

ITALIA

Paulino César Pardo Prieto

Prof. Titular de Universidad
Universidad de León

“No conviene engañarse sobre el Derecho de familia, pues cada vez es más Derecho y menos de familia. Quiere decirse que lo que cada día importa más son los asuntos económicos y patrimoniales. Si todo ha de valer como matrimonio y nadie quiere que sea tan libre su relación libre, es porque, al fin, interesa heredar o recibir pensión o subrogarse en el arrendamiento o mantenerse en el usufructo o (...) No suena muy romántico, pero el Derecho de familia no es el Derecho de los afectos, sino el de los efectos. Quizá siempre lo ha sido. Tal vez no cabe de otra manera. Por eso (...) se juridifi(can) tantas relaciones para que sean todas familiares, para que no haya escapatoria de lo económico y cada sentimiento tenga precio y cada caricia contraprestación monetaria.”¹

1. SENTENCIA DE LA CORTE COSTITUZIONALE NÚMERO 138, DE 14 DE ABRIL DE 2010².

La Sentencia declara: 1) *inadmisibile*, con relación a los artículos 2 y 117, apartado primero, de la Constitución, la cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 -bis, 156 -bis del Código civil, planteada; 2) *no fundada*, con relación a los artículos 3 y 29 de la Constitución

¹ GARCÍA AMADO, J.A., *El Derecho y la familia, el matrimonio, los afectos y... el sexo. Un manifiesto inaugural con ánimo provocativo, en Familia y relaciones afectivas. Derecho, ideología y dinámicas sociales, II Experiencia Jurídica Interdisciplinar – PAID 2010* (pendiente de publicación). El fragmento puede verse también en <http://garciamado.blogspot.com/2010/10/el-derecho-y-la-familia-el-matrimonio.html>.

² Estudio realizado en el marco del Proyecto de investigación: Laicidad, pluralismo y libertad de conciencia (ULE2009-10), financiado por el Vicerrectorado de Investigación de la Universidad de León, Resolución de 23 de febrero de 2010

la cuestión de legitimidad constitucional de los artículos del Código civil indicados.

La Corte, por tanto, considera que no son contrarios a la Constitución italiana los artículos de la legislación ordinaria civil que actualmente regulan el matrimonio limitándolo a parejas de distinto sexo. Un resultado que cabría considerar previsible y al que llevan razonamientos en parte utilizados por la jurisprudencia de otros países³ o la más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴. Incluso, entre la doctrina española, se ha hecho notar su proximidad a un informe y un dictamen previos a la aprobación de la Ley 13/2005, si bien es cierto que estos últimos carecen del carácter de fuentes⁵.

³ Vid. R., M. de la C. y otra c. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, de fecha: 26/09/2007. Sobre éste véase el comentario de MARTÍN HEVIA, E.S., *La Constitucionalidad de la Prohibición del Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo en Argentina*, en *Jura Gentium - Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, IV (2008), 1; www.juragentium.unifi.it. Frente a quienes pudieran sentirse inclinados a advertir en aquella sentencia un primer paso hacia la consideración como inconstitucional de ese tipo de uniones (hoy reconocidas por Ley 26.618, *de matrimonio igualitario*, de 15 de julio de 2010; Boletín Oficial de la República Argentina del 22) nos parece vale la pena repetir el argumento que esgrimía el autor: “La conclusión del argumento de la Cámara no puede ser que, según los tratados, el matrimonio homosexual está prohibido. En todo caso, *la conclusión debería ser que, según los tratados, el matrimonio homosexual no está permitido ni prohibido y, por ende, hay una laguna normativa*”; sobre esto último, cita ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1974, pp. 221-224.

⁴ *Schalk and Kopf v. Austria*, App. n°. 30141/04, de 24 de junio de 2010 (pendiente de decisión ante la Gran Cámara). Sobre las coincidencias entre ambos textos, véase REPETTO, G., *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto*, en *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti - n. 0, 2/7/2010*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, pp., 5-8; DAL CANTO, F., *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, *ibid.* pp. 18 y ss.

