

Pensión de viudedad: Improcedencia en caso superviviente de unión de hecho homosexual extinguida antes de la entrada en vigor de la ley 13/2005. (Situación no comparable a la de las parejas de hecho heterosexuales contemplada en la DA 10.2 de la Ley 30/1981). Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2016 (Asunto Tomás Aldeguer c. España, demanda n. 35214/09)

Survivor's pension: Dismiss in case of survivor of a *de facto* same-sex union ended before the enactment of law no. 13/2005. (No comparable situation to that of the heterosexual couples referred to in the AD 10.1 of law no. 30/1981). Comment to the judgment of the European Court of Human Rights 14 June 2016 (Case of Aldeguer Tomás v. Spain, application no. 35214/09).

JESÚS GARCÍA ORTEGA

PROFESOR TITULAR [ACREDITADO A CATEDRÁTICO] DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA.

Resumen

El superviviente de una unión de hecho homosexual extinguida por fallecimiento de su pareja antes de la promulgación de la Ley 13/2005 (reguladora del matrimonio homosexual), reclamó ante los tribunales internos españoles su derecho a percibir una pensión de viudedad alegando como fundamento su derecho a ser equiparado con los supervivientes de uniones de hecho heterosexuales extinguidas por fallecimiento de uno de los miembros de la pareja antes de la promulgación de ley 30/1981 (ley reguladora del divorcio), que no pudieron contraer matrimonio por estar uno de ellos o ambos casados con terceros, cuyo matrimonio era indisoluble por divorcio. No habiendo prosperado su reclamación en el ámbito interno, acudió ante el TEDH alegando haber sido discriminado por causa de su orientación sexual y reclama el mismo trato dado a las parejas heterosexuales a las que no se les permitió casarse antes de legalizarse el divorcio. Basó su demanda en el art. 14 (prohibición de discriminación) en relación con el art. 8 del mismo Convenio (derecho al respeto a la vida privada y familiar); aunque el Tribunal examina también la posible vulneración del art. 1 del Protocolo

Abstract

The survivor of a *de facto* same-sex union ended by the death of his partner before the enactment of Law no. 13/2005 (which regulates homosexual marriage), complained before the Spanish domestic courts his right to receive a survivor's pension claiming as a based on his right to be equated with the survivors of heterosexual unions ended by the death due to the death of one of the members of the couple before the enactment of law no. 30/1981 (divorce law), who could not marry because one or both were married to third parties, whose marriage was indissoluble by divorce. Not having succeeded in his domestic claim, he went before the ECHR on the grounds that he had been discriminated against because of his sexual orientation and claimed the same treatment given to heterosexual couples who were not allowed to marry before the divorce was legalized. He based his application on art. 14 (prohibition of discrimination) in relation to art. 8 of the same Convention (right to respect for private and family life); although the Court also examines the possible violation of art. 1 of Protocol 1 to the Convention (the peaceful enjoyment of private possessions). The Court dismisses the application, stating unanimously that the abovementioned rules have not

1 del Convenio (derecho al respeto a los bienes). El Tribunal desestima la demanda, declarando de forma unánime que no se han vulnerado las normas antes citadas; las situaciones antes descritas no son situaciones equiparables porque, aunque en ambos casos existía un impedimento para casarse, era de diferente naturaleza en cada uno de ellos. Tampoco cabe reprochar al Estado por la demora en la promulgación de las normas de 2005 y 2007 que reconocen el matrimonio y la unión de hecho homosexual, porque se trata de un derecho en evolución sin un consenso establecido, en que el Estado cuenta con gran margen de discrecionalidad sobre el momento más oportuno para introducir cambios legislativos.

been violated; the situations described above are not comparable situations because, although in both cases there was an impediment to marriage, it was of different nature in each of them. Neither can the State be criticized for the delay in the promulgation of the 2005 and 2007 norms that recognize marriage and homosexual union, because it is an evolving right without an established consensus, in which the State has a large margin of discretion on the most opportune moment to introduce legislative changes.

