

INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL CASO DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES *

LAURA LORELLO **

SUMARIO:

1. CONSTITUCIONES NACIONALES E INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL
2. INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
3. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CUESTIÓN DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES
4. UN JUEZ DIFERENTE: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CUESTIÓN DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES
5. UNA POSIBLE SOLUCIÓN EQUILIBRADA AL PROBLEMA DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES
6. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

1. CONSTITUCIONES NACIONALES E INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL

El nacimiento de la Unión Europea ha supuesto un momento de inflexión, quizá no del todo inesperado, en el proceso de integración europea, que ha pasado del ámbito, más simple, de la economía y de los mercados, a aquél, más complejo, de la construcción de una comunidad política.

Ésta exige bases cualitativamente diferentes y estructuralmente más sólidas de las imaginadas inicialmente, que sean susceptibles de atribuir legitimación a las instituciones, procesos decisionales y decisiones que no siguen las modalidades y las vías típicas de los modernos Estados demo-

* Traducido del italiano por Susana Ruiz Tarrías.

** Catedrática de Derecho constitucional. Universidad de Palermo. Este trabajo ha sido entregado para su publicación con fecha de 15 de julio de 2012.

cráticos, respecto de los cuales, por lo demás, la UE no constituye, ni podría constituir, un modelo a escala más amplia¹. Pero sobre todo, la construcción de una unión política debe fundamentarse sobre bases auténticamente comunes, sobre un patrimonio de derechos y de principios realmente compartido por los Estados, en el cual aquéllos puedan reconocerse², sintiéndose parte de una comunidad de valores³.

En la definición de este patrimonio común juegan un papel central las Constituciones de los Estados⁴, expresión del recorrido, algunas veces traumático y doloroso, que ha conducido al nacimiento de las nuevas comunidades nacionales, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, y reflejo de las peculiares vicisitudes históricas, políticas, culturales y sociales de cada una de ellas⁵.

Las Constituciones nacionales representan, de hecho, el éxito de un proceso de positivación de valores que preceden al nacimiento del Estado⁶ y

¹ Vid. J.H.H. WEILER, «Introduzione. Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo», en M.E. COMBA (Cur.), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*. Torino, 2002, p. XIII, p. XVI.

² L. HUNT, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*. Roma-Bari, 2010, p. 12 ss., reconduce la adquisición de «la conciencia de uno mismo» de los derechos humanos, a la afirmación de un «cierto sentimiento interior», fundado en la capacidad de cada individuo, autónomamente considerado, de identificarse con los otros. De aquí puede provenir el origen de un «sentido común» de los derechos humanos, que encuentra su raíz en la idea de compartición de «algo en común que todos los humanos poseen y que los hace iguales», p. 17. Quizá se puede aproximar a esta idea del derecho humano como «el derecho a tener derechos», de que habla H. Arendt, calificada por E. DENNINGER, «I diritti degli altri. Diritti dell'uomo e diritti del cittadino in conflitto tra loro», en *www.dirittifondamentali.it*, 1, 2012, p. 3.

³ J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XVII, hace referencia a los derechos humanos como núcleo en torno al cual «los europeos pueden vincularse».

⁴ Como confirmación de la perduración del Estado y de su función en la dimensión supranacional.

⁵ Nuevamente J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XIV y A. SIMONCINI, «La teoria del diritto naturale e il disorientamento del giurista contemporaneo», en R.P. GEORGE, *Il diritto naturale nell'età del pluralismo*, A. Simoncini (Cur.), p. 5 y ss., p. 19 y ss.

⁶ La positivación tiene por objeto el núcleo esencial de los derechos fundamentales (J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXV), y resulta necesario que se tenga plena concien-

que éste, como resulta conocido, sólo puede reconocer⁷ atribuyéndoles un revestimiento jurídico, que permita la garantía y la protección en el seno del ordenamiento constitucional. Este revestimiento constituye la versión⁸ que el valor prejurídico asume en cada sistema constitucional, es el modo a través del cual el primero viene, por así decirlo, metabolizado en el mismo, asumiendo contornos que responden a la particular experiencia de aquella comunidad y revelando, en definitiva, su identidad.

Las Constituciones nacionales, por tanto, se configuran como expresión de la identidad constitucional del Estado⁹; ellas son la dote que se ofrece

cia de ella para evitar configurar la Constitución como fuente que se «autolegitima», sin ningún anclaje en «verdaderos valores», y que resulta defendida en sí misma y por sí misma, solo a través de la autoridad que posee (J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XIX). Si se quiere, esta dimensión prejurídica de los derechos fundamentales puede hacerse descansar sobre el derecho natural, entendido como conjunto de principios extrajurídicos o prejurídicos que vienen a ser juridificados por los ordenamientos constitucionales (A. SIMONCINI, *op. cit.*, p. 7). El autor subraya cómo G. Zagrebelsky entiende que la constitucionalización ha representado el instrumento de «llegada a algo objetivo, más fuerte que las razones y que las voluntades políticas (...) algo indiscutible (...) «natural» y no controvertido», p. 21. Sobre este aspecto también L. HUNT, *op. cit.*, p. 7 y ss., considera que los derechos humanos adquieren significado solo cuando asumen un «contenido político»: «derechos de los seres humanos frente a los seres humanos, no frente a ninguna otra cosa», p. 8.

⁷ Así se expresa, por ejemplo, el art. 2 de la Constitución italiana.

⁸ La definición de la versión constitucional y nacional de un valor prejurídico viene a ser comparada por R.P. GEORGE, *op. cit.*, p. 194 ss., a la obra desarrollada por el arquitecto de S. Tomás, que actúa con el convencimiento de que un principio del derecho natural no puede ser «realizado» en el ordenamiento jurídico según un «único esquema». «El derecho natural no define de una sola vez el esquema perfecto de regulación», p. 195. De esta consideración se puede obtener la consecuencia de que cada Estado puede realizar internamente el principio de derecho natural a través de una propia versión, que debe resultar, en todo caso, compatible con él mismo, porque no existe una sola respuesta, actuación, concreción unívoca y correcta (p. 197): se admiten «soluciones diferentes», que reflejan la diversidad de los ordenamientos constitucionales. Sobre este aspecto, también F. VIOLA, «Una nuova teoria della legge naturale», en R. P. GEORGE, *op. cit.*, p. 41 y ss., p. 52 y ss, pp. 59-60.

⁹ El papel de las Constituciones nacionales es subrayado por M. CARTABIA, «Unità nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazio-

en la definición del patrimonio constitucional común, en el cual deben situarse no sólo las analogías, sino también las diferencias propias de cada singular sistema constitucional, desde la perspectiva de una europeización¹⁰ que no se imponga como unilateral, y de una integración que no suponga homologación, sino especialmente, síntesis de las diversidades¹¹.

Este resultado se alcanza solo operando desde la base, moviéndose de las Constituciones nacionales, es decir, de las diversas identidades constitucionales, para llegar a una formulación de principios y de derechos que sea auténticamente común y europea en tanto que es compartida por todos los Estados, y que sea lugar en el cual sus diversidades resulten apreciadas y consideradas. Un movimiento inverso, que pretenda crear versiones abstractas de principios y de derechos para imponerlos después a los Estados como comunes y europeos, conduce sólo a la amenaza si no a la negación de su identidad, a la exigencia de utilizar las Constituciones nacionales como

nali», en *Dir. Unione europ.*, 3, 2005, p. 583 y ss., que, refiriéndose al art. I-5 del proyecto de Constitución europea, ahora art. 4.2 TUE, que establece que «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos (...)», observa cómo la referencia, tanto a la identidad nacional como al respeto de la «estructura constitucional» de los Estados miembros, hace de las Constituciones nacionales la expresión de las identidades nacionales, configurándolas como «el sedimento de la cultura de una completa sociedad, un cofre a través del cual el patrimonio cultural viene preservado y transmitido también en términos jurídicos» (p.593).

¹⁰ Sobre el proceso de integración en un sentido constitucional, véase Y. MÉNY, «Una costituzione per l'Unione europea?», en S. Fabrini (Cur.): *L'Unione europea. Le istituzioni e gli attori di un sistema sovranazionale*. Roma-Bari, 2002, pp. 298 y ss.

¹¹ M. COMBA, «Prefazione», en *Diritti e confini...*, *op. cit.*, pp. X-XI, evidencia la exigencia de que en el sistema del CEDH, y en el diálogo entre los Tribunales nacionales y el Tribunal de Estrasburgo se realice la «progresiva formación de un núcleo duro de derechos fundamentales que trasciende las soluciones diferenciadas alcanzadas por los diversos países europeos». Asimismo, también J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXVIII, considera que los derechos humanos se configuran conjuntamente como «fuente» e «indicador para una diferenciación entre los Estados, y no sólo para una asimilación entre los mismos».

rígidas «fronteras internas» opuestas a un proceso de integración que traiciona el significado y la naturaleza que le son propios ¹².

2. INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La construcción del patrimonio constitucional común sobre el que erigir la comunidad política europea, requiere un artífice hábil y creativo, pero al mismo tiempo atento y responsable. De hecho, la codificación de los principios y los derechos europeos realizada a través de la Carta de los derechos ¹³, aún siendo útil e importante, puede constituir solo un punto de partida y no conclusivo.

