



**LA PROTECCIÓN DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES
FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN EN LA EVOLUCIÓN DE
LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO:
PASADO, PRESENTE Y UNAS PREVISIONES PARA EL
FUTURO**

Resumen

El artículo pretende presentar, en ocasión del sesenta aniversario de la puesta en marcha del TEDH, un atento estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de protección de las personas y de las parejas homosexuales frente a la discriminación por orientación sexual, proporcionando algunas consideraciones críticas sobre la aplicación del art. 14 CEDH en este ámbito y sobre los posibles escenarios futuros. El propósito de la investigación es comprobar las efectivas aportaciones del TEDH en la configuración de un espacio europeo de protección de los derechos y, en particular, si, después de varias décadas, el Consejo de Europa ha realmente creado las bases para una concreta y sustancial igualdad entre personas y parejas heterosexuales y homosexuales.

Palabras clave: *Homosexualidad – Derecho al respeto de la vida privada y familiar – Prohibición de discriminación por orientación sexual – Familia – Matrimonio homosexual*

“The protection of homosexual couples against discrimination in the evolution of the European Court's jurisprudence: past, present and a few forecasts for the future”

Abstract

The aim of the article is to present, on the occasion of the 60th anniversary of the ECtHR, an attentive study of the jurisprudence of the Court of Strasbourg on the protection of homosexual persons and couples against discrimination based on sexual orientation, providing some critical considerations on the application of art. 14 ECHR in this area and on possible future scenarios. The purpose of the research is to verify the effective contributions of the ECtHR in shaping a European area of protection of rights and, in particular, if, after several decades, the Council of Europe has really created the basis for a concrete and substantial equality between heterosexual and homosexual persons and couples.

Key words: *Homosexuality - Right to respect for private and family life - Prohibition of discrimination based on sexual orientation - Family - Homosexual marriage*

SUMARIO¹: [I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.](#) [II. LA PROTECCIÓN DE LAS “PERSONAS” HOMOSEXUALES FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN.](#) [1. Discriminación y despenalización de las conductas homosexuales.](#) [2. Discriminación y participación de las personas homosexuales en las Fuerzas Armadas.](#) [3. Discriminación y vivienda.](#) [4. Discriminación en las relaciones paterno-filiares y en la adopción.](#) [4. Discriminación en las relaciones paterno-filiares y en la adopción.](#) [III. LA PROTECCIÓN DE LAS “PAREJAS” HOMOSEXUALES FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN: UNA PRIMERA FASE.](#) [IV. LA SEGUNDA FASE DE PROTECCIÓN DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN.](#) [V. UNA MIRADA AL FUTURO: UNAS PREVISIONES RESPECTO DE LA FUTURA DOCTRINA DEL TEDH EN MATERIA DE ACCESO DE LAS PAREJAS SAME-SEX A LAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA.](#) [VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: ¿RECONOCIMIENTO O IGUALDAD?.](#) [JURISPRUDENCIA CITADA.](#) [BIBLIOGRAFÍA.](#)

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La orientación sexual forma parte, sin lugar a dudas, de aquellas características personales que nos representan y que, por formar parte de una esfera absolutamente íntima y personalísima, no pueden ser utilizadas como fundamento de un trato diferenciado discriminatorio respecto de otros sujetos. Se trata de una afirmación, esta, sobre la que la mayoría, si no la totalidad, de los juristas del continente europeo, de las Américas y de Australia² están perfectamente de acuerdo.

No obstante esta convicción generalizada, el colectivo homosexual ha sido discriminado duramente mucho tiempo, hasta momentos históricos verdaderamente recientes. Es suficiente recordar que también las personas homosexuales formaban parte del plan de exterminio nazi-fascista perpetrado durante la segunda guerra mundial. Progresivamente, a partir de la conclusión de dicho conflicto bélico y gracias a los paulatinos progresos en materia de protección de los derechos, el colectivo LGBTI ha sido destinatario de numerosas intervenciones estatales e internacionales directas a la tutela de sus derechos e intereses.

El Consejo de Europa y en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) representan algunas de las instituciones que más han contribuido a

* El presente trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto “The constitutional bases of Europe: building a «common European constitutional culture»”, Erasmus+ Programme – Jean Monnet Activities, 599490-EPP-1-2018-1-ES-EPPJMO-PROJECT.

² Se han especificado estas tres áreas geográficas porque, como es notorio, tanto en el continente africano como en el asiático, muchos países siguen aplicando legislaciones que prohíben las relaciones afectivas o sexuales entre personas del mismo sexo. Véanse, a este respecto, VITUCCI, M. C., “La tutela dell’orientamento sessuale. Dall’incriminazione delle condotte omosessuali all’emersione del diritto a non essere discriminati”, *Rivista AIC*, n. 4, 2012, pp. 1-29.

la realización de este propósito³. Sin embargo, no ha pasado desapercibida la ausencia, entre las causas de prohibición de discriminación incluidas expresamente en el art. 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH, en adelante), de la orientación sexual. La falta de una previsión convencional, como se dejará de manifiesto más adelante, ha sido suplida por las intervenciones del Tribunal de Estrasburgo que, gracias a la cláusula de cierre contenida en el art. 14 CEDH⁴, ha añadido a través de su jurisprudencia la orientación sexual entre las prohibiciones de discriminación.

El objetivo de este trabajo es presentar, en ocasión del sesenta aniversario de la puesta en marcha del TEDH, un estudio lo más exhaustivo posible relativo a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de protección de las personas y de las parejas homosexuales frente a la discriminación por orientación sexual, proporcionando algunas consideraciones críticas sobre la aplicación del art. 14 CEDH en este ámbito y sobre los eventuales escenarios futuros. El propósito de la investigación es comprobar las efectivas aportaciones del TEDH en la configuración de un espacio europeo de protección de los derechos y, en particular, si después de tantas décadas el Consejo de Europa ha creado realmente las bases para una concreta y sustancial igualdad entre personas y parejas heterosexuales y homosexuales, o si, por el contrario, las intervenciones de los jueces de Estrasburgo han conseguido resolver solo situaciones específicas, proporcionando protección al colectivo homosexual sin llegar a equipararlo al heterosexual.

