva y que la orientación sexual no puede ser causa de un trato discriminatorio¹⁸. Esta conclusión ha sido trasladada al matrimonio civil¹⁹.

En España, y a la espera del pronunciamiento del Alto Tribunal, la inmediata y obvia conclusión es que la Constitución ha garantizado la existencia del matrimonio heterosexual: dice el artículo 32.1 que "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica".

Como es bien conocido, la configuración heterosexual del matrimonio es la que había en el momento de aprobar la Norma Fundamental y es la que se ha mantenido hasta el año 2005. De los debates constituyentes cabe concluir que no se pensaba en otro matrimonio que no fuera el contraído entre personas del mismo sexo²⁰.

de 2011), disponible en <http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Ruggeri_4.pdf>. Un estudio sistemático previo a la sentencia en *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di BIN/BRUNELLI/GUAZZAROTTI/PUGIOTTO/VERONESI (2010), Turin, Giappichelli Editore. Con posterioridad a la sentencia se pueden ver los comentarios de ROMBOLI, R. (2011): "Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana" y CARDUCCI, M./MUSARDO, n. (2011): "La condizione degli omosessuali e dei transessuali nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale: istituzioni, formazioni sociali diversi dalla famiglia e condizione degli omosessuali in Italia", en *Discriminazione per orientazione sessuale*, p. 116 ss., y 199 ss.

¹⁷ <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html>>.

¹⁸ Véanse: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>.

¹⁹ <<http://www.stj.jus.br/SCON/infotur/toc.jsp?processo=1183378&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>.

²⁰ Como es conocido, no prosperó la enmienda propuesta por el senador Xirimacs Damians, que defendía el siguiente tenor: "Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y de su sexualidad, a contraer matrimonio, a crear relaciones estables de familia en libertad, en plena igualdad de derechos y deberes de los consortes entre sí y de ambos respecto de los hijos comunes y a decidir libremente el número de hijos que desea tener. A tal fin tiene derecho a acceder a la información necesaria y a los

¹³ <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc79/2004scc79.pdf>>.

¹⁴ <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html>>.

¹⁵ <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>>.

¹⁶ <<http://www.giurcost.org/decisioni/2010/0138s-10.html>>, donde además se incluyen varios análisis doctrinales; para una panorámica reciente, RUGGERI, A. (2010): "Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: Quali prospettive dopo Corte Cost. n. 138 del 2010, (consultado el 6 de diciembre)

Pero el primer sentido de ese precepto es que, a diferencia de lo que ocurrió en épocas no muy lejanas en España, no se pueda articular legalmente una institución en la que existan diferencias jurídicas entre hombres y mujeres²¹. La igualdad, valor superior del ordenamiento jurídico español de acuerdo con el artículo 1.1 de la Norma Fundamental, se menciona de manera expresa al constitucionalizar la institución matrimonial, lo que revela el mandato fundamental de que dicha institución incluya a hombres y mujeres con los mismos derechos y deberes. Por tanto, el artículo 32.1 no contiene una previsión de que el matrimonio tenga que ser una unión heterosexual sino de que debe ser una unión basada en la igualdad²².

En segundo lugar, y teniendo en cuenta el carácter esencialmente abierto de muchos de los preceptos constitucionales, la lectura del artículo 32.1 en modo alguno avala una interpretación excluyente del matrimonio entre personas del mismo sexo: si la Constitución no ha querido definir el matrimonio como la unión entre una mujer y un hombre no hay motivo para entender que tal precepto diseñe un único tipo constitucionalmente posible de matrimonio: el celebrado entre personas de diferente sexo. Este es el motivo por el que en Estados Unidos los contrarios al matrimonio entre personas del mismo sexo han propugnado reformas en las Constituciones de los Estados a fin de que definan el matrimonio como la unión entre una mujer y un hombre²³.

Como dijo en fecha temprana el Tribunal Constitucional español, la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se

medios que permitan su ejercicio"; *Diario de Sesiones del Senado*, nº 49, de 29 de agosto de 1978, p. 2001) disponible en <http://www.senado.es/legis0/publicaciones/pdf/S_1978_045.PDF>.