¹² J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXV y ss., individualiza en la protección de las versiones nacionales de los derechos fundamentales la defensa de la identidad constitucional, «la reivindicación de autonomía nacional protegida por Fronteras fundamentales», que «garantizan plena autonomía a sus respectivas sociedades nacionales», pp. XXVII-XXX. Las fronteras fundamentales citadas por Weiler, hacen referencia al concepto de frontera configurada por G. LOMBARDI, «Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio: problemi costituzionali tra storia e diritto», en *Dir. soc.*, 185, p. 47 y ss. p. 67, que no es limitable a la idea de confín de naturaleza solo espacial, «sino que conlleva una necesaria referencia a una serie de fenómenos agregativos que se caracterizan en relación al grado de homogeneidad y de cohesión que son capaces de crear». Desde esta perspectiva, puede hacerse referencia a las consideraciones de R.P. GEORGE, *op. cit.*, p. 199 y ss, que vincula la teoría del derecho natural a un ejercicio descentralizado del poder, y a la «valorización de la acción individual» fundada sobre el principio de subsidiariedad. Ello supone que las autoridades internacionales respeten la autonomía cultural y la diversidad cultural (p. 203), y las comunidades dispongan de un derecho a «preservar con instrumentos legítimos» sus lenguas, sus costumbres, y sus tradiciones. Aplicado a la relación entre el nivel supranacional y nacional, este esquema impone el respeto de las identidades constitucionales de los Estados.

¹³ La Carta europea de derechos que, como resulta conocido, ha adquirido eficacia jurídica con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no representa tanto un medio para garantizar un adecuado nivel de tutela de los derechos en el contexto eu-

A esta finalidad ha resultado y resulta determinante la obra de los jueces, y sobre todo de uno de ellos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Desde sus inicios, y a veces consintiendo un cierto «activismo», el Tribunal ha promovido la configuración de principios generales y comunes, buscando soluciones compartidas provenientes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y formulando las primeras versiones, sólo en apariencia nuevas, pero en realidad fruto de un proceso de ósmosis entre los derechos nacionales. Todo ello, a través de una evolución de definición y redefinición de los derechos nacionales, expresión de una relación de recíproca conformación entre éstos y el derecho europeo y mediante el cauce del silencioso «pacto constitucional» que une a la UE y a los Estados miembros y que constituye una condición del proceso de integración¹⁴. En este escenario la dimensión supranacional y europea de la tutela de los derechos puede en verdad proponerse como ámbito para una mayor protección de los mismos, que no se opone ni sustituye a la dimensión nacional y constitucional, sino que se coloca junto a ellas. Y es sobre estas bases sobre las que se puede realizar una verdadera tutela multinivel de los derechos¹⁵,

ropeo, dado que aquéllos estaban ya ampliamente protegidos, cuanto un instrumento de percepción y de identificación de la nueva comunidad política, ya sea en su ámbito interno, es decir, respecto de los Estados miembros, como en el ámbito externo, es decir, en relación con los países de la ampliación hacia el Este. Según J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXI, la Carta debía «asegurar» a los Estados protección respecto de la capacidad de la UE y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de disponer respecto de los derechos humanos una tutela desvinculada ahora del originario fundamento económico de los Tratados; pero debía también definir los rasgos de identidad de la UE, como comunidad política, frente a los nuevos países que solicitaban su ingreso, caracterizados por acontecimientos históricos, políticos, sociales y culturales diversos de aquellos que integran el núcleo originario de la Europa occidental.

¹⁴ A. TIZZANO, «Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario», en *Dir. Unione europ.*, 1, 2009, p. 141 y ss., p. 160.

¹⁵ La afirmación de Cartas de derechos y de Tribunales supranacionales llamados a garantizar la tutela, que se suman a la nacional y constitucional, configura una estructura multinivel que puede representar una multiplicación positiva de las sedes de tutela. Sin embargo, ello puede suponer también un factor de complicación, por-

que incrementa, precisamente, el grado de protección, garantizándola en un nivel más elevado, sin desnaturalizar por ello la sustancia y la identidad, reconducida siempre al patrimonio común europeo ¹⁶.

En el desarrollo de esta tarea, otros factores han facilitado el trabajo del Tribunal de Justicia. En primer lugar su composición, que contempla la aportación de las culturas jurídicas y constitucionales de todos los países miembros, creando así, las condiciones para una comparación dialéctica estructural y permanente, que debe conducir a una solución unitaria ¹⁷.

La elaboración de principios y derechos europeos supone el éxito de un movimiento bidireccional, que actúa desde las Constituciones nacio-

que, como recuerda M. COMBA, *op. cit.*, p. X, a la tutela interna, referida a la relación individuo-comunidad estatal y que se mueve en el ámbito de una versión de los derechos consolidada y expresiva de la identidad constitucional del Estado, se une la tutela supranacional que añade a la primera la relación entre individuo y comunidad supranacional, superponiendo las versiones supranacionales del derecho a la constitucional y nacional. Esto no da lugar, necesariamente, a una mayor tutela, sino a la ampliación del nivel de protección que correspondería a la protección misma, pero puede conducir a una protección diferente, que tiene por objeto un derecho diverso respecto al definido en las constituciones nacionales. Acerca de este aspecto, J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXX, observa en la previsión de un nivel de protección de los derechos superior al nacional algo más que un simple marco cuantitativo.

¹⁶ Según M. COMBA, *op. cit.*, p. IX y ss., la Carta europea de derechos se configura sólo aparentemente como una obra de compilación y reconstrucción (en el mismo sentido J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXI), incorporando, sin embargo, contenidos también innovadores, fruto de selecciones y de interpretaciones. El autor se pregunta si la previsión del art. 53 de la Carta, según el cual en caso de conflicto entre la tutela europea y la nacional prevalece la más favorable en el caso concreto, representa realmente un mecanismo que garantiza la «mejor tutela posible» (p. IX). En definitiva, si «los derechos fundamentales pueden ser formulados en una escala cuantitativa», que permita siempre y, en todo caso, determinar cuál sea la tutela más eficaz.

¹⁷ Como recuerda K. SCHIEMANN, «Il giudice come comparatista», en B. MAREKESINIS y J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. Op. cit.*, p. 467 y ss., el Tribunal de Justicia es una institución comparatista por naturaleza, cuyo modelo habitual de decisión es el acuerdo, en un contexto necesariamente plural de identidades culturales y jurídicas, en el cual se debe alcanzar una posición unitaria, no siendo admitidas opiniones disidentes ni concurrentes, p. 470.

nales hacia el derecho europeo y que éste devuelve a los ordenamientos internos ¹⁸.

A esto se añade un segundo aspecto, una ventaja, por decirlo así, producto de las particulares condiciones históricas y políticas que han dado vida a la experiencia comunitaria, en la cual el Tribunal no ha sido nunca configurado como juez de los derechos, ni durante mucho tiempo ha podido disponer de un catálogo de derechos codificado y formalizado en un texto escrito ¹⁹. Ello le ha permitido actuar desde la base en un doble sentido. De un lado, debiendo proporcionar un tipo de tutela en referencia no sólo a la concreta situación individual y a falta, como se ha mencionado, de textos escritos, el Tribunal ha tenido que identificar una y otra vez las modalidades de protección más adecuadas al caso; de otro lado, ha tejido estas modalidades sobre la base de la Constitución del país miembro interesado, completando esta primera urdimbre con aquellas derivadas de la comparación con las demás Constituciones. De este modo, en términos deductivos, el derecho tutelado ha sido definido como éxito de un recorrido recons-

¹⁸ Se introduce aquí un rasgo de diferenciación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no se refiere solo a la diversa competencia asignada a los dos Tribunales, la defensa del CEDH frente a las violaciones de los Estados respecto del primero, y la realización del proceso de integración por el Tribunal de Justicia; que también se traslada a la diferente aproximación de los dos jueces respecto de los ordenamientos de los Estados. Así la consideración del CEDH como núcleo mínimo e inderogable que los Estados deben respetar conduce al TEDH a definir y proporcionar a éstos un nivel y un tipo uniforme de protección. Por el contrario la naturaleza de la Carta de derechos europea, dirigida a preservar el pluralismo de los tribunales en la protección de los derechos, se acompaña de la búsqueda acabada por el Tribunal de Justicia europeo de un denominador común y mínimo, dentro del respeto a la identidad constitucional de los Estados. Véase, P. M. HUBER, «“Unitarizzazione” attraverso i diritti fondamentali comunitari o dell’esigenza di riesaminare la giurisprudenza ERT», en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 1 y ss, p. 13 y ss.

¹⁹ J.H.H. WIELER, *op. cit.*, p. XXII, se muestra particularmente preocupado respecto a la redacción de la Carta europea de derechos, que comprometería «la capacidad de utilizar el sistema legal de cada Estado miembro como un laboratorio orgánico y viviente en la protección de los derechos humanos que después, caso por caso, podrían ser adaptados e adoptados según las necesidades de la Unión por el Tribunal europeo en diálogo con sus homólogos nacionales».

tructivo que supone el destilado de los derechos contemplados en los diversos sistemas constitucionales nacionales ²⁰.

En todo caso, el hecho de ser llamado históricamente a garantizar derechos de naturaleza económica (al menos formalmente), ha proporcionado al Tribunal la posibilidad de no configurarse como un juez de los derechos fundamentales, que se erige por encima de las Cartas y de los Tribunales nacionales, sino de presentarse como garante de derechos menos importantes y, por su naturaleza, de una síntesis más fácil.