⁵ Concretamente, a los en su día muy controvertidos Dictamen de 16 de diciembre de 2004, del Consejo de Estado, e Informe de 26 de enero de 2005, del Consejo General del Poder Judicial; *vid.* CAÑAMARES ARRIBAS, S., *El reconocimiento*

Aunque algunos pasajes de la sentencia no parecen muy afortunados, como las referencias al Derecho natural, a fines procreativos o a la *mens* del legislador constituyente⁶, hemos de convenir con quienes lo han puesto así de relieve que la misma prepara el camino hacia el reconocimiento a la vida en pareja de personas del mismo sexo de efectos que hoy pertenecen exclusivamente al haz de derechos y obligaciones propios de la convivencia matrimonial⁷. En este sentido, la consideración de la pareja homosexual entre las “formaciones sociales” del artículo 2 de la Constitución italiana y, como tal, merecedora de protección jurídica es una de las aportaciones más significativas así como el haber residenciado en el legislador ordinario la responsabilidad de actuar normativamente en esa dirección⁸.

Uno de los argumentos que más espacio ocupa en la Sentencia de la Corte en orden a justificar la renuncia a una “interpretación creadora” de Derecho se refiere a que en la Asamblea Constituyente no se pensó en un matrimonio que no fuera el heterosexual ya presente en el Código civil de 1942. Frente a esta idea, resulta más adecuada la posición de Tozzi

del matrimonio homosexual en Italia. Breves consideraciones a propósito de la sentencia 130/2010 del Tribunal Constitucional italiano [sic], en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 23 (2010), www.iustel.com, p. 8.

⁶ DAL CANTO, F., *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale...*, *ibid.*, pp. 11 y 12; MANETTI, M., *Famiglia e Costituzione : le nuove sfide del pluralismo delle morali*, en *Rivista dell'AIC - n. 0, op. cit.*, p. 3

⁷ PEZZINI, B., *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, en *Rivista del AIC...*, *cit.*, pp. 2 y 4, ROMBOLI, R., *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”* en *Rivista del AIC...*, *cit.*, pp. 11-13. Ambos textos también en *Giurisprudenza Costituzionale*, n.º 3/2010 (en imprenta)

⁸ CRIVELLI, E., *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, en *Rivista del AIC...*, *cit.*, p. 9; ANGELINI, F., *I “compromessi sposi”: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, en *Rivista del AIC...*, *cit.*, p. 2;

quien, desde hace años, ha defendido que: “...en la inspiración de la Constituyente estaban la cultura comunista-socialista, la liberal, la católica, sin que en rigor resulte sostenible que quisieran referir los conceptos de matrimonio y familia a un único modelo de tipo confesional como el que tan sólo la parte católica podía considerar único válido. En 1948, la situación no era suficientemente madura para particularizaciones que habrían alimentado rupturas; lo imperativo políticamente era la reconstrucción moral, jurídica y económica del País en un contexto de democracia, pero ningún dato justifica la afirmación de que se optó por un modelo canónico de matrimonio o familia, o un equivalente civil del mismo”⁹.

Seguidamente incorporamos la traducción al castellano de los Fundamentos de Derecho y del Fallo de esta importante sentencia.

⁹ TOZZI, V., *La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico. Intervento alla giornata di studio: Famiglia o famiglie? Interrogiamo il diritto*, Macerata, 27 di aprile dal 2007, en *Stato. Chiese e pluralismo confessionale - Rivista telematica - maggio 2007*. www.statoechiese.it. En relación a España, los debates parlamentarios muestran que el acogimiento de muy dispares modelos de familia formó parte de las discusiones y determinó la adopción de la fórmula contenida en los artículos 32 y 39 CE. Sobre esto último, PARDO PRIETO, P.C., *Los artículos 32 y 39 de la Constitución española en los trabajos parlamentarios previos*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, Volumen II, 1999, Valencia, pp. 721 – 728.

