

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las uniones de hecho.

[BIB 2003\910](#)

**Susana Sanz Caballero.**

Titular del Programa Jean Monnet de la Universidad Cardenal Herrera-CEU

**Publicación:** Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num.8/2003 parte Estudio

Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003.

### 1 . Introducción

El [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (CEDH) no contiene ningún artículo que proteja las uniones de hecho como tales<sup>1</sup>. Lo que sí contiene son varios artículos que protegen la vida privada y familiar (art. 8), el derecho a fundar una familia y contraer matrimonio (art. 12) o prohíben la discriminación (art. 14). Son estas las disposiciones en las que, de manera mayoritaria, se basan las sentencias recopiladas que versan sobre el concubinato. Al TEDH sólo le interesan las uniones de hecho en tanto que generadoras de vida privada o familiar y si se les discrimina injustamente. Por tanto, una de las primeras cuestiones que cabría plantearse es qué concepto de familia maneja el TEDH. Pero la respuesta a esta pregunta no es simple porque el TEDH no lo ha definido nunca. El tribunal ha mantenido voluntariamente cierta aureola de indeterminación porque la vida familiar es quizá uno de los conceptos más permeables a los cambios morales y sociológicos de una comunidad<sup>2</sup>. De su jurisprudencia se va deduciendo la progresiva ampliación de la que se ha beneficiado esta institución pero el TEDH se niega, en muy buena lógica, a limitar su protección a determinado concepto o idea de familia tanto más cuanto que el CEDH es un instrumento vivo, que debe ser interpretado siempre de acuerdo con el contexto social imperante en cada momento histórico en una sociedad democrática pluralista y tolerante<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sobre el presente tema, puede consultarse mi artículo La Ley Valenciana sobre Uniones de Hecho. «Las Uniones de Hecho en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (obra colectiva coordinada por MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel), Valencia, 2001 (en prensa).

<sup>2</sup> COUSSIRAT-COUSTÈRE, V.: Protection des Droits de l'Homme: La Perspective Européenne. Mélanges a la Mémoire de Rolv Ryssdal. «Famille et Convention Européenne des Droits de l'Homme» Carl Heymans Verlag KG, Berlin, 2000, pgs. 281-307, pg. 282; FELDMAN, D.: European Human Rights Law Review. «The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights» 1997, núm. 3, pgs. 265-274, pg. 267; MOCK, H.: Revue Universelle des Droits de l'Homme. «Le Droit au Respect de la Vie Privée et Familiale, du Domicile et de la Correspondance à l'Aube du XXIème siècle: Aperçu de la Cour et de la Commission des Droits de l'Homme» 1998, vol. 10, núm. 7-10, pgs. 237-246, pg. 241; NAISMIITH, S.: The Birth of European Human Rights Law. Liber Amicorum Carl Aage Norgaard. «Private and Family Life, Home and Correspondence» Salvia y Villiger (eds.), 1998, Bd. 20, Nomos, Baden-Baden, pgs. 141-164, pg. 164.

<sup>3</sup> Sentencia HANDYSIDE/REINO UNIDO de 7 de diciembre de 1976 , pto. 49.

El potencial expansivo del CEDH en la materia que nos ocupa queda demostrado cuando se comprueba que, a través del concepto «vida familiar», el TEDH ha pasado de proteger la mera y tradicional familia nuclear (padres casados más los hijos nacidos de esa unión) a proteger otras situaciones **de facto** como las de las parejas de hecho<sup>4</sup>, abuelos y nietos<sup>5</sup>, tíos y sobrino<sup>6</sup>, hermanos y hermanas<sup>7</sup>, padre natural e hijo concebido cuando la madre y el padre convivían<sup>8</sup>, padre divorciado e hijo<sup>9</sup>, etc. Todo ello refleja un acercamiento realista y flexible a la institución familiar con el objeto de incluir dentro de la misma todo tipo de relación, aunque sea de mero hecho y no esté sancionada por la ley, todo tipo de vínculo efectivo (y lo de la efectividad se torna especialmente importante cuando hablamos de la familia natural) entre personas que se dan soporte y atención mutua así como un sustento económico, emocional y/o de otro tipo. Sin embargo, la generosidad del TEDH a la

hora de estimar la vida familiar no le ha llevado a ampliar el concepto **ad infinitum**. Sistemáticamente, ha rechazado la inclusión de las relaciones homosexuales en el ámbito de la vida familiar para dirigir las hacia el terreno de lo que es la mera vida privada de las personas<sup>10</sup>.

4 [Sentencia JOHNSTON/IRLANDA de 18 de diciembre de 1986](#).

5 [Sentencia BRONDA/ITALIA de 9 de junio de 1998](#).

6 Decisión de 15 de diciembre de 1977, X e Y/REINO UNIDO, demanda 7229/75, pto. 32.

7 Decisión de la Com EDH de 9 de julio de 1973 demanda 5532/72 y Decisión de la Com EDH de 11 de marzo de 1981 demanda 8986/80.

8 [Sentencia KEEGAN/IRLANDA de 26 de mayo de 1994](#).

9 [Sentencia BERREHAB/PAÍSES BAJOS de 21 de junio de 1988](#).

10 Decisión de 14 de mayo de 1986 SIMPSON/REINO UNIDO, demanda 11716/85.

## 2. La familia tradicional vs. otras fórmulas de vida familiar

La, por lo general, generosa y evolutiva jurisprudencia del TEDH en favor de nuevas fórmulas de vida familiar –con el límite, hasta el momento, de las parejas homosexuales– no oculta, sin embargo, una cierta preferencia por la familia tradicional, también llamada por algunos «célula familiar» (un hombre y una mujer que están unidos por el matrimonio más los hijos, si los hay, de dicha pareja). Si bien el TEDH entiende que el art. 8 cubre tanto los casos de familias surgidas de un matrimonio como también las relaciones estables de parejas no casadas (especialmente cuando hay hijos) no obstante al mismo tiempo ha indicado que «resulta legítimo, e incluso meritorio, apoyar y fortalecer la familia tradicional»<sup>11</sup> y que las parejas casadas aún se caracterizan por «un **corpus de derechos y obligaciones que les diferencian claramente de una pareja que cohabita**»<sup>12</sup>.

11 [Sentencia MARCKX/BÉLGICA de 13 de junio de 1979](#), pto. 40. Asimismo, en las decisiones de 30 de agosto de 1993 al caso GAB/ESPAÑA demanda 21173/93 y de 9 de abril de 1997 GÁLVEZ PÉREZ/ESPAÑA demanda núm. 32628/96, la ComEDH indica que la diferencia de trato que existe en materia de prestación de supervivencia entre cónyuges y parejas que viven maritalmente tiene un fin legítimo y se apoya en una justificación objetiva y razonable, a saber, la protección de la familia tradicional. Del mismo modo, la diferencia existente en materia de atribución del hogar familiar entre cónyuges y miembros de una pareja de hecho también persigue un fin legítimo y se apoya en la misma justificación objetiva y razonable que consiste en la protección de la familia tradicional, según la decisión del TEDH de 26 de enero de 1999 al caso SAUCEDO GÓMEZ/ESPAÑA demanda núm. 37784/97. Véase asimismo la decisión al caso LINDSEY/REINO UNIDO demanda 11089/84 de 11 de noviembre de 1986 en la que la ComEDH estableció que «**The applicants in the present case seek to compare themselves, a married couple, with a man and woman who receive the same income, but who live together without being married. The Commission is of the opinion that these are not analogous situations. Though in some fields, the de facto relationship of cohabitantes is now recognised, there still exist differences between married and unmarried couples, in particular, differences in legal status and legal effects. Marriage continues to be characterised by a corpus of rights and obligations which differentiate it markedly from the situation of a man and woman who cohabit**».

12 Decisión de 11 de noviembre de 1986 al caso L./REINO UNIDO, demanda 11089/84.

Aunque de entrada pueda resultar dura esta afirmación, sin embargo, no debería en absoluto llevar a escándalo. Las instituciones de Estrasburgo han declarado hasta la saciedad que el art. 8 y el 12 [CEDH](#) protegen tanto a la familia fundada en el matrimonio como a la familia natural<sup>13</sup>, muy especialmente, que el estado civil de los padres no debe en ningún caso afectar ni llevar a discriminaciones entre los hijos nacidos de familias tradicionales, por un lado, y los de familias naturales o monoparentales, por otro. El TEDH siempre ha de velar por el interés superior del menor y, en este sentido, los avatares de la vida en cuanto al nacimiento no pueden afectar al niño sea el que sea el estado civil de los padres<sup>14</sup>. La presunción de vida familiar se convierte en irrefutable cuando la pareja de hecho tiene hijos. En tal caso el hijo natural se convierte **ipso iure** en parte de la familia desde el momento del nacimiento<sup>15</sup>. El TEDH ha llegado incluso a afirmar que puede existir vida familiar sin que los miembros de esa familia convivan bajo un mismo techo. Efectivamente, todos podemos imaginarnos la situación de un padre o una madre que, por motivos laborales, pase largas temporadas lejos de sus hijos y de su pareja. También podemos pensar en un hijo internado en un colegio alejado de sus progenitores. Nada impide en esos casos justificar la existencia de vida

familiar. Pero el TEDH está pensando en supuestos mucho más complicados como es la posibilidad de que alguno de los padres no conviva con su hijo por separación, divorcio o, incluso, porque simplemente la pareja prefiera no compartir el hogar. El TEDH no descarta que en dichos casos también se pueda desarrollar vida familiar entre padre o madre, por un lado, y su hijo, por el otro. En este último supuesto, el TEDH llega más lejos porque estima que puede existir vida familiar también cuando los padres no casados no comparten el hogar familiar<sup>16</sup>. El TEDH ha sido especialmente claro y rotundo en su [sentencia BOUGHANEMI](#) : «**The concept of family life on which Article 8 (art. 8) is based embraces, even where there is no cohabitation, the tie between a parent and his or her child, regardless of whether or not the latter is legitimate**» (punto 35)<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Véase, p. ej. la decisión de admisibilidad del caso NYLUND, cit., y la del caso FERNANDA QUINTANA/ESPAÑA demanda 34615/97 de 4 de marzo de 1998.

