

LAS UNIONES DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Por la

DRA. SUSANA SANZ CABALLERO

1. INTRODUCCIÓN

La reciente aprobación de la Ley Valenciana sobre Uniones de Hecho lleva a plantearse la cuestión más global de si dicho tipo de uniones también recibe protección en el ámbito internacional y, especialmente en el más próximo a nosotros, el europeo. En este marco, quizá destaque por su amplitud y profundidad jurídica la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH).

El TEDH es el tribunal encargado de realizar la interpretación auténtica del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 y sus protocolos adicionales y puede condenar a cualquiera de los 44 Estados parte en dicho tratado que viole los derechos en él contenidos.

Este tribunal, desde su creación, se ha venido ocupando de la protección de la familia como célula básica de socialización del individuo dado que varios de los artículos del CEDH se refieren a la misma. Los derechos más estrechamente relacionados con el ámbito familiar son: el derecho al respeto de la vida privada y familiar, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia del art. 8

CEDH¹, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia del art. 12 CEDH² y la prohibición de discriminación del art. 14 CEDH³.

En su labor casuística de protección de la familia el TEDH se ha visto en ocasiones en la tesitura de tener que pronunciarse sobre la realidad de las uniones de hecho. La jurisprudencia en la materia siempre ha sido abundante por dos razones principalmente: 1) Porque el CEDH aglutina a Estados que, aunque todos tienen en común el ser europeos, son poco homogéneos en su manera de entender el término “familia” y en su legislación⁴. Por tanto, el TEDH desde siempre se ha tenido que pronunciar sobre situaciones surgidas en países muy diferentes entre sí. 2) Pero, además, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia sobre uniones de hecho va en aumento porque incluso en los países considerados más tradicionales, tiende a producirse en los últimos tiempos un incremento notable de estas situaciones que requieren una respuesta desde el derecho.

No obstante, pese a esa relativa abundancia de jurisprudencia sobre el tema, resulta necesario mencionar que el TEDH no se preocupa de proteger a las uniones de hecho por sí mismas. El TEDH,

¹ “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

² “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.”

³ “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Hay que señalar que, tal y como está concebido, el art. 14 del CEDH no puede ser invocado autónomamente. Siempre será necesario que se alegue juntamente con otro artículo del CEDH o de los protocolos. En otras palabras: no se concibe una discriminación en abstracto, sino p.ej. una discriminación en el ámbito de la educación, o en la vida familiar, o en el derecho a fundar una familia con respecto al trato recibido por otro grupo o persona.

en realidad no está interesado por proteger esta realidad en sí misma considerada sino si, y sólo si, en el seno de algunas de ellas se genera vida familiar. El derecho que protege el CEDH es la vida familiar, tanto si ésta se origina mediando vínculo matrimonial como sin él. En este sentido, se puede incluso decir que la protección de las uniones de hecho ante la instancia de Estrasburgo se produce un tanto “de rebote”. La unión de hecho no es un valor que el CEDH proteja, no merece su atención. Por el contrario, la unión matrimonial, sí. Sin mostrar su preferencia por uno u otro tipo de familia, la jurisprudencia del TEDH se inspira a las claras y tiene su modelo en la familia tradicional y nuclear. Pero el TEDH es consciente de que su doctrina debe adaptarse a los nuevos tiempos, y por ello no puede aplicar el CEDH como lo hacía hace 50 años. Si las circunstancias sociales e históricas cambian, el TEDH debe reflejar esa realidad para ser un instrumento vivo y útil.

Así pues, la reflexión sobre el tratamiento que reciben las uniones de hecho por parte del TEDH estará íntimamente relacionada con sus conceptos de familia y de matrimonio y descansará muy especialmente en la aplicación que el TEDH haga de los artículos 8 y 12 del CEDH. Además, el tratamiento del tema deberá tener en cuenta el hecho ya establecido por los jueces del TEDH de que la jurisprudencia de este órgano es viva y, en consecuencia, evolutiva: se va adaptando a los nuevos tiempos, las nuevas costumbres, las nuevas realidades sociales.

También cabe señalar que el CEDH y sus protocolos no definen el contenido de los derechos que enuncian. Esa labor queda a la discreción y a la interpretación que de ellos pueda realizar el TEDH en su jurisprudencia. El CEDH y sus protocolos únicamente establecen los principios generales. Por otro lado, en la mayoría de los artículos, la estructura es la misma: el primer párrafo formula el derecho de manera general y amplia, mientras que a menudo un segundo párrafo establece en qué condiciones o en qué casos se podría restringir el disfrute de ese derecho y una injerencia de la autoridad pública podría estar justificada, situación en la que el Estado no podría ser condenado. En otras palabras, los derechos no se enuncian en el CEDH de modo absoluto. Artículos como el 8 CEDH sobre la vida privada y familiar y la inviolabilidad del domicilio hacen referencia

a unas condiciones que, si se cumplen, evitarían la condena del Estado demandado. Tales condiciones o requisitos, que como decimos eximirían de responsabilidad al Estado, son los siguientes: *a)* que la medida esté prevista por la ley, *b)* que constituya una medida que tenga un objetivo legítimo y *c)* que constituya una medida necesaria en una sociedad democrática para la defensa de la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral y la protección de los derechos y las libertades de los demás.

2. EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Lo primero que cabe preguntarse es qué sentido otorga el TEDH en su jurisprudencia al término "familia". No en vano, el CEDH dice protegerla en su art. 8, pero no nos aclara qué significado tiene esta institución. Tampoco el TEDH nos llega a dar nunca una definición teórica de lo que ésta significa, aunque sí nos va proporcionando datos en sucesivas sentencias sobre qué cabe incluir dentro del concepto y qué no. Así, p.ej.:

2.1. La existencia de una familia es esencialmente una cuestión de hecho

En opinión del TEDH, la existencia o inexistencia de una familia depende de la existencia real en la práctica de lazos personales muy estrechos. Así, el TEDH aclara que no sólo hay familia cuando median vínculos jurídicos derivados del matrimonio sino que también pueden darse lazos familiares entre personas que convivan sin contraer matrimonio⁵. La vida familiar se aplica indistintamente a

⁴ Entre ellos hay Estados que prohíben el divorcio y el aborto (Irlanda) y otros que los permiten. También los hay que permiten los matrimonios de homosexuales y de transexuales que se han sometido a una operación de cambio de sexo (Holanda) y otros que los prohíben.

⁵ Punto 43 de la sentencia del TEDH de 13 de julio de 2000 ELSHOLZ/ALEMANIA.

las situaciones matrimoniales y a las no matrimoniales⁶. Así de tajante se expresa el TEDH en su reciente sentencia K. Y T/FINLANDIA⁷.