ANEXO.

SENTENZA 138/2010. GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE. DECISIONE DEL 14/04/2010. PUBBLICAZIONE IN G. U. 21/04/2010.

Consideraciones de Derecho

El Tribunal de Venecia, con el auto¹⁰ () referido ha interpuesto, en relación a los artículos 2, 3, 29 y 117, párrafo primero, de la Constitución, cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis del Código civil, “en cuanto que, sistemáticamente interpretados, no permiten contraer matrimonio con personas del mismo sexo a las personas de orientación homosexual”

El juez a quo declara previamente que ha sido solicitado su pronunciamiento en un proceso promovido por dos personas de sexo masculino que, a los efectos del artículo 98 de aquél Código, actúan contra el acto mediante el cual el encargado del registro civil [*ufficiale di stato civile*] del Municipio de Venecia ha rechazado proceder a la publicación del matrimonio solicitada por ellos, al entenderla contraria a la normativa vigente, constitucional y ordinaria, en tanto que la institución del matrimonio en el ordenamiento jurídico italiano estaría asentada sobre la diversidad de sexos de los cónyuges.

El Tribunal de Venecia relata los argumentos desplegados por los recurrentes quienes han subrayado que, en el ordenamiento vigente, no existiría una noción de matrimonio, ni una correlativa prohibición expresa para personas del mismo sexo. Se remontan a la Constitución y a la Carta de Niza para recalcar que la interpretación literal de las normas del Código civil que fundamenta la denegación de las publicaciones, ha de considerarse constitucionalmente ilegítima, especialmente en relación a los artículos 2, 3, 10, segundo párrafo, y 29 de la Constitución.

¹⁰ En el original: “ordinanza”. N. del T.

Como se observó, el Tribunal pone de relieve que en el ordenamiento italiano el matrimonio entre personas del mismo sexo no está contemplado ni prohibido de manera expresa. De otro lado, incluso en ausencia de una norma definitiva “el instituto del matrimonio, tal como está regulado en el ordenamiento italiano vigente, se refiere indiscutiblemente únicamente al matrimonio entre personas de sexo distinto”. En el criterio del Tribunal, el claro tenor de las disposiciones del Código reguladoras del instituto matrimonial no permitiría extenderlo a personas del mismo sexo. Se forzaría de un modo no admisible para los jueces y tribunales (distintos del Constitucional) “una consolidada y más que milenaria noción del matrimonio comunión de un hombre y una mujer”.

Por otra parte, según el Tribunal no se pueden ignorar las rápidas transformaciones de la sociedad, de las costumbres, la superación del monopolio detentado por el modelo de familia tradicional, el nacimiento espontáneo de formas diversas (aun minoritarias) de convivencia que reclaman tutela, exigiendo una atenta reflexión sobre la persistente compatibilidad de la interpretación tradicional con los principios constitucionales.

Expuesto todo ello, el Tribunal de Venecia, atendiendo a que el derecho a contraer matrimonio constituye un derecho fundamental de la persona reconocido en los ámbitos nacional e internacional (art. 2 CI), ilustra los motivos de censura relativos a varios parámetros de constitucionalidad, llegando a la conclusión de que la cuestión no carece manifiestamente de fundamento y que, por el contrario, es jurídicamente relevante en tanto que la aplicación de las normas contra las que se dirige la censura resulta imprescindible para completar el proceso lógico jurídico que debe llevar a la resolución de la causa.

2.-La Corte de Apelación de Trento, con el otro auto señalado anteriormente, ha planteado una cuestión de legitimidad constitucional acerca de los artículos 93, 96, 98, 107, 108, 143 y 143 bis del Código civil en relación a los artículos 2, 3 y 29 de la

Constitución en tanto que, tomados en su conjunto, no permiten contraer matrimonio con personas del mismo sexo.