<sup>14</sup> Véase la decisión de admisibilidad núm. 50832/99 de 11 de junio de 2002 al caso CAROL/FRANCIA sobre los derechos sucesorios de un hijo adulterino con respecto a los hijos matrimoniales de ese mismo difunto. El TEDH declaró la demanda inadmisibles porque Francia ya había llevado a cabo los cambios legales necesarios para igualar en derechos a ambas categorías de hijos en materia sucesoria. También se puede consultar la decisión de admisibilidad núm. 22940/93 al caso FORNACIARINI/SUIZA de 12 de abril de 1996 en el que la queja se refería a la imposibilidad para un niño nacido de una pareja no casada de llevar junto al apellido de la madre el del padre natural, tal y como era el deseo de los progenitores. Sin embargo, la demanda fue inadmitida porque la legislación suiza permite a sus nacionales tener sólo un apellido (en caso de parejas no casadas, normalmente el de la madre aunque, bajo determinadas circunstancias, se podría optar por el del padre) pero no dos. El TEDH entendió, al igual que el propio gobierno suizo, que los padres podían elegir dar a su hijo el apellido de uno de ambos, pero pretender que llevara los dos al mismo tiempo acentuaría socialmente su status particular como hijo natural. De este modo, el TEDH pretendió proteger al hijo incluso en contra de los deseos de los padres.

<sup>15</sup> Consúltense la [sentencia CAMP Y BOURIMI/HOLANDA de 3 de octubre de 2000](#) , que versa sobre la situación jurídica de la hija de una pareja de hecho cuando el padre fallece inesperadamente antes del parto sin haber podido tener la oportunidad de reconocer al fruto de esa unión.

<sup>16</sup> En varias ocasiones el TEDH se ha tenido que enfrentar con esta situación. Entre ellas, en el [caso KEEGAN/IRLANDA de 26 de mayo de 1994](#) y en la [sentencia KROON/HOLANDA de 27 de octubre del mismo año](#) . En la primera, el objeto de debate era la decisión de una madre soltera de dar en adopción a su hijo recién nacido sin informar de ello al padre. El gobierno irlandés defendía la posición de la madre soltera, alegando que no había existido vínculo familiar entre el padre y el hijo. El problema resultaba de la propia legislación irlandesa, que no reconocía ningún derecho al padre natural sobre el hijo a menos que fuera designado legalmente tutor del mismo, extremo éste que desconocía éste por completo. En cualquier caso, el gobierno alegaba que este hijo era fruto de una relación esporádica, inestable y acabada. Pero la situación era realmente diferente: la pareja había convivido unos años juntos. Habían decidido consciente y voluntariamente tener un hijo en común y estaban ultimando los preparativos para su boda cuando discutieron y la relación terminó. Sin embargo el padre había mantenido el contacto con la futura madre de su hijo e incluso los había visitado en la clínica tras el parto. Nunca la madre había informado al padre sobre su determinación de dar al niño en adopción. Basándose en todos estos datos, el TEDH consideró que Irlanda había violado el art. 8 [CEDH](#) . El hecho de que las autoridades aceptaran la entrega en secreto del niño en adopción sin recabar el consentimiento del padre por el simple hecho de que no era un padre legítimo, supuso una injerencia en la vida familiar de éste. Así pues, el TEDH estableció que, cuando nace un niño de una relación extramatrimonial y consta que ha habido cierto grado de duración y compromiso en esa relación, aunque ésta ya haya acabado, existe una presunción, que sólo puede ser rota en determinadas circunstancias, de que existe vida familiar entre el padre natural y su hijo. Similar es el caso KROON, si no en cuanto a sus antecedentes de hecho, sí en cuanto al argumento utilizado por el TEDH. Los hechos que motivaron el litigio son los siguientes: la señora KROON, de nacionalidad holandesa, se casó con un marroquí del que separó más tarde, desapareciendo éste en 1986. Al año siguiente tuvo un hijo al que inscribió como hijo del esposo en paradero desconocido. Posteriormente obtuvo el divorcio y tuvo otros tres hijos a los que inscribió como hijos de su nueva pareja. Su nuevo acompañante contribuía económicamente al sostenimiento de todos los niños y los visitaba con frecuencia, manteniendo una relación extramarital totalmente estable con la madre. Pero ni uno ni otro tenían la menor intención de legalizar su situación ni tan siquiera de vivir juntos. Un día, la pareja de la señora Kroon decidió reconocer la paternidad del hijo mayor de la señora KROON, pero las autoridades le denegaron la autorización, pese a la más que probable posibilidad de que fuera el verdadero padre del menor. El gobierno insistía en exigir que la pareja se casara y cohabitara para que ello fuera posible, posibilidad que ambos rechazaban. Ante esta situación y llegado el asunto al TEDH, el tribunal reconoció que dado que ahí existía ya una vida familiar **de facto** , el gobierno holandés debía reconocer un vínculo legal con su hijo, independientemente de que los padres decidieran casarse, vivir juntos o vivir de un modo más libre y menos comprometido su relación. El respeto de la vida familiar exigía según el TEDH aceptar la realidad biológica y social y que ambas prevaleciesen sobre una presunción legal contraria frontalmente a los deseos de los implicados y que en nada beneficiaba al niño. De este modo, el TEDH se adapta a los nuevos tiempos, aceptando la existencia de familias no tradicionales, más allá de la estructura clásica de padres casados que conviven bajo un mismo techo (puntos 29 y 30). Cabe señalar que, sin embargo, el TEDH ha ido evolucionando y adaptando el convenio a los nuevos tiempos puesto que en algún caso más antiguo había señalado que la vida familiar implica normalmente la cohabitación y que el derecho a fundar una familia no se concibe sin vivir juntos ( [sentencia ABDULAZIZ, CABALES Y BALKANDALI/REINO UNIDO de 28 de mayo de 1985](#) ).

<sup>17</sup> [Sentencia BOUGHANEMI/FRANCIA de 24 de abril de 1996](#) .

Sin embargo, en nuestra opinión, la generosidad del TEDH a la hora de conceder el beneficio del reconocimiento de vida familiar a casos en los que no existe cohabitación a causa de la falta de interés de los afectados, puede acabar vaciando de contenido la propia expresión «vida familiar». En efecto: si bien es cierto que puede existir vida familiar sin cohabitación, consideramos que una cosa es no poder convivir y otra muy diferente no querer hacerlo. Quien pudiendo cohabitar decide voluntariamente no hacerlo, flaco favor hace a su vida familiar. En nuestra opinión, esta jurisprudencia del TEDH es criticable porque una cosa es que una familia se vea imposibilitada para convivir (por el trabajo de los progenitores u otras circunstancias) y otra muy diferente es pretender el reconocimiento de una vida familiar ahí donde no hay ningún interés en mantener una vida en común siendo ésta perfectamente posible. Tanta liberalidad y magnanimidad del TEDH aboca a una dispersión del concepto «familia» y «vida familiar», que parece que se diluya y pueda significar cualquier cosa. En efecto: si puede existir vida familiar entre unas personas que no desean convivir, aunque de hecho mantengan contactos periódicos y provean de los medios materiales y económicos necesarios para la crianza de los hijos, en realidad estamos tildando de «vida familiar» lo que, según nuestro parecer, no es una vida familiar normal, sino algo mucho más indefinido, unos meros lazos afectivos, que vacían de su contenido sustancial a la expresión<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> LABAYLE también se hace eco del problema de ampliar en exceso la expresión «vida familiar», indicando que muchas veces se usa ese concepto para calificar lo que no es más que la integración del individuo en un medio social (LABAYLE, Henri: *Revue Française de Droit Administratif*. «Le Droit de l'Étranger au Respect de sa Vie Familiale» 1993, vol. 9, núm. 3, pgs. 511-540, pg. 529).

Obviamente, el reconocimiento de la vida familiar pese a la no cohabitación se extiende también a los hijos matrimoniales<sup>19</sup>, incluso tras el divorcio de los padres<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Esta aseveración fue puesta en duda por Suiza en el [caso GÜL/SUIZA de 19 de febrero de 1996](#). Nos encontramos ante un súbdito turco que viaja a Suiza por motivos laborales dejando a su familia en su patria. Su mujer es posteriormente acogida en ese país por razones humanitarias, por ser epiléptica y haber sufrido un accidente doméstico que le causó quemaduras difícilmente curables en Turquía. Sin embargo, ambos quieren conseguir la reunificación familiar en suelo helvético de sus hijos. Uno de ellos lo consigue también por motivos humanitarios dada su deficiencia mental. Sin embargo, en el caso de otro de ellos, un menor de 7 años, es rechazada por el gobierno suizo. Una de las razones que alega Suiza es que nada impide a los padres reanudar su vida familiar en Turquía, una vez sanada su esposa y eximido él de la obligación de trabajar tras un accidente laboral que le dejó inválido. Pero además, el gobierno suizo alegaba que, en cualquier caso, dados los años que había pasado el señor GÜL en suelo suizo, ya no existía en realidad un vínculo familiar con su hijo, que había sido criado por unos tíos tras la marcha de la madre. Y aunque finalmente el TEDH consideró que Suiza no tenía por qué aceptar la reunificación familiar de toda la familia, sin embargo la sentencia sí que refleja el parecer del TEDH contrario a la interpretación suiza del término familia: los padres y el menor de edad constituyen una familia *ipso iure* desde el momento del nacimiento del último, independientemente de que vivan de modo separado.

