

EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA SUPERACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO Y LA RECIENTE EXPERIENCIA ITALIANA*

ANGIOLETTA SPERTI

Profesora Titular de Derecho Público Comparado
Universidad de Pisa (Italia)

Crónica Jurídica Hispalense 15 • Págs. 43 a 47

SUMARIO

I. PREMISA: EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA SUPERACIÓN DE LOS CONFLICTOS EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO. II. LA EVOLUCIÓN DEL DEBATE DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: LA PRIMERA FASE SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD. III. DE LA PRIVACIDAD A LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS RELACIONES AFECTIVAS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. IV. DESDE EL RECONOCIMIENTO DEL VALOR DE LAS PERSONAS GAIS Y LESBIANAS HASTA LA PROTECCIÓN DE SU IGUAL DIGNIDAD E IGUALDAD: EL MATRIMONIO IGUALITARIO. V. LA JURISPRUDENCIA ITALIANA SOBRE LAS UNIONES Y EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. VI. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA RECIENTE LEY SOBRE UNIONES CIVILES EN ITALIA. VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Resumen: El presente artículo analiza la evolución del debate teórico-jurídico sobre los derechos relacionados con la orientación sexual partiendo de la jurisprudencia

Abstract: The article aims at analysing the debate on the recognition of sexual orientation equality in Constitutional cases. In particular the Author analyses the

* Traducción española de LAURA D'AMBROSIO, LUCA DERQUI, RICCARDO FERRARI y ANTONELLO LA CALZA.

constitucional. En particular, la autora analiza la transición de los tribunales constitucionales desde el reconocimiento del derecho a la privacidad de gays y lesbianas a la definición de parejas del mismo sexo como «familias» y el reconocimiento de su igualdad y dignidad en relación con el matrimonio. El artículo también enfatiza cómo los tribunales constitucionales han contribuido decisivamente a la superación de los conflictos sociales y políticos sobre los derechos LGBTI. La reciente experiencia italiana al hilo de la legalización de las llamadas uniones civiles homosexuales, aun con algunas contradicciones, es igualmente ilustrativa y merece una reflexión particular.

Palabras clave: Matrimonio homosexual, uniones civiles homosexuales, igualdad y no discriminación, orientación sexual.

transition of constitutional courts from the recognition of the right of privacy of gays and lesbians to the definition of same-sex couples as «families» and the recognition of their equality and dignity in relation to marriage. The article also emphasises how constitutional courts contribute to the solution of social and political conflicts on LGBT rights. Finally, it focuses on recent legislative developments in Italy and the role of the Italian constitutional court in the adoption of the first regulation of same-sex civil unions.

Keywords: Gay marriage, homosexual civil unions, equality and non-discrimination, sexual orientation.

Fecha recepción original: 20/11/2017

Fecha aceptación: 03/12/2017

I. PREMISA: EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA SUPERACIÓN DE LOS CONFLICTOS EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

En los últimos quince años, en muchos países de tradición legal occidental, se ha dado un reconocimiento gradual de los derechos de las personas homosexuales y lesbianas y de las parejas del mismo sexo. Esta transición –desde la exclusión a la inclusión social y legal– se ha logrado en gran medida a través de reformas legislativas y ha tenido, en muchos países, su momento más simbólico en el reconocimiento del matrimonio igualitario.

En este proceso, el papel desempeñado por los tribunales, en particular por los tribunales o cortes constitucionales, ha sido esencial. La contribución del Derecho constitucional a la eliminación de la discriminación basada en la orientación sexual ha favorecido la superación de los conflictos sociales y culturales en torno a la definición del matrimonio y la definición de los sujetos titulares del derecho al matrimonio o sobre el reconocimiento de la intimidad familiar. Las más significativas sentencias de los tribunales, constitucionales y supremos, de los últimos años no han representado solo importantes logros de los movimientos LGBTI: incluso en casos en que aparecían como tímidas aperturas estas sentencias han contribuido a consolidar argumentos y principios básicos en orden a la superación de la discriminación y, al mismo tiempo, al abandono de planteamientos tradicionales –como, por ejemplo, el del carácter «antinatural» de las relaciones entre personas del mismo sexo o el del fin procreativo

del matrimonio— que había dominado previamente el debate teórico jurídico sobre la orientación sexual.

En los Estados Unidos, M. Nussbaum ha analizado con eficacia la transición de la «política del disgusto», profundamente en contradicción con la idea abstracta de una sociedad fundada en la igualdad de los ciudadanos, a la «política de la humanidad», es decir, a la política del igual respeto¹. Este cambio en la percepción social de la homosexualidad se corresponde, a nivel legislativo, con el tránsito de las «sodomy laws», que castigaban los actos sexuales entre adultos consensuales del mismo sexo, al reconocimiento de uniones de las parejas del mismo sexo. Los tribunales federales y estatales han desempeñado un papel esencial en la superación de la política de disgusto: la Corte Suprema de los Estados Unidos, en particular en 2003 —en *Lawrence v Texas*²— declaró inconstitucional la ley del estado de Texas que castigaba los actos sexuales entre personas del mismo sexo. «El gran logro del caso *Lawrence* —escribe Nussbaum— no fue la claridad conceptual o la elaboración de una guía práctica refinada, sino una *forma mentis*, un enfoque judicial de los instrumentos de libertad». Este logro se traduce esencialmente en el rechazo de la política del disgusto (...) y de la concepción de Patrick Devlin de una sociedad dominada por la «tradición» y la «solidaridad» a favor de una política de la humanidad que es heredera de J. Stuart Mill³.

Los tribunales constitucionales europeos han propiciado de manera similar el cambio en la percepción social de la homosexualidad y la superación de los conflictos sobre el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo. En Francia, por ejemplo, un clima de gran tensión social ha acompañado el debate sobre el «*mariage pour tous*» y la aprobación, en 2013, de la ley sobre el matrimonio igualitario. Sin embargo, esta conquista no se habría logrado si, en 2011, el Conseil Constitutionnel no hubiera dado vía libre al legislador⁴, aclarando que, aunque el matrimonio se entendía tradicionalmente como una unión entre un hombre y una mujer, el Parlamento podía modificar las disposiciones civiles para abrir el matrimonio a parejas del mismo sexo. Después de la aprobación de la ley sobre el matrimonio igualitario, se instó al Conseil Constitutionnel a pronunciarse sobre la legitimidad de las nuevas disposiciones⁵ y este excluyó que la posibilidad de que las parejas del mismo sexo pudieran casarse constituyéndose una violación de la libertad matrimonial de las parejas de sexo diferente. El Conseil Constitutionnel no sólo ha reiterado la competencia del legislador para regular las «*questions de société*», sino que al mismo tiempo ha resuelto definitivamente el conflicto social y político sobre el matrimonio, rechazando argumentos como la «naturaleza bilineal de la filiación basada en la diversidad sexual» o el derecho de los menores «a una vida familiar normal».