Palabras clave

Pensión de viudedad, unión de hecho, matrimonio homosexual, discriminación por razón de la orientación sexual

Keywords

Survivor's pension, de facto unión, same-sex marriage, discriminatory treatment of sexual orientation

1. HECHOS

El demandante, varón nacido en 1955, mantuvo una relación afectiva y de convivencia con otro hombre desde 1990 hasta el fallecimiento de este último el día 2 de julio de 2002. Ambos convivieron como pareja de hecho homosexual en un piso propiedad del fallecido, domicilio en el que el demandante se empadronó el 13 de diciembre de 2001. Al fallecimiento de la pareja del demandante, su hermana y única heredera de sus bienes donó al actor, en atención a las relaciones sentimentales de pareja mantenidas con su hermano, un apartamento propiedad del fallecido en el que la pareja pasaba las vacaciones desde 1990.

El día 19 de septiembre de 2003 el demandante solicitó pensión de viudedad y el día 22 del mismo mes el INSS dictó resolución por la que rechazó otorgar al demandante una pensión de viudedad sobre la base de que, al no haber estado casado con el fallecido, no podía ser considerado considerado cónyuge superviviente, requisito exigido entonces por el art. 174.1 LGSS. Esta resolución se notificó el día 13 de junio de 2005, contra la que el demandante reclamación previa el día 5 de julio de 2005 y, desestimada la misma, interpuso demanda el 26 de septiembre de 2005. El asunto correspondió al Juzgado de lo Social num. 33 de Madrid (autos núm. 768/2005) que dictó sentencia en fecha 14 de noviembre de 2005, estimando la demanda. El INSS y la TGSS interpusieron contra la citada sentencia de instancia recurso de suplicación ante el TSJ de Madrid, que dictó sentencia el 18 de septiembre de 2006 (Rec. 956/2006) por la que estimando el recurso, revocó la sentencia recurrida con la consiguiente desestimación de la demanda. El demandante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del TS, pero la Sala acordó la inadmisión por Auto de 27 de junio de 2007 (notificado el 26 de julio siguiente). Asimismo, por resolución de 11 de febrero de 2009 (notificada el 17 del mismo mes) fue inadmitido el recurso de amparo interpuesto ante el TC por no justificar la especial trascendencia constitucional del recurso. Finalmente, demandante inició un procedimiento contra el Reino de España mediante demanda núm. 35214/09 interpuesta el 22 de junio de 2009.

2. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA ESPAÑOLA SOBRE EL PENSIÓN DE VIUDEDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO

El matrimonio se configuraba en el código civil como un derecho del hombre y la mujer (art. 44 CC), y sobre este principio se ordenó la protección por viudedad dispensada por el Sistema de Seguridad Social. El derecho a la pensión de viudedad venía regulado en el art. 160 TRLGSS de 1974 (Aprobado por D. 2965/1974, de 30 de mayo) que lo reservaba a la viuda con motivo del fallecimiento de su cónyuge siempre que, además, hubiese convivido habitualmente con el causante, salvo en caso de separación judicial. Sobre esta regulación incidió la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó el régimen jurídico del matrimonio en el Código Civil y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Esta reforma legal admitió el divorcio como causa de disolución del matrimonio y en la Disposición Adicional Décima estableció con provisional una serie de reglas en materia de pensiones y Seguridad Social. En este sentido, se atribuyó el derecho a la pensión de viudedad a quien fuera o hubiera sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo convivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio (DA 10.3ª).

La imposibilidad de disolver el matrimonio por divorcio en la legislación vigente en el ordenamiento español antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 motivó que, ante ese impedimento jurídico, los integrantes de matrimonios rotos pero indisolubles constituyeran nuevas relaciones de pareja, pero en este caso como uniones matrimoniales de hecho. Estas uniones de hecho heterosexuales que se hubieran extinguido antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 por fallecimiento de uno de sus miembros, fueron equiparadas al matrimonio a efectos de la pensión de viudedad por la DA 10ª.2 de la Ley 30/1981 que disponía. “Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedirse la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente”.

El matrimonio entre personas del mismo sexo se reguló mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, que añadió un segundo párrafo al art. 44 CC que establece: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”. Ahora bien, la citada ley no reconoció ningún derecho al superviviente de una unión de hecho anterior extinguida por fallecimiento de la pareja homosexual antes de la entrada en vigor de la misma. Este es precisamente el tema que analiza la STEDE de 14-6-2016 sobre la que versa este comentario.