<sup>20</sup> Esta afirmación fue hecha por el TEDH en la [sentencia BERREHAB/PAÍSES BAJOS de 21 de junio de 1988](#) a raíz del caso presentado por un extranjero ante las instancias de Estrasburgo. El Sr. BERREHAB, de nacionalidad marroquí, se había casado con una holandesa con la que tenía una hija. Decidieron divorciarse pero continuaron manteniendo una relación fluida gracias a la cual no hubo ningún problema con respecto al régimen de visitas del padre. El Sr. BERREHAB era un padre responsable y solícito que compartía los gastos de crianza de su hija con la madre. Sin embargo, las autoridades holandesas le denegaron la renovación del permiso de residencia al no convivir ya con la ciudadana europea. A partir de ahí, comenzó su calvario personal porque de forma automática se le denegó la prolongación de su permiso de trabajo y fue despedido. Ante esta situación, el demandante acudió primero a la Comisión Europea de Derechos Humanos y después al TEDH, por considerar que la expulsión del país era una medida que colisionaba frontalmente con su derecho a llevar una vida familiar con su hija. Las autoridades administrativas del país defendían la legalidad de su decisión: ya no existía matrimonio, tampoco cohabitación; luego, en su opinión, tampoco existía vida familiar. Los jueces del TEDH fueron de otra opinión. La medida de expulsión era totalmente desproporcionada teniendo en cuenta los antecedentes del demandante. Además, la cohabitación no era un requisito *sine qua non* para demostrar la existencia de vida familiar (punto 21). El Sr. BERREHAB y su ex-esposa habían protagonizado un matrimonio auténtico, fruto del cual nació una niña que *ipso iure* entró a formar parte de esa relación familiar. El hecho de que los padres ya no vivan en común no impide que esa relación pueda continuar con su hija. En algún caso puede ocurrir que el divorcio acabe con una vida familiar, pero no necesariamente. Y en este caso concreto, obviamente no fue así. El Sr. BERREHAB no se desentendió de la atención, cuidado y educación de su hija. Por todo ello, una medida comprensible en el plano abstracto como pueda ser la necesidad de los Países Bajos de optar por una política de inmigración de contención y restrictiva, choca e interfiere en la vida privada de este padre y su hija (punto 28). Similar en su contenido es la sentencia al [caso CILIZ/HOLANDA de 11 de julio de 2000](#) en la que nos encontramos con un turco casado con una neerlandesa de la que tiene un hijo y al que no se le renueva su permiso de residencia cuando se divorció de ella. El TEDH llega a la conclusión que CILIZ vería truncada la vida familiar con su hijo si no pudiera continuar viviendo en Holanda. Al fin y al cabo, una relación tan natural como es la relación familiar no termina por el hecho de que los padres se separen o se divorcien y por tanto el hijo deje de vivir con uno de sus progenitores (punto 60). Pero el TEDH no presume que la relación familiar exista, sino que estudia los antecedentes del caso para saber si el padre realmente se ha preocupado por su hijo, si continúa sus contactos con él, etc. (puntos 61 y ss.) Llegando a la conclusión que aunque durante algún tiempo las visitas no fueron muy regulares, ello se debió a un episodio de depresión del padre posterior a la ruptura matrimonial. Superado dicho

episodio, el progenitor retomó sus contactos con el niño. En conclusión: hay que ir al caso concreto para saber si los divorciados tienen vida familiar con respecto a los hijos que han quedado bajo custodia del otro progenitor. No se puede establecer en abstracto que gocen de esa presunción de vida familiar. Todo dependerá de las circunstancias del caso concreto y de la intensidad de la relación paterno-filial.

### 3. Los requisitos y condicionantes de la vida familiar según el TEDH

Sería necio no reconocer y proteger la realidad biológica, especialmente si de ésta se derivan vínculos efectivos reales y profundos, una relación de dependencia financiera y afectiva e incluso, aunque no como requisito **sine qua non**, una convivencia mutua. Por eso el tribunal entiende que la existencia de vida familiar depende de la existencia en la práctica de lazos personales reales muy estrechos. No sólo hay familia cuando median vínculos jurídicos derivados del matrimonio, sino que también pueden darse lazos familiares entre personas que convivan sin contraer matrimonio<sup>21</sup>. Lo que sí que es cierto es que la demostración de la realidad de la vida familiar será mucho más difícil cuando no existe el vínculo del matrimonio. Las parejas de hecho deberán demostrar la efectividad de la vida familiar –especialmente en aquellos casos de parejas de hecho en las que uno de los miembros sea inmigrante y corra el riesgo de ser expulsado del país a menos que demuestre que desarrolla una vida familiar en el país en el que reside– a través de datos como la convivencia, el tiempo que dura la relación, el mutuo soporte, la dependencia económica, la existencia de hijos comunes, etc. En palabras de LEVINET, se deberá demostrar la intensidad de los vínculos<sup>22</sup>. Aun así, el país gozará, según la jurisprudencia largamente mantenida por el TEDH, de un amplio margen de apreciación siempre que la medida de expulsión sea necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al fin que se desea conseguir –en muchos casos–, el fin es la prevención de nuevos delitos, cuando el inmigrante ha delinquirido repetidamente en el país de acogida<sup>23</sup>. De lo anterior no se debe deducir que el inmigrante casado tendrá asegurada en todo caso su permanencia en el país pese a haber delinquirido. La jurisprudencia del TEDH ha sufrido un endurecimiento en los últimos años que viene a demostrar que incluso en el caso de parejas casadas, aunque tengan hijos, la expulsión puede ser posible atendiendo a dos factores que no necesariamente deben concurrir: a) el momento en que comenzó el matrimonio (puesto que si se contrajo una vez que el inmigrante ya conocía la decisión administrativa o judicial de expulsarlo del país, el vínculo contraído no le servirá como justificación para permanecer en él) y b) la gravedad del delito cometido<sup>24</sup>. Sin embargo parece que en principio la situación de las parejas de hecho podría ser más precaria que la de los extranjeros casados, como afirma MOCK con la expresiva frase « **selon que vous serez marié ou miserable** »<sup>25</sup>. No obstante, el estudio jurisprudencial realizado en este trabajo no permite concluir de modo tajante y definitivo que el recurso a la expulsión de un inmigrante sea más fácil para un Estado –en términos de la violación o no del CEDH– cuando el inmigrante ha fundado una familia sin que medie matrimonio que cuando está casado. Es cierto que la jurisprudencia es más bien errática y carece de un criterio conductor claro pero no parece que se pueda afirmar de forma categórica que en ella los órganos de Estrasburgo dan más peso al matrimonio que a la unión de hecho estable. En cambio, a lo que sí que se da importancia es a dos datos: a) al momento de fundación de esa vida de familia (puesto que el TEDH sistemáticamente estimará que actuaron correctamente decretando la expulsión los Estados que ignoraron la vida familiar establecida cuando el extranjero ya sabía que iba a ser expulsado del país<sup>26</sup>) y b) a la gravedad del delito cometido<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> En la [sentencia JOHNSTON/IRLANDA de 18 de diciembre de 1986](#) nos encontramos con una pareja que convive, tiene un hijo común y quiere regularizar su situación mediante el matrimonio pero a la que la legislación del país –contraria al divorcio– se lo impide porque el varón está separado legalmente de otra mujer, con la que había tenido tres hijos. En opinión del demandante, la prohibición en Irlanda del divorcio afectaba a su nueva vida familiar, impidiéndole de hecho el desarrollo de la misma. En lo que ahora nos interesa de esta sentencia, el TEDH entiende que la prohibición del divorcio realmente no impide el desarrollo de una nueva vida familiar para el Sr. JOHNSTON, como él denuncia porque el art. 8 CEDH se aplica por igual a la vida familiar matrimonial y a la extramatrimonial (punto 55). Nadie niega en Irlanda que el Sr. JOHNSTON, su nueva compañera y su hija constituyan una familia (punto 56). Nadie les impide vivir juntos si así lo desean (punto 66). Las autoridades públicas han de velar por el respeto de la vida familiar tanto en una como en otra situación, sin que pueda existir ninguna discriminación para las familias surgidas fuera del matrimonio. En consecuencia, no se puede obligar a Irlanda a cambiar su legislación para aceptar el divorcio –que es el objetivo que buscaba el demandante– porque vida familiar puede existir sin matrimonio.

<sup>22</sup> LEVINET, M.: *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*. «L'Eloignement des Etrangers Delinquants et l'Article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme» 1999, vol. 10, núm. 37, pgs. 89-119, pg. 100.

23 Esto también se aplica al caso de inmigrantes divorciados con hijos en el país de acogida y parejas de hecho rotas pero con hijos comunes.