Más allá de las apariencias, sin embargo, resulta bien conocido cómo el Tribunal ha procedido a tutelar los derechos fundamentales, legitimado a este respecto, y rara vez contestado, precisamente desde la perspectiva y el método que han sido descritos, ambos confluyentes en la formulación un derecho común y europeo. En suma, desde tiempos recientes, la exigencia de respetar el patrimonio constitucional de los Estados miembros ha proporcionado al Tribunal la ocasión de actuar con atención y sensibilidad, especialmente cuando esté en juego un principio dotado de una connotación fuertemente identitaria. A este respecto se hace referencia a la Sentencia dictada en el asunto Omega ²¹, en la que el juez europeo ha elegido otorgar prevalencia al principio de tutela de la dignidad humana, en base a la estructura interna de la Constitución alemana, respecto de un derecho reconocido en los Tratados, como es la libre prestación de servicios.

En el recorrido argumentativo del Tribunal destacan dos aspectos relevantes. En primer lugar, la protección de la dignidad humana, establecida expresamente por la Ley Fundamental de Bonn, se realiza a través de la

²⁰ Según J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXVIII, el respeto de los derechos fundamentales establecido en la CEDH es posible en cuanto representan una especie de «núcleo esencial de derechos fundamentales», compartido por los Estados. Dicho núcleo constituye solo el nivel mínimo, que los Estados pueden ampliar pero no reducir. Siguiendo, pues, un planteamiento que parece cuantitativo, el autor entiende que precisamente proporcionando un nivel más elevado de tutela, los Estados pueden expresar su diversidad, y considera que los derechos humanos pueden definirse «tanto como la fuente como el indicador para una diferenciación entre los Estados y no sólo para una asimilación entre los Estados».

²¹ Tribunal de Justicia. I sec. Sentencia de 14/10/2004 (C-36/02 Omega).

conversión del principio nacional²² en europeo, especialmente cuando el Tribunal recuerda que «el ordenamiento jurídico comunitario se orienta innegablemente a asegurar el respeto de la dignidad humana como principio general del derecho»²³, y cuando recuerda que los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho para cuya protección el Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros²⁴.

De este modo, se reconoce la tutela, aunque sea de modo indirecto, a un principio fundamental de un Estado, reflejo de su identidad constitucional, que no resulta sacrificada en nombre de la exigencia de una aplicación uniforme del derecho comunitario a través de las resoluciones equiparadoras²⁵.

Al mismo tiempo, sin embargo, el Tribunal no proporciona una formulación propia de la noción de dignidad humana, que daría lugar a problemas delicados de reconstrucción y definición, preocupándose solo de protegerla y dejando a cada ordenamiento constitucional la posibilidad de rechazarla en armonía con su patrimonio identitario²⁶.

Además, el Tribunal no entiende como «indispensable» que exista entre los Estados una visión compartida respecto de los instrumentos de tu-

²² El Tribunal afirma que no es relevante que en el ordenamiento alemán «el principio del respeto de la dignidad humana proporcione un status particular en tanto que derecho fundamental autónomo» (parágr. 34). Se podría decir, que la conversión de la dignidad humana en principio general comunitario es el vehículo a través del cual el Tribunal considera legítima la interpretación restrictiva de la libertad de prestación de servicios. Véase R. CONTI, «La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia», en *Corr. Giur.*, 4, 2005, p. 488 y ss., p. 491. M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 606 habla de «elevación» de un «elemento típico de una Constitución nacional» a «principio europeo». Respecto a la efectiva operatividad de la Constitución europea entonces en fase de aprobación, y posteriormente no realizada, el autor subrayaba cómo sobre el Tribunal de Justicia «recaerá el honor de catalizar y armonizar las diversas sensibilidades culturales y constitucionales de los Estados miembros», p. 603.

²³ Tribunal de Justicia. I sec. Sentencia de 14/10/2004, parágr. 34.

²⁴ *Ibid.* Parágr. 33.

²⁵ Cualificando al mismo tiempo al Tribunal como juez de los derechos.

²⁶ En definitiva la dignidad humana recibe una protección por parte de la decisión del Tribunal con un ropaje europeo pero con un contenido nacional.

tela «del derecho fundamental o del interés legítimo cuestionado», en tanto que se puede adoptar legítimamente una disposición restrictiva de una libertad establecida en los Tratados, como la libre prestación de servicios. De este modo, nuevamente el juez europeo rehúye una opción reduccionista y equiparadora, liberando a las posibles soluciones de tutela de los Estados del vínculo de la necesaria uniformidad ²⁷.

A través de estas vías el Tribunal de Justicia europeo ha operado seguramente en calidad de tribunal supranacional, interpretando, en todo caso, este papel de un modo totalmente original respecto a los modelos y experiencias históricamente más relevantes. Y es quizá en esta originalidad donde, precisamente, se encuentra la clave del éxito de la construcción comunitaria que se ha realizado hasta el momento y que explora, ahora y en el futuro, la fisonomía del proceso de integración europea.

3. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CUESTIÓN DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES

En este punto de la investigación, resulta oportuno prestar atención a la opinión del Tribunal respecto de un tema complejo y ampliamente debatido en todos los Estados miembros: la cuestión de las uniones homosexuales ²⁸.

En los pronunciamientos que serán examinados a continuación, sin ninguna pretensión de exhaustividad, el tema de la unión entre personas del

²⁷ R. CONTI, *op. cit.*, p. 490 y ss., observa en este pronunciamiento una manifestación más decidida por parte del Tribunal de la voluntad de respetar «como principio, los valores fundamentales reconocidos como tales por cada uno de los países», considerando que los derechos fundamentales «reconocidos a nivel constitucional (...) resultan preservados también a través de la limitación de la primacía del derecho comunitario», pero desde la perspectiva de «garantizar la protección más amplia de los derechos fundamentales» (p. 494), que puede ser también la establecida a nivel nacional.

²⁸ Sobre el tema de la discriminación por razón de la orientación sexual, véase el estudio más reciente de E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*. Napoli, 2011.

mismo sexo, en coherencia con las consideraciones expuestas, se presenta siempre en conexión con un derecho de naturaleza económica (o quizá solo aparentemente como tal), permitiendo al Tribunal una aproximación mediata y por ello probablemente más serena y objetiva de lo que se ha afirmado.

El primer pronunciamiento, en 1998²⁹, trae origen de la negativa por parte de una empresa de transportes a conceder un descuento en el transporte a la compañera de sexo femenino de una empleada. La empresa fundaba su negativa en la previsión del propio reglamento, que mencionaba entre los sujetos beneficiarios del descuento al cónyuge no separado legalmente o al conviviente de sexo opuesto, debiendo presentarse, en este último caso, una declaración solemne que certificara la existencia de una relación de convivencia durante al menos dos años³⁰.

El Tribunal fue llamado a verificar, en vía prejudicial, si dicha previsión era contraria al art. 119 TCE (posteriormente, art. 141 y actualmente art. 157 TFUE), que establece el principio de no discriminación en materia retributiva, y con la Directiva 75/117, relativa a la aplicación del principio de la igualdad de las retribuciones de los trabajadores de sexo masculino y femenino.

Confirmado que el descuento objeto de la reclamación forma parte del concepto de retribución y, en consecuencia, del ámbito de aplicación del art. 119³¹, el Tribunal procede a excluir que la disposición reglamentaria diera lugar a una discriminación fundada en el sexo, en tanto que la misma resulta aplicada a cualquier pareja homosexual, compuesta tanto de dos hombres como de dos mujeres³². En este caso, se comprueba si la situación de dos personas del mismo sexo que tengan una relación estable es equiparable a la de dos personas de diferente sexo casadas o convivientes de modo estable³³, pero sólo en relación con la concesión del descuento controvertido, y en consecuencia respecto de los límites del reconocimiento de un

²⁹ Tribunal de Justicia UE. Sentencia de 17/2/1998 (C-249/96 Grant).

³⁰ Ibid. Parágr. 5.

³¹ Ibid. Parágr. 13.

³² Ibid. Parágrs. 26-28.

³³ Ibid. Parágr. 29.

beneficio conexo a la retribución. Aquí el Tribunal pone de manifiesto los límites de su actuación. De hecho, aun en presencia de una manifestación oficial del Parlamento europeo que «deplora cualquier discriminación fundada en la tendencia sexual de un individuo», y a pesar de que algunos Estados equiparan «la comunión de vida entre dos personas del mismo sexo (...) al matrimonio»³⁴, reconoce que no existe en el actual estadio de desarrollo del derecho de la Comunidad, la posibilidad de considerar la relación estable entre dos personas del mismo sexo en términos equiparables a la de dos personas casadas o convivientes de sexo contrario³⁵. Sólo el legislador comunitario podrá adoptar las disposiciones idóneas para intervenir en esta materia³⁶, pero en ausencia de éstas, el Tribunal no puede sino denegar la existencia de trato discriminatorio³⁷.

En definitiva, el juez comunitario, oportunamente, desde un primer momento describe los límites de la cuestión, es decir, que el examen de la posible equiparación de la situación de dos convivientes estables de sexo contrario respecto de aquella de dos convivientes estables del mismo sexo se

³⁴ A diferencia (por ahora) de la mayor parte, que no reconocían totalmente tal equivalencia, o que lo hacían sólo con la finalidad de atribuir un número limitado de derechos (Tribunal de Justicia europeo, Sentencia de 17/2/1998, parágrs. 31-32). El Tribunal se refiere también a la posición de la Comisión europea de derechos humanos que, en aquel momento, aunque incorporando cambios respecto a la valoración de la homosexualidad, excluía que las relaciones homosexuales estables pudieran incluirse en el ámbito de aplicación del art. 8 CEDH, es decir, en el derecho al respeto de la vida privada y familiar (orientación que cambiará notablemente en 2010), y que las regulaciones nacionales de tutela de la familia, dirigidas a garantizar un tratamiento más favorable a las parejas casadas o convivientes de sexo opuesto respecto de las parejas convivientes del mismo sexo, no eran contrarias al art. 14 CEDH (parágr. 33).