²¹ En este mismo sentido, RODRÍGUEZ RUIZ: "Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear" ..., p. 80.

²² En este sentido, y de manera más amplia, GARCÍA RUBIO: "Viejos y nuevos apuntes sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual" ..., p. 192 ss; también, MATÍJA PORTILLA: "Homosexualidad y Constitución española" ..., p. 102 ss.; PARDO FALCÓN: "El matrimonio homosexual, un derecho constitucional" ..., p. 62; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: "La garantía del matrimonio en la Constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación" ..., p. 12 ss); CÁMARA VILLAR: "Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo" ..., p. 23.

²³ Es el caso de la "Propuesta 8", aprobada en referéndum en California, y mediante la que se añadió una nueva sección (Sección 7.5) al artículo I: "Sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido o reconocido en California".

imponga por el juego de los criterios hermenéuticos... las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo (Sentencia del Tribunal Constitucional - en adelante STC 11/1981, FJ 7).

Desde esta perspectiva, y cuando menos, la Ley 13/2005 es un buen ejemplo de concreción política de lo constitucionalmente posible y, por eso, es también una concreción constitucional²⁴. Por todo ello, el resultado al que tendría que llegar en su día el Tribunal Constitucional español no debe ser diferente al alcanzado por el portugués y, en definitiva, a lo concluido por los tribunales constitucionales italiano y francés, que admiten que el Legislador regule los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Pero la cuestión más relevante, al menos a juicio de quien escribe estas líneas, es si sería constitucionalmente admisible una derogación de lo previsto en la Ley 13/2005, de manera que el matrimonio volviera a ser en exclusiva una unión heterosexual, estando impedido por mandato legal que lo contrajera una persona con otra del mismo sexo. En mi opinión tal modificación legislativa sería inconstitucional por discriminatoria; trataré de explicar por qué.

En primer lugar, y como es bien conocido, el sistema constitucional responde a una concepción democrática que adopta como valores superiores "la libertad, la justicia, la igualdad y pluralismo político" (art. 1.1 CE). Este norte constitucional tiene su punto de partida en el postulado de que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10.1 CE). El concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo (STC 181/2000, FJ 9), plasmadas en aquellos valores superiores del ordenamiento jurídico tal cual los establece el art. 1.1 CE y que se materializan en los derechos fundamentales del Título I²⁵.

Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 implica que, en cuanto "valor espiritual y moral inherente a la persona" (STC 53/1985, FJ 8), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum*

²⁴ BASTIDA/VILLAVERDE/QUEJEJO/PRESNO/ALÁEZ/FERNÁNDEZ: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 61.

²⁵ En extenso sobre la función de la dignidad humana en la Constitución española, BASTIDA en *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*..., p. 38 ss., y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*...

invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.

Puesto que en el Título I de la Constitución se concreta un catálogo de derechos, ha de entenderse que en él se hallan referenciados tales derechos y — según la STC 120/1990 — “no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de ellos”. Se produce, así, una relación recíproca de manera que la dignidad humana se irradia a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y que el intérprete de la CE estime inherentes a la persona.

Existe, por tanto, un mandato constitucional para que dignidad humana se respete cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, lo que, como ya se ha dicho, implica un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico, también el del matrimonio, debe asegurar²⁶.

En segundo lugar, el derecho a contraer matrimonio está incluido dentro del Título I de la Constitución por lo que no cabe una articulación legislativa de la unión matrimonial que menosprecie la consideración que toda persona tiene por el hecho de serlo; al contrario, el Legislador está obligado a adoptar las medidas necesarias para evitar que en dicha institución se ignoren la libertad e igualdad en las que reposa la dignidad humana. Y tales libertad e igualdad resultan ignoradas si una persona no puede ejercer el derecho de contraer matrimonio por su orientación sexual.