24 Sobre la aplicación del derecho a la vida familiar en los casos de inmigrantes que son expulsados de países europeos por haber delinquido en los mismos y, muy en especial, sobre la relevancia que en los pronunciamientos del TEDH pueda tener el hecho de que el inmigrante esté integrado en el país de acogida y haya desarrollado en él vínculos familiares a través de su matrimonio/vida en común, véase: TURPIN, D.: *Le Courier Juridique des Finances*. «Convention Européenne des Droits de l'Homme. La Jurisprudence du Juge Administratif Français Relative aux Droits des Etrangers, au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme» 1997, número especial, núm. 81, pgs. 13-15, esp. pg. 174; CLEMENT, H.: *Apres-demain. Journal Mensuel de Documentation Politique*. «La Convention Européenne des Droits de l'Homme et l'Eloignement des Etrangers» 1998, núm. 400-401, pgs. 36-38, pg. 38; DE SCHUTTER, O.: *Revue du Droit des Etrangers*. «La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Droit d'Asile» 1994, núm. 80-81, pgs. 469-477, pg. 475; COUROUGE, E.: *Revue Française de Droit Administratif*. «Le Respect de la Vie Familiale. Expulsion des Etrangers et Article 8 de la CECH» 1997, vol. 13, núm. 2, pgs. 318-321, pg. 319; LIDDY, J.: *Northern Ireland Legal Quarterly: Special Issue on the Occasion of the 50th Anniversary of the European Convention on Human Rights*. «Article 8: the Pace of Change» 2000, vol. 51, núm. 3, pgs. 397-416, pg. 401; MENDEL-RICHE, F.: *Cahiers du CREDHO*. «L'Eloignement des Etrangers entre Defense de l'Ordre Public et Imperatifs Humanitaires» 1999, núm. 5, pgs. 135-145; DE SCHUTTER, O.: *Revue du Droit des Etrangers*. «La Proportionnalité de l'Eloignement d'Etrangers pour Motifs d'Ordre Public» 1997, núm. 93, pgs. 177-189; DE SCHUTTER, O.: *Revue du Droit des Etrangers*. «La Souveraineté de l'Etat et les Droits de la Personne Immigrée» 1995, núm. 84, pgs. 259-270; LAMBERT, P.: *Les Nouveaux Droits de l'Homme en Europe*. «Extradition et Expulsion d'Etrangers dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme» *Union des Avocats Européens (UAE)*, 1999, Bruylant, Bruselas, pgs. 63-78; LECLERCQ-DELAPIERRE, D.: *Cahiers du CREDHO*. «L'Article 8 et la Protection de la Vie Privée et Familiale: Affaires Bouchelkia, Mehemi et El Boujaïdi» 1998, núm. 4, pgs. 81-86. De la jurisprudencia del TEDH sobre este punto se comprueba que, pese a la abundancia de decisiones de inadmisibilidad quizá no totalmente justificadas, y pese a que en ocasiones la jurisprudencia se antoje un tanto veleta y falta de un hilo conductor o criterio uniforme, en general se puede decir que la actividad de los órganos de Estrasburgo ha constituido un freno importante para los Estados a la hora de expulsar a extranjeros con vínculos familiares reales, sólidos y efectivos en el país de acogida.

25 MOCK, H.: *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*. «Eloignement des Etrangers Delinquants: Le Mariage, Une Meilleure Garantie que l'Intégration contre la Double Peine?» 2002, núm. 50, pgs. 483-495, donde confirma la paradoja de que el TEDH tiende más a constatar la violación del derecho a la vida familiar en casos de extranjeros recién llegados al país y casados –aunque sea matrimonios de cortísima duración– que en casos de extranjeros adultos afincados en el país desde su más tierna infancia y cuyos padres y hermanos viven allí también. MOCK sugiere si con ello el TEDH no estará promoviendo los matrimonios de conveniencia (pg. 493), algo de lo que el propio tribunal debe estar empezando a darse cuenta a raíz de asuntos como el de la decisión al caso SLIMANI/FRANCIA, demanda núm. 33597/96 de 9 de abril de 1997 sobre la simulación de un matrimonio de un inmigrante delincuente con una discapacitada a fin de conseguir un permiso residencia.

26 Y ello tanto si el inmigrante contrae matrimonio como si comienza a convivir en pareja una vez que es concededor de la orden de expulsión que pesa sobre él, incluso si en cualquiera de los dos casos concibe un hijo cuando su situación está en precario.

27 Esto es lo que se conoce como el test de la proporcionalidad, en el que el TEDH suele dar un amplio margen de apreciación a los Estados, especialmente en delitos especialmente violentos y en aquellos que tienen que ver con el tráfico de estupefacientes.

En principio, como decimos, parece no existir diferencia en la jurisprudencia del TEDH entre el trato que reciben las parejas de hecho y las matrimoniales con respecto a la posibilidad de expulsar de territorio europeo a uno de sus miembros si delinque<sup>28</sup>. En este sentido, resulta muy clarificadora la comparación de las [sentencias BOUJAIDI de 26 de septiembre de 1997](#) y [BOULCHELKIA de 29 de enero de 1997](#), ambas contra Francia. En la primera nos encontramos con un marroquí que cohabita con una mujer francesa y tiene un hijo con ella. En la segunda, la situación se repite pero con un argelino que contrae matrimonio y tiene un hijo con una mujer francesa. En ambos casos, el TEDH estima que la medida de expulsión no viola el art. 8 [CEDH](#), aunque claramente interfiere en su derecho a llevar una vida familiar con su pareja e hijo. La razón de la ausencia de condena al Estado demandado se debe a dos motivos principalmente: primero, por la gravedad de los delitos cometidos y segundo, porque la cohabitación y el matrimonio, respectivamente, así como la concepción del hijo en ambos casos fue posterior a la comunicación de la orden de expulsión. En este sentido, queda patente en ambos asuntos los dos datos especialmente relevantes a la hora de que el TEDH acepte la expulsión de suelo europeo de una persona con vínculos familiares en este continente, a saber: los ya mencionados sobre la proporcionalidad entre la pena y la ofensa cometida y el hecho de que la vida familiar se inicie antes o después de que la persona sepa que va a ser expulsada del país<sup>29</sup>.

28 Así parece desprenderse de la decisión de la ComEDH en la que se declaró inadmisibile el día 7 de abril de 1992 el caso AMGHAR/FRANCIA demanda núm. 16990/90. En ella el órgano citado justifica la expulsión del país de un inmigrante

delincuente porque no tiene ningún tipo de vida familiar al cual acogerse. En este sentido, la ComEDH llega a mencionar que ni está casado, ni tiene una vida de pareja estable, ni tiene hijos. De este modo, da a entender que cualquiera de estos motivos podría haber dado lugar a un estudio sobre la justificación y la necesidad de la medida de expulsión ex art. 8 CEDH y/o 12 [CEDH](#).

29 Idéntica solución ha dado el TEDH al caso BOUJILFA/FRANCIA en su [sentencia de 21 de octubre de 1997](#). En este asunto, la familia que este pequeño delincuente mayor de 18 años pudiese formar con sus padres y hermanos residentes en suelo francés no fue considerada por el TEDH en su análisis. Del mismo modo, tampoco tuvo en cuenta la convivencia que venía desarrollando con una mujer francesa dado que esa cohabitación databa de un momento posterior al pronunciamiento de la orden de deportación. Este mismo resultado (legalidad de la medida estatal de expulsión de acuerdo con el art. 8 [CEDH](#)) dio la ComEDH al caso 25913/94 NACEUR/FRANCIA en su decisión de 12 de abril de 1996 en relación a un argelino casado y padre de tres hijos pero que había establecido su vida familiar en Francia mucho después de saber que este país había dictado una orden de expulsión en su contra.

No obstante, la enseñanza que interesa extraer de estos supuestos consiste en que no existe realmente una discriminación entre el extranjero casado y el que sencillamente convive con una nacional del Estado que adopta la medida de deportación. Pero para completar el estudio de esta cuestión y poder extraer conclusiones generales, resulta interesante comparar el caso de dos extranjeros que delinquen y sobre los que pesa una orden de expulsión del país, cuando uno de ellos está casado y tiene un hijo desde antes de que se adopte la orden de expulsión y el segundo tiene una situación familiar similar pero sin que medie matrimonio. Del primer supuesto el TEDH cuenta con p. ej. la sentencia al [asunto BELJOUDI/FRANCIA de 26 de marzo de 1992](#). En ella el TEDH determinó que la medida de expulsión afectaría a su vida familiar de tal manera que supondría una violación del derecho del art. 8 CEDH por parte del Estado francés<sup>30</sup>. Lamentablemente, no contamos con una sentencia en la que el supuesto de hecho sea el de una persona que va a ser expulsada y que convive con la madre de su hijo desde antes de la adopción de esa medida de alejamiento. Sin embargo, creemos que por coherencia con su jurisprudencia sobre la igualdad de derechos de las familias **de facto** y las matrimoniales, el TEDH no permitiría una diferencia de trato en este tipo de asunto. Sin embargo, sí contamos con una decisión de la ComEDH sobre la admisibilidad de un caso en el que concurrían dichos requisitos (caso AGHOPIAN<sup>31</sup>). En dicha decisión este órgano llegó a la conclusión de que la expulsión, pese a que el comienzo de la relación de pareja y la paternidad eran previas a la adopción por el Estado de la medida de expulsión, era una medida razonable a la vista de la gravedad de los delitos cometidos (los cuales le habían hecho acreedor de una condena de 10 años de prisión). ¿Diferencia de trato entre parejas casadas y uniones de hecho o simple casualidad resultante de los diferentes antecedentes de hecho que obraban en los casos BELJOUDI y AGHOPIAN? Nos reservamos nuestra opinión por el momento hasta analizar el último supuesto.