En este proceso, la función de los tribunales constitucionales no puede asimilarse a la del poder judicial ordinario. Como también demuestra la experiencia italiana,

1. M.C. NUSSBAUM, *From Disgust to Humanity*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

2. *Lawrence v Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

3. M. C. NUSSBAUM, *Disgusto y humanidad*, ob. cit., pág. 138.

4. Conseil constitutionnel, Décision n. 2010-92 QPC, 28 de enero de 2011.

5. Conseil constitutionnel, Décision n. 2013-669 DC, 17 de mayo de 2013.

que se ilustrará en la parte final de este trabajo, los tribunales ordinarios a menudo muestran más inclinación a satisfacer las necesidades de las parejas del mismo sexo y a responder a los cambios sociales en temas como, por ejemplo, el reconocimiento de la homogenitorialidad y la protección de los hijos de parejas del mismo sexo. Por el contrario, los tribunales constitucionales son más reuentes a intervenir y redefinir instituciones profundamente vinculadas a la tradición y la cultura nacional, como el matrimonio y la familia. Esto no solo porque los tribunales constitucionales deban respetar el margen de apreciación del legislador, sino también por la naturaleza de las sentencias de inconstitucionalidad que en Italia tienen un efecto *erga omnes*, similares a los de los actos normativos. Si los tribunales constitucionales se preocupan de proteger su papel constitucional de cargos de «judicial law making», los jueces ordinarios se sienten más libres y, utilizando diversas técnicas interpretativas, adoptan soluciones para adaptar la legislación vigente a los principios constitucionales y a las disposiciones de las Cartas de derechos internacionales y, en suma, ofrecen una lectura evolutiva de las nociones de «matrimonio» o «familia». Esto permite observar cómo la función de los tribunales constitucionales en la resolución de conflictos sociales relacionados con la eliminación de la discriminación de gais y lesbianas ha sido posible no solo gracias a la adaptación de las nociones tradicionales de derecho de familia llevadas a cabo por el poder judicial ordinario, sino también por el grado de madurez del debate político sobre los temas de orientación sexual y, obviamente, por la propia dinámica en la evolución social.

Este trabajo tiene como objetivo ilustrar los cambios progresivos que han llevado a algunos tribunales constitucionales de países de tradición jurídica occidental a declarar la ilegitimidad constitucional de las leyes que castigaban los actos sexuales entre personas del mismo sexo, y, más tarde, a reconocer el relieve constitucional de las parejas del mismo sexo y a expandir su derecho al matrimonio. Finalmente, este artículo aborda el papel de la Corte Constitucional italiana y su contribución a la reciente adopción de la primera disciplina de uniones civiles entre personas del mismo sexo.

II. LA EVOLUCIÓN DEL DEBATE DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: LA PRIMERA FASE SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD

Como afirmó Giancarlo Zanetti en un libro reciente⁶, es posible afirmar que la reflexión teórico-jurídica sobre la orientación sexual se ha articulado en varias fases que se ponen en una relación de «sucesión genética, no absolutamente cronológica»⁷, en la que «cada fase constituye una condición necesaria pero no suficiente para la activación de la fase siguiente»⁸. Si examinamos la evolución de la jurisprudencia

6. G. ZANETTI, *L'orientamento sessuale. Cinque tesi tra diritto e filosofia*, Bologna, Il Mulino, 2015.

7. G. ZANETTI, *L'orientamento sessuale*, ob. cit., págs. 8-9.

8. G. ZANETTI sostiene que la primera fase del debate legal y jurisprudencial se centró particularmente en la penalización de los actos sexuales consentidos entre adultos del mismo sexo, lo que requiere tomar una posición sobre la dicotomía legal vs. ilegal. La segunda fase alude al «reconocimiento o no de la orientación sexual minoritaria en el contexto de lo que, teniendo valor, es digno de protección y, por tanto, no debe ser objeto de

constitucional, podemos señalar de manera similar una evolución progresiva de los derechos y argumentos jurisprudenciales utilizados por los tribunales para afirmar la eliminación de la discriminación basada en la orientación sexual. Esta progresión tiene un significado meramente práctico y descriptivo de cómo, en los últimos quince años, el debate sobre los temas de orientación sexual se ha articulado y desarrollado a nivel constitucional⁹.

Una de las primeras formas de discriminación denunciada por los Tribunales Constitucionales e internacionales por parte de los movimientos LGBTI, entre finales de los años '80 y el comienzo de los 2000, fue la derivada de las leyes que, en el ámbito de los sistemas de common law, reprimían los actos sexuales entre adultos del mismo sexo (*sodomy laws*)¹⁰.

En 1981, en *Dudgeon v Reino Unido*¹¹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una sentencia que representó un verdadero punto de inflexión: se concluye que la ley vigente en Irlanda del Norte —a diferencia de lo que sucedía en el resto del Reino Unido donde la homosexualidad ya no constituía un crimen desde 1967¹²—, que castigaba los actos sexuales entre adultos del mismo sexo, representaba una interferencia ilegítima en la esfera privada del demandante, protegida por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDU).

La sentencia tuvo un impacto internacional significativo: no solo será recordada por el TEDH en sus fallos posteriores sobre otras «sodomy laws» aún vigentes en algunos países de la Commonwealth¹³, sino que, sobre todo, estimularía a los movimientos LGBTI en todo el mundo para iniciar apelaciones similares a otros tribunales internacionales¹⁴ y nacionales¹⁵. Por lo tanto, *Dudgeon* hizo del reconocimiento de los derechos de orientación sexual un tema legal de trascendencia supranacional.

discriminación». Finalmente, la tercera fase «es la que tiene que ver con el principio de igualdad», con especial atención a la cuestión del reconocimiento del matrimonio igualitario, lo que exige tomar una posición sobre el contraste entre igualdad/desigualdad para «determinar si las relaciones establecidas por gay y lesbianas están igualmente dotadas de valor en comparación con aquellas establecidas por personas heterosexuales y tienen derecho a un reconocimiento igual naturaleza pública». Véase W.N. ESKRIDGE – D.R. SPEDALE, *Gay Marriage: For Better or Worse? What We Have Learned From the Evidence*, Oxford University Press, Oxford; K. WAALDIJK, «Small Changes: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Neatherlands», en R. Wintemute and M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, Hart Publishing, Oxford, 2001.

9. En el mismo sentido, mi propio trabajo *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

10. Recuérde que la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la constitucionalidad en *Bowers v Hardwick*, 478 US 186 (1986) —estas leyes se presentaron como aparentemente neutrales, ya que estaban encaminadas a castigar los actos de sodomía, ya fueran llevados a cabo por parejas de diferentes sexos o del mismo sexo—. En realidad, sin embargo, solo se aplicaron contra parejas del mismo sexo.

11. *Dudgeon v UK*, App. n. 7525/76, 22 de octubre 1981, Series A no 45, [1981] EHRR 5.

12. *Sexual Offences Act 1967*.

13. *Norris v Ireland*, App. no 10581/83, 26 de octubre de 1988, Series A n. 142, (1991) 13 EHRR 186; *Modinos v Cyprus*, App. n. 15070/89, 22 de abril de 1993, Series A n. 259, (1993) 16 EHRR 485.

14. *United Nations Human Rights Committee, Toonen v Australia Communication*, N. 488/1992, UN Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

15. Entrás las muchas sentencias que tomaron las conclusiones del caso *Dudgeon* como modelo, la de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Lawrence v Texas*, 539 US 558 (2003), de la Corte Constitucional

Cabe subrayar que en *Dudgeon* el demandante no fue castigado por ninguna conducta sexual. Él denunciaba la existencia en Irlanda del Norte de leyes que castigaban «acts of gross indecency» consentidos entre adultos del mismo sexo y que, a su juicio, abiertamente violaban el artículo 8 de la CEDU.