El derecho a pensión de viudedad de las uniones de hecho, homosexuales o heterosexuales, se reconoció mediante la reforma del art. 174 LGSS llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Asimismo, con carácter excepcional reconoció a los miembros supervivientes de uniones de hecho ya extinguidas el derecho a pensión de viudedad con efectos retroactivos cuando el hecho causante se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, y además cumplieran el requisito de convivencia y la solicitud se presentara en el improrrogable plazo de los doce meses siguientes (DAd. 3ª), porque el requisito de existencia de hijos comunes entre causante y beneficiario fue declarado inconstitucional por STC 41/2013, de 14 febrero. En fin, el derecho a pensión de viudedad en

caso de parejas de hecho se encuentra actualmente regulado en el art. 221 del TRLGSS de 2015.

3. JURISPRUDENCIA ORDINARIA Y CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRETENSIÓN DE EQUIPARACIÓN ENTRE DE UNIONES DE HECHO HOMOSEXUALES EXTINGUIDAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/2005 CON LAS PAREJAS HETEROSEXUALES CONTEMPLADAS EN LA DA 10.2 DE LA LEY 30/1981

La Ley 13/2005 que reconoció el matrimonio homosexual no estableció ninguna norma que con carácter retroactivo reconociera efectos en materia de Seguridad Social y específicamente el derecho a pensión de viudedad a los supervivientes de uniones homosexuales de hecho extinguidas antes de su entrada en vigor. Tampoco contempló por futuro derecho a pensión de viudedad de las uniones de hecho de personas del mismo sexo, sino que su incidencia en el ordenamiento consistió en equiparar el matrimonio homosexual al heterosexual a todos los efectos.

Ante el silencio normativo antes apuntado, se planteó el reconocimiento de pensión de viudedad en caso de supervivientes de uniones de hecho homosexuales ya extinguidas, considerando que deberían ser equiparados a las uniones de hecho heterosexuales a que hacía referencia la DA 10ª.1 de la Ley 30/1981, con base DA 1ª de la Ley 13/2005 que establece que las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes y, consecuentemente, por esta vía se planteó ante los tribunales la equiparación de ambas situaciones, de forma que el principio de igualdad debería extenderse al ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social.

La Sala de lo Social del TS conoció esta cuestión, no en el asunto Tomás Aldeguer porque el recurso fue inadmitido, sino en la STS de 29 de abril de 2009 (Rec. 577/2008) por el que desestimó la demanda en la que se pretendía recibir igual trato que las uniones heterosexuales a que antes se hizo referencia, si bien la sentencia cuenta con un voto particular discrepante. El voto mayoritario se fundamenta en que Ley 13/2005 no reconoce ninguna norma transitoria que permita aplicar los efectos del matrimonio a una pareja de hecho y la DA 1ª de la Ley 13/2005 pretende trasladar el nuevo supuesto de matrimonio a todos los textos legales que lo contemplan, sin otro alcance. Por lo demás, aplicar esta Ley a situaciones producidas antes de su entrada en vigor es contrario al principio de irretroactividad de las normas, que solo pueden tener este efecto si lo dispone el legislador, tal como efectivamente y con posterioridad dispuso posteriormente la DA 3ª de la Ley 40/2007.

Según el voto mayoritario, no es posible la aplicación de la DA 10ª.2 de la Ley 30/1981 ni directamente ni por analogía al supuesto de hecho analizado, porque para ello debería de existir identidad de razón, que no concurre debido a que la DA de la Ley de 1981 contemplaba el supuesto de personas de distinto sexo que habían convivido antes de reconocerse el divorcio y que no pudieron contraer matrimonio por estar casadas y la Ley 13/2005 regula una situación distinta, el matrimonio entre personas del mismo sexo, que no era una institución jurídicamente regulada con anterioridad, ni existía derecho constitucional a su reconocimiento. Por ese motivo, la prohibición de matrimonio entre personas del mismo

sexo, con la consiguiente imposibilidad de causar pensión de viudedad antes de la promulgación de la Ley 13/2005 no constituía una desigualdad de trato contraria al art. 14 CE. La finalidad de la ley no fue eliminar una discriminación preexistente, sino instaurar un nuevo marco de derechos que tendrían aplicación a partir de su vigencia. No obstante, en 2007 el legislador estableció unos efectos retroactivos condicionados al cumplimiento de una serie de requisitos, que no fueron objeto de discusión en este asunto.