30 Asimismo, se puede citar el [caso MEHEMI/FRANCIA de 26 de septiembre de 1997](#) en el que un argelino que vive en Francia desde su más tierna infancia se casa con una italiana de la que tiene dos hijos. Comienza a delinquir y las autoridades deciden su expulsión de Francia. Él considera que la orden afecta a su vida familiar, tanto respecto a sus padres y hermanos, que residen en Francia, como respecto a su mujer e hijos. El TEDH desestima las razones de MEHEMI por lo que afecta a sus padres y hermanos puesto que ya ha alcanzado la mayoría de edad, pero no ocurre lo mismo con su vida familiar con su mujer y sus hijos. En efecto, la orden de extrañamiento es posterior a que MEHEMI hubiera fundado una familia en Francia, y por tanto, teniendo en cuenta la intensidad de los vínculos del interesado con ese país, entiende que la medida no es proporcionada en relación a los fines perseguidos. Igualmente se puede mencionar la reciente sentencia al caso [AMROLLAHI/DINAMARCA de 11 de julio de 2002](#), en la que un iraní casado con una danesa y padre de dos de los hijos de ésta, consiguió que se declarara contrario al art. 8 CEDH su expulsión de Dinamarca por un delito cometido constante el matrimonio (pto. 37 de la sentencia).

31 Decisión de 31 de agosto de 1994 al caso SARKIS AGHOPIAN/FRANCIA demanda núm. 23775/94.

Por último, la duda se cierne sobre los litigios en los que la persona no ha tenido hijos. Existe una sentencia en la que el TEDH condenó a un Estado por haber expulsado de su territorio a un delincuente que se casó con una nacional antes de saber que sería expulsado del país siendo así que la pareja no tenía hijos<sup>32</sup>. En su fallo, el TEDH condenó la deportación porque el afectado desarrollaba una vida familiar con su esposa. Sin embargo, no existe una sentencia similar para alguien que, sin tener hijos, cohabite con un/a nacional del país antes de saber que va a ser expulsado/a de él. En cambio, sí existen decisiones sobre la admisibilidad de casos en los que concurren dichos requisitos (pareja de hecho sin hijos, formada antes de que el Estado adopte la decisión de expulsar al miembro extranjero de la misma por sus actividades delictivas en el país). Puede citarse a estos efectos la decisión al caso HADDOUCHE<sup>33</sup>. No obstante, la lectura e interpretación de la decisión permite seguir albergando la duda sobre si son tratados de manera

idéntica los casos de uniones de hecho dado que la ComEDH no consideró que la medida de expulsión violara el art. 8 CEDH. Creemos necesario conceder el beneficio de la duda a la ComEDH porque parece que la razón que pesó para no condenar al Estado fue la gravedad de los delitos cometidos (agresiones físicas cometidas con premeditación) y no el hecho de que su relación de pareja fuera de concubinato y no matrimonial (de hecho, la ComEDH no dedicó ni una línea a este argumento). Sin embargo, lo cierto es que los datos desnudos de los casos mencionados llevan a pensar que, en relación a las expulsiones de extranjeros, puede haber una cierta preferencia en Estrasburgo por la defensa de la familia tradicional, esto es, de las parejas casadas en detrimento de las uniones de hecho.

[32 Sentencia al caso BOULTIF/SUIZA de 2 de agosto de 2001 .](#)

[33 Decisión de la ComEDH de 26 de febrero de 1997 al caso HADDOUCHE/FRANCIA demanda núm. 32891.](#)

Ciertamente, a la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo en esta materia resulta difícil encontrarle un hilo conductor. Pese a ello, nos aventuramos a decir que el criterio básico que se sigue es el de la proporcionalidad entre el agravio a la vida familiar que implica la medida de expulsión y la gravedad del delito cometido<sup>34</sup>. No otra cosa se puede decir a la vista de otros casos en los que también se consideró que no violaba el art. 8 CEDH p.ej. la expulsión de un padre soltero de nacionalidad marroquí que no convive con la madre pero que contribuye económicamente a la crianza de su hijo al que se fuerza a dejar territorio francés pese a que la adopción de la medida de expulsión es muy posterior a su paternidad<sup>35</sup>, o un eslovaco casado al que se expulsa de Suiza aunque el comienzo de su actividad delictiva es igualmente posterior al momento de celebración del matrimonio<sup>36</sup>, o un marroquí divorciado con hijos al que se expulsa pese a que su actividad delictiva es posterior igualmente a la adopción de la medida de expulsión<sup>37</sup>. En todos ellos, el argumento usado por los órganos de Estrasburgo para justificar la orden estatal no es otro que la gravedad del delito cometido, independientemente del estado civil del afectado, de la existencia de hijos, de su arraigo en el país y de cualquier otro motivo.

[34 PALLARO](#) define la situación como de puro «equilibrio» del TEDH entre dos intereses legítimos pero contrapuestos: el derecho al respeto de la vida familiar del individuo, por un lado, y la defensa del orden público y la prevención del delito, por otro (PALLARO, P.: *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*. «Sviluppi Recenti nella Giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui Rapporti tra Espulsioni e Rispetto della Vita Privata e Familiare» 1998, vol. 11, núm. 2, pgs. 453-462, pg. 456).

[35 Decisión de la ComEDH de 18 de octubre de 1995 al caso TF/FRANCIA demanda núm. 24233/94 y Decisión del TEDH de 11 de junio de 2002 al caso ANTATE/FRANCIA demanda núm. 28211/99.](#)

[36 Decisión de la ComEDH de 18 de octubre de 1994 al caso ZA/SUIZA demanda núm. 25036/94. Similar es el caso de un kosovar casado con una española la cual tiene permiso de residencia en Suiza y cuyos hijos consideran al kosovar como a un padre \(decisión de la ComEDH de 1 de julio de 1998 MURATI/SUIZA demanda núm. 37285/97\).](#)

[37 Decisión de la ComEDH de 20 de mayo de 1998 al caso AIKAR/ALEMANIA demanda núm. 37891/97.](#)

#### 4 . Diferencias en el tratamiento de las parejas casadas y las que no lo están ante el TEDH

**« La Cour constate que bien que dans certes domaines la relation de fait entre les concubins soit reconnue, il existe toujours des différences entre les couples mariés et non mariés, en particulier en ce qui concerne le statut et les conséquences juridiques. Le mariage continue d'être caractérisé par un ensemble de droits et d'obligations qui le différencient de façon marquée de la situation d'un homme et d'une femme qui vivent ensemble »<sup>38</sup>.**

[38 Decisión del TEDH de fecha 20 de junio de 1999 en el caso NYLUND/FINLANDIA, demanda 27110/95.](#)

Como el TEDH ha afirmado, existen hoy por hoy diferencias justificadas entre una pareja casada y otra que no lo está. La primera adquiere en principio un compromiso de vida o proyecto en común a través de un contrato de matrimonio que en el segundo caso no está siempre asegurado. En algunas cuestiones (p. ej. tratamiento fiscal, pensiones, etc.) puede estar justificada por un fin legítimo la diferencia de trato entre ambas situaciones siempre que la justificación sea razonable. Especialmente en aquellos casos en los que pese a que la pareja de hecho no sufre ningún impedimento para contraer matrimonio prefiere no hacerlo —y sobre todo— si la legislación del país



admite el divorcio<sup>39</sup>. Pese a que la jurisprudencia del TEDH va tendiendo hacia una suavización de la diferenciación de trato entre parejas casadas y no casadas, sin embargo el tribunal sigue entendiendo que existen razones objetivas que justifican la diferencia en algunos campos<sup>40</sup> y no parece que en un inmediato futuro vaya a haber voluntad de equiparar totalmente los derechos de los dos grupos<sup>41</sup>.

**39** «La Commission rappelle qu'au regard de l'article 14 une distinction est discriminatoire si elle "manque de justification objective et raisonnable" c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé... La Commission estime que les différences de traitement existant en matière de prestations de survivants entre conjoints et concubins poursuivent un but légitime et s'appuient sur une justification objective et raisonnable, à savoir la protection de la famille traditionnelle», asunto GAB/ESPAÑA cit., en el que una mujer divorciada que convivía con otro divorciado desde hacía catorce años reclama una pensión de supervivencia a la muerte de éste. El Estado había concedido pensión de orfandad a los hijos comunes, en igualdad de condiciones que a los hijos matrimoniales del matrimonio anterior del fallecido, pero se negaba a acordar pensión de supervivencia a la mujer con la que convivía el ahora fallecido. La ComEDH llega a la conclusión que, dado que desde 1981 existe la Ley del Divorcio en España, es justa la legislación del país porque acuerda una pensión de supervivencia al superviviente de una pareja de hecho cuyo compañero/a hubiera fallecido antes de 1981 pero no a quien, pudiendo haber regularizado su situación tras la entrada en vigor de la ley del divorcio, optó por no hacerlo. Especialmente llamativa es la decisión por la que se inadmitió el caso QUINTANA ZAPATA/ESPAÑA demanda núm. 34615/97 de 4 de marzo de 1998 en la que la ComEDH entendió que España había actuado conforme al CEDH al negar la pensión de viudedad a una mujer que había convivido durante 65 años con su pareja y de cuya unión habían nacido cinco hijos. La larga duración de la relación de pareja no logró impresionar al órgano de Estrasburgo, que entendió que desde el año 1981 existía una Ley de Divorcio en España y que por tanto la pareja tuvo tiempo suficiente para formalizar su relación. Si no lo quiso hacer, la superviviente no podía ahora pretender obtener los mismos beneficios que disfrutaban las parejas casadas cuando uno de ellos fallece.