Esta presunción se convierte en hecho irrefutable cuando la pareja de hecho tiene hijos. En tal caso, el TEDH afirma que el niño extramatrimonial se convierte *ipso iure* en parte de la familia desde el momento del nacimiento. Así lo ha establecido el tribunal en sentencias como la del caso BOUGHANEMI/FRANCIA (en la que un magrebí deportado a su país de origen quería hacer valer como dato para volver a Francia el hecho de que en este país convivía con una mujer francesa con la que había tenido un hijo) o en la sentencia CAMP Y BOURIMI/HOLANDA, relativa ésta última a 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 unión⁸.

⁶ 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. ¿Y ello por qué? Pues porque el art .8 CEDH se aplica por igual a la vida familiar matrimonial y a la extramatrimonial (punto 55). Así, 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 porque vida familiar puede existir sin matrimonio.

⁷ Punto 150 de la sentencia del TEDH de 12 de Julio de 2001 K. Y T./FINLANDIA relativa a la custodia de los hijos de una pareja con problemas psiquiátricos.

⁸ Véase la sentencia BOUGHANEMI/FRANCIA de 24 de abril de 1996 y la sentencia CAMP Y BOURIMI/HOLANDA de 3 de octubre de 2000.

2.2. Cuando hay hijos, puede existir familia incluso sin cohabitación

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, pasen largas temporadas lejos de sus hijos y de su pareja. También podemos pensar en un hijo internado en un colegio y alejado por tanto 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 convivir. 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 familiar⁹. El TEDH ha sido especialmente claro y rotundo

⁹ En dos ocasiones se ha tenido que enfrentar con esta situación el TEDH. 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. En ninguno de esos momentos 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. No en vano, el TEDH adopta una noción amplia del término "familia" no reduciéndola a las relaciones basadas en el matrimonio, sino que reconoce

en su sentencia BOUGHANEMI/FRANCIA, ya citada previamente:

“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).

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

otros vínculos familiares de facto cuando las partes cohabitan o han cohabitado fuera del matrimonio (punto 44).

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 solo 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).

vida familiar sin cohabitación (imagínese el caso de una familia obligada a separarse por la lejanía del empleo de uno de los progenitores) 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 motivos laborales, guerras 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 de los conceptos “familia” y “vida familiar”, que parece que se diluyan y puedan 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 y que vacía de su contenido sustancial a la expresión¹⁰.

Obviamente, el reconocimiento de la vida familiar pese a la no cohabitación se extiende también a los hijos matrimoniales¹¹, incluso tras el divorcio de los padres¹².

¹⁰ 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: “Le Droit de l’Étranger au Respect de sa Vie Familiale”, en *Revue Française de Droit Administratif*, 1993, vol.9, n. 3, pp. 511-540, p. 529).

¹¹ 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. 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

2.3. Los padres de hijos naturales no deben ser discriminados en el tratamiento que reciben con respecto a los padres de hijos matrimoniales

Volviendo a la situación de las parejas de hecho que tienen hijos, conviene tener en mente el dato de que el reconocimiento por

hijo, que había sido criado por unos tíos tras la marcha de la madre. Y aunque finalmente el TEDH consideró que Suiza no tenía porqué 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.

¹² 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

el TEDH de la vida familiar entre el padre no casado y su hijo, implica la prohibición de que el Estado discrimine a tales padres y a tales hijos en relación con las parejas casadas, o incluso divorciadas, y sus hijos. Así se ha expresado el TEDH en una serie de casos en los que la discriminación se derivaba del hecho de que la legislación partía de la presunción de que el padre no matrimonial tiene menos interés en su hijo y en mantener el contacto con él que el padre cuyo hijo ha nacido dentro del matrimonio o, incluso, que el padre divorciado¹³. Para corroborar dicha presunción se apuntaba desde el Estado que el padre no matrimonial puede abandonar el núcleo familiar en cualquier momento. Quizá resulte interesante recordar que dicha argumentación fue la misma que esgrimía el gobierno belga en una de las sentencias más clásicas del TEDH, la referida al caso MARCKX/BÉLGICA de 13 de junio de 1979. En ella Bélgica defendía su legislación justificando el tratamiento diferenciado de los hijos naturales y los nacidos dentro del matrimonio

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, ellos 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.

¹³ El TEDH ha tenido la ocasión de condenar últimamente a Alemania en varios asuntos que partían de este supuesto. La primera de ellas fue la sentencia al caso ELSHOLZ/ALEMANIA de 13 de julio de 2000. Y las tres siguientes son de fecha 11 de octubre de 2001 (casos HOFFMAN, SAHIN y SOMMERFELD). En todas ellas el TEDH ha censurado el código civil alemán por otorgar la custodia a la madre y denegar como principio el permiso de visitas del padre al hijo a menos que se pueda demostrar que ello va en interés del menor cuando, sin embargo, en el caso de padres divorciados, el permiso se concede automáticamente y sólo se suspende si, excepcionalmente, se observa que las visitas no favorecen el interés del menor.

No es lo mismo partir de la presunción de que ver al padre va en interés del niño que partir de la base de que le va a resultar perjudicial. Lo primero lleva a otorgar de manera generalizada el derecho de visitas. Lo segundo lleva a denegarlo.

por la creencia de que en el caso de un hijo legítimo, ambos padres se responsabilizan mutuamente de alimentar, criar y educarlo, 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 darle la oportunidad de decidir responsabilizarse mediante un acto formal de su cuidado o bien disociarse de él (punto 39). El TEDH no compartió este criterio en absoluto. Por ello concluye que la ley belga no puede favorecer a las familias tradicionales en detrimento de las monoparentales o las que se derivan de uniones de hecho y que los hijos matrimoniales y los naturales han de ser tratados por la ley en pie de igualdad (punto 40).

Dentro de este mismo apartado referido a la no discriminación entre padres de hijos matrimoniales y padres de hijos nacidos de uniones de hecho, resulta interesante hacer alusión a la jurisprudencia del TEDH en materia de expulsión de extranjeros. En efecto, existe un importante número de casos cuyo objeto es que el TEDH califique desde el punto de vista del art. 8 CEDH (a veces en combinación con el art. 14) si la expulsión de un extranjero con lazos familiares en el país en el que reside viola su derecho a la vida familiar y, cuando tal es el caso, si tal medida está permitida por la ley, persigue un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática. En la mayoría de estos casos actúa como demandante un varón magrebí que es expulsado del país tras delinquir en él pero también hay un pequeño número de asuntos en los que la medida consiste no tanto en una deportación sino en una simple revocación de su permiso de residencia consecuencia del divorcio del magrebí y de la mujer nacional del país¹⁴.