³⁵ Ibid. Parágr. 35.

³⁶ Ibid. Parágr. 36.

³⁷ El Tribunal excluye también que, si bien como planteaba el recurrente, se puede identificar una discriminación fundada sobre la orientación sexual (parágr. 37 y ss), ésta no tiene cabida en el art. 119 TCE (actualmente 157 TFUE), cuyo alcance no puede ser ampliado, viniendo determinado sólo a partir de su tenor literal, de su objetivo y de su ubicación en el sistema del Tratado y el contexto jurídico que le es propio (parágr. 47).

realiza únicamente en relación con la concesión del descuento. Posteriormente, estructura su decisión en el contexto de los dos ámbitos, el ordenamiento comunitario, que no posee una regulación normativa en la materia, y los ordenamientos nacionales, en los que falta una orientación unitaria y compartida, rechazando situarse donde, a partir del respeto al patrimonio constitucional, no le estaría permitido.

Un supuesto diferente se plantea en la situación que conduce a la Sentencia de 31 de mayo de 2001³⁸, donde se pronuncia sobre la impugnación de una decisión del Tribunal, como consecuencia del recurso de un ciudadano sueco contra una decisión del Consejo de la UE, del que era empleado, que le había negado el beneficio del subsidio familiar, reconocido en el Estatuto del personal de la CE, al funcionario casado, viudo, divorciado, separado legalmente o soltero con uno o más hijos a su cargo³⁹.

En este caso el recurrente era pareja de una unión civil registrada en su Estado de origen, Suecia, que reconocía a aquélla los mismos efectos jurídicos que al matrimonio⁴⁰.

También en esta ocasión el juez europeo fue llamado a ocuparse de un derecho de naturaleza económico-retributiva, que tiene como fondo la compleja cuestión de las uniones homosexuales⁴¹. El Tribunal de Justicia afronta el problema relativo a la interpretación de los conceptos, contenidos en el Estatuto, de cónyuge y funcionario casado que, según el recurrente, deberían ser entendidos «en referencia al derecho de los Estados miembros» así como definidos «de modo autónomo», porque el estado civil es materia de competencia exclusiva de los Estados⁴². Si se actuara de este modo, la expresión cónyuge contenida en el Estatuto, sería entendida en el senti-

³⁸ Sentencia TJUE de 31/5/2001 (C-12/99 P e C-125/99 P).

³⁹ Ibid. Parágr. 2.

⁴⁰ Ibid. Parágr. 3.

⁴¹ El Tribunal de Justicia precisa (parágr. 21) que el Tribunal nacional ha delimitado correctamente el objeto de la demanda del recurrente, limitándolo a la concesión del subsidio de familia no extendiendo el reconocimiento, como se pretende, sobre la base de su unión estable registrada, a «todas las ayudas estatutarias que corresponden al empleado casado».

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 31/5/2001, parágrs. 29 y ss.

do de incorporar la figura de la pareja de una unión civil registrada, allí donde el Estado de origen del sujeto interesado dispusiera de una legislación en la materia que equipare la unión civil al matrimonio, como ocurre en este caso. Se trata, por tanto, de la pretensión de un particular, y del Estado miembro del que es ciudadano, de imponer una interpretación de una disposición de derecho comunitario en un sentido conforme al propio derecho nacional, configurando la versión del instituto del matrimonio allí contemplada, como común, y de reconocerla a nivel comunitario. Una opción que el Tribunal rechaza decididamente, no sólo como garantía frente a posibles futuras decisiones del legislador comunitario, sino también respecto de las diversas soluciones acogidas en los demás Estados miembros. De hecho, partiendo de la premisa, al menos por ahora pacífica, según la cual, el término matrimonio hace referencia a la unión entre dos personas de sexo diferente «según la definición comúnmente aceptada por los Estados miembros»⁴³, el Tribunal reconoce la progresiva difusión en los Estados de normativas que han instituido diversas formas de uniones entre personas de sexo diferente o igual, con «efectos idénticos o parangonables a los del matrimonio»⁴⁴, respecto de los mismos convivientes o de terceros. Incluso constata una «extrema heterogeneidad» de soluciones⁴⁵, acompañada de la permanencia de una distinción entre tales uniones registradas y el matrimonio. Con ello limita, de nuevo, el horizonte hermenéutico del juez europeo, que no puede interpretar el Estatuto incorporando en el matrimonio situaciones jurídicas que en sí mismas son distintas, en ausencia de una intervención del legislador comunitario, cuyas obligaciones el Tribunal distingue de las propias, dado el limitado número de Estados miembros que equiparan la unión estable registrada⁴⁶. En definitiva, el Tribunal rechaza que la configuración comunitaria, o, mejor, europea, de un principio o de un derecho deba ser, en primer término, necesaria y auténticamente común, debiendo pasar por la compartición real de su sustancia por parte de todos

⁴³ Ibid. Parágr. 34.

⁴⁴ Ibid. Parágr. 35.

⁴⁵ Ibid. Parágr. 36.

⁴⁶ Ibid. Parágrs. 37-39.

los Estados miembros⁴⁷. Si no es así, se permite a cada Estado la elección de ser diferente, afirmando los rasgos de la propia identidad constitucional. De este modo, el Tribunal se mueve en el camino de la construcción desde la base, de la aproximación gradual pero progresiva, como vía eficaz para una integración en sentido propio⁴⁸.

También resulta relevante el pronunciamiento del Tribunal de 7 de enero de 2004, dictado en virtud de una cuestión prejudicial⁴⁹. El caso se refería a una mujer, empleada del servicio sanitario inglés, a cuyo conviviente estable y transexual, el ente público había denegado la concesión de la pensión de viudedad⁵⁰. La decisión se fundaba en el hecho de que la consideración de pensionista estaba reservada al cónyuge supérstite, entendiéndose

⁴⁷ Entre los posteriores argumentos formulados por el recurrente está también el de la violación del art. 119 TCE (actualmente art. 157 TFUE), en tanto que al no poder percibir el subsidio familiar por el hecho de convivir con una pareja del mismo sexo, habría sido víctima de una discriminación fundada en el sexo. El Tribunal rechaza también este argumento, en tanto que el subsidio es denegado a cualquiera que no esté casado, independientemente del sexo (parágrs. 45 y ss.). De hecho, la condición para obtener el beneficio no es el sexo del cónyuge o del conviviente, sino la naturaleza jurídica del vínculo con el trabajador, lo que reconduce la cuestión al extremo examinado: es decir, la posibilidad de equiparar la situación del empleado casado a la del empleado conviviente con una persona del mismo sexo en una unión estable registrada (parágr. 48). El Tribunal retoma aquí la consideración de la «extrema heterogeneidad» de las soluciones adoptadas por los Estados miembros, para negar dicha posibilidad de equiparación y para excluir la violación del art. 119 TCE (actualmente art. 157 TFUE).

⁴⁸ Debe subrayarse que la particularidad de este caso se encuentra en el hecho de que tiene su origen en la pretensión de un Estado de imponer la propia noción de matrimonio como guía interpretativa que «debería prevalecer también en la aplicación del Estatuto» (parágr. 29). Una hipótesis, por así decirlo, que es refutada frente a la más común en la que es un ordenamiento o un tribunal supranacional quien define abstractamente un concepto de los derechos o de los principios que se impone posteriormente a los Estados. Resulta claro que ambas aproximaciones, a la vista del efecto común de homologación, son rechazadas.

⁴⁹ Sentencia TJUE de 7/1/2004 (C-117/01 K B).

⁵⁰ Nota de la traductora: En el ordenamiento jurídico italiano la pensión a los supérstites puede ser «de supervivencia», en el caso de que el fallecido ya percibiera la «pensión de jubilación»; «indirecta», en el caso de que el fallecido todavía desa-

por tal, aquel unido al trabajador por un matrimonio legal. El acceso a dicho status estaba, sin embargo, excluido a la recurrente como consecuencia de la particular rigidez del marco normativo nacional⁵¹ que preveía la

rollara una actividad laboral y tuviera un mínimo de cotización, siendo beneficiarios de la misma no sólo el cónyuge, sino también los hijos que en la fecha del fallecimiento fueran menores de edad, estudiantes que no desarrollen una actividad laboral (hasta los 26 años en el caso de universitarios), y discapacitados con independencia de la edad. En algunos supuestos excepcionales, también se admiten como beneficiarios en el ordenamiento italiano a los padres, los nietos y hermanos y hermanas del fallecido.

La Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (C-117/01 K B), utiliza el término «pensión de supervivencia» (<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48823&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2041345>), y la Sentencia del TJUE de 1 de abril de 2008 (C-267/06 Maruko), posteriormente examinada, el término «prestaciones de supervivencia» (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70854&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2044279>).