La afirmación central de *Dudgeon* se radica en la definición de homosexualidad como una manifestación «esencialmente privada de la personalidad humana»¹⁶. Esta conclusión pone de manifiesto un cambio radical de perspectiva: representa el abandono definitivo de la calificación de la homosexualidad como «trastorno psíquico» –como lo había considerado la ciencia médica hasta 1973¹⁷– y de la idea, aceptada en la jurisprudencia anterior de la Comisión Europea y en los mismos argumentos de los jueces disidentes en *Dudgeon*, de que la homosexualidad es el resultado de factores culturales («a result of culture») a través de las cuales los individuos maduran sus instintos sexuales¹⁸. Desde el punto de vista del Derecho penal, la conclusión de la Corte implica, por lo tanto, la superación de la idea de la homosexualidad como una condición potencialmente peligrosa que tenía que ser penalizada con el fin de «ayudar al débil» y «crear un ambiente moral adecuado para el florecimiento de la virtud moral»¹⁹.

En la afirmación de la homosexualidad como un rasgo de la personalidad humana, la evaluación de la orientación sexual se considera como un «aspecto de la humanidad» protegido por la Convención Europea. Aunque las consideraciones de *Dudgeon* se refieren principalmente a la esfera de la legalidad y la ilicitud criminal de los actos sexuales, establece las premisas para el reconocimiento del valor de las personas gay y lesbianas y sus relaciones afectivas. Sobre la base de estas premisas teórico-jurídicas, en *Dudgeon* el TEDH declara ilegítimas las disposiciones penales objeto del recurso, alegando que Irlanda del Norte no había dado razones suficientes para justificar su pervivencia. La decisión está, sin duda, influenciada por las conclusiones de 1957 del *Informe Wolfenden*, emitidas por un comité creado por el Parlamento británico con el objetivo de evaluar la posibilidad de penalizar algunas conductas sexuales y el enjuiciamiento del fenómeno de la prostitución²⁰. El Informe sugirió que debiera ser tarea del legislador penal «proteger a los ciudadanos» y proporcionar herramientas su-

de Sudáfrica in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice*, Case CCT 11/98, (1998) ZACC 15, 9 de octubre de 1998. Véase también, el caso de la Corte constitucional del Ecuador n. 111-97 TC, 22 de Noviembre de 1997, la Corte Suprema del Zimbabwe en *Banana v State* [2000] 4 LRC 621, 29 de mayo de 2000, la High Court of Fiji at *Suva en McCoskar and Nadan v State* (2005) FJHC 500, la Court of Appeal di Hong Kong in *Leung v Secretary of Justice* (2006) 4 HKLRD 211 (CA), y la High Court di Delhi, India, in *Naz Foundation v Government of NCT of Delhi* (2009) 160 Delhi Law Times 277.

16. *Dudgeon v. United Kingdom*, cit., § 60.

17. En 1973, la American Psychiatric Association aceptó desclasificar la homosexualidad como «trastorno psíquico», eliminándola del *Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorders* (DSM).

18. *Dudgeon v United Kingdom*, cit., para 15 (Walsh dissenting). Para un análisis de la perspectiva antiesencialista de la homosexualidad, véase P. Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Rutledge, 2013, pág. 51.

19. G. ZANETTI, *L'orientamento sessuale*, ob. cit., pág. 40.

20. Report of the Committee on Sexual Offences and Prostitution («Wolfenden Report») (London, Her Majesty's Stationery Office, 1957)

ficientes para proteger contra la corrupción y la explotación «a los niños y los débiles, pero rechazó la idea de que el derecho llegara a sancionar la «esfera moral privada»²¹. En consecuencia, el Informe propuso la despenalización de los actos sexuales entre adultos del mismo sexo²², ya que «the realm of private morality and immorality (...) is, in brief and crude terms, not the law's business»²³.

Aceptando una concepción similar de la relación entre ley y moral, *Dudgeon* rechaza la necesaria separación entre ley y moral en términos generales, ya que es oportuno que el legislador tome en cuenta el «moral climate in sexual matters»²⁴, así como el argumento de la fuerte oposición social en lo que alude a la legalidad de los actos sexuales entre personas del mismo sexo en Irlanda del Norte. En todo caso, el TEDH concluye que estas consideraciones no pueden «considerarse en sí mismas decisivas para justificar la necesidad de interferencia en la vida privada del demandante»²⁵. Esta conclusión es severamente impugnada por los jueces disidentes, quienes —partiendo de la idea de Patrick Devlin de que «morality is properly the concern of the law»²⁶ creen «odd and perplexing (...) to underestimate the necessity of keeping a law in force for the protection of morals held in high esteem by the majority of the people»²⁷.

En el ámbito de los derechos fundamentales, el caso *Dudgeon* gira en torno al reconocimiento del derecho a la privacidad. La privacidad es entendida por la Corte en el sentido espacial y no en su dimensión de autodeterminación en relación con las elecciones esenciales de la propia vida, como las relativas a la sexualidad (según la interpretación que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha elaborado sobre la XIV Enmienda²⁸). Esto implica que la «conducta sexual» debe separarse de la esfera pública. De esta manera, el caso *Dudgeon* refuerza lo que se llama «the logic of the closet»: el demandante está, de hecho, protegido si, y hasta que, su conducta sexual se circunscriba a la esfera privada. Por tanto, el acto sexual no está protegido en sí mismo, ni el Tribunal desarrolla las implicaciones de su pronunciación en el nivel de la autodeterminación individual y el libre desarrollo de la personalidad.

Aunque *Dudgeon* reconoce, por un lado, la homosexualidad como un aspecto de la personalidad, por otro reitera la dicotomía público-privada, o sea el contraste entre

21. Según el Informe Wolfenden tarea del derecho penal es: «To preserve public order and decency, to protect the citizen from what is offensive or injurious, and to provide sufficient safeguards against exploitation and corruption of others, particularly those who are specially vulnerable because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of special physical, official, or economic dependence» (§ 13).

22. Wolfenden Report, cit., § 62.

23. Ibidem, § 61.

24. *Dudgeon v United Kingdom*, cit., § 57.

25. Ibid., § 59.

26. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965.

27. Véase *Dudgeon v. United Kingdom*, cit., para 3 (Zekia J, dissenting). También las consideraciones del juez disidente Walsh, quien enfatiza la distinción entre «homosexuals who are such because of some kind of innate instinct or pathological constitution judged to be incurable and those whose tendency comes from a lack of normal sexual development or from habit or from experience or from other similar causes but whose tendency is not incurable» (§ 13).

28. *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

la esfera del derecho penal y la moral y la esfera de la legalidad penal y la privacidad individual. La consecuencia, como escribió M. Nussbaum, de este enfoque es, por consiguiente, alimentar «la política del disgusto» contra las personas gay y lesbianas²⁹.

Como se señaló anteriormente, *Dudgeon* también tuvo un impacto significativo en la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales y supremos. En 2003, por ejemplo, en *Lawrence v Texas*³⁰ la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional una «sodomy law» vigente en el estado de Texas, que castigaba el cumplimiento de «actos sexuales con otra persona del mismo sexo». El juez Kennedy basa sus conclusiones en la violación de la libertad de todos los individuos, independientemente de su orientación sexual, de la autodeterminación en relación con las elecciones íntimas relacionadas con su esfera sexual. *Lawrence* ha sido definido por Tribe como un «liberty case»: al reconocer la igualdad de libertad de todos los sujetos, la Corte Suprema de los Estados Unidos evita abordar el tema de la calificación de la orientación sexual como un factor de discriminación prohibido, pero sienta las bases para el reconocimiento del valor igual de todos individuos que caracterizará la fase posterior.