La misma cuestión de hecho (unión de hecho homosexual extinguida por fallecimiento antes de la promulgación de la Ley 13/2005) se suscitó ante el TC en virtud del recurso de amparo num. 6704/2004 contra la STSJ Asturias de 8 de octubre de 2004, si bien el motivo se basaba en la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación; sobre esta misma materia el Pleno del TC acordó plantear cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con el art. 174.1 LGSS en la redacción dada por la Ley 50/1998, que condicionaba el derecho a la pensión de viudedad al fallecimiento del cónyuge, de cuya solución dependería el fallo del recurso de amparo. La duda de constitucionalidad radicaba en dilucidar si el citado art. 174.1 pudiera suponer una vulneración del art. 14 CE, porque el trato desigual a las parejas homosexuales respecto a las heterosexuales podría suponer una discriminación por razón de la orientación sexual. La cuestión la resuelve la STC 92/2014, de 10 de junio, que la desestima, si bien hay un voto particular discrepante.

Resumidamente, la fundamentación jurídica de la STC 92/2014 considera que la discriminación por causa de la orientación está incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” del art. 14 CE y por tanto, prohibida, si bien en este caso se analiza un punto concreto, la exclusión del derecho a pensión de viudedad de quien no fuera cónyuge superviviente, lo cual excluía las parejas de hecho homosexuales, puesto que hasta la promulgación de la Ley 13/2005 no podían contraer matrimonio. Pero cualquier situación en que los convivientes en parejas de hecho se vean impedidos a contraer matrimonio no implica, necesariamente, que los poderes públicos deban otorgarles igual protección que a los cónyuges; ello solo acontecerá cuando la causa impeditiva pugne con los principios y reglas constitucionales. En este punto, siguiendo anterior jurisprudencia constitucional, considera que el matrimonio entre personas del mismo sexo no era una institución jurídicamente regulada, ni existía un derecho constitucional a su establecimiento; por ello, los poderes públicos podían otorgar un trato privilegiado al matrimonio heterosexual (recogido expresamente en el art. 32.1 CE) en materias tales como la pensión de viudedad. Porque en materia de configuración del régimen jurídico de las prestaciones de la Seguridad Social el legislador tiene un amplio margen de apreciación. Y dentro de ese margen, el legislador restringió la protección por viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial como forma de protección de la unión familiar. Quedaban excluidas las uniones de hecho heterosexuales porque libremente decidían no contraer matrimonio a sabiendas de sus consecuencias y las uniones homosexuales, porque también quedaban excluidas del matrimonio según la configuración clásica del mismo. Tampoco constituía una pauta en el ámbito del derecho comparado la protección por viudedad en caso de uniones de hecho. Se consideraba que este desigual trato tenía un fundamento razonable y legítimo, como era la protección de la familia basada en los vínculos del matrimonio. En todo caso, se hace hincapié en que no hay obstáculo constitucional para que el legislador extienda el ámbito protector de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, tanto homosexuales como heterosexuales.

4. LA STEDH DE 14 DE JUNIO DE 2016 (ASUNTO TOMÁS ALDEGUER C. ESPAÑA)

El supuesto de hecho quedó reflejado en el primer apartado, se trata del supérstite de una unión de hecho estable homosexual extinguida antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 que reclama el derecho a percibir una pensión de viudedad, aduciendo como fundamento la DA 10ª.2 de la Ley 30/1981, que reinstauró el derecho al divorcio. El juez de instancia estimó la demanda con base en que la citada norma no tenía carácter transitorio, y que resultaba aplicable porque la igualdad con que se configura el matrimonio en la ley 13/2005 debe extenderse también al ámbito de la pensión de viudedad en virtud de su DA 1ª. Por el contrario, la bien fundada STSJ Madrid de 18 septiembre 2006, estima el recurso interpuesto por el INSS y la TGSS, considera aquella norma inaplicable porque en el momento del hecho causante no se había promulgado; tampoco la Ley 13/2005 contiene disposiciones específicas en la materia. Se trata de un supuesto en que una reforma normativa produce diferencias entre la aplicación de la norma anterior y la posterior, pero el distinto tratamiento temporal motivado por la sucesión normativa no es contrario al art. 14 CE; incluso la nueva ley excluye del ámbito protector a las uniones de hecho. La cuestión central es la relativa a la no aplicabilidad al caso de la DA 10ª.2 de la Ley 30/1981, que se fundamenta de un lado, en su carácter provisional y prevista para situaciones anteriores a su entrada en vigor y sin propósito de regular situaciones futuras, por lo que no puede considerarse incluida en las normas referidas por la DA 1ª de la Ley 13/2005; y de otro lado, porque el supuesto de hecho a que se refería la DA 10ª antes citada no es equiparable al que se plantea en este asunto. Es decir, la norma de 1981 reconocía el derecho a la pensión de viudedad al superviviente de una unión de hecho heterosexual en la que uno o los dos miembros de la pareja no podían contraer matrimonio por estar casados previamente con una tercera persona, vínculo que no se podía disolver por divorcio. El asunto que se plantea en este caso, por el contrario, es la unión de hecho de dos personas del mismo sexo que no tenían posibilidad de contraer matrimonio antes de la promulgación de la Ley 13/2005, imposibilidad que no se derivaba de la situación individual y jurídica de sus componentes. El único punto en común entre los dos supuestos era la convivencia de hecho, pero las demás circunstancias eran muy diferentes, no equiparables.