La Corte territorial declara que ha sido llamada a intervenir en vía de recurso, a los efectos previstos en el artículo 739 del Código procesal civil, por dos parejas (ambas formadas por personas del mismo sexo) contra el decreto del Tribunal de Trento que había rechazado la oposición formulada por los reclamantes en relación a una providencia del oficial del estado civil del Municipio de Trento. Con dicha providencia el mencionado funcionario rechazaba promover la publicación del matrimonio solicitada al no considerar admisible en el ordenamiento italiano el matrimonio entre personas del mismo sexo; esta negativa fue considerada legítima por el Tribunal.

La Corte proponente, después de haber considerado infundada la demanda principal dirigida a ordenar al oficial del estado civil proceder a las publicaciones, afronta el examen de la cuestión de legitimidad constitucional, propuesta de forma subsidiaria por los reclamantes, desarrollando en relación a las censuras promovidas consideraciones análogas a las expuestas por el Tribunal de Venecia.

3.- Los dos juicios de legitimidad constitucional, al tener por objeto la misma cuestión, han sido unidos para ser resueltos con una única sentencia.

5.- La cuestión planteada por los dos autos de remisión, en relación al artículo 2 CI, debe ser declarada inadmisibile por cuanto dirigida a obtener un pronunciamiento de adición no obligado constitucionalmente (*ex plurimis*: autos núm. 243 del 2009; núm. 316 del 2008; 185 del 2007; núm. 463 del 2002).

6.- Ambos autos parten del presupuesto de que la institución matrimonial civil, tal y como está reconocido en el ordenamiento italiano vigente, se refiere únicamente a la unión estable entre un hombre y una mujer. Este dato resultaría no sólo de las normas objeto de censura sino también de la regulación de la filiación legítima (artículos 231 y siguientes del Código civil y, especialmente, de los artículos 235, 244 y siguientes del propio

Código) y de otras normas, entre ellas, a título ilustrativo, cabe mencionar el artículo 5, párrafos primero y segundo, de la Ley núm. 898, de 1 de diciembre de 1970 (reguladora de los casos de disolución del matrimonio) así como de las normas relativas a la ordenación del estado civil.

Sustantivamente, la completa regulación de la institución contenida en el Código civil y en la legislación especial postula la diferencia de sexo de los cónyuges en el marco de una consolidada y más que milenaria noción de matrimonio, como pone de relieve el auto del Tribunal veneciano.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina, mayoritariamente inclinada a sostener que la identidad de sexo ha de conllevar la inexistencia del matrimonio, aún cuando una parte habla de invalidez. La rara jurisprudencia que se ha ocupado de la cuestión (por lo demás, como *obiter dicta*), ha tenido la diferencia de sexo de los cónyuges como uno de los requisitos mínimos indispensables para contemplar la existencia del matrimonio (Corte di Casación, sentencias núm. 7487 del 2000, núm. 1304 de 1990 y núm. 1808 de 1976).

7.- Sentadas las anteriores consideraciones, se debe ahora determinar si el parámetro constitucional contemplado por los remitentes impone proceder a una declaración de ilegitimidad de la normativa censurada (aplicando en su caso el artículo 27, parte final, de la Ley núm. 87, de 11 de marzo de 1953, sobre normas de funcionamiento de la Corte Constitucional), extendiendo a las uniones homosexuales la disciplina del matrimonio civil para así colmar el vacío que genera el hecho de que el legislador no haya afrontado el problema del matrimonio homosexual.

8.- El art. 2 CI dispone que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto individualmente como al insertarse en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad e insta la realización de los imprescriptibles deberes de solidaridad política, económica y social.

Ahora bien, por ‘formación social’ debe entenderse cualquier forma de comunidad, simple o compleja, adecuada para permitir y favorecer el libre desarrollo de la persona en la vida social, dentro de una puesta en valor del modelo pluralista. Dentro de esa idea debe contemplarse también la unión homosexual, entendida como convivencia estable entre dos personas del mismo sexo, que responde al derecho fundamental a vivir libremente en pareja y obtener, en los plazos, en las formas y en los límites establecidos legalmente, un reconocimiento jurídico y los correlativos derechos y obligaciones.