Por ello, todos estos magrebís causantes de estos asuntos judiciales ante el TEDH sólo pueden invocar el art. 8 CEDH en su favor, a fin de intentar demostrar que forman parte de una familia establecida en el Estado europeo y que su vida familiar quedaría

¹⁴ Sobre esta temática, resultan clarificadores pese a su antigüedad los siguientes trabajos: STOREY, H.: "The Right to Family Life and Immigration Case-Law at Strasbourg", en *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, pp. 328 ss., y VILLIGER, M. E.: "Expulsion and the Right and Respect for Private and Family Life", en *Mélanges Wiarda*, 1990, Verlag, pp. 657 ss.

truncada si se les forzase a abandonar ese medio, como ocurría en la sentencia del TEDH al caso BOUGHANEMI citado previamente. En relación con estos asuntos, no existe una única respuesta o línea jurisprudencial del TEDH. Por el contrario, éste siempre ha estudiado de modo totalmente casuístico los asuntos, comprobando sus antecedentes de hecho. Atendiendo a los mismos, a veces ha concluido que la expulsión en cuestión violaba la vida familiar y en otros casos, no.

¿Qué enseñanzas se pueden extraer de estos casos en relación con las uniones de hecho? Las consecuencias son las siguientes:

En principio, parece no existir diferencia en la jurisprudencia del TEDH entre el trato que reciben las parejas de hecho y las parejas matrimoniales con respecto a la posibilidad de expulsar de territorio de un país europeo a uno de los miembros de la pareja si delinque. 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, ambos contra Francia. En la primera nos encontramos con un marroquí que cohabita con una mujer francesa y tiene un hijo con ella¹⁵. 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 a estos dos ciudadanos de que iban a ser expulsados del país. En este sentido, queda patente en ambos casos dos datos especialmente relevantes a la hora de que el TEDH acepte la expulsión de suelo europeo de una persona con vínculos familia-

¹⁵ Similar aunque no idéntico es el caso DALIA/FRANCIA de 19 de febrero de 1998, en el que una madre de familia monoparental argelina traficante de drogas es expulsada del país. El TEDH no encontró que hubiera violación del CEDH porque su hijo fue concebido siendo ella consciente de que iba a ser expulsada y además, dada su corta edad, nada le impediría desarrollar su vida familiar con su madre en Argelia.

res en este continente: 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, cuando su situación ya es de precariedad.

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, sería 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 al menos un caso en su haber jurisprudencial: BEL-JOUDI/FRANCIA de 26 de marzo de 1992. En él 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. Lamentablemente, no contamos con un caso en el 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. Sin embargo, creemos que por coherencia con su jurisprudencia sobre la igualdad de derechos de las familias *de facto* y de las matrimoniales, el TEDH no permitiría una diferencia de trato en este tipo de asunto.

Así como los casos de expulsión del país de extranjeros por actividades delictivas parecen en principio tener una respuesta uniforme por parte del TEDH cuando la persona ha tenido hijos en Europa con los que mantiene contacto, sin embargo, 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 pero que no tenía hijos¹⁶. En ella, el TEDH condenó la deportación porque el afectado desarrollaba una vida familiar con su esposa. Sin embargo, no existe

¹⁶ Caso BOULTIF/SUIZA de 2 de agosto de 2001.

un supuesto similar para alguien que, sin tener hijos, cohabite con una nacional del país antes de saber que va a ser expulsado de él. No obstante, la lectura e interpretación de los principios-guía que establece el TEDH en dicha sentencia, permite albergar la duda sobre si serán tratados de manera idéntica los casos de uniones de hecho. La duda surge al comprobar que, p. ej., uno de los requisitos más relevantes para permitir a la pareja continuar su vida familiar sobre territorio europeo sería según el TEDH la duración del “matrimonio”¹⁷. Aunque el TEDH añade otros requisitos relevantes, como p. ej. factores que demuestren la efectividad de la vida en común, sin embargo parece que las personas casadas tengan más fácil la solución de su caso porque les basta demostrar un dato objetivo (la fecha en la que contrajeron matrimonio) mientras que las uniones de hecho tendrán más difícil la prueba de la efectividad de la cohabitación y la seriedad de su compromiso de vida en común.

3. EL ALCANCE DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH¹⁸

El artículo 12 CEDH se refiere al derecho a contraer matrimonio libremente. Al igual que ocurre con el concepto de familia, también ha sido la labor jurisprudencial la que ha aclarado algunos extremos del significado de los términos “esposo” y “matrimonio” tal y como ambos se conciben en el ámbito europeo. En concreto, el TEDH ha manifestado que:

3.1. El matrimonio es la unión de una persona del sexo masculino con otra del sexo femenino

El art. 12 CEDH sobre el derecho a contraer matrimonio está redactado en términos tales que convierte en ilusoria la pretensión de

¹⁷ Punto 48 de la sentencia BOULTIF.

¹⁸ Este artículo fue redactado antes de la emisión por el TEDH de sus sentencias GOODWIN/REINO UNIDO e I/REINO UNIDO de 11 de julio de 2002 en las que el tribunal realiza un giro jurisprudencial en relación con el matrimonio de transexuales.

las personas homosexuales de contraer matrimonio esgrimiendo el CEDH en favor de sus argumentos. En este sentido, la legislación de algunos Estados parte en el CEDH (p. ej., Holanda) es más permisiva que el propio CEDH, al permitir la unión legal no heterosexual.

En cambio, la duda se puede llegar a plantear en el caso de transexuales que han sido sometidos a una operación de cambio de sexo. ¿El CEDH permite que contraiga matrimonio una persona de estas características con otra de su antiguo sexo? La duda surge porque el transexual operado tiene un sexo aparente o social pero otro biológico. Incluso existen estudios recientes sobre la existencia de un sexo cerebral (aquél que uno siente como propio porque así lo dicta la propia conciencia del individuo). Obviamente, el sexo del transexual operado es diferente según a cuál de estos distintos criterios atendamos. Pues bien, en diferentes ocasiones (pero casi todas ellas relacionadas con la legislación del Reino Unido) el TEDH ha tenido que estatuir sobre si podían contraer matrimonio dos personas cuando una de ellas tenía el mismo sexo que su pareja en el momento del nacimiento¹⁹.

¹⁹ Sentencias REES/REINO UNIDO de 17 de octubre de 1986 y COSSEY/REINO UNIDO de 27 de septiembre de 1990.