Por el contrario, en el ordenamiento jurídico español el concepto de «pensión por muerte y supervivencia» incluye tanto la «pensión de viudedad», cuyo beneficiario es el cónyuge superviviente; la «pensión temporal de viudedad», reconocida al cónyuge superviviente durante 2 años cuando no pueda acceder a la «pensión de viudedad»; la «pensión de orfandad» respecto de la cual son beneficiarios los hijos del causante, los hijos del cónyuge superviviente aportados al matrimonio siempre que éste se hubiera celebrado dos años antes del fallecimiento, hubieran vivido a expensas del fallecido, y no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos según la legislación civil; la «pensión en favor de familiares», reconocida atendiendo al cumplimiento de determinados requisitos a nietos y hermanos, madre y abuelas, padre y abuelos, hijos y hermanos; el «subsidio en favor de familiares», admitido respecto de hijas/os y hermanos/as en determinadas circunstancias específicamente previstas; el «auxilio por defunción», dirigido a paliar los gastos del sepelio siendo beneficiarios, por este orden, el cónyuge superviviente, los hijos/as y los parientes del fallecido que convivieran habitualmente con él; y las «indemnizaciones por accidente de trabajo (AT) o enfermedad profesional (EP)», compatibles con la pensión que en cada caso proceda.

Tratando de incardinar el supuesto objeto de la Sentencia del TJUE comentado en el ordenamiento jurídico español, y a efectos de una mejor comprensión del mismo, se ha optado por la utilización del término «pensión de viudedad».

⁵¹ Ibid. Parágrs. 10 y ss.

nulidad del matrimonio en el que los cónyuges no fueran de sexo femenino y masculino, prohibiendo cualquier modificación de la partida de nacimiento, a no ser por error de transcripción o error material⁵², y que limitaba el reconocimiento de la pensión de viudedad, en caso de fallecimiento de una mujer trabajadora, sólo al viudo, es decir, a la persona casada con el sujeto inscrito en el régimen de pensiones.

También en este caso el objeto de la controversia es un derecho de naturaleza económico-social, que el Tribunal reconduce pacíficamente al concepto de retribución⁵³, pero en este caso el Tribunal se encuentra ante la decisión acerca de una cuestión de naturaleza distinta. En primer término, el juez europeo afirma, de un lado, que la decisión de limitar la aplicación del beneficio de la pensión de viudedad sólo a las parejas casadas, con exclusión de aquellas que conviven, corresponda tanto al legislador comunitario como a los jueces nacionales, llamados a interpretar el derecho interno: en consecuencia no le corresponde a él dicha labor⁵⁴. De otro lado, niega que se pueda estimar un tratamiento discriminatorio ligado al sexo en el caso de la recurrente, en tanto que la condición del matrimonio viene exigida independientemente a un hombre y a una mujer⁵⁵. Sin embargo, no puede sino constatar que, en todo caso, subsiste una diferencia de trato, no en referencia a los criterios previstos por la normativa comunitaria para obtener la pensión de viudedad, es decir, el matrimonio, sino respecto a las condiciones exigidas por la legislación nacional⁵⁶ para recibirla, y en particular, a la diferencia de sexo entre los cónyuges, que debe ser tal desde su origen, no admitiéndose como legítimo un matrimonio celebrado entre dos sujetos si uno de los mismos ha adquirido un sexo diferente del otro a través de una intervención quirúrgica⁵⁷. Aquí aparece la necesidad para el

⁵² De no ser así, el conviviente transexual habría podido modificar la anotación sobre su sexo de femenino a masculino, convirtiéndose así en hombre y pudiendo acceder legítimamente al matrimonio.

⁵³ Ibid. Parágrs. 25 y ss.

⁵⁴ Ibid. Parágr. 28.

⁵⁵ Ibid. Parágr. 29.

⁵⁶ Ibid. Parágr. 30.

⁵⁷ Ibid. Parágrs. 31-32.

Tribunal de convertirse en garante de los derechos, pero siempre de modo sutil y respetuoso con las decisiones de los Estados. Ello se traduce en el reconocimiento de la «incompatibilidad» de la legislación inglesa con el principio de igualdad retributiva, establecido en el art. 141 TCE (actualmente art. 157 TFUE)⁵⁸ respecto a la concesión de la pensión de viudedad al conviviente, en tanto que corresponde a los Estados miembros establecer las condiciones para reconocer jurídicamente el cambio de sexo⁵⁹.

También en la Sentencia de 1 de abril de 2008⁶⁰, el Tribunal se debe ocupar de una cuestión relativa al disfrute de la pensión de viudedad⁶¹. El caso se refería a la pareja homosexual de un trabajador, ligado a éste por una unión civil (unión solidaria) legalmente reconocida por la legislación alemana, al que se le había denegado la pensión de viudedad tras la muerte del compañero. En la base de la denegación, se encontraba la circunstancia de que la normativa interna en materia asistencial requería, para el acceso al tratamiento de la viudedad, la subsistencia de un matrimonio, instituto que, sin embargo, estaba reservado únicamente a las parejas heterosexuales. No obstante, en 2001 fue reformada la Ley sobre las uniones solidarias, modificando el Código de la Seguridad Social⁶², estableciendo la equiparación entre la unión solidaria y el matrimonio, entre la pareja de la unión solidaria y el cónyuge, y entre la pareja superviviente y el viudo o viuda⁶³. Reconociendo, también en este caso, que la pensión de viudedad se incluye en el concepto de retribución ex art. 141 TCE (actualmente, 157 TFUE)⁶⁴, el Tribunal delimita el asunto y el espacio a éste reservado. Si bien, de hecho, el estado civil y las prestaciones ligadas a aquél correspon-

⁵⁸ Ibid. Parágrafo. 34, que el Tribunal acompaña de la referencia al art. 12 del CEDH, derecho a contraer matrimonio, utilizado aquí como parámetro ulterior, parágrafo. 33.

⁵⁹ Ibid. Parágrs. 35-36.

⁶⁰ Sentencia del TJUE de 1/4/2008 (C-267/06 Maruko), dictada en un procedimiento de reenvío prejudicial.

⁶¹ *Vid.* nota de la traductora n. 51.

⁶² Ibid. Parágrs. 8 y ss.

⁶³ Ibid. Parágrafo. 13.

⁶⁴ Ibid. Parágrs. 40 y ss.

den a la competencia de los Estados miembros⁶⁵, resulta cierto que tal competencia debe ser ejercida con respeto al principio de no discriminación. Ello supone que la pensión de viudedad, reconocida al cónyuge supérstite de un vínculo matrimonial, debe ser asignada también al cónyuge superviviente de una unión solidaria, allí donde el ordenamiento interno haya introducido dicho instituto para las parejas homosexuales, excluidas del acceso al matrimonio, y lo haya equiparado progresivamente al matrimonio mismo⁶⁶. Si, de hecho, las posiciones de cónyuge/pareja supérstite son análogas, un diferente trato en la pensión da lugar a una violación del principio de no discriminación, y, especialmente, de las disposiciones de la Directiva 2000/78, constituyendo una discriminación directa fundada en la orientación sexual⁶⁷. Pero —y aquí el Tribunal confirma de nuevo los límites de su propia intervención—, es competencia del juez nacional, y no suya, determinar si en el derecho interno «la unión solidaria» coloca «a las personas del mismo sexo en una posición análoga a la de los cónyuges» en lo que se refiere a la percepción de la pensión de viudedad por los «supérstites»⁶⁸. Únicamente si dicha comparación es positiva, podrá deducirse la incompatibilidad de la regulación nacional con el derecho comunitario. Por lo tanto, la exigencia de tutelar un derecho de naturaleza económica conduce al Tribunal al terreno de un derecho fundamental, el de no ser discriminado por razón de la orientación sexual; pero el juez europeo sabe bien dónde detenerse, no entrando ni en la definición del modelo de unión afectiva entre personas del mismo sexo, ni en la configuración de un concepto europeo del instituto matrimonial, ámbito en los que los únicos actores son los Estados, porque tales aspectos expresan su identidad constitucional⁶⁹.

⁶⁵ Ibid. Parágr. 59, en el que el Tribunal realiza esta afirmación a partir del considerando núm. 22 de la Directiva 2000/78 en materia de igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁶⁶ Ibid. Parágrs. 67 y ss.

⁶⁷ Ibid. Parágr. 72.

⁶⁸ Ibid. Parágr. 73.

⁶⁹ Véanse al respecto las Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer sobre el asunto Maruko, presentadas el 6/9/2007, parágr. 98.

Un último y más reciente pronunciamiento es el de 10 de mayo de 2011 ⁷⁰, también en este caso como consecuencia de una cuestión prejudicial y relativa a la materia de pensiones. Un ciudadano alemán, soltero y titular de una pensión complementaria de jubilación, contrajo una unión civil registrada con su compañero, sobre la base de la normativa nacional, introducida en 2001 ⁷¹. Reclamaba, por tanto al ente público que había sido su empleador, la aplicación del trato fiscal más favorable, previsto para los titulares de pensiones complementarias de jubilación si estaban casados ⁷². El ente público rechazaba su petición, en tanto que el beneficio fiscal estaba reservado únicamente a los titulares de pensiones que estuvieran casados y no vivieran permanentemente separados, situación en la que no se encontraba el reclamante ⁷³.

El Tribunal reconduce, como en los casos precedentes, el tratamiento de la pensión controvertida al concepto de retribución, lo que le permite sustentar la aplicación tanto del art. 157 TFUE como de la Directiva 2000/78, en materia de igualdad de trato en el empleo y la ocupación ⁷⁴. A continuación procede a describir el recorrido de la decisión, delimitando el camino que le está permitido seguir. Así, para determinar si en el caso controvertido se identifica una discriminación prohibida por la Directiva 2000/78 ⁷⁵, el Tribunal requiere que las dos situaciones concretamente examinadas sean simplemente equiparables y no necesariamente idénticas, y que la verificación del requisito de la comparación se haya realizado «no de modo global y abstracto, sino de manera específica y concreta en referencia a las prestaciones de que se tratase» ⁷⁶. Además, refiriéndose a la Sentencia prece-

⁷⁰ Sentencia TJUE de 10/5/2011 (C-147/2008 Römer).