Como es notorio, el Tribunal Europeo, de la misma forma que las demás jurisdicciones nacionales y supranacionales, no actúa de oficio, sino que resuelve los casos que lleguen a su atención a través de recursos individuales y que contienen la denuncia de una (o más) violación concreta de un derecho reconocido por el Convenio.

³ Entre otros: SPERTI, A., *Omosessualità e diritti*, Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 15 y ss. Sobre esta problemática, véase también: TORRES PÉREZ, A. “El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de derechos Humanos y la Unión Europea”, disponible en https://www.academia.edu/8975101/El_matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_a_la_luz_del_Convenio_Europeo_de_derechos_Humanos_y_la_Uni%C3%B3n_Europea, 2012, pp. 1-18.

⁴ En efecto, el art. 14 CEDH afirma, después de enumerar sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento entre las causas de prohibición de discriminación, que: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por [...] cualquier otra situación”. También el artículo 1 del Protocolo n. 12 al Convenio reconoce una prohibición general de discriminación, pero con algunos matices que la diferencian del contenido del art. 14 CEDH; a este respecto: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf, pp. 6-10.

La intervención del Tribunal de Estrasburgo y, consecuentemente, su rol en la construcción de un estándar de protección de las personas homosexuales frente a la discriminación, puede por lo tanto resultar “sectorial” y limitada solo a determinados aspectos concretos. Afortunadamente, siendo el TEDH uno de los órganos encargados de la interpretación de los artículos del CEDH (actuando, en esto, de una forma muy similar a las Cortes constitucionales nacionales respecto de sus Cartas constitucionales), en sus decisiones no se limita a la resolución del caso concreto, sino que proporciona claves de lectura que enriquecen de contenidos las normas del Convenio reconocedoras de derechos. Esos nuevos contenidos orientarán, so pena una futura condena por parte del Tribunal de Estrasburgo, las actuaciones de los Poderes Públicos de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Las decisiones del Tribunal Europeo (y, anteriormente, de la Comisión) relevantes para el tema tratado en estas páginas son numerosísimas y con contenidos muy heterogéneos, por las razones ahora aludidas. Ha sido, entonces, necesario elegir atentamente un método de clasificación de los casos que permitiese presentar de una forma ordenada y coherente la vasta jurisprudencia examinada, para luego dejar paso a unas cuantas consideraciones conclusivas sobre el rol del TEDH en la protección antidiscriminatoria de las personas y parejas homosexuales.

En primer lugar, es oportuno precisar que algunas problemáticas más o menos conexas con el tema principal del artículo no han sido objeto de esta investigación: me refiero, por ejemplo, al ámbito específico de la prohibición del ejercicio de determinados derechos colectivos (como el derecho de manifestación) por tener como finalidad visibilizar y apoyar las orientaciones sexuales minoritarias; a todas las intervenciones jurisprudenciales frente a los actos o expresiones homofóbicos; a los casos que tienen que ver con los derechos de las parejas compuestas por persona/s transexual/es; etc..

En cuanto al método de clasificación de la jurisprudencia del TEDH en materia de discriminación por orientación sexual, a lo largo de la investigación ha quedado muy claro que existen dos grandes filones jurisprudenciales separados, casi paralelos, que se entrelazan solo en contadas ocasiones: de un lado, la jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a la protección de la “persona” homosexual, cuyo *tertium comparationis* es, por lo tanto, la “persona” heterosexual en las mismas condiciones; de otro, la doctrina de la Corte de Estrasburgo respecto de la tutela de la “pareja”

homosexual, a saber, de la familia compuesta, en su núcleo, por dos personas del mismo sexo unidas por un vínculo afectivo. En este segundo caso, el nivel de protección otorgado por el TEDH dependerá del *tertium comparationis* con el que la pareja *same-sex* desee compararse, esto es, si la supuesta vulneración denunciada ante el Tribunal deriva de haber comparado su situación con aquella de las parejas heterosexuales casadas o no casadas. Esta diferenciación supone, en mi modesta opinión y como se explicará a lo largo de este artículo, un importante residuo discriminatorio respecto del colectivo gay.

En los casos en los que estas dos líneas de clasificación hayan podido entrelazarse o confundirse, la elección sobre si colocar el caso entre la jurisprudencia del primer bloque o del segundo descende directamente de los fallos del Tribunal de Estrasburgo. En efecto, el caso será examinado entre las sentencias relativas a la discriminación de las “personas” homosexuales si el TEDH ha decidido que se trataba de una violación (o una falta de violación) de la vida privada del recurrente; entre aquella sobre discriminación de “parejas” homosexuales si el derecho supuestamente o concretamente vulnerado es el derecho a la vida familiar⁵.

Teniendo en cuenta lo dicho, la primera parte de este trabajo se dedicará al examen de la evolución de la protección antidiscriminatoria de las personas homosexuales, operando, para facilitar el estudio ordenado de los casos, una división de la jurisprudencia por grandes temáticas. A continuación, la indagación se centrará en la protección de las parejas homosexuales y en su progresivo reconocimiento como familia, procediendo, en este caso, con un análisis de los supuestos en sentido cronológico. El artículo se compone de una última parte que contiene unas previsiones sobre la futura jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y que tiene como punto de partida un caso resuelto por la Corte constitucional italiana sobre la prohibición, para las parejas homosexuales, del acceso a las técnicas de procreación asistida, que con toda probabilidad llegará pronto ante el TEDH.