El primero de estos casos lo desencadenó Mark REES, cuyo nombre original era Margaret REES antes de su cambio de sexo. Esta persona, nacida mujer, se sometió a un tratamiento hormonal con el fin de convertirse al sexo masculino. Posteriormente se operó para completar su transformación. REES consiguió un cambio de nombre en prácticamente todos sus documentos oficiales de identidad de manera que fueran más acorde con su nueva realidad como varón (pasaporte, carnet de conducir, documentos de la seguridad social y hacienda, cartilla médica y censo electoral) no así en el Registro Civil en su sección de Nacimientos y Defunciones. REES consideró que esta negativa conculcaba su derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH así como también condicionaba y por tanto violaba su derecho a contraer libremente matrimonio y fundar una familia del art.12 CEDH. Llegado ante el TEDH, el tribunal estudió la aplicación al caso de ambos artículos. En cuanto al primero, consideró que la legislación británica era de hecho bastante avanzada en la materia al permitir el cambio de nombre del transexual en toda su documentación oficial, salvo en el registro de nacimientos. Este último menciona cuál es el sexo biológico de la persona en el momento de su nacimiento (punto 42) y REES no puede negar que nació mujer (punto 40). Por tanto, pertenece al margen de apreciación del Reino Unido el decidir libremente si permite o no un cambio de asiento o una anotación en el Registro Civil. En relación a la alegación de REES de que tal medida afecta a su disfrute del derecho a casarse dado que nunca podrá hacerlo con

En todas ellas se comprueba que la mayoría de los Estados europeos ni están dispuestos ni tampoco preparados para admitir en su legislación el matrimonio entre personas cuando uno de los miembros de la pareja se ha sometido a un tratamiento hormonal y/o qui-

una mujer, el TEDH es escueto pero claro en su respuesta: el art.12 CEDH se refiere al matrimonio tradicional entre personas de sexo biológico opuesto. Ello es así porque la pretensión del artículo es proteger el matrimonio como base de la familia. Así pues, cuando el art. 12 habla de que el hombre y la mujer en edad núbil podrán contraer matrimonio, se refiere a dos personas de sexo biológico opuesto.

En la misma línea se pronuncia el TEDH en su fallo en el caso COSSEY. Los antecedentes de éste son similares a los del anterior pero no idénticos. En efecto, en este último la referencia al art.12 CEDH no es puramente teórica o una posibilidad para el demandante, sino una realidad: la señorita COSSEY nació varón pero pronto empezó a comportarse como mujer. Llegada su mayoría de edad, sufrió una operación quirúrgica de cambio de sexo. Una vez transformada en cuanto a sus rasgos sexuales aparentes en mujer, contrajo matrimonio con un hombre en una sinagoga. Sin embargo, la High Court británica anuló el matrimonio fundándose en que las partes no eran del sexo contrario. Ante esta anulación, la señorita COSSEY presentó demanda ante el TEDH por violación de los artículos 8 y 12 CEDH. Frente a la complicación que se le plantea al TEDH ante un caso real de un varón que voluntariamente contrae matrimonio con un transexual, el TEDH no tiene más remedio que profundizar todavía más que en el caso REES en la naturaleza de la transexualidad. Tras documentarse sobre el tema, llega a la conclusión de que, desde el punto de vista científico, las operaciones quirúrgicas de cambio de sexo realmente no aseguran la plena adquisición de todas las características biológicas del otro sexo (punto 40). Y dado que el Reino Unido ha adoptado el criterio del sexo biológico a efectos de la autorización de matrimonios –como por otra parte, la mayoría de los países del mundo– ningún Estado puede ser forzado a cambiar su legislación para permitir el matrimonio de un transexual con una persona del mismo sexo al que pertenecía el transexual antes de su operación, dado que el cambio de sexo completo no es médicamente posible (punto 39). Así pues, COSSEY no puede casarse con un varón. Sin embargo, ante su denuncia en el sentido de que el Reino Unido viola su derecho a contraer matrimonio, el TEDH no parece estar de acuerdo del todo. En efecto, nada impide a COSSEY casarse con una mujer (punto 44).

Junto a estas dos sentencias, podemos mencionar otra más reciente y aún no estudiada, como es la sentencia B/FRANCIA de 25 de Marzo de 1996. Sin embargo, la lectura de la sentencia sobre este asunto deja un sabor un tanto amargo ya que el TEDH, aunque por una parte actualiza su jurisprudencia con respecto a las dos sentencias anteriores, sin embargo por otra, declara parcialmente inadmisibles el caso, precisamente en aquella parte que más luz hubiera arrojado sobre nuestro objeto de estudio actual, el derecho a contraer matrimonio. Los datos del caso B no difieren de los de los dos anteriores: un francés de sexo masculino adopta desde su infancia un comportamiento femenino. Consciente de su realidad, recibe un tratamiento de hormonoterapia femineizante e incluso una intervención quirúrgica que cambia su fisonomía. Con la intención de contraer matrimonio con el hombre con el que convivía, acude a los tribunales internos con el objeto de que se proceda

rúrgico a fin de adquirir las características físicas de los individuos del sexo opuesto. Ante tal situación, el TEDH no ha encontrado una línea común de pensamiento sino más bien disparidad en el marco europeo, lo cual le ha impedido poder afirmar que exista hoy por hoy en el Consejo de Europa una obligación de permitir el matrimonio de transexuales operados. En sus sentencias el TEDH ha justificado su fallo declarando que, en términos médicos, la persona transexual no adquiere todos los rasgos biológicos del sexo que pretende adquirir, por lo cual no se puede considerar en puridad que

a un cambio en su acta de nacimiento que reconozca su fisonomía actual. Pero el tribunal interno se niega a ello estimando que no existe certeza de que biológicamente esta persona sea una mujer. Elevado el caso ante el TEDH, éste parece temer hacer demasiado evidente un giro jurisprudencial. Por ello da una de cal y otra de arena: considera que ciertamente los avances médicos en materia de hormonas e implantes ha permitido con gran éxito a los transexuales adoptar una fisonomía más acorde con su sentir sexual. Sin embargo, el cambio en su aspecto físico en absoluto ha podido correr paralelo a un cambio cromosómico. En este sentido, el transexual operado sigue siendo portador de los cromosomas del sexo que rechaza. Pero dado que los cambios en la realidad social han de ser aceptados y reconocidos —y sin duda actualmente gozamos de un clima de mayor permisividad y aceptación social de estas situaciones— y dado que en estos casos existe una falta de consonancia entre el sexo aparente querido y el sexo cromosómico o biológico rechazado, la persona que sufre estos problemas tiene derecho a una rectificación por parte del Estado de todos sus documentos relativos a su estado civil que revelen su auténtica identidad sexual porque todo ello afecta a su vida familiar (punto 63).

Sin embargo, el TEDH considera no admisible el caso en cuanto al resto de motivos alegados, es decir, en todo lo que tenga que ver con un eventual pronunciamiento sobre su derecho o no a casarse una vez se haya rectificado todos los documentos que le identificaban como varón. Sin embargo nos encontramos con una sentencia polémica donde las haya. Un botón de muestra de ello lo encontramos en el propio tribunal a tenor del elevado número de opiniones divergentes consignadas y, sobre todo, de su disparidad: nos encontramos tanto con opiniones individuales que lamentan que el TEDH no haya llegado más lejos y haya entrado de lleno en el art. 12 CEDH como opiniones totalmente contrarias y más tradicionales que deploran que el TEDH haya osado exigir a Francia una rectificación en la documentación relativa al estado civil y al sexo de esta persona.