**40** La diferencia de trato proporcionada y justificada entre parejas casadas y no casadas se limita a determinados campos pero no a todos. Así, p. ej., el TEDH ha entendido que tenía derecho a una indemnización (que no a una pensión vitalicia de supervivencia) una mujer cuyo compañero y padre de sus hijos apareció muerto durante su detención policial ( [sentencia VELIKOVA/BULGARIA de 18 de mayo de 2000](#) en sus puntos 101 y 102).

**41** LEECH, S. y YOUNG, R.: European Human Rights Law Review. «Marriage, Divorce and Ancillary Relief under the Human Rights Act 1998: An Introduction» 2001, núm. 3, pgs. 300-311, pg. 310. Véase también KARSTEN, I.: European Human Rights Law Review. «Atypical Families and the Human Rights Act: The Rights of Unmarried Fathers, Same Sex Couples and Transsexuals» 1999, 195-207 y FORDER, C.: Netherlands International Law Review. «The Anti-discrimination Principle as an Instrument of Change in Family Life» 1998, vol. 45, núm. 1, pgs. 29-64, pgs. 35 y ss.

Cuando la pareja de hecho tiene hijos, la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo ha sido hasta el momento clara en su protección del menor de manera análoga a la de los hijos matrimoniales. Sin embargo, existen algunas pequeñas diferencias que parecen imposibles de eliminar. Así, mientras que un padre matrimonial nunca se verá obligado a tener que reconocer a su hijo ni adoptarlo (porque se presume que todo hijo nacido constante el matrimonio es suyo) un padre natural sí puede verse obligado por la legislación del país a tener que llevar a cabo un acto formal de reconocimiento o aceptación de la paternidad. Este acto, que algunos demandantes han considerado que violaba su derecho a la vida privada y familiar, ha sido justificado por el TEDH como una injerencia razonable y necesaria en una sociedad democrática que, además, beneficia al menor dado que establece la paternidad. En cambio, el mismo acto formal de reconocimiento o adopción del hijo en relación a la madre ha sido considerado por el TEDH como violador del art. 8 CEDH. La razón de ello se debe a que en el caso de padres solteros no existe duda sobre la maternidad pero sí puede existir sobre la paternidad. En este sentido, el TEDH aplica la máxima « **mater sempre certa est** ». La diferencia de trato entre padre soltero y madre soltera es evidente si se compara el resultado de la [sentencia MARCKX/BÉLGICA de 13 de junio de 1979](#) y el de la decisión al caso M. Y OTROS/BÉLGICA<sup>42</sup>. En la primera, una madre soltera reclamaba contra su país porque consideraba que el acto por el que había tenido que reconocer a su hija atentaba contra el art. 8 CEDH. Bélgica, por su parte, defendía su legislación justificando el tratamiento diferenciado de los hijos naturales y los nacidos dentro del matrimonio por la creencia de que en el caso de un hijo legítimo, ambos padres se responsabilizan mutuamente de la alimentación, crianza y educación, cosa de la que no había certeza, en su opinión, en el caso de los hijos no matrimoniales. Los padres naturales quizá no tengan ningún interés en ocuparse de su hijo. Por eso, en opinión de Bélgica, era mejor dar la oportunidad a la madre soltera de decidir responsabilizarse mediante un acto formal de su cuidado o bien dissociarse de él (punto 39). El TEDH no compartió este criterio en absoluto. Por ello concluyó que la ley belga no podía favorecer a las familias tradicionales en detrimento de las monoparentales y que los hijos matrimoniales y los naturales debían ser tratados por la ley en pie de igualdad (punto

40). En cambio, en el asunto M. la ComEDH estimó (en el caso de una pareja de hecho estable que tuvo un hijo al cual el padre se vio obligado a reconocer) que la diferencia de trato entre madre natural y padre natural estaba justificada en virtud de la aplicación del principio **mater sempre certa est**. El mero hecho de que fuera el compañero de la madre no bastaba para fijar la filiación. En este sentido, la Comisión afirmó que « **la démarche formelle de la reconnaissance volontaire exigée du père d'un enfant né hors mariage ou, a défaut d'une telle reconnaissance, la constatation judiciaire de la paternité constituent des exigences normales et raisonnables. En effet, l'absence de liens de mariage entre la mère célibataire et le père présumé nécessite une procédure formelle pour établir la paternité... Cette exigence étant à la fois objective et raisonnable, elle n'est non plus contraire a l'article 14** ». Siendo bastante lógica la argumentación jurídica, sin embargo cabe plantearse si esta jurisprudencia no deberá ser modificada en el futuro a la vista de las nuevas tecnologías en el ámbito de la biomedicina. En concreto, ¿dónde queda la regla **mater sempre certa est** en caso de que el TEDH se encuentre con un conflicto entre madre que ejerce como «vientre de alquiler» y madre biológica del embrión implantado en la primera, si ambas desean conservar al bebé?<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Demanda núm. 10961/84 de 13 de mayo de 1986.

<sup>43</sup> «**C'est par le biais de la filiation que les biotechnologies touchent aux notions fondamentales de parenté et de famille qui sont a la base de toute organisation sociale**» (MEULDERS-KLEIN, M. T.: *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*. «Biomedicine, Famille et Droits de l'Homme: Une Meme Ethique pour Tous?» 2000, núm. 43, pgs. 429-452).

Por otro lado, las presunciones legales en favor del niño y de la estabilidad familiar pueden ir en detrimento de los derechos del padre biológico no casado. P. ej. si una mujer embarazada se casa con otro hombre que no es el padre biológico de su hijo, existe una presunción legal de paternidad del marido<sup>44</sup>. Asimismo, no viola el art. 8 CEDH el que se otorgue únicamente a la madre natural la tutela del hijo cuando se produce la ruptura de la relación de pareja con el padre, máxime cuando tras la ruptura es frecuente que surjan desaveniencias entre los padres y no es deseable que ambos ejerzan la autoridad paterna de forma compartida<sup>45</sup>. Asimismo, es compatible con la CEDH el que el marido de una mujer que tuvo un hijo previo de un padre que realmente no estableció contactos con el niño, pueda adoptar al hijo de su esposa en contra de los deseos del padre biológico<sup>46</sup>. O incluso tampoco violaría los derechos que otorga la convención a un padre biológico la decisión de una madre soltera de dar en adopción a un hijo concebido en una relación pasajera cuando el padre natural no mostró ningún interés ni por el embarazo ni por el niño hasta que supo sobre la intención de la madre de entregarlo en adopción<sup>47</sup>. Diferente es, en cambio, la situación cuando el padre natural y la madre mantenían en el momento del embarazo una relación estable, seria y una vida en común rica que les llevó a decidir conjuntamente dar el paso de tener un hijo<sup>48</sup>. Así pues, parece que el simple parentesco de sangre, sin la existencia de otro tipo de vínculos entre padre natural e hijo, no crea por sí mismo vida familiar en el sentido del art. 8 CEDH. Al Estado le quedaría mucho margen de apreciación siempre que las decisiones que adopte en relación al padre biológico se muevan entre dos extremos: a) que la eventual prohibición de establecer la paternidad natural **erga omnes** viole el derecho a la vida familiar del padre natural y b) que la vida familiar del padre natural no le exija al Estado crear desde el nacimiento del niño un vínculo jurídico entre padre e hijo<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> En tales circunstancias, el padre biológico no puede pretender tener los mismos beneficios que la ley otorga a un padre casado ni tampoco puede forzar la realización de análisis sanguíneos para aclarar la paternidad biológica. El TEDH, en tal tipo de casos, prima la unidad familiar y, en consecuencia, si los padres legales rechazan la realización de las pruebas de sangre, el padre biológico no podrá establecer una filiación biológica que, por otro lado, habiendo padre legal, no le reporta ningún derecho sobre el menor. No es que el TEDH proteja únicamente la vida familiar ya establecida y se niegue a proteger la relación que eventualmente se podría desarrollar entre un hijo y su padre natural. Se trata sencillamente de que los tribunales internos otorgan más peso al interés del niño y de la familia en la que vive que a los de un demandante que exige el reconocimiento de un hecho biológico. Al niño poco le puede favorecer el saber que, junto a su padre legal, cuenta con otro biológico que, además, está enfrentado con su madre. Por ello el TEDH estableció que «**quant au grief du requérant concernant le droit de la mère de l'enfant de l'empêcher d'établir sa paternité, la Cour rappelle que cette prérogative découle du fait que l'enfant est né après le mariage de la mère avec R. D'ailleurs, son époux a le même droit. La Cour constate que bien que dans certains domaines la relation de fait entre les concubins soit reconnue, il existe toujours des différences entre les couples mariés et non mariés, en particulier en ce qui concerne le statut et les conséquences juridiques. Le mariage continue d'être caractérisé par un ensemble de droits et d'obligations qui le différencient de façon marquée de la situation d'un homme et d'une femme qui vivent ensemble. Eu égard aux circonstances de l'affaire, la Cour estime que le requérant et la mère de l'enfant n'étaient pas dans une situation analogue au sens de l'article 14 de la Convention. Dans la mesure où l'on peut considérer que tel était le cas à l'époque de leur vie commune, la Cour estime que le point de vue des juridictions nationales poursuit le but légitime**

**de garantir ou de réconcilier les droits de l'enfant et de sa famille, et que les moyens employés à cette fin ne sont pas disproportionnés»** (NYLUND cit.). Similares aunque no idénticos son los antecedentes del caso S/RFA de 12 de diciembre de 1988 en el que la ComEDH aceptó como proporcionada la decisión del Estado alemán de negar derechos de visita a un padre biológico cuya ex-pareja se había casado con otro hombre que, a su vez, había adoptado al hijo de ésta. La ComEDH, aunque entendió que la demanda no cumplía los requisitos formales para ser considerada (había expirado el plazo de 6 meses desde la adopción de la última decisión nacional que agotaba los recursos internos) no quiso dejar pasar la oportunidad para declarar que la medida estaba prevista por la ley, era necesaria en una sociedad democrática e iba en beneficio de los derechos del menor y del padre adoptivo. Cabe plantearse si en un futuro esta jurisprudencia puede variar a la vista de la admisión a trámite del caso LUCK/ALEMANIA, demanda núm. 58364/00 en la que el TEDH entiende que merece un estudio más a fondo la situación de un padre biológico al que se niegan derechos de visita porque la madre está casada con otro hombre y, por tanto, el hijo es adulterino. El hombre se lamenta de que su situación es incompatible con el art. 8 en relación al 14 dado que si la mujer no hubiera estado casada con otro, en principio sí se le hubieran acordado el derecho de visitas.