Al margen de lo anterior, eso sí, queda el que la aspiración a dicho reconocimiento, que necesariamente exige una regulación de carácter general, dirigida a determinar los derechos y deberes de los miembros de la pareja, pueda venir únicamente a través de una equiparación de las uniones homosexuales al matrimonio. Basta un examen, siquiera poco exhaustivo, de las legislaciones de los países que hasta ahora han reconocido las uniones citadas para comprobar la variedad de las soluciones puestas en práctica.

Ha de atenderse, por tanto, a que, en el marco del artículo 2 CI [Costituzione italiana], pertenece al Parlamento, en el ejercicio de su plena discrecionalidad, especificar el modo de reconocer y dotar de garantías a las mencionadas uniones, manteniendo la Corte Constitucional la posibilidad de intervenir ofreciendo su tutela a situaciones particulares (como ha sucedido en relación a las convivencias *more uxorio*: Sentencias núm. 559 de 1989 y núm. 404 de 1988). Puede suceder, de hecho, que en ciertas hipótesis sea exigible un tratamiento homogéneo entre la pareja casada y la pareja homosexual, tratamiento que esta Corte puede garantizar mediante el juicio de razonabilidad.

9.- La cuestión planteada en relación a los parámetros tomados de los artículos 3 y 29 no es fundada.

Conviene comenzar, por razones de carácter lógico, por esta última disposición. Establece, en su primer párrafo, que “la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio”, y en el segundo párrafo

añade que “el matrimonio se basa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites determinados por la ley para garantizar la unidad familiar”.

La norma, que ha dado lugar en sede doctrinal a una viva polémica todavía abierta, sitúa el matrimonio como fundamento de la familia legítima, definida ‘sociedad natural’ (expresión con la que se quiere subrayar, según se observa en los trabajos preparatorios de la Asamblea constituyente, que a la familia contemplada por la norma pertenecen derechos originarios y preexistentes al Estado que éste ha de reconocer).

Sentado lo anterior, también es verdad que los conceptos de familia y matrimonio acuñados en la época en que la Constitución entró en vigor no pueden considerarse inamovibles sino que están dotados de la ductilidad propia de los principios constitucionales y, en consecuencia, han de ser interpretados de conformidad con las transformaciones del ordenamiento así como la evolución de la sociedad y de las costumbres. Dicha interpretación, no obstante, no puede ampliarse hasta el punto de incidir sobre el núcleo de la norma, modificándola de tal manera que se incorporen a ella fenómenos y problemáticas que en absoluto fueron consideradas cuando fue dictada.

De hecho, como resulta de los trabajos previos mencionados, la cuestión de las uniones homosexuales permanece por completo fuera de los debates desenvueltos en la sede constituyente, a pesar de que la condición homosexual no era, obviamente, desconocida. Los constituyentes, al elaborar el artículo 29 CI, trataban sobre una institución que tenía un contenido cierto y una disciplina ya regulada en el ordenamiento civil. Por ello, no habiendo entonces referencias distintas, inevitablemente ha de colegirse que ellos tuvieron presente la noción de matrimonio definida en el Código civil entrado en vigor en 1942, donde, como ha quedado expuesto, se establecía (y aún se establece) que los cónyuges habían de ser personas de sexo distinto. Hacia esa misma dirección se dirige el segundo párrafo de la disposición cuando, al afirmar el principio de la

igualdad moral y jurídica de los cónyuges, hace referencia explícita a la posición de la mujer, a quien atribuye igual dignidad y derechos en la relación conyugal.

La expresión del precepto constitucional no puede ser superada por vía hermenéutica pues no se trataría sólo de una nueva lectura del sistema o de abandonar una mera praxis interpretativa sino de proceder mediante una interpretación creadora [de Derecho].