El último de los pronunciamientos judiciales sobre el tema se ha producido en la sentencia SHEFFIELD Y HORSHAM/REINO UNIDO de 30 de julio de 1998. En ella el TEDH declara que 12 años después de su primera sentencia sobre transexualidad, no se ha producido ningún avance científico en materia de cambio de sexo que le permita afirmar sin fisuras que el transexual que ha seguido una terapia hormonal y ha sido operado quirúrgicamente ha dejado de ser total y absolutamente del sexo del que reniega. Ni siquiera la nueva teoría de la existencia de un sexo cerebral permite afirmar sin ambages que esa persona es del sexo opuesto a aquél con el que nació. Por tanto, el TEDH sigue afirmando que entra dentro del margen de

nos encontremos con un matrimonio de dos personas de sexo opuesto, que es lo que exige el art. 12 CEDH para que dos personas puedan matrimoniar.

3.2. ¿Existe el derecho a la vida familiar de una pareja cuando uno de los miembros es transexual?

Una cosa es que una persona transexual no pueda contraer matrimonio con otra de su sexo anterior y otra diferente es si puede desarrollar una vida familiar con su pareja. A resolver la segunda duda se dedica este epígrafe.

El TEDH ha intentado diferenciar en el asunto XYZ/REINO UNIDO de 22 de abril de 1997 dos cuestiones distintas: si puede existir una familia y vida familiar entre transexuales, por un lado, y si existe obligación de un Estado de dar un reconocimiento jurídico especial a esa relación, por otro. A la primera pregunta, el TEDH ha contestado positivamente, mientras que a la segunda, no. El caso XYZ lo provocó la negativa de la autoridad británica a aceptar la inscripción de X como padre de Z en el Registro Civil siendo así que X era un transexual convertido del sexo femenino al sexo masculino mediante una operación quirúrgica y el cual convivía con una mujer (Y) que había quedado embarazada mediante una inseminación artificial de un donante anónimo. A lo largo del caso, la argumentación del TEDH denota una posición bastante flexible en la materia, aunque sin llegar a encontrar elementos de juicio por los que pueda considerar que un Estado parte en el CEDH tenga, en virtud del art. 8, ninguna obligación de aceptar la inscripción en el registro como padre de una persona que ni está enteramente claro que pertenezca de forma absoluta al sexo masculino, ni tampoco es biológicamente el progenitor. En este sentido, la conclusión consiste en que el art. 8 CEDH no implica una concepción unitaria para todos los Estados del tratamiento que deban recibir los transexuales, mucho menos en el plano de la filiación (punto 44). Sin embargo, el

apreciación de los Estados el decidir considerar el sexo de la persona desde el punto de vista únicamente biológico y, en consecuencia, impedirles contraer matrimonio desde el punto de vista del art.12 CEDH (punto 56).

TEDH entiende que la protección engloba no sólo a las familias fundadas sobre el matrimonio (punto 36), sino también a otras relaciones *de facto* en las que se comprueben datos como p. ej. una vida en común, un compromiso estable, una atención mutua, etc. (requisitos que concurren en este asunto). El TEDH, de forma bastante liberal, 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 impide darle su apellido a Z (punto 50). En este sentido, 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.

Así, el TEDH establece 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. No obstante, como afirma LIDDY, no queda claro si ese tipo de unión transexual puede recibir el reconocimiento de vida familiar cuando no exista un hijo de por medio²⁰.

A la hora de dar una respuesta concreta a esta pregunta, conviene combinar lo que ha establecido el TEDH en su sentencia al caso XYZ/REINO UNIDO de 22 de Abril de 1997 y lo que ha establecido en su sentencia al caso SHEFFIELD/REINO UNIDO de 30 de Julio de 1998 puesto que leyendo e interpretando ambos casos de manera paralela se comprende que el TEDH da una de cal y otra de arena y que finalmente se queda en un cauto punto intermedio. En efecto, así como en la sentencia XYZ el TEDH declara que nada impide a un transexual operado actuar como pareja de una persona de su sexo previo y ser reconocido como padre en el ámbito social (y por tanto desarrollar en el plano social una vida familiar aparentemente normal) sin embargo en la sentencia SHEFFIELD aclara que, en cualquier caso, el art. 12 CEDH se refiere al matri-

²⁰ LIDDY, Jane: “The Concept of Family Life under the ECHR”, en *European Human Rights Law Review*, 1990, pp. 15-25, p. 25.

monio tradicional entre personas de distinto sexo biológico porque su objetivo es sobre todo proteger el matrimonio como base de la familia (punto 66). Interesa resaltar especialmente esta expresión final “como base de la familia” ya que en ella el TEDH, consciente o inconscientemente, está dejando traslucir su opinión en el sentido de que las uniones de transexuales pueden socialmente funcionar y ser reconocidas como familia pero que lo que no podrán esperar es funcionar y ser reconocidas jurídicamente como familia, con todas las consecuencias legales que implica la existencia de una familia heterosexual.

3.3. La prohibición del divorcio no viola el derecho a contraer matrimonio

La sentencia JOHNSTON²¹ sirvió al TEDH para aclarar que la normativa irlandesa que rechaza el divorcio es perfectamente compatible con el CEDH. En ella ha tenido ocasión de indicar que la prohibición del divorcio no es contraria al art. 12 CEDH. Recordemos que la demanda fue presentada por un súbdito irlandés, ya que Irlanda es el único país europeo que prohíbe en su legislación el divorcio. Un varón en edad núbil y tras un matrimonio fracasado, alegó que Irlanda violaba su derecho a la vida privada y familiar y a contraer matrimonio por el hecho de impedirle un nuevo matrimonio con su novia actual. En su opinión, el derecho al divorcio se inferiría del propio tenor literal del art. 12 CEDH cuando proclama el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia. El TEDH entiende que para resolver el asunto ha de averiguar el sentido ordinario de los términos que se le plantean, en su contexto y a la vista de su finalidad. El TEDH, de acuerdo con la Comisión, reconoce que el sentido ordinario de las palabras “derecho a casarse” es claro: se refieren al nacimiento de las relaciones conyugales y no a su disolución. Además, están en un contexto que se remite expresamente a las “leyes nacionales”. Incluso si, como sostienen los demandantes, se puede considerar la prohibición del divorcio como una limitación de la capacidad de contraer matrimonio, en una so-

²¹ *Supra cit.*

ciudad en la que impera el principio de la monogamia no cabe que se califique dicha limitación como un ataque a la esencia del derecho garantizado en el art.12 CEDH. En cuanto al argumento de las partes en el sentido de que esta situación viola su derecho al respeto de su vida familiar, el TEDH tampoco está de acuerdo: la pareja, que convive desde hace quince años, constituye una familia a efectos del art. 8 CEDH y por consiguiente tiene derecho a su protección, aunque sus relaciones sean fuera del matrimonio: Irlanda no ha intentado impedirles o prohibirles que vivan juntos. Incluso existen políticas familiares en Irlanda para mejorar y regularizar la situación de las parejas de hecho. Pero de ello no se puede extraer la obligación positiva para Irlanda de permitir el divorcio en su legislación.