Nótese que, en las conclusiones, después de haber dicho que la ley en vigor viola la XIV enmienda de la Constitución Federal, el juez Kennedy cita extensamente, en el texto de la opinión de la Corte, las conclusiones del TEDH en *Dudgeon* como expresivas de aquellos valores constitucionales que los Estados Unidos comparten con otros países de tradición legal occidental³¹. La cita fue recibida con polémica tanto en la doctrina como en el mundo político, como una expresión de una actividad de «judicial law making», en violación del principio de separación de poderes. La brevedad de ese texto no permite hablar de los aspectos de la judicial *cross fertilization* en el debate sobre los derechos LGBT. El juez Scalia, en su voto particular contrario, afirmó que se estaba imponiendo a los americanos la «foreign moods, fads or fashion»³². Los representantes políticos conservadores presentaron en el Congreso algunas iniciativas legislativas para prohibir a los tribunales el recurso a los precedentes jurídicos extranjeros.

El hecho, sea como fuere, confirma la relevancia de estas resoluciones en una perspectiva más amplia. El caso *Lawrence* demuestra, en particular, cómo toda la jurisprudencia sobre los derechos que se refieren a la orientación sexual plantea importantes cuestiones sobre la relación entre los tribunales y los legisladores, el papel de los tribunales en la resolución de los conflictos sociales y, como se ha dicho, en la promoción del cambio en la percepción de la homosexualidad.

III. DE LA PRIVACIDAD A LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS RELACIONES AFECTIVAS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

En paralelo a la sentencia del caso *Dudgeon*, el Tribunal Supremo del estado de las Islas Hawái aborda, por primera vez en el mundo, la cuestión de la discriminación de

29. M. C. NUSSBAUM, *From Disgust to Humanity. Sexual Orientation and Constitutional Law*, ob. cit., pág. 85.

30. *Lawrence v Texas*, 539 US 558 (2003).

31. *Lawrence v Texas*, 539 US, 576.

32. *Lawrence v Texas*, 539 US, 598 (Scalia dissenting).

las parejas del mismo sexo en el acceso al matrimonio. El caso *Baehr vs Lewin* (1993)³³ concluye que negar a las parejas del mismo sexo el derecho al matrimonio representa una violación de la «equal protection clause» establecida por parte de la Constitución Estatal. La sentencia, que aparece como un caso único, provoca una enorme reacción tanto a nivel político como a nivel social. El Congreso, temiendo las consecuencias sobre el reconocimiento a nivel federal de los matrimonios same-sex, aprueba la «Defence of Marriage Act 1996 (DOMA)³⁴», en la que se define expresamente, en el derecho federal, que el matrimonio es la unión de un hombre con una mujer. En muchos estados, como por ejemplo California, a fin de combatir el activismo judicial directo favorable a la introducción del matrimonio igualitario, se adoptan enmiendas de las Constituciones estatales (o leyes) con el propósito de definir el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer³⁵. Solo veinte años más tarde, en la sentencia *United v Windsor* (2013)³⁶ el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, declaró inconstitucional la definición de matrimonio introducida por el DOMA³⁷.

Sin embargo, *Baehr* pone en evidencia un cambio sociocultural y en la percepción de la homosexualidad; y, en razón de las reacciones políticas y sociales, muestra a los movimientos LGBTI que la lucha por el reconocimiento de la plena igualdad para las parejas del mismo sexo no se puede realizar por parte de los tribunales constitucionales y supremos de manera aislada. El reconocimiento del matrimonio igualitario tiene que ser precedido de iniciativas de los tribunales de menor instancia para después llegar ante la jurisdicción constitucional estatal o federal y, obviamente, a nivel social necesita la aceptación y expansión de la idea del valor constitucional de las relaciones entre personas del mismo sexo.

Esta última fase se ha realizado en todos los sistemas legales de tradición legal occidental, constituyendo una premisa para la introducción de una disciplina de las uniones civiles o para el reconocimiento del matrimonio igualitario. En la jurisprudencia

33. *Baehr v Lewin* 74 Haw 530, 852 P2d 44 (1993).

34. *Defence of Marriage Act (DOMA). An act to define and protect the institution of marriage*, 1 U.S.C. § 7 e 28. U.S.C. § 1738C.

35. El primer Estado en adoptar una enmienda constitucional para definir «en términos heterosexuales» la institución del matrimonio fue, en 1997, Minnesota; luego siguió, en 1998, Alaska y el Estado de Hawái, en reacción a la decisión del Tribunal Supremo de Hawái en el caso *Baehr*; cit. Desde el año 2000, 31 estados de los Estados Unidos han adoptado enmiendas constitucionales que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo (además de Alaska, Nevada) en 2000; Mississippi, Oregon, Oklahoma, Utah, Missouri en 2004; Colorado y Tennessee en 2006; Arizona y California en 2008; Carolina del Norte en 2012) o las mismas uniones civiles (Nebraska en 2000, Georgia, Luisiana, Dakota del Norte, Ohio, Michigan, Arkansas, Kentucky en 2004, Texas y Kansas en 2005, Alabama, Dakota del Sur, Virginia, Idaho, Wisconsin, Sur Carolina en 2006, Florida en 2008). Los estados de Puerto Rico, las Islas Vírgenes, Virginia Occidental y Wyoming, por otro lado, han prohibido los matrimonios entre personas del mismo sexo mediante la adopción de una ley ordinaria. En muchos estados, el reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrado en otros estados está prohibido (Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Luisiana, Michigan, Mississippi, Misuri, Montana, Nebraska, Nevada, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Oregón, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, Virginia Occidental, Wisconsin, Wyoming).

36. *United States v Windsor* 133 S Ct 2675, 570 US (2013).

37. A. SPERTI, «Il matrimonio same-sex negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza Windsor. Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale», *GENIUS, Rivista di studi sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, II, (2914), págs. 143 ss.

dencia del TEDH, este cambio comenzó en 2010 con la sentencia *Schalk and Kopf c. Austria*³⁸, en la que el Tribunal sostiene que la relación entre dos personas del mismo sexo ya no cae bajo de la protección de la esfera privada (art. 8) –así como en el caso *Dudgeon*– sino de la tutela de la vida familiar, protegida por el mismo artículo de la CEDH. En Canadá y en los Estados Unidos, en cambio, la transición desde la privacidad hasta la protección de las parejas del mismo sexo y el reconocimiento de su valor constitucional se lleva a cabo a través de una jurisprudencia que considera a las parejas como familias, ampliando la protección que sólo se reconocía a las parejas de sexo diferentes (derecho de vivienda, permiso de trabajo, servicio de asistencia social, beneficios fiscales y tributarios, etc.³⁹).

Por lo tanto, podemos entender cómo, en términos de derecho constitucional, la afirmación de la protección de las parejas del mismo sexo y el reconocimiento de su valor preceden a la misma introducción de una regulación de las uniones civiles. Esto último implica, de hecho, necesariamente, un reconocimiento del valor de estas uniones, pero este paso se ha realizado –como demuestra la experiencia italiana que se ilustrará en las páginas siguientes– en un momento anterior, representando desde el punto de vista teórico-jurídico la misma premisa sobre la cual se basará la legislación posterior sobre uniones civiles.