Y es que, tal y como está configurada por la Constitución, la institución matrimonial precisa de un desarrollo legislativo en el que se concretarán “las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

En lo que respecta a la celebración, el Legislador está llamado a establecer qué formas de matrimonio existen en nuestro ordenamiento (por ejemplo, en forma civil y religiosa), así como la edad mínima y las circunstancias de capacidad. Que se requiera una edad mínima y una capacidad no constituye elemento alguno de discriminación pues se trata de un supuesto en el que cabe diferenciar entre la titularidad del derecho y la capacidad de obrar

²⁶ En esta misma línea se manifiestan en el derecho brasileño Daniel SARMENTO (2008): “Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais”, en IKAV A/PIOVESAN/SARMENTO (coords.): Igualdade, diferença e Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 619-659, y M. B. DIAS (2009): *Manual de direito das famílias*, São Paulo, Revista dos Tribunais.

iusfundamental, entendida esta última como la necesaria para que el titular de un derecho lo ejerza por sí mismo cuando reúne las condiciones exigidas para poner en práctica las concretas facultades que integran el contenido subjetivo del derecho.

Se puede estar excluido del ejercicio del derecho al matrimonio por razones de edad (por ejemplo, por ser menor de 14 años) en aras a presumir que cuando alcance esa edad la persona gozará de la capacidad de autodeterminación suficiente para tomar de forma libre la decisión de casarse y eso no constituye una discriminación — una diferenciación jurídica de la diferencia, en palabras de Luigi Ferrajoli²⁷ — pues no se trata de una posición absoluta en la que se encuentre la persona de manera indefinida o como consecuencia de determinados rasgos²⁸.

Pero lo que es admisible en el caso de la edad no lo es en el del sexo²⁹ o en el de la orientación sexual del individuo por la misma razón que la institución matrimonial no podría ser articulada privando del ejercicio del derecho a una persona por razones “de nacimiento, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (artículo 14 CE).

Como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4), el listado de circunstancias incluido en el artículo 14 “pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 39/2002, de 14

²⁷ Luigi FERRAJOLI (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, p. 74.

²⁸ Para el TEDH, la edad mínima suele vincularse al momento en el que se presume que existe capacidad para contraer el matrimonio de manera libre y su concreción queda en manos de los legisladores nacionales, que pueden establecer la que estimen adecuada, siempre que no suponga restringirlo o reducirlo de una forma o hasta un punto que lo vulneren en su sustancia misma (asuntos *Rees c. Reino Unido*, cit., § 50, y *F. contra Suiza*, de 18 de diciembre de 1987), exigiendo una edad claramente desproporcionada, lo que no ocurre por el mero hecho de que sea superior a la permitida por la religión que profesan los contrayentes (Decisión de la Comisión en el asunto *Jamit Khani c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1986).

²⁹ PARDO FALCÓN considera que la prohibición de discriminación implicada en estos casos es la relativa al sexo, pues es tenido en cuenta en circunstancias en que debe considerarse jurídicamente irrelevante, “lo cual sería el caso de la unión matrimonial entre personas del mismo sexo si se parte, claro está, de una concepción constitucional del matrimonio que no presuponga su consustancial naturaleza heterosexual”; *ob. cit.*, p. 62, nota 7.

de febrero, FJ 4; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5, por todas)".

Se trata de una interpretación que incorpora la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*)³⁰, insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos *L. y V. contra Austria*, § 48, y *S.L. contra Austria*, § 37, o 24 de julio de 2003, caso *Kärner contra Austria*, § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso *B.B. contra Reino Unido*; 21 de octubre de 2004, caso *Woditschka y Wilfing contra Austria*; 3 de febrero de 2005, caso *Ladner contra Austria*; 26 de mayo de 2005, caso *Wolfmeyer contra Austria*; 2 de junio de 2005, caso *H.G. y G.B. contra Austria*; o 22 de enero de 2008, caso *E.B. contra Francia*, § 91).

Del mismo modo, y en relación con el artículo 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo comprende la discriminación basada en la orientación sexual (Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488-1992, caso *Toonen contra Australia*, § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941-2000, caso *Young contra Australia*, § 10.4).

La Directiva 2000/78 entiende por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, teniendo en cuenta que "existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados" y discriminación indirecta "cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar

una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas", salvo que, en el caso de la discriminación por orientación sexual "dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios".

Finalmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 21) contempla de manera explícita la "orientación sexual" como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación³¹.