Para el TEDH, la lectura del art.12 CEDH demuestra que el derecho a casarse está redactado de tal forma que queda sujeto a lo que dispongan las leyes nacionales (punto 52). El TEDH prosigue aclarando que ni el CEDH ni ninguno de sus protocolos declara el derecho al divorcio. Tampoco considera que tal derecho se derive de una interpretación evolutiva del art.12 CEDH (punto 53). Por ello, concluye, los demandantes no pueden extraer un derecho al divorcio del derecho a contraer matrimonio del CEDH.

3.4. No se puede exigir a los Estados la indisolubilidad del vínculo matrimonial

La sentencia F condenó a Suiza por “castigar” a uno de sus ciudadanos a no poder contraer matrimonio durante varios años debido a que ya se había divorciado tres veces. El TEDH entendió que tal medida, adoptada de manera individual para el caso de esta persona y no como una medida de aplicación general para cualquier persona que se divorcie, era una interferencia intolerable del Estado en el derecho de F a contraer matrimonio. Aprovechando el razonamiento al que le daba pie el caso, el TEDH abundó en la materia aclarando que el matrimonio era un vínculo estable, que tenía una intención de permanencia en el tiempo, pero que no tenía porqué tener como característica la indisolubilidad en todos los Estados. Una

vez que un Estado admite el divorcio, no puede imponer sanciones civiles a los divorciados ²².

El TEDH está de acuerdo en su sentencia en que el fomento de la estabilidad del matrimonio es un fin loable, pero no está seguro de que ésta sea la forma más correcta de lograrlo (punto 36). Además, ve el posible riesgo en el que se coloca a la pareja que quiere contraer matrimonio y a la que se niega este derecho de traer al mundo a un hijo extramatrimonial, con la carga social negativa (que no jurídica) que ello aún implica. En consecuencia, el TEDH considera que si la misma legislación helvética permite el divorcio, las personas cuyo matrimonio ha sido disuelto tienen derecho a contraer matrimonio de nuevo sin que puedan ser sometidas a condiciones no razonables. Ésta sería la interpretación que el TEDH hace del art. 12 CEDH (punto 38). Pese a que ésta fue la opinión mayoritaria del TEDH, conviene también tener en cuenta la opinión disidente de un amplio número de miembros del tribunal que no compartieron el criterio mayoritario y así lo quisieron dejar claro. Para ellos, la medida helvética estaba justificada para proteger no sólo la institución del matrimonio, sino también a la futura esposa de una persona que, como F, había dado muestras de violar gravemente los más elementales derechos conyugales.

²² El asunto F/SUIZA de 18 de diciembre de 1987 nos ilustra sobre la opinión del TEDH en el sentido de que la estabilidad del matrimonio es un fin legítimo que forma parte del interés público. Empero, ello no puede llevar a un Estado cuya legislación no contempla la indisolubilidad del vínculo matrimonial a imponer una prohibición temporal a una persona antes de volver a casarse. El asunto fue elevado al TEDH por la Comisión ante la situación de F, un varón que tras tres matrimonios fracasados y a punto de contraer matrimonio con la que iba a ser su cuarta esposa, se encontró con la prohibición de las autoridades del cantón hasta que pasasen tres años desde su último divorcio. Con esta medida se pretendía, en opinión de la autoridad, proteger los derechos del futuro cónyuge de un divorciado. Sin embargo, la impresión que resulta es otra diferente: dar una lección al señor F en la forma de una sanción civil. No en vano, el propio gobierno helvético alega que con esta prohibición permite a la persona protegerse a sí mismo de cometer un posible cuarto error y por tanto reflexionar sobre su futuro (punto 37).

4. ALCANCE DEL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

Junto al derecho a contraer matrimonio, el art 12 CEDH se refiere al derecho de toda persona a fundar una familia. Aunque al derecho a fundar una familia ya se ha hecho alusión de modo indirecto en los epígrafes anteriores, El TEDH se ha referido a él expresamente en dos fallos sobre expulsión de extranjeros que han delinquido. De ellos se extrae la lección siguiente: se viola este derecho cuando se expulsa a un extranjero integrado, que está casado y tiene un hijo en el país de acogida desde antes que se adoptara la medida de expulsión.

Por lo tanto, nos concentraremos en esos dos casos cuya contraposición resulta esclarecedora. Se trata de los casos MEHEMI/FRANCIA de 26 de septiembre de 1997 y BOULCHELKIA/FRANCIA de 27 de enero del mismo año. Los datos que provocaron el primero son ya conocidos por su similitud con los asuntos ya estudiados: un argelino que vive en Francia desde su más tierna infancia; sus padres y hermanos residen igualmente en territorio francés aunque ya no conviven todos juntos; 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 tal medida afectaría a su vida familiar, tanto respecto a sus padres y hermanos 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.

En cuanto al segundo caso, su resultado difiere de éste precisamente porque el momento en el que el Sr. BOULCHELKIA fundó su propia familia en Francia es posterior al momento en el que recibió la orden de expulsión, por lo que él ya sabía a qué se atenía al casarse y tener un hijo estando en espera de la misma. Aquí también nos encontramos con un argelino mayor de edad que convivió con sus padres y hermanos en París, que comenzó a delinquir y que tras

los pertinentes procesos penales fue condenado a diversas penas. Debido a su reincidencia, se dictó contra él la pertinente orden de expulsión. Años más tarde y cuando aún no se había ejecutado la orden de expulsión (por haber sido recurrida) tiene una hija y se casa con la madre de la criatura. Una vez ejecutada la orden, BOULCHELKIA no entiende cómo ésta se le ha podido aplicar teniendo en cuenta que ello afecta al normal desarrollo de su vida familiar. Sin embargo, el TEDH defiende que la medida no es desproporcionada y además, su justificación ha de analizarse teniendo en cuenta solo los datos que obraban en poder de las autoridades en el momento en el que se decidió esa medida, no los cambios en las circunstancias familiares que se hayan podido producir posteriormente.