45 Decisión al caso BN/DINAMARCA de 9 de octubre de 1989 demanda núm. 13557/88, en la que se justifica la medida en beneficio del menor. En el mismo sentido se pronunció la ComEDH en un asunto relativo a un padre natural al que la madre prohibía el acceso a sus hijos tras contraer matrimonio con otro hombre. La ComEDH alegaba que la relación entre padre natural e hijo puede variar desde la ignorancia y la indiferencia total hasta el establecimiento de una relación estable que sea imposible diferenciar de la de una unidad familiar convencional. Por esta razón justificaba la ComEDH la diferenciación entre padres casados y no casados a efectos de la adquisición automática de derechos parentales (SMALLWOOD/REINO UNIDO demanda núm. 29779/96 de 21 de octubre de 1998). Similar en su argumentación es la decisión por la que se inadmitió el caso DAZIN/FRANCIA demanda núm. 28655/95 de 12 de abril de 1996 en la que la ComEDH afirmó que si durante los años de vida en común el padre natural en ningún momento manifestó interés en declarar delante del juez, cómo es posible hacer según la legislación francesa, su deseo de compartir la tutela del hijo con la madre, mucho menos sentido tendría el otorgársela de manera compartida con la madre ahora que la relación de pareja se ha roto y es probable que surjan diferencias de parecer entre ambos progenitores. Véase asimismo la [sentencia del TEDH al caso McMICHAEL/REINO UNIDO de 24 de febrero de 1995](#) en cuyo párrafo 98 se establece lo siguiente: **«la législation pertinente, promulguée en 1986, a pour objectif instaurer un système d'identification des pères "méritants" qui pourraient se voir accorder des droits parentaux, afin de protéger les intérêts de l'enfant et de la mère. Selon la Cour, ce but est légitime et les conditions imposées aux pères naturels pour qu'ils puissent obtenir la reconnaissance de leur rôle parental, respectent le principe de la proportionnalité. La Cour estime donc, avec la Commission, que la différence de traitement dénoncée trouvait une justification objective et raisonnable»**.

46 Éstos son los antecedentes de la [sentencia de 28 de octubre de 1998](#) al caso SODERBACK/SUECIA en la que el TEDH entendió que no era contrario al art. 8 CEDH permitir que quien había ejercido de padre **de facto** del menor desde su más tierna infancia pudiese convertirse en su padre adoptivo –pese a las reticencias del padre natural– a fin de consolidar y dar carácter oficial a tales vínculos.

47 Decisión al caso BELLIS/GRECIA de 22 de febrero de 1995 demanda núm. 24848/94.

48 Si en tales circunstancias se rompe la relación pero el padre sigue interesado en mantener el contacto con su hijo, visita a la madre en el hospital y pretende contribuir a los gastos de crianza, la decisión de la madre, aceptada por el Estado, de dar al niño en adopción en contra de los deseos del padre, sí supone una violación del derecho a la vida familiar potencial que el padre quería establecer con su hijo ( [sentencia KEEGAN/IRLANDA cit., de 26 de mayo de 1994](#) ).

49 COUSSIRAT-COUSTÈRE: cit., pg. 293.

## 5 . Las parejas no heterosexuales ante el TEDH

### 5.1 . Los transexuales

Hasta el momento sólo nos hemos ocupado del status de las uniones de hecho heterosexuales ante los órganos de Estrasburgo pero sería ingenuo pensar que con ello queda agotado el tema. En realidad, uno de los colectivos más activos ante el TEDH en la materia que nos ocupa ha sido desde siempre el de los transexuales, es decir, aquellas personas que aunque nacieron con un sexo anatómico determinado, sienten que pertenecen al sexo opuesto. Muchos de ellos llegan a someterse a tratamientos hormonales y operaciones de cambio de sexo que les dan una apariencia física más acorde con su sentir pero se quejan en muchas ocasiones de que el Estado les permita llevar a cabo estos cambios y que luego, sin embargo, la legislación nacional no les permita cambiar los datos de sus documentos de identificación personal (DNI, pasaporte, tarjeta de la seguridad social, etc.), ni contraer matrimonio con alguien del sexo con el que ellos nacieron, ni fundar una familia a través de la adopción de hijos, ni figurar como padre de un hijo de su compañera (en el caso de un transexual que ejerza como varón pese a que nació mujer), etc.<sup>50</sup>.

50 Sobre el modo a través del cual el TEDH históricamente ha abordado el tema de la transexualidad, véase: SCALABRINO, M.: Affari Sociali Internazionali. «La Protection de la Vie Privée et Familiale et l'Evolution Médicale sous la Convention

Européenne des Droits de l'Homme» 1995, vol. 23, núm. 1, pgs. 85-108, pg. 90; OVEY, C.: Human Rights Law Journal. «The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice. Section II. The Margen of Appreciation on Article 8 of the Convention» 1998, vol. 19, núm. 1, pgs. 10-12; NIVEAU, G. et al.: Health and Human Rights. «Human Rights Aspects of Transsexualism» 1998, vol. 4, núm. 1, pgs. 135-164; MASSIP, J.: Petites Affiches. «Où l'on Trouve les Transsexuels» 1998, vol. 387, núm. 62, pgs. 17-20; SCHEININ, M.: Nordic Journal of International Law. «Sexual Rights as Human Rights: Protected under Existing Rights Treaties?» 1998, vol. 67, núm. 1, pgs. 17-35, esp. pg. 29; BOUCAUD, P.: Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme. «Le Droit de se Marier» 1992, núm. 9, pgs. 1-46, pg. 16 y, muy especialmente, por su clarividencia y carácter premonitorio: WIJTE, S.: Sim Special. «Post-Operative Transsexuals and the European Court of Human Rights» 1998, núm. 21, pgs. 501-520.

Y lo cierto es que, en este campo, las recientes sentencias del TEDH GOODWIN<sup>51</sup> e I.<sup>52</sup>, adoptadas unánimemente por la Gran Sala el [11 de julio de 2002](#), supone todo un antes y un después en la lucha de los transexuales por el reconocimiento de sus derechos. Se puede decir que nos encontramos en un momento histórico. Si hasta el momento el TEDH (y también la ComEDH hasta su desaparición, aunque en menos medida) se habían mostrado reticentes a dar el paso de afirmar que los transexuales tienen derecho a fundar una familia con personas del sexo con el que ellos nacieron y que lo contrario supondría la violación incluso del derecho al respeto de la vida familiar, sin embargo ahora con estas nuevas sentencias el TEDH ha entendido que dado que el CEDH se ha de interpretar a la luz de las condiciones actuales<sup>53</sup> y que, en este sentido, en los países europeos se han dado en los últimos años una serie de pasos legislativos que permiten vislumbrar un cambio de mentalidades en la materia<sup>54</sup> parece que realmente los arts. 8 y 12 del TEDH se verían violados si un Estado permite al transexual la operación de cambio de sexo para luego negarle la posibilidad jurídica de cambiar la información que consta en sus documentos oficiales<sup>55</sup> y cuando ese mismo Estado considera únicamente el sexo cromosómico de la persona a la hora de determinar con quién puede contraer matrimonio ésta<sup>56</sup>, respectivamente<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> [Sentencia GOODWIN/REINO UNIDO de 11 de julio de 2002](#).

<sup>52</sup> [Sentencia I./REINO UNIDO de 11 de julio de 2002](#).

<sup>53</sup> Por eso MORENILLA estima que la jurisprudencia del TEDH es tan dinámica, finalista y evolutiva (MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M.: La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. «El Derecho al Respeto de la Esfera Privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» Madrid, CGPJ, 1993, pgs. 289-333, pg. 331).

<sup>54</sup> Punto 84 de la [sentencia GOODWIN](#) y 54 de la [sentencia I.](#)

<sup>55</sup> Punto 96 de la primera y 71 de la segunda.

<sup>56</sup> Punto 97 de la primera y 80 de la segunda.

<sup>57</sup> En opinión de POUSSON-PETIT el problema consistía en que el TEDH nunca atendía al verdadero elemento determinante de la personalidad sexual de cada uno, que es su propia identidad sexual (POUSSON-PETIT, J.: De la Bioéthique au Bio-Droit. «Une Illustration: Le Cas du Transsexualisme» NEIRINCK, C.(ed.), 1994, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, pgs. 133-150, pg. 141).