⁷¹ Ley de 16/2/2001, modificada por la Ley de 15/12/2004, parágrs. 9 y ss.

⁷² Ibid. Parágr. 22, así como lo previsto en la legislación vigente en el Land de Hamburgo.

⁷³ Ibid. Parágrs. 23 y ss.

⁷⁴ Ibid. Parágrs. 29 y ss.

⁷⁵ Ibid. Parágrs. 37 y ss., de carácter directo, es decir, causada por un trato menos favorable a un sujeto que se encuentre en una situación equiparable a la de otro siendo tratada de modo diverso.

⁷⁶ Ibid. Parágr. 42.

dente en el Asunto Maruko, recuerda no haber «realizado una comparación global del matrimonio y de la unión civil registrada» dentro del ordenamiento nacional correspondiente, sino de haber fundado sus propias consideraciones «sobre el análisis de dicho ordenamiento efectuado por el juez autor de la solicitud de pronunciamiento prejudicial», que había reconocido la progresiva aproximación del régimen jurídico de la unión civil al del matrimonio⁷⁷. Por lo tanto, son tres los pasos en el razonamiento del Tribunal de Justicia: 1) el carácter equiparable de las dos situaciones y no su necesaria identidad; 2) la exigencia de su verificación concreta y ligada a las circunstancias del caso; 3) la referencia imprescindible al análisis desarrollado por el juez nacional, como único fundamento posible de la decisión del Tribunal de Justicia. Éste último dicta las coordenadas del itinerario, pero es el juez nacional el que lo ha recorrido. A éste le corresponde establecer que el Estado ha introducido la unión civil registrada como instituto reservado a personas del mismo sexo y que ha sido «asimilado» al del matrimonio; a él compete corroborar que no existe ninguna diferencia jurídica relevante entre el matrimonio y la unión civil registrada, que no sea el hecho de que el primero requiere el sexo diferente y el segundo igual sexo entre sus componentes; a él incumbe, incluso, reconocer en la legislación nacional la existencia, también para la pareja de la unión civil, de las mismas obligaciones de socorro y asistencia mutua previstos para los cónyuges⁷⁸. El Tribunal de Justicia, en definitiva, recorre hacia atrás el camino del juez nacional, y ello le conduce a reconocer la incompatibilidad con el derecho europeo de una normativa nacional que atribuya a la pareja de una unión civil una pensión complementaria de jubilación de importe inferior respecto a la del cónyuge supérstite no separado⁷⁹. La decisión del Tribunal de Justicia encuentra, así, fundamento, en las valoraciones del juez na-

⁷⁷ Ibid. Parágr. 42.

⁷⁸ Ibid. Parágrs. 44-48.

⁷⁹ Ibid. Parágr. 52, en el caso de que, en el concreto Estado miembro, se hayan previsto dos institutos diferentes, el matrimonio reservado a personas de distinto sexo y la unión civil, reservada a personas del mismo sexo; y si en el ordenamiento nacional la pareja de una unión civil se encuentra en una situación de hecho y de derecho

cional y, a través de ellas, en las decisiones normativas del Estado miembro, es decir, también aquí, en su identidad.

De esta reconstrucción, aunque no exhaustiva, se extraen los rasgos de la particular fisonomía que el Tribunal de Justicia quiere asumir en su condición de juez supranacional. No la de quien elabora interpretaciones de principios y de derechos generales y globales, ni de quien impone la igualdad en la ordenación de institutos o figuras con caracteres diferentes. Por el contrario, la de quien opera partiendo del caso concreto y de las particularidades de los ordenamientos nacionales, de un modo ascendente que debe conducir a una solución que constituya la síntesis de sus apreciadas y diversas identidades ⁸⁰.

4. UN JUEZ DIFERENTE: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CUESTIÓN DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES

Una aproximación diferente al problema de las uniones homosexuales aparece en la Sentencia del TEDH de 24 de junio de 2010 ⁸¹. El asunto se refería a una pareja homosexual de ciudadanos austríacos que, no pudiendo acceder, ni pudiendo obtener ningún reconocimiento jurídico de su vínculo sobre la base de la legislación nacional vigente, se dirigió al TEDH alegando la vulneración del art. 12 (derecho a contraer matrimonio) y del

«equiparable» a la del cónyuge a efectos de la pensión, sufriendo, a través de su denegación, una discriminación directa fundada en la orientación sexual. Pero dicha valoración de «comparación reside en la competencia del juez del reenvío».

⁸⁰ Se puede destacar la posición de M. CARTABIA, *op. cit.*, pp. 610-611, que entiende que una Europa que exprese auténticamente una unidad en la diversidad de los Estados miembros, exige a los Tribunales Constitucionales la capacidad de «expresar plenamente la tradición constitucional del propio ordenamiento». De no suceder así, según el autor, «más rápidamente se perderá la riqueza del pluralismo cultural y constitucional de la futura Europa».

⁸¹ Sentencia del TEDH de 24/6/2010 (Demanda n. 30141/04 Schalk e Kopf v. Austria).

art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) en conexión con el art. 14 CEDH, relativo a la prohibición de discriminación. Antes de la decisión del TEDH, había sido adoptada la ley austríaca de 2010 sobre las uniones registradas, que ha introducido la unión civil registrada sólo para las personas del mismo sexo, reconociéndoles derechos y obligaciones recíprocos y efectos similares al matrimonio ⁸².

El Tribunal se encuentra frente al obstáculo, que parece resultar insuperable, del contenido literal del art. 12, que reserva el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia a un hombre y una mujer, y que confía la regulación a las leyes nacionales ⁸³. Ni la exigencia de considerar el CEDH como un «instrumento viviente» ⁸⁴, ni el contenido del art. 9 del CEDH que garantiza el derecho a contraer matrimonio y de formar una familia según las leyes vigentes en los Estados miembros sin hacer referencia a hombre o mujer ⁸⁵, pueden permitir, según el Tribunal, deducir del art. 12 una obligación positiva para los Estados de reconocer el instituto del matrimonio a las parejas homosexuales ⁸⁶. Por otro lado, prosigue el Tribunal, las connotaciones sociales y culturales del matrimonio pueden variar ampliamente y solo los Estados están en la mejor posición para apreciar y responder a las exigencias en las respectivas sociedades ⁸⁷. Para el Tribunal, por tanto, no existe violación del art. 12 del CEDH ⁸⁸.

⁸² Ibid. Parágrs. 16 y ss.

⁸³ Ibid. Parágrs. 49 y ss.

⁸⁴ Ibid. Parágr. 57.

⁸⁵ Ibid. Parágrs. 60 y ss.

⁸⁶ El Tribunal se basa en el hecho de que la formulación literal del Convenio Europeo, ha omitido la referencia al hombre y a la mujer como reflejo de la diversidad de las legislaciones nacionales, que van desde el reconocimiento del matrimonio homosexual a su expresa prohibición (parágr. 60). Entiende que no existe obstáculo al reconocimiento de las uniones homosexuales en el ámbito del matrimonio, pero que no constituye una llamada explícita a que los ordenamientos nacionales faciliten tales matrimonios.

⁸⁷ Ibid. Parágr. 90.

⁸⁸ Ibid. Parágrs. 63-64. Han disentido de la decisión del Tribunal los jueces Rozakis, Spielman y Jebens, que subrayan la incongruencia del razonamiento del Tribunal, que extiende a las parejas homosexuales la noción de vida familiar y que ad-

Esta premisa, sin embargo, no le impide, en los pasajes sucesivos, sortear el obstáculo del art. 12, y de este modo, el carácter heterosexual de la pareja que accede al matrimonio, a través del análisis de la violación conjunta del art. 14 y del art. 8 CEDH.

El Tribunal parte de la fiable reconducción del concepto de unión homosexual al ámbito de la «vida privada», cuyo derecho es tutelado por el art. 8 CEDH⁸⁹, pero se pregunta si, como es planteado por las partes, la relación homosexual no puede considerarse también «vida familiar»⁹⁰. La respuesta positiva se sustenta sobre la base de diversos elementos: la consideración ahora consolidada del status de familia a las parejas heterosexuales no unidas por el vínculo conyugal; la rápida evolución social registrada en los Estados miembros respecto a las uniones homosexuales; la adopción de normativas europeas que incluirían a las parejas homosexuales en el concepto de familia⁹¹. Por todo ello, el Tribunal entiende «artificial» mantener todavía que las parejas homosexuales, a diferencia de las

mite la posibilidad de examinar conjuntamente la violación de los arts. 14 y 8 CEDH, pero que luego no reconoce la diferencia de trato operada por el Estado austríaco, y no le impone una adaptación del marco normativo que ofrezca a los recurrentes la protección de la que disfruta la familia («Opinione dissenziente», parágrs. 4-5).

⁸⁹ Sentencia TEDH de 24/6/2010. Parágr. 90.

⁹⁰ Hasta ahora, el Tribunal ha excluido una tal posibilidad, dado que no existe una orientación común entre los Estados, si bien en un cierto número de ellos se haya proporcionado reconocimiento jurídico a las parejas de hecho homosexuales, y que aquéllos disponen, por lo tanto, de un amplio margen de apreciación. Sentencia del TEDH, parágr. 92. En relación a la Sentencia, véase L. PALADINI, «Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria», en *Dir. pubbl. comp. europ.*, 1, 2011, p. 137 y ss., y E. CRIVELLI, «Il matrimonio e le coppie omosessuali» y D. KRETZNER, «Same sex marriage e i limiti costituzionali delle Corti internazionali», in *Dieci casi sui diritti in Europa*, M. Cartabia (Cur.). Bologna, 2011, p. 61 y ss., y 71 y ss.