5. LAS UNIONES DE HOMOSEXUALES Y LA VIDA FAMILIAR

Al TEDH se le ha ofrecido también la posibilidad de dictaminar sobre los derechos de los homosexuales. Sin embargo, así como los casos que han sido admitidos ante el TEDH sobre transexuales afectaban más a la posible vida familiar de éstos (la posibilidad o no de casarse, de fundar una familia, de transmitir el apellido a los hijos de su pareja, etc.), sin embargo no ocurre lo mismo con los casos sobre homosexuales. En casi todos el derecho contra el que supuestamente se atentaba era el derecho al respeto de su vida privada. En este apartado únicamente se analizarán las consecuencias que se extraen en relación con el derecho a la vida familiar (y no a la vida privada) de la única sentencia que se refiere a dicho extremo. Se trata de la sentencia al caso SALGUEIRO DA SILVA MOUTA/PORTUGAL de 21 de diciembre de 1999. Los antecedentes del caso son los siguientes: C y L son dos ciudadanos portugueses que contrajeron matrimonio. Fruto de esa relación, nació una hija. La esposa, C, decidió divorciarse. Los padres llegaron a un acuerdo amistoso durante el proceso por el que la custodia de la niña la mantendría C pero con un derecho de visita para el padre, L. Empero, la madre nunca respetó el derecho de visitas. Además, entregó a su hija a sus abuelos maternos para que se hicieran cargo de

su crianza y cuidado. Ante tal situación el padre, que había comenzado a convivir con otro varón, reclamó la custodia de la hija alegando que estaba en mejores condiciones para proporcionar un hogar estable a la pequeña, tanto en términos económicos como en términos de cuidado, tiempo de atención a la niña y alojamiento de la misma.

Con el fin de abortar la acción de reclamación de custodia de la hija, la madre acusó a C de haber abusado sexualmente de la menor. Tras los exámenes psicológicos y físicos pertinentes, quedó probado que la acusación era falsa y que había sido utilizada por C como arma arrojadiza contra su exmarido por el hecho de que éste ahora conviviera con una persona de su mismo sexo. Los exámenes psicológicos sirvieron para demostrar que la niña no presentaba ningún tipo de anormalidad relacionado con su propia identidad sexual, ni con la de sus padres.

En consecuencia, en primera instancia, los tribunales portugueses dieron la razón al demandante, al cual otorgaron la custodia de la hija. Sin embargo, llegado el caso a un tribunal superior en apelación, la custodia le fue retirada y devuelta a la madre. Estimando L que se le había retirado la custodia por razón de su orientación sexual y descontento por el hecho de que, nuevamente, su hija vivía con sus abuelos en lugar de con su madre, presentó en 1996 la correspondiente demanda ante las instancias de Estrasburgo.

El TEDH comprendió que el litigio afectaba al derecho a la vida familiar del demandante (ya que ésta siempre queda afectada en casos de divorcio con hijos, según su punto 2) así como al derecho a la igualdad de trato sin distinción por razón de sexo (punto 23). Esto es, al art. 8 en combinación con el art. 14 CEDH. En primer lugar, el TEDH constató que el tribunal de apelación de Lisboa había retirado la custodia al padre y se la había devuelto a la madre esgrimiendo como único argumento la homosexualidad del padre y su convivencia continuada con otro hombre. Por tanto, se trataba de una decisión basada únicamente en el sexo (punto 27). Aunque el tribunal había dictado dicha sentencia pensando en el bienestar de la menor —y en esa medida era una decisión que perseguía un fin legítimo, puesto que la ley portuguesa suele dar pre-

ferencia a la madre en procesos por custodia de hijos— sin embargo no era en absoluto una medida razonable y proporcionada, ya que en ella pesó la homosexualidad paterna de modo determinante (punto 35).

En efecto, el fallo judicial del tribunal de apelación declaraba expresamente que la niña debía vivir en el seno de una familia tradicional portuguesa. Asimismo, se afirmaba en ella que los miembros del tribunal carecían de datos suficientes para saber si la homosexualidad era o no una enfermedad o una anormalidad. En cualquier caso, no sería saludable que la niña creciera en un ambiente de estas características (punto 34). Visto el texto de la sentencia nacional, al TEDH no le cupo ninguna duda de que efectivamente había existido violación del art. 8 CEDH tomado en combinación con el art. 14 CEDH en la medida en que el fallo judicial portugués discriminaba al padre en sus derechos y no era proporcionado ni razonable.

Aunque es cierto que con un único precedente judicial sobre la vida familiar de los homosexuales no se puede establecer una teoría sobre la materia, la conclusión principal que merece ser extraída de este fallo (sin pretensión de generalizarla a futuros pronunciamientos del TEDH) consiste en que el órgano judicial habla en todo momento de la violación del derecho a la vida familiar del padre con respecto a su hija. En todo momento elude referirse a la posible vida familiar que se pueda haber generado entre el padre, su pareja homosexual y la hija del primero. El TEDH no se está refiriendo a una supuesta unión de hecho de carácter homosexual y su derecho o no a criar a la hija de uno de ambos. Únicamente alude a la familia que forman un padre y una hija y sobre si el interés superior del menor justifica apartar a la niña del hogar en el que vive su padre en compañía de su compañero sentimental. Podría decirse que el TEDH prefirió no pronunciarse sobre un tema polémico, que genera sentimientos y posiciones contradictorios enconados pero sobre el que, sin duda, se le presentarán más casos en el futuro como es el de las uniones de hecho homosexuales.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

En las páginas precedentes hemos tratado de compendiar las principales notas que caracterizan la opinión jurídica que merecen las parejas de hecho al tribunal europeo más comprometido con los derechos fundamentales, el TEDH. Se trata de una jurisprudencia cuyo objetivo, tanto en este tema como en cualquier otro del que se ocupe el tribunal, no es proteger a las uniones de hecho *per se*, sino porque sus miembros son personas físicas titulares de los derechos contenidos en el CEDH y sus protocolos adicionales. En este sentido, los derechos incluidos en el CEDH que de manera más clara pueden quedar afectados por la legislación o las prácticas estatales en materia de parejas de hecho son el derecho a la vida familiar y la inviolabilidad del domicilio (art. 8), el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (art. 12) y el derecho a no ser discriminado con respecto a otras personas o colectivos, p. ej., las parejas casadas (art. 14).

Merece ser destacado el dato siguiente: siendo así que el TEDH no intenta proteger las uniones de hecho como tales y que la protección de las mismas se realiza de modo indirecto en tanto en cuanto desarrollen una vida familiar, sin embargo la jurisprudencia del TEDH resulta bastante abundante en la materia. La razón de ello no es otra que la constatación del aumento de casos, también en Europa, de modelos de familia no tradicionales cuya situación, en ocasiones, es de discriminación con respecto al modelo de familia basada en el matrimonio.

Las notas que hoy por hoy merecen ser resumidas y destacadas sobre la labor jurisprudencial de protección de la familia llevada a cabo por el TEDH y que guardan una especial relación con la temática de las uniones de hecho, son:

- 1) El CEDH no protege a las uniones de hecho en cuanto tales sino a las uniones de hecho en tanto que generadoras de vida familiar, sólo aquellas en las que se produzca vida familiar, es decir, las uniones de hecho que constituyan una familia. La unión de hecho en cuanto tal no es un valor que merezca el interés del CEDH ni de sus protocolos adicionales.