Especial relevancia tiene, en el ámbito del derecho europeo y, por tanto, ex artículo 10.2 de la Constitución en el español, la STEDH, ya citada, en el caso *E. B. c. Francia*, de 22 de enero de 2008, donde el Tribunal concluyó que había sido la condición de lesbiana de la demandante la que motivó el rechazo de la autorización para poder adoptar. Si el rechazo a la condición de potencial adoptante no puede deberse a la mera orientación sexual de la persona no cabría concluir algo distinto en relación a otra institución como el matrimonio y menos todavía cuando la Constitución impone el mandato al Legislador de que no discrimine, entre otros motivos, por esa circunstancia personal.

En nuestro sistema constitucional, y como se ha analizado con detalle³², "la discriminación es, como se sabe, un tratamiento peyorativo del que son víctimas categorías de sujetos caracterizadas por la concurrencia en ellos de

³¹ La Resolución del Parlamento Europeo sobre la Igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOC 28.02.94)... «pide a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales; 14. Opina que la recomendación debería, como mínimo, tratar de poner fin: § A la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales. § A la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres. § A toda forma de discriminación en el derecho laboral y relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el derecho penal, civil, contractual y comercial. § Al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su conocimiento y consentimiento, o a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos. § A la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia...».

³² Fernando REY MARTÍNEZ (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill; (2010): "Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", *Revista Derecho del Estado*, 25; (2011): "El modelo europeo de lucha contra la discriminación", en *Pluralidad de ciudadanía, nuevos derechos y participación democrática*, coord. por Francisco Javier MATIA PORTILLA, p. 61-103; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*,..., p. 99 y ss.

³⁰ Sobre esta jurisprudencia, Maribel GONZÁLEZ PASCUAL (2011): "La discriminación por orientación sexual en la jurisprudencia del TEDH (De la consideración de la homosexualidad como "vida privada" al reconocimiento de una discriminación prohibida", en *Discriminação por orientação sexual*,..., p. 270 ss.

ragos expresamente rechazados por el legislador internacional o interno, dada su naturaleza atentatoria a la dignidad de la persona" (STC 153/1994).

Y la orientación sexual ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como un rasgo en el que no puede basarse un trato peyorativo³³; así, en la STC 41/2006 se dice que "la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitablemente una circunstancia incluida en la cláusula "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación.

A esta conclusión se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1., por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14. En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo" (FJ 3)³⁴.

Si una persona no puede recibir un trato discriminatorio por razón de su sexo o de su orientación sexual, dicha regla implica que ese rasgo tampoco puede ser empleado para excluir a una persona de la celebración del matrimonio³⁵.

³³ Véase, con carácter general, Josefina ALVENTOSA DEL RÍO (2008): *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en derecho español*, Madrid, Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales.

³⁴ Véanse, sobre esta sentencia, Diego ÁLVAREZ ALONSO (2006): "Despido discriminatorio por razón de orientación sexual", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 10/2006, y Ascensión ELVIRA PERALES, A. (2007): "La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006", UNED. *Teoría y realidad constitucional*, nº 20, 2007, p. 655-661. Con carácter general, Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ (2011): "Integración laboral y discriminación por razón de orientación sexual y de identidad sexual", en *Discriminação por orientação sexual*, p. 354 ss.

³⁵ En un sentido similar, PARDO FALCÓN, *ob. cit.*, p. 64 ss.

En suma, si, como ya hemos visto, la Constitución no contiene una definición de la institución del matrimonio, el espacio disponible para la regulación del Legislador se encuentra obviamente vinculado y constreñido por distintos mandatos constitucionales, entre ellos, en lo que ahora interesa y en términos similares a los empleados por el Tribunal Supremo de Sudáfrica y Brasil, por la prohibición de discriminación por razón de sexo y de orientación sexual, que es expresión de la dignidad de la persona, de su libre desarrollo y de la intimidad personal y familiar.

Y el hecho de que antes de la Ley 13/2005 las personas estuvieran excluidas del matrimonio por su orientación sexual significa que había en nuestro ordenamiento una omisión inconstitucional relativa; es decir, y en palabras de Ignacio Villaverde³⁶, una conducta del Legislador que pretende cumplir con el mandato de hacer previsto en la Constitución pero lo lleva a cabo de manera defectuosa. Este tipo de omisiones inconstitucionales son especialmente frecuentes en relación con el principio de igualdad, bien porque excluyen a un grupo determinado de personas, sin razón aparente, de un beneficio al que tendrían derecho o una expectativa fundada, bien porque el enunciado, al regular ese beneficio, lo hace a favor de un grupo determinado y guarda silencio sobre el resto³⁷.