⁹¹ Sentencia del TEDH de 24/6/2010, parágrs. 91-93. Se subraya cómo, aún en ausencia de la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales y de la consiguiente configuración de las relaciones homosexuales como matrimonio, la idea de que tales relaciones puedan dar origen a una vida familiar y una familia puede tener efec-

heterosexuales, no pueden disfrutar del status de «vida familiar», en el sentido del art. 8 CEDH; y le permite valorar si los recurrentes han sido objeto de una discriminación, prohibida por el art. 14, en el tratamiento de su vida privada y familiar.

También en este caso, incluso, el Tribunal llega a excluir que se hayan producido violaciones del CEDH y que del art. 14 pueda desprenderse una obligación para los Estados de consentir la apertura del matrimonio⁹² a las parejas homosexuales, tanto por el margen de apreciación del que aquéllos disponen en esta materia⁹³, como porque el Estado austríaco dispone de una adecuada regulación que ha proporcionado a los recurrentes la posibilidad de obtener un reconocimiento jurídico de su unión⁹⁴.

Pero, más allá de las apariencias, el obstáculo del art. 12 resulta superado. De hecho, junto a la inicial y, a primera vista, real exclusión de las relaciones homosexuales del matrimonio, se coloca la también cierta e incontrovertible inclusión de las mismas en el concepto de vida familiar (y de familia), sobre la base del art. 8 CEDH, recorrido a través del cual, en el futuro, podría lograrse entender el instituto matrimonial referido tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales. Si, verdaderamente, vida familiar y familia son condiciones que pueden construirse tanto sobre una unión heterosexual como sobre una unión homosexual, resulta indiferente su diferenciación, e inútil limitar sólo a las parejas heterosexuales el acceso al matrimonio.

A través de esta gonzúa, el Tribunal, aun no pudiendo abiertamente imponer la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales⁹⁵, estable-

tos flexibilizadores. Sobre este aspecto se manifiesta F. VIOLA, *op. cit.*, p. 41 y ss., pp. 59-60, destacando cómo con ello se producirían consecuencias sobre la dimensión identitaria.

⁹² Sentencia del TEDH de 24/6/2010, parágr. 101.

⁹³ Ibid. Parágrs. 96 y ss.

⁹⁴ Ibid. Parágrs. 105 y ss.

⁹⁵ Este camino no es susceptible de ser recorrido en la actualidad, porque tiene como obstáculo la diversidad de las orientaciones de los Estados. Una decisión diferente probablemente habría expuesto al Tribunal a la necesidad de un posterior y duro revirement, como el acaecido en el caso Lautsi.

ce las premisas para una superación de la naturaleza del instituto, y para una redefinición del mismo que permita transformarlo en algo abstracto, construido «a cualquier precio»⁹⁶ en el frío laboratorio de un tribunal supranacional, pero lejano de las concepciones aceptadas y consolidadas en los Estados-nación, en las que, desde hace siglos, se refleja su identidad constitucional.

Y quizá puede sorprender, que uno de los factores sobre los que el Tribunal considera poder reconstruir la posibilidad de reconocer a las parejas homosexuales la condición de vida familiar, sea el derecho de la UE, y en particular, la Directiva 2003/86⁹⁷, que bajo el encabezamiento de «familiares» incluye la pareja no casada de un país tercero⁹⁸, y la Directiva 2004/38⁹⁹, que define como «familiares» al cónyuge y a la pareja con la que el ciudadano europeo haya celebrado una unión registrada¹⁰⁰. Y ello sin considerar que la normativa europea no ha pretendido introducir nociones abstractas y generales de familia, impuestas a los Estados, sino simples definiciones, por así decir, sectoriales, funcionales y limitadas al simple reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar, y a la libertad de circulación y de residencia¹⁰¹.

⁹⁶ Sobre la tendencia creciente en el TEDH de construir standard europeos «a cualquier precio» teniendo siempre menos en cuenta el margen de apreciación de los Estados habla R. SAPIENZA, «La Grande Camera della Corte europea e la questione del crocifisso nelle aule italiane», en *Dir. umani dir. int.*, 3, 2011, p. 564 y ss., y p. 567.

⁹⁷ Relativa al derecho a la reunificación familiar.

⁹⁸ «(...) que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada» o el «nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada (...)», art. 4.3.

⁹⁹ Relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

¹⁰⁰ Siempre que la legislación del Estado miembro de acogida equipare la unión registrada al matrimonio, y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida, art. 2.2 a) y b).

¹⁰¹ Nos podemos preguntar entonces si, verdaderamente, en nombre de la tutela de los derechos de las parejas homosexuales, se puede pedir a los Estados que paguen un precio que suponga la renuncia a su propia identidad, imponiendo un concepto del matrimonio contrario a su patrimonio constitucional. Surge aquí el problema de

5. UNA POSIBLE SOLUCIÓN EQUILIBRADA AL PROBLEMA DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES

La cuestión del acceso de las parejas homosexuales al matrimonio se ha suscitado, recientemente, también en el ordenamiento italiano, hasta ahora, carente de una regulación que ofrezca reconocimiento jurídico a las uniones diversas de las conyugales ¹⁰².

A través de la Sentencia n. 138 de 2010, la Corte constitucional se ha manifestado al respecto ¹⁰³, estimando imposible, en vía interpretativa, incidir sobre el núcleo del contenido del art. 29 de la Constitución, que reconoce los derechos de la familia «como sociedad natural fundada en el matrimonio», instituto vinculado inalterablemente al diferente sexo de los dos cónyuges, «modificándolo en modo tal que incluya fenómenos y problemáticas no tomadas en consideración en ningún momento cuando fue aprobado» ¹⁰⁴. En todo caso, al margen del concepto de familia y de matrimonio

la tendencia a la proliferación, acentuada en tiempos recientes, de presuntos derechos fundamentales, a menudo sin embargo expresión de pretensiones de individuos o grupos, que exigen su imposición como absolutos y universales. Ello puede suponer el peligroso riesgo de una desnaturalización de la misma idea de derecho universal, que es precisamente tal, porque pertenece a todos.

¹⁰² Cabe recordar, entre las numerosas propuestas de ley, la C 1065, «Modifiche al Codice civile e altre disposizioni in materia di unione civile», presentada el 15/5/2008, que a fecha de 19/4/2012, se encontraba en fase de examen por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados.

¹⁰³ Las cuestiones planteadas han sido juzgadas infundadas atendiendo a los arts. 3 y 29 de la Constitución, e inadmisibles según los arts. 1 y 117 de la Constitución.

¹⁰⁴ Sentencia de la Corte costituzionale de 14/4/2010, n. 138, p. 9. Cons. dir. Como comentario, véase entre otros, A. RUGGERI, «“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte costituzionale n. 138 del 2010?», en *www.rivistaic*, 4/2011; B. PEZZINI, «Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale», en *Giur. cost.*, 3/2010, p. 2715 y ss.; B. NASCIBENE, «Unioni di fatto e matrimonio tra omosessuali. Orientamento del giudice nazionale e della Corte di giustizia», en *Corr. giur.*, 1/2010, p. 101 y ss; P.A. CAPOTOSTI, «Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza

constitucionalmente reconocidos, la pareja homosexual es, sin embargo, «formación social» tutelada por el art. 2 Const., a la que sólo la intervención del legislador puede atribuir forma jurídica, derechos y obligaciones.

Pero la actualidad y la urgencia de los casos concretos, no pueden esperar los tiempos de un legislador que se ha mostrado poco sensible y sustancialmente incapaz de adoptar las decisiones necesarias y oportunas. En este sentido una posible vía para adelantar una tutela adecuada a los derechos de los sujetos afectados ha sido trazada por el juez ordinario ¹⁰⁵.

El asunto hacía referencia a una pareja homosexual, compuesta por un ciudadano italiano y un ciudadano uruguayo, que habían contraído matrimonio en España (con fecha de 12 de marzo de 2010), utilizando la posibilidad ofrecida por la ley española ¹⁰⁶. Trasladada a Italia la pareja, el componente uruguayo reclamaba el permiso de residencia, en tanto que cónyuge

n. 138 del 2010», en *Quad. cost.*, 2010, p. 361 y ss.; R. CHERCHI, «La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale», en *www.costituzionalismo.it*; F. Dal CANTO, «La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale (nota a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138)», en *Foro it.*, 2010, I, p. 1369 y ss. Un esclarecedor análisis del problema del acceso de las parejas homosexuales al matrimonio es desarrollado por A. D'ALOIA, «Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio di persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale», en *forum di Quaderni costituzionali*, 2010.

¹⁰⁵ Véase el Tribunale di Reggio Emilia, I sez. Civile. Sentencia de 13/02/2012.

¹⁰⁶ Ley 13/2005, de 1 de julio, que ha modificado el art. 44 del Código civil añadiendo al primer inciso «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código», un segundo inciso que prevé que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo». Sobre el matrimonio de personas del mismo sexo en España, véanse las contribuciones de G. CÁMARA VILLAR, «Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo», en *Direitos fundamentais & justiça*, 17, 2011, pp. 13 y ss.; F. REY MARTÍNEZ, «Homosexualidad y Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época)*, n. 73, 2005, p. 11 y ss., e I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «La garantía del matrimonio en la constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2137, 2011, p. 1 y ss.

de un ciudadano italiano, pero la jefatura de policía negaba la expedición del documento y la consiguiente providencia de denegación, fue impugnada ante el tribunal civil competente. La decisión que adoptó el juez¹⁰⁷ proporciona una solución equilibrada, realizando una conciliación entre la libertad de circulación y residencia, garantizada a nivel europeo¹⁰⁸, y la exigencia de respetar las decisiones del Estado-nación respecto al concepto de familia, de matrimonio y de cónyuge.