⁵ Ambos derechos, como es sabido, están reconocidos en el art. 8 CEDH.

II. LA PROTECCIÓN DE LAS “PERSONAS” HOMOSEXUALES FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

Como se ha apuntado en la introducción, las decisiones del Tribunal Europeo sobre la protección de las personas, y posteriormente, de las parejas homosexuales son muy numerosas. Si bien el punto de inflexión en el ámbito del Consejo de Europa en materia de tutela antidiscriminatoria de estos sujetos no llegó hasta que la Comisión adoptara el informe *Sutherland c. Reino Unido* en 1997⁶, el TEDH proporcionó sus primeras aportaciones para la construcción de un estándar de protección de los derechos de los homosexuales ya a principios de los años 80.

1. Discriminación y despenalización de las conductas homosexuales

Como es sabido, las conductas homosexuales han sido castigadas por mucho tiempo en Europa (y siguen siéndolo en algunos países de otros continentes⁷) a través de la legislación penal nacional. Es solo a partir del caso *Dudgeon c. Reino Unido* en 1981⁸ que el Tribunal Europeo de DH pudo afirmar la incompatibilidad de estas regulaciones con los contenidos del Convenio Europeo, en particular con el respeto del derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH. El caso trae origen de la perquisición del domicilio del Sr. Dudgeon en Belfast en el marco de una investigación por tráfico de drogas, en la que la policía confiscó un diario personal de Dudgeon en el cual se hacía referencia a sus relaciones sexuales con otros hombres. La legislación de Irlanda del Norte penalizaba las relaciones sexuales consensuales entre hombres adultos en una legislación de 1861, tanto en lugares públicos como en privado. Ante la denuncia de la policía por “sodomía” e “indecencia grave”, la jurisdicción ordinaria asumió que la normativa ahora citada no tenía aplicación, dado que la cuestión no tenía relevancia respecto del interés general. Pese a la falta de condena, el Tribunal Europeo admitió la demanda del Sr. Dudgeon que consideraba violado su derecho a la vida privada en razón de la intromisión injustificada de la policía (y, por tanto, del Estado) durante el control en su domicilio y el interrogatorio. El órgano europeo declaró que había habido

⁶ Informe adoptado por la Comisión Europea de Derechos Humanos el 1 de julio de 1997, asunto *Sutherland c. Reino Unido* (n. 25186/94).

⁷ Sobre el particular puede verse, entre otros: VITUCCI, M. C., “La tutela dell’orientamento sessuale... cit.”, pp. 1-29.

⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 22 de octubre de 1981, asunto *Dudgeon c. Reino Unido*.

efectivamente una vulneración del art. 8 CEDH en la parte en la que reconoce el derecho al respeto de la vida privada, siendo la orientación sexual un elemento íntimo y personalísimo, en razón de la existencia de una “prohibición injustificada de relaciones sexuales entre adultos de por lo menos 21 años en lugares privados y con consentimiento de las dos partes”⁹. El TEDH afirmó que, aunque una parte importante de la opinión pública siguiera en contra de una reforma de esta normativa, dicha legislación tenía que considerarse desproporcionada respecto al objetivo pretendido (proteger la moral). Se hace referencia, asimismo, al “nuevo clima de tolerancia en Europa que ha llevado a la progresiva abrogación de las normas penales que castigan los actos homosexuales”¹⁰. No obstante, precisa el TEDH, tendrá que considerarse contrario al Convenio solo la penalización general de cualquier conducta homosexual que se lleve a cabo en lugares privados y que, además, “«despenalizar» la homosexualidad no significa aprobar moralmente dichas prácticas, sino únicamente «eliminar los aspectos injustificables de la legislación penal»”¹¹.

A pesar de estas últimas afirmaciones, con las cuales parece que el Tribunal quisiera evitar pronunciar juicios de valores sobre la homosexualidad, el caso *Dudgeon* de 1981 empujó a los Estados europeos a revisar paulatinamente sus legislaciones, hasta la completa eliminación de la represión penal de las conductas homosexuales en todo el entorno europeo a finales de los años 90.

Este proceso fue acompañado por otras decisiones del Tribunal Europeo que confirmaron las afirmaciones contenidas en el asunto *Dudgeon*. En la decisión *Norris c. Irlanda* de 1988¹², en efecto, la Corte de Estrasburgo reiteró que las leyes penales que sancionan las conductas homosexuales entre adultos que hayan expresado su consentimiento vulnera el derecho al respeto de la vida privada *ex art. 8 CEDH*.

En la decisión de 1993 sobre el caso *Modison c. Chipre*, el Tribunal Europeo volvió a condenar el Estado por no haber derogado la normativa del Código penal que

⁹ BORRILLO, D., “De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 11/2011 (Segunda Época), p. 5.

¹⁰ FRULLI, M., “Corte europea dei diritti umani e tutela dell’orientamento sessuale”, Centro di Studi europei, <http://www.centrostudieuropei.it/jeanmonnet/wp-content/uploads/2016/02/Lezione-FRULLI-maggio-2016.pdf>, 2016, p. 14.

¹¹ BORRILLO, D., “De la penalización... cit.”, p. 5.

¹² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 26 de octubre de 1988, asunto *Norris c. Irlanda*.

prohibía la homosexualidad¹³, que fue derogada solo en 1998; idéntica doctrina fue aplicada para resolver el caso *A.D.T. c. Reino Unido* de 2000¹⁴.

En todos estos casos, los recurrentes habían planteado también la violación del art. 14 CEDH, a saber, del principio de igualdad y no discriminación respecto de los derechos y facultades de las personas heterosexuales. Sin embargo, el TEDH se centró en el análisis de la violación del art. 8 CEDH y, una vez declarada su existencia, no entró a valorar la supuesta vulneración del art. 14 CEDH.