IV. DESDE EL RECONOCIMIENTO DEL VALOR DE LAS PERSONAS GAIS Y LESBIANAS HASTA LA PROTECCIÓN DE SU IGUAL DIGNIDAD E IGUALDAD: EL MATRIMONIO IGUALITARIO

Mientras la despenalización de los actos sexuales entre personas del mismo sexo ha encontrado su propio presupuesto teórico en el reconocimiento del derecho a la privacidad y en la ampliación a las parejas de hecho del mismo sexo de algunos derechos reconocidos a las parejas de hecho de sexo diferente, la introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo encuentra su fundamento teórico en el principio de igualdad y en el reconocimiento de la dignidad de las parejas homosexuales.

En efecto, leyendo las resoluciones de los tribunales constitucionales⁴⁰ que, en los últimos años, han ampliado el instituto matrimonial a las parejas same-sex, vemos cómo son escritas con el lenguaje de la igualdad: igualdad en relación al valor simbólico y social del matrimonio; igualdad en los derechos (y en los deberes) que se derivan del matrimonio; y finalmente –como de manera muy clara afirma el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en su célebre sentencia sobre el matrimonio igualitario (*Obergefell v Hodges*⁴¹)– igualdad incluso para los hijos de las parejas del mismo sexo⁴².

En esta jurisprudencia, en particular de los Estados Unidos, la igualdad se liga a la dignidad humana. En materia de matrimonio igualitario es un argumento que se

38. *Schalk and Kopf v Austria*, App. n. 30141/04, 24 de junio de 2010, ECHR 2010-I, (2010) ECHR 1996.

39. Véase: *Canada v Mossop* (1993) SCJ No 20 y *Fitzpatrick v Sterling Association Ltd* [2001] 1 AC 27.

40. Conseil constitutionnel n. 121/2010 (8 de abril de 2010).

41. *Obergefell v Hodges*, 576 US, 135 S Ct 2584 (2015).

42. SPERTI, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, ob. cit., págs. 140 ss.

repite: las referencias a la dignidad humana surgen, de hecho, en toda la jurisprudencia constitucional en relación con el matrimonio igualitario, incluso en países en los que este principio no tiene una declaración explícita en la Constitución. También en los Estados Unidos, donde la dignidad humana no está explícitamente reconocida en la Constitución del 1787, el principio se encuentra en todas las sentencias sobre los derechos de las personas gay y lesbianas en las últimas décadas. Probablemente esto se debe a la formación cultural del juez ponente de todas las sentencias, el juez Kennedy, esa invocación de la dignidad humana constituye –como subrayó Tribe– una novedad destinada a cambiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los derechos fundamentales por muchos años⁴³.

Con respecto al pasado en el que las referencias a la dignidad eran bastante esporádicas y tendían a identificar esencialmente este principio con la autodeterminación individual⁴⁴, el Tribunal Supremo utilizó el argumento de la dignidad en su jurisprudencia sobre los derechos de las parejas del mismo sexo colocándolo en estrecha relación con el principio de igualdad. En verdad desde *Lawrence*, el Tribunal Supremo destaca que «libertad e igualdad están profundamente conectadas», pero en *Obergefell* este argumento encuentra su enunciación más amplia y más profunda.

El juez Kennedy insiste en la relación entre dignidad y autodeterminación cuando afirma que «these liberties extended to certain personal choices central to individual dignity and authority, including intimate choices that define personal identity and beliefs»⁴⁵, pero la lee sobre todo en relación con el principio de igualdad y con el respecto entre todas las personas. La sentencia termina, de hecho, con la solemne afirmación según la cual «same-sex couples’ hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization’s oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right»⁴⁶.

La relación entre los principios de dignidad e igualdad crea, como afirma Tribe, «un concepto de gran fuerza analítica y poder político»⁴⁷. La dignidad marca la transición desde la exclusión hasta la inclusión social de las parejas del mismo sexo y permite al Tribunal Supremo responder a las minorías que piden protección de sus derechos. De esta manera, el Tribunal Supremo evita las dificultades argumentativas que, en cambio, encontraría en el caso de una argumentación basada enteramente en el principio de igualdad (por ejemplo, en la calificación de orientación sexual como *suspect classification*, de la misma manera de raza o sexo).

La conclusión del Tribunal Supremo –que el reconocimiento del matrimonio igualitario no se pueda dejar a la discrecionalidad del legislador, ya que «la idea de la Constitución implica quitar asuntos a la política y ponerlos fuera del alcance de la mayoría parlamentaria, de los funcionarios públicos, y convertirlos en principios

43. LH Tribe, «Equal Dignity: Speaking Its Name», 129 *Harvard Law Review Forum* 16 (2015).

44. Véase *Rosenblatt v Baer* 383 US 75, 92 (1966) en el que el Tribunal Supremo enfatiza cómo «*dignity is a constitutional value lying ‘at the root of any decent system of ordered liberty’*».

45. *Obergefell v Hodges*, 135 S Ct, 2597.

46. *Obergefell v Hodges*, 135 S Ct, 2608.

47. TRIBE, *Equal Dignity*, ob. cit., pág. 16.

jurídicos aplicables jurisdiccionalmente»⁴⁸—por lo tanto, está basada en principios constitucionales no escritos, como la dignidad individual. De esta manera, se asume una «visión pedagógica de la Constitución»⁴⁹ y, al mismo tiempo, se define el papel del juez constitucional en la resolución de los conflictos sobre asuntos que dividen a la opinión pública y política.

Si examinamos la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales sobre el matrimonio igualitario, podríamos constatar que también en Europa los tribunales y cortes constitucionales hayan argumentado de una manera similar la relación entre igualdad, dignidad y autodeterminación. El Tribunal Supremo de Canadá, por ejemplo, subrayó la conexión entre dignidad y igualdad observando cómo «equality means that (...) society cannot tolerate legislative distinctions that treat certain people as second-class citizens, that demean them, that treat them as less capable for no good reason, or that otherwise offend fundamental human dignity»⁵⁰. El Tribunal constitucional de Sudáfrica⁵¹ ha afirmado que negar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio significa no solo perpetuar una discriminación, sino también negar a las parejas su «inherent dignity».

También en Europa los tribunales constitucionales han subrayado la relación entre la igualdad y la dignidad en sus sentencias sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español subrayó que el reconocimiento del matrimonio igualitario protege tanto la dignidad de la persona humana como su derecho al libre desarrollo de su personalidad, así como establece el art. 10 de la Constitución española⁵². El Tribunal Constitucional portugués especificó en su sentencia de 2010 que el reconocimiento de la igualdad en el acceso al matrimonio se deriva de la igualdad y de «otros valores constitucionales como la dignidad», como establecido en el art. 1 de la Constitución portuguesa⁵³.

Por lo tanto, en el reconocimiento de la dignidad, en su relación con la igualdad y la libertad, se puede leer un relevante perfil de novedad en la jurisprudencia de los derechos humanos: de hecho, la dignidad ofrece un instrumento conceptual útil para los jueces constitucionales para mediar entre principios opuestos, entre particularidad y pluralismo.

V. LA JURISPRUDENCIA ITALIANA SOBRE LAS UNIONES Y EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Sin perder de vista cuanto antecede, querría ahora realizar algunas breves consideraciones sobre la función ejercida por parte de la Corte Constitucional italiana

48. *Obergefell v Hodges*, 135 S Ct, 2605 (*West Virginia State Board of Education v Barnette*, 319 US 624, 638 (1943).