Precisamente en relación al concepto de familia, de matrimonio y de cónyuge gira la reconstrucción operada, que distingue cuidadosamente los dos planos: de un lado la libertad de circulación «dominada por la normativa supranacional»¹⁰⁹, ligada a los intereses «también de carácter económico» que caracterizan a la UE; de otro el derecho de familia, fundado sobre principios establecidos por el legislador nacional y expresivos de decisiones constitucionales.

El objeto del pronunciamiento, afirma el juez, no es «el status de cónyuge»¹¹⁰ en sí mismo, que debe permanecer al margen en el ordenamiento italiano, sino su derecho a obtener el permiso de residencia, que la normativa interna ha construido sobre la base de la normativa europea. Pero, en tanto que ésta no proporciona, ni impone, ninguna definición general y absoluta del concepto de cónyuge o de pareja de una unión civil registrada¹¹¹, limitándose, sobre la base de una aproximación funcional, a reconocer a quien lo es, la libertad de circulación, del mismo modo, el ordenamiento nacional está llamado sólo a garantizar el ejercicio de esta libertad, en relación con la cual la condición esencial es la concesión del permiso de residencia, sin que exista habilitación jurídica para indagar sobre la naturaleza del vínculo entre los dos sujetos o sobre el carácter homosexual o heterosexual de su unión. Estos aspectos pertenecen a las decisiones adoptadas por el ordenamiento nacional en el que la relación se ha constituido¹¹², orde-

¹⁰⁷ Sentencia Tribunale di Reggio Emilia, I sez., de 13/2/2012.

¹⁰⁸ Directiva 2000/38 y Decreto legislativo n. 30 de 2007 que la ha aplicado.

¹⁰⁹ Sentencia Tribunale di Reggio Emilia, I sez. de 13/2/2012, pp. 4 y ss.

¹¹⁰ Ibid. p. 4.

¹¹¹ En base a la legislación de un Estado miembro.

¹¹² Sentencia Tribunale di Reggio Emilia, I sez. 13/2/2012, p. 11.

namiento que puede admitir el matrimonio de las parejas homosexuales y reconocer a sus componentes la condición de cónyuge.

Sin embargo, este criterio no puede extenderse al ordenamiento de otro Estado miembro, como en este caso Italia, al igual que tampoco lo hace, por lo demás, el derecho europeo, al reconocer que la configuración de dicha relación como matrimonio y la definición como cónyuges de sus miembros, se realiza según el ordenamiento propio y con carácter absoluto y general, sin negar uno de los rasgos fundamentales sobre los que se ha construido el concepto constitucional de familia y de matrimonio.

La solución adoptada, de este modo, aun no carente de críticas ¹¹³, puede suponer para el Estado «un punto de equilibrio» ¹¹⁴, en tanto que puede satisfacer el derecho a la libertad de circulación, reconocido a nivel europeo y, por tanto, interno, sin incidir sobre las decisiones nacionales y constitucionales en materia de familia y de matrimonio, proporcionando al mismo tiempo, la tutela de las formaciones sociales que la Constitución reclama en el art. 2 ¹¹⁵.

Ninguna novedad relevante cabe destacar en la Sentencia del Tribunal de Casación n. 4184 de 2012 ¹¹⁶, donde, a través de la articulación de una argumentación rica en referencias a la Sentencia del TEDH de 24/6/2010, confirma el derecho de las parejas homosexuales, en tanto que «formaciones sociales», a acudir a los jueces ordinarios para recibir «en específicas situaciones» un trato igualitario al garantizado a las parejas casadas ¹¹⁷, pero niega la posibilidad a las parejas homosexuales casadas en el extranjero de obtener la transcripción del acto del matrimonio en el registro civil italiano ¹¹⁸.

¹¹³ Y de posibles consecuencias futuras de mayor relevancia, como por ejemplo, si la calificación de cónyuge y de matrimonio en relación a las parejas homosexuales podría servir para la solicitud de adopción o de acceso a las técnicas de reproducción asistida.

¹¹⁴ Sentencia Tribunale di Reggio Emilia, I sez. 13/2/2012, p. 12.

¹¹⁵ Ibid. p. 12, como ha reconocido la Corte costituzionale en la Sentencia de 14/4/2010, n. 138.

¹¹⁶ Sentencia Corte di Cassazione, I sez. civile, 15/3/2012, n. 4184.

¹¹⁷ Ibid. p. 74.

¹¹⁸ Ibid. pp. 75-76. Véanse sobre esta decisión los comentarios de M. FINOCCHIARO, «L'atto deve essere considerato idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordi-

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

El recorrido de la integración europea presenta en el momento actual dificultades y obstáculos que no resultan fácilmente superables, pero probablemente no imprevisibles ¹¹⁹.

De hecho, mirando sólo al pasado, a los orígenes de la construcción comunitaria, puede observarse como ésta tenía como primer presupuesto la voluntad de cooperación de los Estados, en el entendimiento de la obligación de reunir medios y energías para reconstruir, pero también para construir algo nuevo y común sobre la base de un proyecto compartido por todos ¹²⁰.

Quizás la obstinación con la que se pretende hoy subordinar las etapas sucesivas de esta construcción a la necesaria existencia de una moneda única y de un sistema único de gobernanza bancaria, financiera y fiscal, está causando, con fórmulas y medidas diversas, la oposición de los Estados, todavía más decidida en un contexto de crisis y recesión, y, al mismo tiempo, está poniendo en riesgo seriamente el propio proceso de integración.

namento», en *Guida al Diritto*, n. 14, 2012, p. 35 y ss.; M. DI BARI, «Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2012 della Corte costituzionale», en *rivistaic*, 1/2012, y de I. MASSA PINTO, «“Fiat matrimonio!” L’Unione omosessuale all’incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso) di una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillennaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale?)», en *rivistaic*, 2/2012.

¹¹⁹ Respecto a estos aspectos, véanse las contribuciones de B. CARAVITA DI TORITTO, «La grande sfida dell’Unione europea tra prospettive di rilancio e ombre di declino», en *www.federalismi.it*, n.1, 2012; de G. GUARINO, «L’Europa imperfetta: UE: problemi, analisi, prospettive», en *www.costituzionalismo.it*, 21/11/2011, y de M. PIVETTI, «La lotteria del capitalismo e il disastro dell’Europa», en *www.costituzionalismo.it*, 19/12/2011.

¹²⁰ F. DEBENEDETTI, «Salvare l’euro? Salviamo l’Europa», en *Il Sole 24ore*, 27/6/2012, habla de «construcción abierta, comprensiva en tanto que fundada sobre la libertad de mercado en la que todos participan voluntariamente».

Sin embargo, nos deberíamos preguntar si este proceso debe realmente seguir las vías de la moneda y de las finanzas, o si, por el contrario, la nueva comunidad política, como se ha tratado de argumentar en las páginas precedentes, necesita primero conocer y sentir como propios los principios y los derechos que están en su base.

Estos principios y estos derechos han encontrado en el sistema de la Unión europea un artífice hábil y atento, el Tribunal de Justicia, que ha mostrado saber forjarlos desde la base, a partir de los derechos constitucionales y nacionales, que representan para cada Estado, como se ha recordado, el éxito de la positivación de valores prejurídicos y universales en el seno de las Constituciones. La obra del juez europeo ha realizado, así, en el tiempo, una especie de transfiguración de los derechos y de los principios constitucionales y fundamentales expresión de la identidad de los Estados, en una nueva versión, compartida, europea.

Recordar que los fundamentos de la comunidad política de la Unión europea reposan en este patrimonio constitucional, en el que las diferencias de los Estados pueden encontrar un anclaje seguro, puede servir, en mayor medida, para retomar el camino de la integración con todas las limitaciones y los sacrificios que el futuro camino pueda requerir.

Resumen:

El presente trabajo comienza recordando la formación del patrimonio constitucional a partir de las Constituciones estatales, las cuales generan unos principios comunes. Seguidamente, también a modo de introducción, analiza el papel que ha correspondido al Tribunal de Justicia en la formación de ese patrimonio. Desde este marco conceptual, estudia y compara la incidencia del Tribunal de Justicia y del TEDH en la determinación del contenido posible de las uniones entre personas del mismo sexo. Finalmente, se propone una solución equilibrada construida sobre las apreciaciones de la jurisdicción italiana, donde sin incidir en la condición de la unión, se le anudan las consecuencias ligadas a la libre circulación.

Palabras Clave: *Constitución estatal, Tribunal de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, uniones entre personas del mismo sexo.*

Abstract:

This paper begins remembering the creation of a common constitutional patrimony from the national Constitutions, which generate common principles. After that, still in an introductory way, the essay analyzes the role of the European Court of Justice

in the building of this patrimony. From this constitutional framework, the paper studies and compares the influence of the ECJ and ECHR in the formation of the rights of same gender couples. Finally, the author proposes an equilibrium solution, where without prejudicing the king of union, it gives to same gender couples similar rights to those of heterosexual couples.

Keywords: *National Constitutions, ECJ, ECHR, same gender couples.*