La primera ocasión en la que el Tribunal Europeo se pronunció a favor de la prohibición de discriminación fue, como se ha mencionado, en el Informe *Sutherland* de 1997. Se trataba de decidir si era legítimo y justificado mantener una diferencia de edad para el consentimiento a las relaciones sexuales en el Reino Unido entre heterosexuales y homosexuales. En efecto, la ley establecía los 18 años para las relaciones entre hombres y de 16 años para las relaciones heterosexuales y lesbianas. El órgano europeo estableció que esa diferencia de edad de consentimiento constituye una violación del art. 8 CEDH combinado con el art. 14 CEDH, incluyendo por tanto la orientación sexual entre las otras causas de prohibición de discriminación, gracias a la cláusula de cierre del art. 14 CEDH que afirma que “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por [...] cualquier otra situación”. La Comisión consideró que las motivaciones que el Reino Unido aducían como fundamento de la necesidad de mantener esa diferencia de edad no eran suficientes para legitimar una diferencia de trato basada en la orientación sexual¹⁵.

El Tribunal Europeo incorporó estas afirmaciones en su jurisprudencia en 2003, con la sentencia sobre el asunto *L. y V. c. Austria*¹⁶, declarando que la legislación penal austriaca que condenaba los actos sexuales de un hombre con un adolescente de sexo masculino de entre 14 y 18 años y no hiciera lo mismo con los actos heterosexuales ni homosexuales con mujeres de esas edades, vulneraba el derecho a ser discriminados *ex art. 14 CEDH* en relación con el derecho a la vida privada del art. 8 CEDH.

¹³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 22 de abril de 1993, asunto *Modison c. Chipre*.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 31 de octubre de 2000, asunto *A.D.T. c. Reino Unido*.

¹⁵ Las autoridades del Reino Unido afirmaban que la diferencia de trato tenía como objetivo proteger a los adolescentes entre 16 y 18 años y que la sociedad tenía derecho a expresar su desaprobación respecto de las relaciones homosexuales.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2003, asunto *L. y V. c. Austria*.

2. Discriminación y participación de las personas homosexuales en las Fuerzas Armadas

Otra temática de interés en el tema de la discriminación por orientación sexual es la que concierne a las respuestas del TEDH a los casos de expulsión o inadmisión de personas homosexuales de las Fuerzas Armadas.

En 1994 el Reino Unido prohibió, a través de una directiva ministerial, a los *gays* formar parte del ejército en razón de una supuesta incompatibilidad de estas personas con el servicio militar. Algunos individuos plantearon recursos ante la Corte de Estrasburgo, que reconoció la violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar de los recurrentes en dos resoluciones de 1999, *Smith y Grady c. Reino Unido* y *Lusting-Prean y Breckett c. Reino Unido*¹⁷. También en estos casos, el Tribunal Europeo decidió no entrar a valorar la posible afectación del derecho a no ser discriminados en razón de la orientación sexual y se limitó a constatar la violación del art. 8 CEDH en la parte en la que protege la vida privada. En efecto, opina el Tribunal, si es verdad que el Estado tiene un cierto margen de apreciación¹⁸ a la hora de limitar el derecho a la privacidad en la predisposición de sus fuerzas armadas, el Reino Unido no había dado suficientes razones para que la presencia de personas homosexuales perjudicase a la eficacia o a la moral del ejército. La orientación sexual forma parte de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona, amparado *ex art. 8 CEDH*; por lo tanto, para que el Estado pueda entrometerse en un ámbito tan privado es necesario que se demuestren razones muy fundadas, que no se dan en estos casos. Dicha intromisión tendrá que considerarse, finalmente, no necesaria en una sociedad democrática.

Esta jurisprudencia será confirmada en resoluciones posteriores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como las sentencias sobre el asunto *Perkins y R. c.*

¹⁷ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de diciembre de 1999, asunto *Smith y Grady c. Reino Unido*, y asunto *Lusting-Prean y Breckett c. Reino Unido*.

¹⁸ Sobre la doctrina del margen de apreciación estatal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véanse, por ejemplo: GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derecho Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010; GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007, pp. 117-143.

Reino Unido y sobre el asunto *Beck, Copp y Bazeley c. Reino Unido*, ambas de 22 de enero de 2003¹⁹.

3. Discriminación y subrogación arrendaticia

Constituye el objeto de otro filón jurisprudencial de interés para este trabajo de investigación el que atañe a la subrogación arrendaticia al miembro superviviente de una pareja, a saber, la transferencia de un contrato de alquiler en el caso de que uno de los miembros de la pareja fallezca. Esta posibilidad, permitida en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa cuando se trate de una pareja heterosexual casada o conviviente *more uxorio*, no siempre está permitida para las parejas homosexuales, incluso en tiempos actuales.

El Tribunal Europeo tardó mucho en proteger los derechos de las personas que se encontraban en estas circunstancias. En los años 80, en efecto, el TEDH tuvo ocasión de afirmar y reiterar en varios supuestos que las parejas *same-sex* no podían recibir la misma protección que las parejas casadas, ni tampoco de aquellas heterosexuales no casadas. En dos sentencias de 1986, la sentencia *Simpson c. Reino Unido* y la *Rees c. Reino Unido*, el Tribunal justificó el trato diferenciado con el “legítimo objetivo de tutela de la familia fundada en el matrimonio”²⁰, y declaró que el artículo 12 del Convenio se refiere únicamente al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente.