Se debe confirmar, por tanto, que la norma no toma en consideración las uniones homosexuales sino que viene referida al matrimonio en el sentido tradicional de la mencionada institución.

No es casual, por lo demás, que la Carta Constitucional, después de haber contemplado el matrimonio haya entendido necesario ocuparse de la tutela de los hijos (art. 30), asegurando un igual tratamiento a los nacidos fuera del matrimonio en relación a los nacidos dentro de la familia legítima. La justa y obligada tutela, garantizada a los hijos naturales en nada limita el relieve que la Constitución concede a la familia legítima y a la (potencial) finalidad procreadora del matrimonio que sirve para diferenciarlo de la unión homosexual.

En tal contexto, con respecto al art. 3 CI, la normativa del Código censurada que, como ha sido dicho previamente, contempla en exclusiva el matrimonio entre un hombre y una mujer, no puede considerarse ilegítima desde una perspectiva constitucional. Porque toma fundamento del citado artículo 29 CI y porque la propia normativa no da lugar a una discriminación irrazonable en tanto que las uniones homosexuales no pueden considerarse homogéneas frente al matrimonio.

La referencia contenida en el auto de remisión del Tribunal de Venecia a la Ley núm. 164, de 14 de abril de 1982 (Normas en materia de rectificación de atribución de sexo), no es pertinente.

La normativa citada -sometida al examen de esta Corte que, con sentencia núm. 161 de 1985, declaró inadmisibles o no

fundadas las cuestiones de legitimidad constitucional entonces promovidas- prevé la rectificación del sexo enunciado en la declaración de nacimiento a raíz de las modificaciones producidas en los caracteres sexuales del sujeto (art. 1).

Como se observa, se trata de una condición completamente diferente a la del homosexual y, por ello, inadecuada para ser tomada como *tertium comparationis*. En el transexual, de hecho, la exigencia fundamental que se busca satisfacer es la de hacer coincidir *soma* y *psiche* y a esa finalidad sirve, habitualmente, la intervención quirúrgica que, junto a la consiguiente rectificación registral, viene a realizar en términos generales tal coincidencia (Sentencia núm. 161 de 1985, punto tercero de las Consideraciones de Derecho). Al sujeto le es permitido el matrimonio por la previa realización de la intervención para la modificación del sexo, autorizada por el tribunal. El reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a quienes han cambiado el sexo, por tanto, constituye acaso un argumento a favor del carácter heterosexual del matrimonio, tal como está regulado en la regulación vigente.

10.- Queda por examinar el parámetro referente al artículo 117, párrafo primero, CI (tratado solamente en el auto del Tribunal de Venecia).

El remitente cita en primer lugar , como normas a considerar, los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 12 (derecho al matrimonio) y 14 (prohibición de discriminación) de la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales [CEDDHH], firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificada y hecha ejecutiva mediante Ley núm. 848, de 4 de agosto de 1955 (...) y el Protocolo Adicional a la propia Convención, firmado en París, el 20 de marzo de 1952; pone el acento sobre una sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (s. Godwin c, Reino Unido, de 11 de julio de 2002), que declaró contraria a la Convención la prohibición del matrimonio de un transexual (después de la operación) con una

persona de su mismo sexo originario, sosteniendo la analogía de ese dato fáctico con el del matrimonio homosexual; menciona, igualmente, la Carta de Niza (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y, en particular, el artículo 7 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), el artículo 9 (derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia), el artículo 21 (derecho a no ser discriminado); menciona varias resoluciones de las instituciones europeas “que, desde hace tiempo, invitan a los estados miembros a remover los obstáculos que se oponen al matrimonio de parejas homosexuales o bien al reconocimiento de instituciones jurídicas equivalentes”; en definitiva, señala que en el ordenamiento de muchos Estados que poseen un acervo jurídico afín al italiano se está delineando una noción de relaciones familiares que integra a las parejas homosexuales.