Hay que decir que, hasta estas dos sentencias, si el TEDH había dado respuestas más prudentes y tradicionales a los asuntos sobre transexualidad, ello era porque era consciente de que éste no era un tema pacífico entre los Estados sino todo lo contrario. Al existir una carencia de consenso y al ser imposible asegurar científicamente si el transexual operado adquiere todas las características del sexo al que cree pertenecer, el TEDH dejaba un amplio margen de apreciación a los Estados. Esto llevaba a que prácticamente nunca estimase que hubiese habido violación de los arts. 8 y/o 12 CEDH en asuntos de transexuales. Sólo una vez el TEDH estimó que había habido violación del art. 8 debido a la rigidez del sistema legal francés que ponía excesivos impedimentos al cambio de nombres de pila y que, además, en los documentos oficiales que expedía, habitualmente hacía constar el sexo de la persona -lo cual suponía una afrenta casi diaria para el transexual cuyo aspecto físico no casaba con los datos del documento-<sup>58</sup>. En cambio, la ComEDH, por su parte, sí se había mostrado más sensible hacia la problemática de los transexuales, hasta el punto de que en dos ocasiones remitió sendos asuntos al TEDH indicando su convicción de que había habido violación del CEDH. Una violación que, sin embargo, el TEDH no llegó a apreciar<sup>59</sup>. Sin embargo, lo que sí que es cierto es que el TEDH parecía querer evolucionar y adaptar su jurisprudencia a los nuevos tiempos. Unos nuevos tiempos que, desde un punto de vista científico, establecían que junto al sexo cromosómico, gonádico y genital, existe uno cerebral que es el que le dicta la conciencia a la propia

persona y en consecuencia es aquél al que la persona cree pertenecer. El mismo tribunal se hizo eco de estas nuevas teorías científicas en su sentencia al caso SHEFFIELD<sup>60</sup> pero sin atreverse a usar dicha información para cambiar aún su jurisprudencia debido a que, en su opinión, estas teorías tampoco eran totalmente definitivas ni irrefutables. No en vano, la transexualidad entraña complejos problemas desde el punto de vista jurídico, social, moral y también científico. Empero, en una de sus sentencias –relativa a un problema de filiación cuando uno de los miembros de la pareja es transexual convertido de mujer a hombre y quiere figurar en el registro civil como padre del hijo de su compañera (sentencia XYZ/REINO UNIDO<sup>61</sup>)–, el TEDH, aunque finalmente estimó que la negativa del Estado entraba dentro de su margen de apreciación, no obstante empezó a despegar de su rígida jurisprudencia anterior porque también afirmó que una unidad formada por una pareja y un niño, que aparentemente no se distinguen en nada de una familia tradicional, pero que realmente consiste en un transexual y el hijo de su pareja, puede en ciertas circunstancias constituir «vida familiar» en el sentido del art. 8 CEDH. Dicho de otro modo, el TEDH en esta sentencia diferenció, con mayor o menor fortuna, lo que es la realidad social de lo que es la realidad jurídica. Con respecto a la primero, da la razón a los demandantes y se muestra como un tribunal bastante liberal puesto que insiste en que hay que adaptarse a la realidad social y que nada impide a X actuar como padre en el sentido social, así como dar apoyo emocional y económico a Z, incluso nada le impide darle su apellido (punto 50). Así, el TEDH acepta que lo que aparentemente constituye una familia, pueda ser aceptado socialmente como tal. Pero ello no implica la exigencia al Reino Unido de cambiar su legislación para aceptar la inscripción como padre de un transexual que ha sufrido una operación de cambio de sexo. Por eso en XYZ parece que el tribunal dejó el trabajo a medias. Da una de cal y otra de arena a los demandantes pero para luego alinearse con el Estado demandado por lo que respecta a la posibilidad de su condena ya que no estimó que hubiera habido violación del CEDH<sup>62</sup>.

[58 Sentencia B./FRANCIA de 25 de marzo de 1992 .](#)

[59](#) Se trata de los [casos VAN OOSTERWIJCK/BÉLGICA](#) y [REES/REINO UNIDO](#) . Compárese el informe al primer caso de la ComEDH de fecha 1 de marzo de 1979, demanda núm. 7654/76 con la sentencia del TEDH al mismo [asunto de fecha 6 de noviembre de 1980](#) . Compárese igualmente el informe de la ComEDH al caso REES de fecha 15 de marzo de 1984 demanda núm. 9532/81 con el parecer de la posterior sentencia del tribunal de fecha 17 de octubre de 1986.

[60 Sentencia SHEFFIELD Y HORSHAM/REINO UNIDO de 30 de julio de 1998 .](#)

[61 Sentencia del TEDH de 22 de abril de 1997 .](#)

[62](#) Una de las muchas críticas que recibió esta sentencia se puede consultar en LEVINET, M.: Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme. «La Revendication Transsexuelle et la Convention Européenne des Droits de l'Homme» 1999, vol. 10, núm. 39, pgs. 637-672, en la que el autor se pregunta si quizá el TEDH no estará incitando a los Estados a practicar una cierta duplicidad en relación con los transexuales al diferenciar entre el sexo social y el sexo jurídico (pag. 663). EVAÏN incluso llega a hablar de ambigüedad y debilidades de la sentencia citada (EVAÏN, S.: La Semaine Juridique. «Le Juge Européen, le Transsexualisme et les Droits de l'Homme» 1997, vol. 71, núm. 51, pgs. 523-528, esp. 523). Para un mero resumen del fallo, véase: Journal des Tribunaux. Droit Européen. «Cour Européenne des Droits de l'Homme. 22 avril 1997. X, Y et Z contre Royaume Uni. Observations» 1997, vol. 5, núm. 40, pgs. 142-143.

En GOODWIN e I. el TEDH ha encontrado por fin el ambiente más propicio en los países europeos para despegar de su jurisprudencia anterior y estimar justas las pretensiones de los transexuales<sup>63</sup>. De este modo, el tribunal zanja la crítica que se le hacía en el sentido de que permitía que los Estados costearan operaciones de cambio de sexo para que luego esos mismos Estados, de modo totalmente incoherente, impidieran a esas personas fundar una familia con una persona del sexo contrario a su nuevo sexo e incluso les impidiera rectificar el dato relativo al sexo en sus documentos oficiales. En opinión de RIGAUX, el TEDH habría estado alimentando la creación de seres ambiguos que, desde el punto de vista del matrimonio, no serían ni hombres ni mujeres<sup>64</sup>. En cualquier caso, los interrogantes que abren estas dos nuevas sentencias no son pocos. P. ej. cabe plantearse si el TEDH será tan generoso en eventuales casos judiciales que puedan ser presentados por transexuales no operados que quieran casarse y que físicamente tengan la apariencia del sexo del que reniegan, o qué ocurrirá a partir de ahora en casos de adopción de menores por transexuales, etcétera.

[63](#) Para ello se basa no sólo en el ambiente de mayor aceptación social que se respira en relación con este colectivo, sino también en los cambios legislativos que se han ido produciendo en varios Estados a fin de conceder derechos a estas personas (ptos. 20 a 57 de la [sentencia GOODWIN](#) y 64 de la [sentencia I.](#) ).

<sup>64</sup> RIGAUX, F.: Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme. «Les Transsexuels devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme: Une Suite d'Occasions Manquées» 1998, vol. 9, núm. 33, pgs. 117-144, pg. 133.

## 5.2 . Los homosexuales

Junto al colectivo de los transexuales, nos podemos plantear qué opinión le merecen al TEDH las parejas de hecho formadas por homosexuales desde el punto de vista de la aplicación e interpretación de los artículos 8 y 12 [CEDH](#) . Pero aquí cabe decir que el TEDH se ha mostrado hasta el momento inflexible. El TEDH, en buena lógica, siempre ha diferenciado entre las personas que, siendo biológicamente de un sexo, tienen la conciencia de pertenecer al otro y desean por ello con todas sus fuerzas su reconocimiento social y jurídico como pertenecientes al mismo, e incluso desean poder contraer matrimonio con una persona de sexo opuesto a aquél que sienten como propio (es decir, quieren ser tratados a todos los efectos como personas del otro sexo y fundar una familia «normal», con una persona del sexo opuesto a aquél que ellas sienten como propio) y, por otro lado, las personas que no tienen conciencia en absoluto de pertenecer al otro sexo sino que, sencillamente, en el terreno sexual, se sienten atraídas por personas de su mismo sexo (es decir, su orientación sexual es por las personas de su sexo). El TEDH ha entendido que en relación con este segundo colectivo, no cabe hablar de respeto de la vida familiar sino sólo del de la vida privada de las personas. La homosexualidad, por tanto, sería una opción perfectamente respetable para el TEDH pero limitada a lo que es la vida privada de las personas<sup>65</sup> . En este sentido, el TEDH, puesto en el brete de tener que definirse sobre si había o no vida familiar en la vida en común que llevaban un padre, una hija y el compañero sentimental del padre, prefirió no significarse y únicamente hizo referencia a la vida familiar que, desde luego, sí existía entre el padre y la hija<sup>66</sup> .

<sup>65</sup> Sobre el diferente tratamiento que recibe la transexualidad y la homosexualidad en los órganos de Estrasburgo, véase: PALLARO, P.: Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo. «I Diritti degli Omosessuali nella Convenzione Europea per i Diritti Umani e nel Diritto Comunitario» 2000, núm. 1, pgs. 105-133, pg. 121.

<sup>66</sup> [Sentencia SALGUEIRO DA SILVA/PORTUGAL de 21 de diciembre de 1999](#) .