Como se examinará más adelante, algunas de estas afirmaciones no cambiarán tampoco en la doctrina actual del TEDH. Sin embargo, para resolver estos casos específicos, esto es, la posibilidad de transferir un contrato de alquiler, en el caso de que uno de los miembros de la pareja fallezca, al otro miembro, y se haya denunciado una discriminación debida a la orientación sexual en violación del art. 14 CEDH considerado junto con el art. 8 CEDH, el Tribunal Europeo no especificará si se ha vulnerado la vida privada o la familiar, ampliando la protección antidiscriminatoria también al superviviente homosexual. Se trata del caso *Karner c. Austria*, del 24 de julio de

¹⁹ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de enero de 2003, asunto *Perkins y R. c. Reino Unido*, y asunto *Beck, Copp y Bazeley c. Reino Unido*.

²⁰ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de mayo de 1986, asunto *Simpson c. Reino Unido*, y de 17 de octubre de 1986, asunto *Rees c. Reino Unido*. En doctrina: FRULLI, M., “Corte europea... cit.”, p. 17.

2003²¹, en el que el Tribunal de Estrasburgo se centró más en valorar si la legislación aplicable al señor Karner provocaba o no una discriminación en razón de su orientación sexual, más que preocuparse de si la relación entre el sujeto y el fallecido tenía o no que recibir protección como unión afectiva. Esta formidable estrategia procesal permitió al Tribunal proporcionar una protección real y efectiva de los derechos de una persona que, en razón de su orientación sexual, no podía acceder a una legislación que tutelaba sus intereses a la que, sin embargo, podían acceder las personas heterosexuales.

No obstante esta evidente voluntad por parte de la Corte de Estrasburgo, en la sentencia se reiteró que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón legítima que podría justificar una diferencia de trato. Las autoridades austriacas, de su lado, no habían argumentado en sus alegaciones por qué razón, para alcanzar dicha finalidad legítima, las personas homosexuales que mantienen una relación de pareja estable deberían excluirse del disfrute del mismo derecho que tienen las parejas heterosexuales. Al verificar que en este caso no se respetaban los principios de razonabilidad y de proporcionalidad en la diferencia de trato por razón de orientación sexual, el TEDH declaró que hubo violación del art. 14 CEDH en relación con el art. 8 CEDH, sin especificar, la Corte, si se trataba de proteger la vida familiar o la privada.

Algunos autores han evidenciado como el “caso *Karner* abre así la perspectiva de proteger las parejas del mismo sexo no solo en función de la vida privada sino también de la vida familiar”²². En realidad, otros comentaristas, con los que concordamos, pese a no disminuir la gran importancia de esta resolución, ven en otra sentencia el albor del trascendente cambio jurisprudencial en la doctrina del Tribunal Europeo en materia de protección de las personas y, especialmente, de las parejas homosexuales que llegará con la famosa sentencia *Schalk y Kopf c. Austria* de 2010²³: en la sentencia menos conocida sobre el asunto *Kozak c. Polonia* de 2010²⁴.

²¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de julio de 2003, asunto *Karner c. Austria*.

²² BORRILLO, D., “De la penalización... cit.”, p. 11.

²³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*.

²⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de junio de 2010, asunto *Kozak c. Polonia*. Uno de los autores que citan esta resolución es, por ejemplo, SALES I JARDÍ, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, España, Bosch Editor, 2015, p. 111.

La decisión ahora citada es especialmente importante porque representa el primer caso en el que el Tribunal de Estrasburgo afirmó que reservar la cláusula “*de facto marital cohabitation*” solo a las parejas heterosexuales constituye una violación del derecho a no ser discriminados y no es necesario para proteger la familia tradicional²⁵. Ese caso también trajo origen de la denegación de transferir al Sr. Kozak la titularidad del contrato de alquiler del piso donde había vivido por muchos años con su pareja, titular de dicho contrato y luego fallecido. El TEDH reiteró que los Estados miembros del Consejo de Europa tienen un amplio margen de apreciación en la regulación de estos tipos de asuntos. Sin embargo, cuando esa regulación realiza una diferencia de trato basada en la orientación sexual de los sujetos, los Gobiernos tendrán que aportar unas razones especialmente válidas y las medidas adoptadas tienen que ser proporcionadas y necesarias para que esta no se considere una discriminación. En el caso concreto, las autoridades polacas habían aducido la necesidad de proteger la familia, interés sin duda merecedor de protección. Pero, en la opinión de la Corte, no existía proporcionalidad entre la protección de este interés y el perjuicio provocado al señor Kozak. Añadió el Tribunal un razonamiento fundamental que aparece también en muchas de las otras sentencias antes citadas: el Convenio Europeo de Derechos Humanos es un “instrumento viviente” y, en su interpretación, el Tribunal Europeo y los Estados miembros tienen que tener en cuenta los cambios de la sociedad. Con el paso del tiempo las relaciones homosexuales habían sido cada vez más reconocidas como merecedoras de visibilidad y protección y no se podía negar que “ya no existe un único modo de vivir la vida familiar o privada”²⁶ y que cada uno de esos “tiene que ser amparado por el art. 8 CEDH”²⁷. Concluyó el Tribunal que la denegación de transferir al Sr. Kozak la titularidad del contrato de alquiler del piso donde había vivido por muchos años con su pareja de sexo masculino fallecido vulneraba el art. 14 CEDH en relación con el art. 8

²⁵ FRULLI, M., “Corte europea dei... cit.”, p. 18.

²⁶ “Also, given that the Convention is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions (see E.B. cited above, § 92), the State, in its choice of means designed to protect the family and secure, as required by Article 8, respect for family life must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social, civil-status and relational issues, including the fact that there is not just one way or one choice in the sphere of leading and living one's family or private life”, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de junio de 2010, asunto *Kozak c. Polonia*, § 98.

²⁷ DANISI, C., “Kozak c. Polonia: difesa della famiglia e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2010, p. 2. En la página 1 de su trabajo, el autor presenta algunas de las problemáticas específicas en Polonia sobre el tema del reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI.