49. TRIBE, *Equal Dignity*, ob. cit.

50. *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR513 § 104-05.

51. *Minister of Home Affairs and Another v Fourie*, Case CCT 60/04 [2005] ZACC 19.

52. 198/2012, 6 de noviembre de 2012, SCT, par. 9.

53. 121 of 2010, 8 de abril de 2010, par. 19.

en el largo tránsito que llevó, en mayo 2016, al Parlamento Italiano, con evidente retraso respecto a la experiencia de muchos países europeos, a aprobar la primera ley de uniones civiles.

Tras el fracaso de numerosas iniciativas en los primeros '90 y 2000, destinadas a introducir una disciplina de las uniones entre personas del mismo sexo similar a los PACS franceses⁵⁴, los movimientos LGBTI italianos llegaron, a través del juicio incidental, frente al Tribunal Constitucional. En 2009, se planteó por parte de algunos jueces ordinarios cuestión de inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil relativos al matrimonio, en relación con los arts. 2, 3, 29, 117 de la Constitución⁵⁵, en la medida en que impedían el acceso al matrimonio de las personas del mismo sexo.

Los jueces solicitaron a la Corte Constitucional una «apertura» del matrimonio a personas del mismo sexo a través de la «eliminación impuesta constitucionalmente de una discriminación ilegítima» derivada de la referencia al sexo masculino y femenino de los cónyuges en las disposiciones del código civil italiano de 1942.

La Corte Constitucional se pronunció sobre el tema en la sentencia n. 138 de 2010 en la que consideró en parte la cuestión inadmisibile, ya que pedía una disciplina en el matrimonio entre personas del mismo sexo, en violación de la discrecionalidad del legislador, y en parte infundada.

El pronunciamiento de la Corte Constitucional se refiere a la interpretación del art. 29 de la Constitución, en el que puede leerse: «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Un precepto que, a diferencia, por ejemplo, del artículo 32 de la Constitución española, no contiene ninguna referencia al sexo de los cónyuges, y tampoco da una definición de la institución del matrimonio. Sin embargo, la Corte Constitucional, «aunque los conceptos de familia y matrimonio no puedan considerarse “cristalizados” en referencia a la época en que entró en vigor la Constitución porque están dotados de la ductilidad de los principios constitucionales» y que «deban interpretarse teniendo en cuenta no solo las transformaciones del sistema legal, sino también de la evolución de la sociedad y

54. Desde principios de los noventa, se han presentado al Parlamento italiano propuestas legislativas destinadas a regular las uniones civiles, pero ninguna de ellas ha sido aceptada, especialmente debido a la firme oposición de las fuerzas católicas. Particularmente digna de mención fue la propuesta hecha en 2002 por un grupo de diputados del Partito Democratico di Sinistra (DS) para introducir los PACS (Pactos de Solidaridad Civil), basados en el modelo francés. La propuesta proponía –para parejas del mismo sexo y personas de diferentes sexos– la posibilidad de concluir un contrato para regular su vida común. En 2007, durante la XV legislatura, el Gobierno presidido por Romano Prodi aprobó un proyecto de ley para la disciplina de «derechos y deberes de las personas que conviven permanentemente» («Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi», DICO). La propuesta también apuntaba a regular las uniones heterosexuales y homosexuales, sin embargo, falló para la pronta disolución de las Cámaras.

55. Art. 2 de la Constitución italiana establece que «la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde tiene lugar su personalidad»; Art. 3 proclama el principio de igualdad formal y sustancial; Art. 29 –el más controvertido en el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo– afirma que «la República reconoce los derechos de la familia como una sociedad natural fundada en el matrimonio». El matrimonio se ordena sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley para garantizar la unidad familiar». Finalmente, el art. 117 requiere que el legislador (estatal y regional) respete «las limitaciones derivadas del derecho comunitario y las obligaciones internacionales».

las costumbres»⁵⁶, señala que «esta interpretación no puede llegar a afectar el núcleo de la norma, modificándola de tal manera que incluya en ella fenómenos y problemas no considerados de ninguna manera cuando se promulgó»⁵⁷. En otras palabras, la Corte Constitucional italiana ha admitido en la sentencia una posible evolución de las nociones de «matrimonio» y «familia», pero sin cuestionar el carácter heterosexual del matrimonio en cuanto elemento constitutivo de la institución.

La doctrina ha acogido, en general, con perplejidad tales afirmaciones, al considerar que la Corte hace consideraciones muy discutibles, en última instancia conservadoras y contrarias a las tesis apoyadas por otros Tribunales Constitucionales que, al decidir sobre la legitimidad constitucional de las disposiciones civiles sobre matrimonio, rechazaron el «paradigma heterosexual» y el argumento de la tradición⁵⁸.

La doctrina ha planteado la cuestión de si la interpretación originalista ofrecida por el Tribunal Constitucional sobre el matrimonio implicara, para el futuro, también un límite para el legislador ordinario a la introducción en Italia de un matrimonio igualitario. Sobre este punto se encuentran diferentes interpretaciones: algunos han argumentado que incluso el legislador ordinario podría introducir el matrimonio igualitario⁵⁹, otros, en cambio, que esa opción sólo podría lograrse a través de reforma constitucional⁶⁰. Sin embargo, como se explicará más adelante, los desarrollos más recientes en la jurisprudencia constitucional parecen excluir la primera interpretación.

Debe enfatizarse que la Corte —después la mención de cómo el Constituyente pretendía referirse al matrimonio «en el sentido tradicional de este instituto»— añade que «el art. 30 se refiere a la protección de los niños y, por lo tanto, la tutela de los hijos naturales no menoscaba la importancia constitucional atribuida a la familia legítima y al (potencial) propósito procreador del matrimonio, que lo diferencia de la unión homosexual»⁶¹.

Con esta afirmación ambigua, se puede suponer que la Corte Constitucional italiana intentó enfatizar no una diferencia entre parejas del mismo sexo y parejas de diferente sexo, sino entre «matrimonio» y «uniones homosexuales», de manera que justifique un tratamiento diferente en el futuro en el nivel legislativo, en relación, por ejemplo, con el reconocimiento de los derechos de los padres de las parejas del mismo sexo. Además, es muy importante que la Corte, a diferencia de otros tribunales constitucionales de países con tradición legal occidental, acepte en la sentencia de 2010 la idea del propósito procreador del matrimonio (pero lo define sólo como «potencial»).

56. Véase sentencia n. 138 del 2010, § 9.

57. *Ibidem*.

58. R. ROMBOLI, «La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni», accesible en línea: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>; P. VERONESI, «Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi», in *Studium iuris*, 2010, 10, pág. 997.

59. B. PEZZINI, «Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale», accesible en línea <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

60. Si v. R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010*, art. cit.; G.M. Salerno, «Il vincolo matrimoniale non è suscettibile di "interpretazione creativa"», *Famiglia e minori*, suppl. di *Guida Dir.*, 5 (2010), pág. 47.

61. Sent. n. 138 del 2010, § 9.

En cuanto a la legitimidad constitucional de la inexistencia en el ordenamiento italiano de una disciplina de la uniones entre personas del mismo sexo, en la sentencia la Corte Constitucional trata este perfil sobre la base del art. 2 de la Constitución que garantiza los derechos humanos inviolables «en las formaciones sociales en las que [el hombre] desarrolla su personalidad (...)». Con una afirmación compartida por gran parte de la doctrina, la Corte reconoce a la unión entre personas del mismo sexo –«entendida como una coexistencia estable entre dos personas del mismo sexo»– «el derecho fundamental a vivir libremente una condición de pareja, obteniendo –en los modos y dentro de los límites establecidos por la ley– el reconocimiento legal con los derechos y deberes consecuentes»⁶².