En la demanda planteada ante el TEDH el demandante reclama haber sido discriminado por causa de su orientación sexual y reclama el mismo trato dado a las parejas heterosexuales a las que no se les permitió casarse antes de legalizarse el divorcio. Basó su demanda en el art. 14 (prohibición de discriminación) en relación con el art. 8 del mismo Convenio (derecho al respeto a la vida privada y familiar); no obstante, en virtud del principio *iura novit curia*, el Tribunal propone de oficio examinar la posible vulneración del art. 1 del Protocolo 1 del Convenio (derecho al respeto a los bienes), pues en cuanto al fondo en la demanda ante los tribunales internos se reclamaba el derecho a una pensión de viudedad. El asunto es resuelto por la STEDH de 14 de junio de 2016 (Asunto Tomás Aldeguer c. España) que manifiesta, de forma unánime, que no se ha vulnerado el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.

En la fundamentación jurídica indica el Tribunal que la orientación sexual es un concepto incluido en el art. 14 del Convenio y ha manifestado de forma reiterada que las diferencias basadas en el género y en la orientación sexual requieren razones particularmente convincentes para justificarlas. De forma que cuando una diferencia de trato se base en el género o la orientación sexual, el margen de discrecionalidad del Estado es limitado y que

son inaceptables las diferencias basadas exclusivamente en la orientación sexual. Porque al Estado se le permite normalmente un amplio margen de discrecionalidad con arreglo al Convenio cuando se trata de medidas económicas o sociales, vinculadas a los recursos financieros del Estado. Este margen de discrecionalidad es especialmente significativo cuando se trata de derechos desarrollados sin un consenso establecido, como es el caso del matrimonio homosexual.

En cuanto a la cuestión de fondo, el Tribunal se plantea si la situación del demandante es equiparable a la suscitada en España en 1981 respecto a un miembro superviviente de una pareja de hecho heterosexual en la que una o ambas partes no podían volver a casarse porque todavía estaban casados con una tercera persona de la que no podían divorciarse con arreglo a la legislación entonces vigente. Considera que no son situaciones equiparables porque, aunque en ambos casos existía un impedimento para casarse, era de diferente naturaleza en cada uno de ellos. En el caso de las uniones heterosexuales anteriores a 1981 afectadas por la indisolubilidad del matrimonio anterior, el impedimento no se deriva del género u orientación; esta situación era distinta y no podía compararse con la de una pareja homosexual que no podía casarse en términos absolutos antes de la Ley de 2005. Por tanto, es diferente el contexto y diferente la naturaleza de la imposibilidad para contraer matrimonio.

La anterior apreciación no se ve afectada por el hecho de que posteriormente el legislador interno reconoció el derecho al matrimonio y a la pensión de viudedad a las parejas homosexuales (2005), derecho a pensión que se extendió a las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales en 2007. Estas reformas legislativas que han avanzado hacia la equiparación de derechos de las personas con independencia de su orientación sexual, no tiene el significado de reconocer que la normativa anterior era contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Porque se trata de un derecho en evolución sin un consenso establecido, en que el Estado cuenta con gran margen de discrecionalidad sobre el momento más oportuno para introducir cambios legislativos.