CEDH, sin especificar si se estaba protegiendo el derecho a la vida privada o a la vida familiar de Kozak.

4. Discriminación en las relaciones paterno-filiares y en la adopción

Otra temática que concierne al ejercicio de los derechos de las personas homosexuales y que en muchas ocasiones ha supuesto una discriminación de los homosexuales respecto de los heterosexuales es el acceso a la adopción (individual o monoparental) y a la custodia de los hijos nacidos de una relación afectiva anterior (en la mayoría de los casos, heterosexual). No hay que confundir los supuestos de este tipo con aquellos que estén relacionados con los derechos de las “parejas” homosexuales; en efecto, se dejará de manifiesto que la discriminación por orientación sexual en estos casos se fundará en la violación del art. 14 CEDH en relación con el derecho al respeto de la vida privada (o de la vida familiar en relación con los hijos naturales) *ex art. 8 CEDH*, y no del derecho al respeto de la vida familiar de la pareja homosexual.

Uno de los *leading cases* en este ámbito es, a todas luces, el muy conocido caso *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* de 2000²⁸. El Sr. Salgueiro Da Silva Mouta dirigió un recurso al TEDH por violación de los arts. 8 y 14 del Convenio por parte de la jurisdicción portuguesa que, en última instancia, le otorgó solo el derecho de visitar a su hija concediendo a la madre de esta, su ex mujer, la patria potestad sobre la niña, argumentando que esta decisión procuraba realizar y proteger el interés de la menor, que se habría visto menoscabado por el hecho de vivir con un progenitor homosexual²⁹. Analizando las afirmaciones del Tribunal de Apelación polaco, el TEDH llegó a la conclusión de que el demandante había sido víctima de una evidente discriminación en

²⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de diciembre de 1999, asunto *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*.

²⁹ El Sr. Da Silva Mouta había conseguido un acuerdo con su ex mujer sobre la custodia compartida de la hija de los dos. Sin embargo, la mujer incumplió dicho acuerdo e impidió que el demandante visitara a su hija. El Sr. Da Silva Mouta consiguió en 1994, con una resolución judicial del Tribunal de Casos Familiares de Lisboa, la patria potestad sobre la niña, aunque la madre hubiera alegado que su hija había sido víctima de abuso sexual por parte de la pareja de su ex marido, quien le habría pedido que lo masturbara (acusaciones que el Tribunal consideró sin fundamento). La menor vivió con el demandante hasta el momento en que, en 1995, la niña fue secuestrada por su madre. Llegados al juicio en segunda instancia, la madre obtuvo la patria potestad y al demandante se le otorgó solo el derecho de visita que, según cuanto afirmado por él, le era imposible ejercer. El Tribunal de Apelación de Lisboa expuso en sentencia varios motivos para otorgarle la patria potestad de la menor a su madre, entre otros, que la niña era muy pequeña y seguía necesitando los cuidados maternos, que así se tutelaba mejor el interés de la menor y el hecho de que el demandante era homosexual y tenía una relación estable de convivencia con otro hombre.

razón de su orientación sexual, constitutiva de una violación del art. 14 CEDH en combinación con el art. 8 CEDH. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo evidenció que “si bien el Tribunal de Apelación ha tenido en cuenta el interés de la niña al dictar la revocación de la sentencia del Tribunal de Casos Familiares de Lisboa y al otorgar, consecuentemente, la patria potestad a la madre y no al padre, el Tribunal ha tenido que considerar un factor nuevo, a saber, la circunstancia de que el demandante fuera homosexual y viviera con otro hombre”. Esto constituye una diferencia de trato entre los dos ex cónyuges en razón de su orientación sexual; siendo esta uno de los motivos de prohibición de discriminación comprendidos (aunque por interpretación jurisprudencial) en el art. 14 del Convenio, la decisión del tribunal portugués, para no vulnerar el CEDH, habría tenido que superar un “test”³⁰ en el que se probara que la misma tenía una justificación objetiva y razonable, es decir, que perseguía un interés legítimo y que existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. La Corte de Estrasburgo no tiene dudas de que el tribunal portugués haya perseguido un interés legítimo al dictar su resolución, esto es, la protección de la salud y de los derechos de la menor. Pese a ello, el Tribunal Europeo destaca que la resolución del juez nacional no estará razonablemente fundada si la homosexualidad del demandante “ha sido un factor decisivo” de la sentencia. Para llegar a sus conclusiones, se reproducen en la decisión del TEDH algunas afirmaciones muy descriptivas de la opinión del tribunal nacional, entre las cuales, por ejemplo, que “la niña debe vivir [...] en el seno de una familia portuguesa tradicional”, o que, aunque no sea su tarea estimar si la homosexualidad es o no una enfermedad, “se trata de una anomalía y los niños no deben crecer a la sombra de situaciones anormales”. Se manifiesta en toda su evidencia que la orientación sexual ha sido, si no el único, por lo menos un factor muy relevante en la decisión del tribunal de apelación portugués y que, por lo tanto, el mismo violó el derecho del Sr. Salgueiro Da Silva Mouta a no ser discriminado *ex art. 14 CEDH*. Debido a las reglas relativas a la necesidad de que un trato discriminatorio sea averiguado por el TEDH en el ejercicio de un derecho reconocido por el Convenio, el TEDH declara que “ha habido una violación del artículo 8, en combinación con el artículo 14 del Convenio”, aunque, en realidad, todas las argumentaciones del órgano europeo tengan como eje central y exclusivo la tutela

³⁰ Puede consultarse el “test antidiscriminatorio” en el siguiente enlace: https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf, p. 15.

antidiscriminatoria de las personas homosexuales y no su derecho al respeto de la vida privada y/o familiar.