Por lo tanto, la Corte Constitucional valoriza las uniones entre personas del mismo sexo, pero sobre todo enfatiza el aspecto *objetivo* de la duración y de la estabilidad de la relación, sin mencionar aspectos subjetivos como el amor, el respeto, el apoyo y devoción mutua que representan elementos calificativos de la relación, a los que se refieren otros Tribunales constitucionales. Además, la Corte afirma que el asunto cae dentro de la discrecionalidad legislativa, pero reconoce que el Parlamento tiene la más amplia libertad en relación con las modalidades, los límites y los tiempos de protección de las parejas del mismo sexo. Por esta razón, la sentencia concluye que ya que «la aspiración [de parejas del mismo sexo] a tal reconocimiento necesariamente postula una disciplina de carácter general, dirigida a regular los derechos y deberes de los miembros de la pareja», la cuestión de la legitimidad constitucional planteada por los jueces debe considerarse inadmisibile. «En el ámbito de aplicación del art. 2 de la Constitución, corresponde al Parlamento, en el ejercicio de su total discreción, identificar las formas de garantía y reconocimiento para los sindicatos antes mencionados»⁶³.

Después la Corte ha vuelto sobre el tema con la sentencia n. 170 de 2014, que se refiere a un caso diferente, lo de una pareja en la que uno de los cónyuges se haya sometido a un cambio de sexo. En el momento en el que el cambio de sexo entró en el registro civil, se acordó, en base al artículo 4 de la ley 164/1982, automáticamente la disolución del matrimonio. Ya que la pareja entendía seguir en su vínculo matrimonial, la Corte de Casación plantea una cuestión de legitimidad constitucional, preguntando a la Corte Constitucional si el llamado «divorcio imposto» viola no sólo la igualdad constitucional (art. 3) y la protección de los derechos inviolables de individuos y grupos sociales (art. 2), sino también el derecho al matrimonio (art. 29), y el respeto de las obligaciones internacionales (art. 117).

La sentencia n. 170 de la Corte Constitucional es muy sintética. La Corte rechaza en cuanto manifiestamente infundadas algunas de las cuestiones de inconstitucionalidad⁶⁴: en su opinión la cuestión no debe plantearse en relación con el art. 29 de la Constitución, ya que «la noción de matrimonio presupuesto por el Constituyente es la misma definida por el Código Civil de 1942, que "estableció [...] que los cónyuges

62. Sent. n. 138 del 2010, § 8.

63. Ibidem.

64. Sent. N. 170 del 2014, §5.2.

deben ser personas de diferente sexo"». Además, la Corte excluye la violación del principio de igualdad (art. 3 de la Constitución), por «la diversidad del caso particular de disolución debido al cambio en el sexo de uno de los cónyuges en comparación con las otras causas de disolución del matrimonio que justifica la diferente disciplina»⁶⁵. Por fin, el Tribunal excluye la violación de las obligaciones internacionales (artículo 117) en relación con los artículos 8 (derecho al respeto a la vida familiar) y 12 (derecho a casarse y formar una familia) del CEDH porque, en ausencia de un consenso entre los diversos estados nacionales sobre el tema de uniones entre personas del mismo sexo, en la opinión del TEDH, el legislador tiene un margen de apreciación significativo en la materia y sólo a él le corresponde ponderar los intereses en conflicto y definir las medidas de tutela para parejas del mismo sexo⁶⁶.

La cuestión de la legitimidad constitucional del art. 4 de la ley n. 164/1982, sin embargo, es resuelto por la Corte únicamente debido al art. 2 de la Constitución con especial referencia al reconocimiento y protección de los derechos humanos inviolables en las formaciones sociales. Como se indicó en 2010, de hecho, la Corte Constitucional observa que las parejas del mismo sexo constituyen «una formación social con derecho a vivir libremente la condición de una pareja»⁶⁷. Su interés está completamente sacrificado por la ley en nombre del «interés del Estado de no cambiar el modelo heterosexual del matrimonio [...] una vez que el requisito esencial de la diversidad sexual de los cónyuges ha cesado». En otras palabras, la Corte considera que la ley de 1982 resolvió el conflicto entre los intereses en juego garantizando solo el «interés del estado» en no modificar las características fundamentales de la institución del matrimonio, pero sacrificando totalmente los intereses de la pareja y su vínculo que representa una «forma de comunidad», connotada por la «coexistencia estable entre dos personas», «adecuada para permitir y favorecer el libre desarrollo de la persona en la vida de relación»⁶⁸.

Por lo tanto, la Corte Constitucional, aunque acepte la cuestión de constitucionalidad, excluye la posibilidad de «una sentencia manipuladora, que sustituye el divorcio automático por un divorcio a petición, ya que esto equivaldría a posibilitar la continuación del vínculo matrimonial entre sujetos del mismo sexo, en contraste con el art. 29 Cost⁶⁹». Por lo tanto, declara la ilegitimidad constitucional del art. 4 de la l. 164/1982 en la parte en que esta disposición no permite a los cónyuges «mantener viva una relación de pareja legalmente regulada con otra forma de convivencia registrada, que proteja adecuadamente los derechos y obligaciones de la pareja, con los procedimientos a ser decididos por el legislador. El legislador debe por lo tanto introducir una forma alternativa (y diferente del matrimonio) que permita a los dos cónyuges evitar el cambio de un estado de máxima protección legal a una condición de indeterminación absoluta»⁷⁰. Este objetivo, aclara la Corte, debe ser absuelto por

65. Sent. n. 170 del 2014, § 5.4.

66. Sent. n. 170 del 2014, § 5.3.

67. Sent. n. 138 del 2010, § 8.

68. Sent. n. 170 del 2014, § 5.6.

69. Sent. n. 170 del 2014, § 5.6.

70. *Ibidem*.

el legislador «con la mayor celeridad para superar la condición de ilegalidad de la disciplina», por la actual falta de tutela de los derechos de los sujetos interesados⁷¹.

La doctrina⁷² opinó que la sentencia era muy ambigua en sus conclusiones: aunque el Tribunal ha aceptado la cuestión de la legitimidad constitucional del «divorcio impuesto», sus conclusiones no han satisfecho el reclamo de la pareja, cuya unión ya no puede continuar como matrimonio, por falta del requisito esencial de la diversidad de sexo⁷³.

En conclusión, es claro que tanto la sentencia de 2010 y más claramente la sentencia de 2014 han ayudado a cristalizar la institución del matrimonio en Italia. Si, por lo tanto, en el futuro el legislador quisiera introducir el matrimonio igualitario, debería (especialmente a la luz de las consideraciones hechas en la sentencia sobre «divorcio impuesto») recurrir a una ley de revisión constitucional. Esto representa, si se compara con la experiencia española, un resultado bastante cuestionable, especialmente si tenemos en cuenta que el art. 29 de la Constitución italiana no define el matrimonio, ni contiene ninguna referencia a la diversidad de sexo entre los cónyuges.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional ha indicado claramente al legislador el modelo alemán, que consiste en una doble disciplina legislativa, la de las uniones civiles para parejas del mismo sexo y el matrimonio para parejas de diferente sexo. Además, la Corte ha dejado al legislador libre para definir los contenidos, pero como se mencionó anteriormente, parece que pone límites al reconocimiento de los derechos parentales, considerando que la procreación «potencial» constituye un fin esencial solo del matrimonio.