El legislador interno no puede ser censurado por no haber aprobado antes las normas que adoptó en 2005 y 2007, con lo cual el demandante hubiera podido ver reconocido el derecho que ahora se le deniega. Porque se trata de una materia (matrimonio homosexual) sobre la que el TEDH ya había constatado que no había consenso europeo, pero que está generándose. En 2010 sostuvo que esta tendencia se ha desarrollado rápidamente en la última década, no obstante los Estados que otorgan reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo no eran aún mayoría en aquel momento; se trata de un terreno de derechos en evolución sin un consenso establecido, en la que los Estados deben disfrutar de un margen de apreciación en cuanto al momento de introducir modificaciones legales (STEDH de 24 junio 2010, caso Schalk and Kopf c. Austria, ep.105).

Concluye el Tribunal que el demandante no se encontraba en posición análoga a la del superviviente de una pareja heterosexual que no podía volver a casarse por impedimento legal antes de 1981; en consecuencia, no ha existido discriminación ni se han vulnerado los artículos del Convenio controvertidos.

El Tribunal no entra a examinar la alegación del demandante que imputa a la antes citada STSJ de Madrid de 18 septiembre 2006 trato discriminatorio por no haber aplicado con carácter retroactivo la ley 13/2005, considerando que la DA 10.2 de la Ley 30/1981

debía aplicarse en virtud del derecho a recibir igualdad de trato; y no entra porque se trata de una cuestión relativa a la aplicación del derecho interno y no es competencia del Tribunal europeo decidir qué interpretación de la norma interna es más correcta. Por lo demás, tal como antes se indicó, sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sala de lo Social del TS estableciendo que no es posible aplicar retroactivamente una norma, si el legislador no lo ha establecido; el hecho de que en 2007 se reconociera legalmente y de forma limitada efectos retroactivos al reconocimiento de pensión de viudedad en caso de uniones de hechos entre personas del mismo sexo no significa que la anterior regulación conculcaba el derecho a la igualdad y no discriminación, sino que no contenía norma expresa sobre esta materia, lo cual muestra la razonabilidad de la respuesta jurisprudencial. Según el intérprete máximo de la legalidad ordinaria, tampoco procedía aplicar al caso por analogía la ley de 1981, porque no concurre la necesaria identidad de razón.

Las reformas legislativas han ido en paralelo a la evolución de las convicciones sociales, de la opinión mayoritaria de la sociedad; no puede desconocerse que el matrimonio ha sido tradicionalmente heterosexual, y ello queda convenientemente reflejado en la Constitución (art. 32.1). Esta evolución jurídica y social es constatable en nuestro ordenamiento; así, la DA 10.2 de la ley de 1981 reconoció efectos retroactivos en caso de convivencia como “matrimonio *more uxorio*”, porque se trataba de parejas heterosexuales, pero esa apariencia de matrimonio no era posible apreciarla en la convivencia de las parejas del mismo sexo hasta la ley de 2005, porque estas uniones no estaban valoradas por el ordenamiento como “institución matrimonial” ni gozaban de protección jurídica (STSJ Madrid de 18 septiembre 2006, fj. 5°).

La cuestión que aborda el Tribunal europeo es determinar si el miembro superviviente de una pareja de hecho homosexual extinguida antes de la promulgación de la ley de 2005 citada se encontraba en situación comparable a la del superviviente de una pareja de hecho heterosexual que no pudo contraer matrimonio por estar uno o ambos casados con terceras personas y ser indisoluble dicho matrimonio. La respuesta es negativa con base en la distinta naturaleza del impedimento para casarse; en un caso se trata de un impedimento legal, por indisolubilidad del matrimonio previo, y en el otro caso se trata de imposibilidad legal de contraer matrimonio por parte de las parejas homosexuales.

El no reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo o, en su caso, la exclusión del algún derecho, no supone manifestación de incumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque se trata de un derecho en evolución sin un consenso establecido. Sobre esta materia se constata una rápida evolución legislativa al socaire de la evolución social, de forma que los ordenamientos jurídicos van reconociendo progresivamente el matrimonio entre personas del mismo sexo y efectos jurídicos a uniones de hecho homosexuales.

Por lo demás, corresponde al propio TEDH determinar cuándo se ha logrado este “nuevo consenso europeo” (STEDH de 24 junio 2010, caso *Schalk and Kopf c. Austria*, ep.106) porque la mayoría de los Estados europeos hayan regulado en su ordenamiento jurídico esta institución. Una vez alcanzado el consenso europeo quedaría restringido el margen de discrecionalidad del Estado (NANCLARES VALLE, J. “La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 741/2014, pp. 219-220), deviniendo una obligación lo que en la actualidad es tan solo una posibilidad de actuación legislativa.