Si se considera la heterosexualidad como elemento constitutivo del matrimonio nos encontramos, como ya se ha anticipado, ante lo que Luigi Ferrajoli llama "diferenciación jurídica de las diferencias": una identidad determinada por una diferencia valorizada - la heterosexualidad - se asume como fuente de derechos mientras que otra - la homosexualidad - se configura como un estatus discriminatorio y excluyente. De este modo, la igualdad en el acceso al matrimonio es una igualdad amputada, relativa a una parte privilegiada de la sociedad, arbitrariamente confundida con la totalidad.

Algo similar sucedió en Estados Unidos con la prohibición de los matrimonios interraciales, vigente en algunos Estados hasta que en 1967 el Tribunal Supremo la consideró inconstitucional en el caso *Loving et ux. v. Virginia* (388 U. S. 1)³⁸. Las palabras del Tribunal Supremo ("no puede haber ninguna duda de que la restricción de la libertad de casarse únicamente por criterios

³⁶ Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ (1997): *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, p. 49 y ss.

³⁷ MARTÍN SÁNCHEZ no considera que existiera tal inconstitucionalidad en la regulación del Código Civil anterior a la Ley 13/2005; véase su *Matrimonio homosexual y Constitución*,..., p. 140.

³⁸ <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=388&invol=1>>.

raciales viola el significado central de la cláusula de igual protección") bien pudieran ser aplicadas a la exclusión del matrimonio únicamente por criterios de sexo o de orientación sexual.

Y es que, como señala Ferrajoli, "igualdad" es término normativo: quiere decir que los *diferentes* deben ser tratados y respetados como iguales y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. Diferencia es término descriptivo: quiere decir que, de hecho, entre las personas hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias y que son éstas las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas.

Nuestra Constitución parte, precisamente, de la igual "valoración jurídica de las diferencias": al convertir la no discriminación (art. 14) en una norma, los diferentes (por razones de sexo, edad, raza u orientación sexual) deben ser tratados como iguales. La igualdad jurídica es igualdad en derechos, también para contraer matrimonio. Se protege la diferencia – en eso consiste el libre desarrollo de la personalidad y por eso todos somos diferentes – y se prohíbe la discriminación: un tratamiento jurídico excluyente basado precisamente en una diferencia protegida por la Constitución.

El Legislador ha corregido la exclusión de la diferencia basada en la orientación sexual al disponer en el artículo 44 del Código Civil que "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo". Al hacerlo ha convertido la prohibición de discriminación en igualdad de derecho a casarse. La eventual derogación de esta reforma nos volvería a colocar en una situación de inconstitucionalidad por, volviendo a Ferrajoli, retroceder a un desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas por nuestra Constitución³⁹.

³⁹ En opinión de Gregorio CÁMARA VILLAR sería mucho más claro admitir que se ha producido una mutación social del concepto hasta ahora esencializado de matrimonio conforme al modelo clásico de la familia nuclear (que no podría entenderse por atemporalmente blindado) y, con ello, habría que entender de manera conforme con la nueva realidad el contenido actual de la hipótesis normativa dinámica contemplada en el artículo 32 de la Constitución, que vincularía a todos los Poderes Públicos, incluido el Legislador, como un derecho fundamental del que son titulares todas las personas, de uno u otro sexo; "Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo", p. 39. Para Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ la derogación del matrimonio homosexual vulneraría la prohibición de retroactividad prevista en el artículo 9.3 de la Constitución pues en el marco de nuestra democracia no pueden utilizarse para construir una causa de exclusión hechos que en el pasado fueron considerados ejercicio de un derecho pues además de instrumentos que despliegan su eficacia jurídica profuturo, también impiden medidas retroactivas que tengan como consecuencia perjudicar el pluralismo pasado; *Cambiar el pasado*, Madrid, Tecnos, 2008; en especial, p. 123 y ss.