Sentado lo anterior, se debe observar que:

a) la alegación de la mencionada sentencia de la Corte Europea no es pertinente por cuanto se refiere a una situación regulada por el Derecho inglés, el caso de un transexual que, después de la operación y de adquirir caracteres femeninos (Sentencia citada, números 12-13), había comenzado una relación con un hombre con quien no podía casarse “porque la ley la considera hombre” (número 95). Tal situación, en el Derecho italiano, habría encontrado solución a través de la Ley 164 de 1982. Y, en cualquier caso, como se ha hecho notar, las posiciones de los transexuales y de los homosexuales no son homogéneas (vid. ut supra pár. 9);

b) Tanto los artículos 8 y 14 de la CEDDHH como los artículos 7 y 21 de la Carta de Niza contienen disposiciones de carácter general sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar y la prohibición de discriminación, disposiciones, por lo demás, análogas. En cambio, los artículos 12 de la CEDDHH y 9 de la Carta de Niza contemplan el derecho a contraer matrimonio y constituir una familia. Por razón del principio de especialidad,

consecuentemente, son estas últimas las normas que han de tenerse en cuenta en el caso examinado.

Ahora bien, el artículo 12 dispone que “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

Por su lado, la Carta de Niza, recibida por el Tratado de Lisboa, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. En realidad, el nuevo texto del artículo 6, apartado primero, del Tratado de la Unión Europea, incorporado al Tratado de Lisboa, prevé que “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

No procede, en atención a la finalidad de la presente causa, acometer los problemas que la entrada en vigor del Tratado conlleva para el Derecho de la Unión y los derechos nacionales, especialmente (...) al determinar su ámbito de aplicación. A los fines de este pronunciamiento debe resaltarse que el artículo 9 de la Carta (como, por lo demás, el artículo 12 de la CEDDHH), al afirmar el derecho a contraer matrimonio reenvía a las leyes nacionales que regulan su ejercicio. Debe añadirse que las Explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que elaboró la Carta (las cuales, aún no siendo leyes, indudablemente constituyen un instrumento para su interpretación) al referirse al mencionado artículo 9 aclaran (entre otras cosas) que: “El artículo no prohíbe ni impone la concesión del status matrimonial a uniones entre personas del mismo sexo”.

Por tanto, aparte de la referencia explícita a los hombres y a las mujeres, resulta igualmente decisivo el dato de que la normativa citada no impone la plena equiparación de las uniones

homosexuales con respecto a las normas previstas para las uniones matrimoniales entre hombre y mujer.

Es más, el reenvío a las leyes nacionales lleva a confirmar que la materia está reservada a la discrecionalidad del Parlamento.

Una ulterior comprobación de todo ello, como ya se ha consignado, se deduce del examen de las opciones y soluciones adoptadas por numerosos países que han introducido, en algunos casos, una verdadera y neta extensión a las uniones homosexuales de la regulación prevista para el matrimonio civil o bien, más frecuentemente, formas de tutela muy diferentes que van desde la tendencial asimilación al matrimonio de las mencionadas uniones hasta la clara distinción, en el plano de sus efectos, respecto al mismo.

Sobre la base de las precitadas consideraciones se debe proceder a la declaración de inadmisibilidad de la cuestión planteada por los remitentes en referencia al artículo 117, apartado primero, de la Constitución.

Por estos motivos, LA CORTE CONSTITUCIONAL, reunidos los jueces:

a) Declara inadmisibile, con relación a los artículos 2 y 117, apartado primero, de la Constitución, la cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 –bis, 156 –bis del Código civil, planteada por el Tribunal de Venecia y la Corte de Apelación de Trento mediante los autos indicados;

b) declara no fundada, con relación a los artículos 3 y 29 de la Constitución la cuestión de legitimidad constitucional de los artículos del Código civil arriba indicados planteada por el Tribunal de Venecia y la Corte de Apelación de Trento mediante aquellos autos.

Así fue decidido en Roma, en la sede de la Corte Constitucional, Palazzo della Consulta, el 14 de abril de 2010.

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100