En tema de adopción, dos son las sentencias más emblemáticas: la decisión sobre el caso *Fretté c. Francia* de 2002³¹ y la sentencia *E. B. c. Francia* de 2008³², que revoca totalmente la jurisprudencia anterior. Resumiendo brevemente los hechos de la primera, el Sr. Fretté, profesor francés de 47 años, soltero y homosexual, solicitó la autorización previa para adoptar a un menor, que fue denegada por del órgano competente. Los motivos aducidos tenían todos conexiones muy evidentes con su orientación sexual. Fretté, después de haber acudido a los tribunales nacionales, presentó un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando la vulneración de los arts. 8 y 14 del Convenio, dado que “el rechazo de la autorización para adoptar se había fundado, implícitamente, en su orientación sexual por sí sola”³³. La sentencia del TEDH ahora en examen reúne muchas afirmaciones trascendentes. En primer lugar, el Tribunal señala que el Convenio no reconoce un “derecho a adoptar”³⁴. Asimismo, el derecho al respeto de la vida familiar *ex art. 8 CEDH* supone la existencia de una familia y no protege el simple deseo de fundar una familia³⁵. En consecuencia, la decisión de denegar la solicitud del demandante de autorización a la adopción “no puede considerarse que infrinja su derecho a la libre expresión y el desarrollo de su personalidad o la manera en que dirigió su vida, en particular su vida sexual”. Sin embargo, dado que la ley nacional francesa autorizaba a cualquier persona a solicitar la adopción y que el demandante alegó que la decisión de las autoridades francesas de rechazar su solicitud se había fundado solo en su orientación sexual, el TEDH tuvo la obligación de comprobar si esta circunstancia era cierta. Se repiten, por lo tanto, los mismos pasos del “test antidiscriminación” que se acaban de relatar en el análisis del

³¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2002, asunto *Fretté c. Francia*.

³² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de enero de 2008, asunto *E. B. c. Francia*.

³³ Es fundamental apuntar que, en Francia y en el momento de los acontecimientos mencionados, la legislación ordinaria contemplaba la posibilidad de la adopción individual tanto por un varón como para una mujer, sin mención alguna a la orientación sexual de estos.

³⁴ El TEDH cita dos decisiones de la Comisión: decisión de 10 de julio de 1975, asunto *X. c. Bélgica y los Países Bajos* y decisión de 10 de julio de 1997, asunto *Di Lazzaro c. Italia*.

³⁵ El TEDH recuerda su doctrina precedente: sentencia de 13 de junio de 1979, asunto *Marckx c. Bélgica*, y sentencia de 28 de mayo de 1985, asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido*.

caso *Salgueiro*: también en este supuesto, el TEDH destacó que la orientación sexual del demandante fue “el factor decisivo” de la resolución, aunque implícitamente, y que “esta conclusión se ve corroborada por las opiniones expresadas por el Tribunal Administrativo de París en su sentencia de 25 de enero de 1995”. No obstante lo señalado, el Tribunal de Estrasburgo afirmó que, en este caso, “proteger la salud y los derechos de los niños que podrían estar involucrados en un procedimiento de adopción” constituyó el objetivo legítimo que justificó el trato diferenciado aplicado al señor Fretté. En cuanto al respeto del principio de proporcionalidad, el TEDH entendió que en materia de adopción de menores por personas o parejas homosexuales había mucha discrepancia entre los países, y que, reafirmando su notoria doctrina del “margen de apreciación estatal”, las autoridades nacionales estaban mejor situadas para apreciar la conveniencia o no de la opción elegida. La conclusión del Tribunal fue declarar que las administraciones francesas no habían violado el artículo 14 del Convenio. Huelga decir que se trata, en opinión de quien escribe, de una utilización equivocada del principio del *best interest of the child*, que, según reiterada doctrina y jurisprudencia, puede llegar a limitar un derecho fundamental de otro sujeto (como es el caso del derecho a la igualdad y no sufrir discriminaciones del Sr. Fretté), solo en presencia de un comprobado peligro real e inminente para el menor, y no sobre la base de suposiciones³⁶.

En el segundo asunto señalado antes, la Sra. E. B. pidió a los órganos competentes la autorización para adoptar a un menor, declarando, entre otras cosas, ser lesbiana y vivir con otra mujer, su pareja, con la que tenía una relación estable desde hace unos ocho años. Al ver denegada la autorización por razones que tenían que ver con su relación de pareja, E. B., después de varios recursos y apelaciones ante la jurisdicción ordinaria, presentó un recurso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por discriminación fundada en su orientación sexual y por la violación de su derecho al respeto de la vida privada (arts. 14 y 8 CEDH). El Tribunal de Estrasburgo, tras reiterar su doctrina sobre la imposibilidad de incluir en la protección del art. 8 del Convenio un presunto “derecho a adoptar” o el “derecho a formar una familia”, afirmó que el mismo artículo sí confiere a los individuos un derecho a la autodeterminación, que protege sus

³⁶ Sobre el particular puede verse, entre otros, JOHNSON, P., “Heteronormativity and the European Court of Human Rights”, *Law and Critique*, 2012, XXIII, p. 43.