- 2) El TEDH, órgano judicial e intérprete autorizado del CEDH, ha emitido una interesante aunque no excesivamente amplia jurisprudencia en materia de uniones de hecho.
- 3) Este tribunal considera especialmente relevante para la estimación y prueba de vida familiar la existencia de hijos comunes de la pareja de hecho.
- 4) Asimismo, el TEDH considera que la vida familiar es sobre todo una cuestión de hecho, de realidad y demostración práctica de lazos estrechos más que de datos jurídicos. Esta afirmación sin duda favorece las posiciones de las uniones de hecho.
- 5) La flexibilidad de este órgano llega a tal punto que entiende que puede existir vida familiar entre un padre/madre y su hijo sin que sea necesaria la convivencia. Esta jurisprudencia beneficia especialmente a aquellos padres divorciados, separados o padres naturales que no convivan con su hijo.
- 6) En relación con la posibilidad de que los transexuales puedan desarrollar vida familiar, el TEDH ha distinguido dos cuestiones:
 - a) la posibilidad de que puedan contraer matrimonio, que le es negada por el CEDH y, por tanto, también por el TEDH al no estar este supuesto contemplado en el art. 12 CEDH, que alude expresamente a la unión de un hombre y una mujer, y
 - b) la posibilidad de que puedan gozar de vida de tipo familiar, cuestión sobre la que el TEDH, a su vez, distingue dos aspectos: la apariencia social de familia y las consecuencias jurídicas de la existencia de familia. Sobre lo primero, el TEDH indica que nada impide a una pareja (uno de cuyos miembros sea un transexual operado) funcionar y ser aceptados en el ámbito social como familia. Sobre lo segundo, el TEDH indica que lo que la pareja transexual no po-

drá pretender es que de esa apariencia social se colijan consecuencias jurídicas (adopción, matrimonio, o incluso exigencia de cambio de datos personales en documentación oficial).

- 7) El TEDH ha eludido pronunciarse sobre las uniones de hecho homosexuales en las que dos varones o dos mujeres conviven como pareja. En cambio, como vemos, sí se ha pronunciado sobre las uniones de hecho de transexuales operados. La razón de la diferenciación del TEDH entre estos dos colectivos radica en que en el primer caso no existe una apariencia de pareja heterosexual, mientras que en el segundo, tras el correspondiente tratamiento hormonal y quirúrgico, sí la hay.
- 8) Cuando el TEDH no condena a un Estado ello no significa que los jueces del TEDH comulguen o compartan la legislación o la manera de proceder de ese Estado. La condena o no condena de un Estado demuestra si los jueces del tribunal han localizado o no elementos que permitan determinar la inadecuación de esa legislación o de esa manera de proceder estatal con el contenido del CEDH.
- 9) Sin embargo, las disposiciones del CEDH son amplias en su tenor y permiten al Estado lo que se conoce como “un margen de apreciación”. Con esta expresión, el TEDH da a entender que tiene en cuenta y respeta las diferencias en legislación que existen en los países de Europa en cualquier materia. La legislación de los Estados del CEDH no es monolítica ni uniforme. Tampoco en derecho de familia. Por el contrario es variada, plural, variopinta. El TEDH respeta esa riqueza siempre y cuando el Estado, en su margen de apreciación, no acabe violando el CEDH.
- 10) También en materia de uniones de hecho el TEDH aplica la teoría del margen de apreciación de los Estados. En otra palabras: el TEDH intenta respetar la legislación y la actuación estatal a menos que quede demostrado que se está conculcando con ello alguno de los artículos del CEDH. De ahí la heterogeneidad que se sigue percibiendo en la

normativa de los Estados europeos en relación con la problemática de las uniones de hecho. Una heterogeneidad que el TEDH no ataca puesto que el convenio aplicado por el tribunal es sólo de mínimos.

- 11) Sin embargo, el CEDH es al mismo tiempo un instrumento vivo, en constante evolución. La interpretación de sus cláusulas se debe realizar adaptándola a cada momento histórico. No en vano, la concepción de los derechos fundamentales y también del derecho de familia ha variado desde que el tribunal fue creado en los años cincuenta. No tendría sentido que el TEDH no reflejara en su jurisprudencia los cambios sociales acaecidos desde entonces. En este sentido, el tribunal está abierto a los cambios y transformaciones que se producen en la persona humana, en la sociedad, en la familia. Con mayor o menor dificultad, se va adaptado a la realidad social que es evolutiva y que cada vez con más frecuencia nos presenta nuevas situaciones. La aceptación de la separación, del divorcio, de las uniones *de facto*, la tolerancia hacia nuevas formas de familias —p. ej., las formadas por transexuales que conviven con niños— y la protección de las familias monoparentales son signos, lo queramos o no, de los nuevos tiempos y el TEDH se hace eco de estas realidades. Todo ello testimonia que el TEDH es sensible a los nuevos fenómenos que envuelven a la familia y no queda anclado en el pasado defendiendo a capa y espada la familia tradicional con exclusión de las demás. Así, su acercamiento al fenómeno de la familia se puede tildar de poco conservador. Junto a la defensa clara y decidida de la familia tradicional, va aceptando y haciendo suya paulatinamente la defensa de otro tipo de familia menos convencional. Ello no implica que acepte sin más cualquier situación nueva, sino que esas situaciones nuevas serán estudiadas pormenorizadamente y se juzgará la pertinencia y bondad de su protección. En este sentido, la reticencia de los Estados puede hacer que cierta situación sea tratada de modo diferente en cada uno de los Estados parte.

En general, nos encontramos con un tribunal que, en general, muestra un talante bastante liberal y tolerante y, en particular, en el tema de las uniones de hecho, se sitúa en un cauto punto intermedio.

Enero de 2002.

LOS LÍMITES DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS UNIONES DE HECHO

Por

JOSÉ M.^a MIRA DE ORDUNA GIL

I. INTRODUCCIÓN

Permitáseme empezar con unas referencias imprescindibles sobre el matrimonio. Considero que ello es necesario dado que el matrimonio y sus efectos legales son el marco de referencia legal para definir las uniones de hecho y sus efectos, tanto por grupos de presión, como por alguna doctrina, legisladores¹ o, incluso, por el propio Tribunal Constitucional, como veremos.

El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes, legítimamente manifestado, entre personas jurídicamente hábiles. Esta definición, tomada del c. 1057 §1 CIC, refleja perfectamente los tres pilares del matrimonio: el acto de la voluntad² que concierne

¹ La Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regula las uniones de hecho. DOCVI nº 3978, de 11 de abril, pp. 7871-74 (en adelante, Ley valenciana), aunque afirma en el preámbulo que matrimonio y uniones de hecho son dos instituciones distintas, manifiesta que su regulación legal por parte del gobierno de España supondrá la extensión de la regulación matrimonial a estas uniones.

² El objeto de este acto de la voluntad está descrito en el c. 1057 §2 CIC, entregarla mutuamente en dote irrevocable para constituir el matrimonio, esto es, un "consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole" (c. 1055 CIC).