Si quisiéramos colocar estas conclusiones en el camino trazado en la primera parte de este trabajo, deberíamos decir que, para las afirmaciones contenidas en ellas, las sentencias de la Corte italiana todavía se colocan –en comparación con los pronunciamientos de muchos tribunales constitucionales europeos y extraeuropeos– en la segunda fase, la que reconoce el valor de las uniones entre personas del mismo sexo y la necesidad de su protección constitucional.

La Corte italiana no ha aceptado, de hecho, una interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales sobre el matrimonio (como el Tribunal Constitucional español) para tener en cuenta los cambios en la realidad social, aunque establece explícitamente que «los conceptos de familia y el matrimonio no se pueden considerar cristalizados»⁷⁴.



71. Ibidem.

72. Véase R. ROMBOLI, «La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice», *Foro It.*, 10 (2014); G.P. DOLSO, G. PARODI, B. PEZZINI, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, P. VERONESI, «Focus: Quando scricchiola un paradigma. La Cassazione decide il caso Bernaroli», *Genius*, 2015, 1, <http://www.articolo29.it>; B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in <http://www.articolo29.it>.

73. Después de la sentencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal de Casación (sentencia n.º 8097 de 2015) consideró que el matrimonio podría continuar pero que «convertirla» en unión civil una vez que el Parlamento italiano adoptara la ley sobre uniones civiles.

74. Sent. n. 138 del 2010, § 9.

La interpretación restrictiva de la institución del matrimonio lleva la Corte a no valorar los principios de igualdad e igual dignidad social de las parejas del mismo sexo. Por ejemplo, no se hace referencia al significado simbólico y expresivo que tiene el matrimonio para todas las parejas, incluidas las del mismo sexo, ni se enfatiza cómo conduce a la estabilidad legal y la certeza de los derechos y deberes de las parejas (y sus hijos). La reflexión sobre el matrimonio, por otro lado, se detiene en la valorización de algunos datos objetivos (la diversidad del sexo, la procreación) basados esencialmente en la tradición jurídica italiana, en particular en la anterior a la adopción de la Constitución⁷⁵.

VI. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA RECIENTE LEY SOBRE UNIONES CIVILES EN ITALIA

Después de las sentencias del Tribunal Constitucional y una condena de Italia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la ausencia de una disciplina de uniones entre personas del mismo sexo⁷⁶, el legislador italiano finalmente adoptó en mayo de 2016 la ley n. 76 sobre uniones civiles entre personas del mismo sexo.

La ley sigue las indicaciones de la Corte Constitucional en las sentencias de 2010 y 2014. Como lo sugirió la Corte, de hecho, introduce la unión civil, una institución paralela y sustancialmente similar al matrimonio, reservada para parejas del mismo sexo.

Para enfatizar la diferencia con la institución del matrimonio y preservar las características esenciales identificadas por la Corte Constitucional, la ley n. 76 establece algunas diferencias entre las dos instituciones. Algunos aspectos de la celebración con un carácter simbólico (como las fórmulas pronunciadas por los cónyuges o publicaciones) están reservados para el matrimonio; la ley deroga la obligación de fidelidad y proporciona formas más rápidas de disolver la unión con respecto al divorcio. La diferencia más significativa se refiere a la falta de reconocimiento de la pareja civilmente unida de la posibilidad de recurrir a la adopción (tanto la *step-child adoption* como la adopción conjunta).

La exclusión de la adopción (en particular de la *step-child adoption*) representó el resultado de un compromiso entre las fuerzas políticas presentes en el Parlamento, especialmente después de la firme oposición expresada por representantes católicos sobre el tema de la filiación de parejas del mismo sexo. Sin embargo, la ley deja abierta la posibilidad a los jueces de aplicar «lo previsto y permitido en materia adopción por la normativa vigente» (art. 1, pár. 20): de esta forma, el legislador da implícitamente a los jueces la posibilidad de otorgar la adopción del hijo de uno de los dos de la pareja en parejas del mismo sexo, usando la «adopción en casos especiales» permitida por la ley que regula la adopción⁷⁷.

75. La Corte Constitucional, al dar una definición constitucional del matrimonio, cita, por ejemplo, la definición que se presupone en el código civil, en la que se hace referencia a la diversidad del sexo entre los cónyuges. *Si v.* en particular, sent. n. 138 del 2019, §9.

76. *Oliari c. Italia*, App no 18766/11 e 36030/11, 21 de julio de 2015.

77. Art. 44, lett. D, ley n. 183 de 1984.

Como se ha señalado⁷⁸, el Parlamento italiano ha abdicado de su papel como intérprete de la realidad social y ha confirmado implícitamente las numerosas sentencias de los tribunales y del Tribunal de Casación⁷⁹ que en los últimos años han reconocido a las parejas del mismo sexo, a pesar de la falta de una ley, la posibilidad de adoptar.

Aparte de estas importantes diferencias, el art. 1, párr. 20 de la ley n. 76 equipara sustancialmente al matrimonio y la unión civil, reconociendo a este último todos los derechos previstos para el matrimonio (desde derechos de propiedad, prestaciones sociales, seguridad social, impuestos, pensión, visitas a la prisión, hospital, etc.).

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Terminando este análisis, no puede negarse que cómo la reciente ley italiana sobre uniones civiles fue modelada sustancialmente por el legislador sobre las indicaciones que surgen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ya que, como hemos dicho, la Corte Constitucional ha juzgado a las parejas del mismo sexo como «no homogéneas al matrimonio»⁸⁰, la ley enfatiza la distancia entre la institución matrimonial y la unión civil.

En conclusión, a pesar de las muchas complejidades planteadas por las sentencias, el papel de la Corte Constitucional fue esencial para la adopción de una primera disciplina de uniones entre personas del mismo sexo en Italia. Debido a la inercia del legislador y bajo el aspecto teórico-jurídico en ausencia del reconocimiento de la protección constitucional de las parejas del mismo sexo, fue difícil para la Corte Constitucional introducir el matrimonio igualitario. La posición de la Corte italiana era, de hecho, muy diferente de la del Tribunal Constitucional español, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos o del Consejo Constitucional francés, llamados a decidir después de la aprobación de una ley sobre el matrimonio igualitario y en presencia de un contexto teórico-jurídico mucho más maduro en términos de eliminación de discriminación para parejas del mismo sexo.

Sin embargo, aunque sean restrictivas y aisladas en el contexto de la jurisprudencia constitucional europea, las consideraciones de la Corte deben colocarse en el contexto italiano (social, político y legal). Estas confirman la premisa a partir de la cual comenzó este escrito, que el papel de los tribunales constitucionales, a diferencia de los tribunales inferiores, no puede considerarse separado del contexto social y político.

78. Véase M. GATTUSO, «Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida», *Articolo29.it*.

79. Véase sent. n. 12962 de 26 de mayo de 2016 del Tribunal de Casación que reconoció el derecho fundamental de los hijos de parejas del mismo sexo a mantener una relación familiar legalmente reconocida con ambos padres.

80. Sent. n. 138 del 2010, § 10.