elecciones en el ámbito de la identidad y de la orientación sexual. Asimismo, si bien la Convención no incluía un “derecho a adoptar”, la legislación francesa sí lo reconoce, tanto a las parejas como a cada individuo. Consiguientemente, si la administración francesa hubiese aplicado la normativa en cuestión discriminando a la Sra. E. B. por su orientación sexual, habría vulnerado el art. 14 del Convenio. Posteriormente, el Tribunal de Estrasburgo enumeró las similitudes (es una petición de adopción por parte de una persona homosexual de nacionalidad francesa, por lo que se aplica la misma normativa nacional e internacional) y las diferencias (la administración francesa consideró E. B. idónea para adoptar, pero denegó la autorización por circunstancias relativas a su “entorno”) con el caso *Fretté c. Francia* de 2002. El TEDH, por lo tanto, centró su indagación en las motivaciones específicas sobre las que se ha fundado la denegación, que fueron dos: la falta de un compromiso y de interés en la adopción por parte de la pareja de E. B. y la ausencia de una figura paternal en la familia. La primera motivación, en la opinión del Tribunal de Estrasburgo, tenía que considerarse legítima y razonable, en aras de la protección del superior interés del menor. Por lo que concierne a la otra, se trataría de un razonamiento ilegítimo, dado que la ley francesa permite a las personas solteras adoptar a un menor. Estas afirmaciones de las autoridades francesas fueron solo el pretexto con el que ocultar un prejuicio hacia los homosexuales. La Corte Europea declaró que una actuación ilegítima semejante por parte de un Poder del Estado, que constituyó uno de los elementos integrantes la decisión final, “contaminaría” toda la resolución, que ya solo por esta razón tenía que anularse³⁷. El TEDH no dudó de que la homosexualidad de la señora E. B. fue, implícitamente, el fundamento decisivo de las decisiones de las autoridades francesas. Aplicando el “test”, la Corte destacó que la protección del menor y de sus intereses constituían una finalidad legítima y suficiente para justificar un trato diferenciado a la señora E. B. No obstante, en este caso faltaba el segundo requisito (la proporcionalidad y razonabilidad de la ponderación entre medios y fines); en efecto, el Tribunal estimó insuficientes las motivaciones alegadas por la administración y las Cortes nacionales, y declaró vulnerados los arts. 8 y 14 del Convenio por haber recibido la señora E. B. un trato discriminatorio en razón de su orientación sexual.

³⁷ La denominada “teoría de la contaminación” se analiza (y objeta) con mucho detalle en los votos particulares de esta sentencia.

Para terminar con el análisis de este supuesto, se aconseja la lectura del voto particular del Juez Costa (al que han adherido también los Jueces Turmen, Ugrekheldze y Jociene), a las cuyas consideraciones me sumo. Según esta interpretación, la decisión de los órganos nacionales de negar la autorización para adoptar no tenía fundamento en la orientación sexual de la señora E.B., sino en las consideraciones relativas a la pareja de E.B. y a la necesidad de proteger el interés superior del menor. Pese a las posibles dudas sobre la resolución del caso en concreto, las afirmaciones del TEDH han sido fundamentales para que se iniciara un recorrido en la dirección de una real y sustancial igualdad de trato entre personas homosexuales y heterosexuales también en el ámbito de la adopción monoparental.

III. LA PROTECCIÓN DE LAS “PAREJAS” HOMOSEXUALES FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN: UNA PRIMERA FASE

En las aportaciones de la jurisprudencia del TEDH en la protección antidiscriminatoria de las parejas homosexuales, hay que evidenciar que ya desde principios de los años 80 llegaron a la Comisión Europea y al Tribunal de Estrasburgo casos en los que parejas homosexuales consideraban haber sido discriminadas respecto de las heterosexuales y pedían el reconocimiento de su derecho a la vida familiar o del derecho al acceso al matrimonio.

La Comisión declaró siempre inadmisibles estos recursos, afirmando que las relaciones homosexuales, aunque fueran estables y duraderas, no estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho al respeto de la vida familiar, protegido por el art. 8 CEDH (véanse, por ejemplo, las Decisiones de 3 de mayo de 1983, *X. e Y. c. Reino Unido*; de 14 de mayo de 1986; *S. c. Reino Unido*, y de 19 de mayo de 1992; *Kerkhoven y Hinke c. Países Bajos*, no publicada). Además, añadió que las disposiciones nacionales que, a efectos de protección de la familia, dan un trato más favorable a las personas casadas y a las personas de distinto sexo que conviven *more uxorio* que el que proporcionan a las parejas estables *same-sex*, no son contrarias al principio de no discriminación del artículo 14 del Convenio (véanse las Decisiones *S. c. Reino Unido*, ya citada, de 9 de octubre de 1989; *C. y L. M. c. Reino Unido*, no publicada; y de 10 de febrero de 1990, *B. c. Reino Unido*). Por lo que concierne a las intervenciones del TEDH, y esta vez respecto del art. 12 CEDH, el Tribunal de

Estrasburgo, ya en algunas sentencias antiguas, destacó que tal artículo se refiere únicamente al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente (véanse las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 1986, asunto *Rees c. Reino Unido*, ya citada antes; y de 27 de septiembre de 1990, asunto *Cossey c. Reino Unido*)³⁸.

Tampoco en tiempos más recientes el Tribunal de Estrasburgo cambiará esa postura. En efecto, en el caso *Estevez c. España* de 2001³⁹, el TEDH sigue manifestando su voluntad de “proteger la familia fundada en el matrimonio”, fundando en ese interés (en su opinión absolutamente legítimo) la diferencia de trato entre las parejas *same-sex* y las demás. Sorprende y, en cierta medida, desconcierta ese último aspecto: pese a que el TEDH declare querer defender la familia fundada en el matrimonio, termina por discriminar la relación homosexual también respecto de las parejas heterosexuales no casadas. El caso trae su origen de la denegación de la prestación económica por viudedad a la pareja estable y conviviente de la persona fallecida. El Sr. Estevez recurrió esa decisión porque en España dicha prestación puede otorgarse, según las condiciones, tanto al supérstite unido en matrimonio con el fallecido, como al supérstite conviviente *more uxorio*. Por lo tanto, podía tratarse de una aplicación discriminatoria de la legislación, fundada en la orientación sexual de la demandante. La Corte inadmite el recurso apelando, como anticipado, al interés legítimo de “proteger la familia fundada en el matrimonio”.

Esta situación de desprotección de las parejas homosexuales cambiará notablemente a partir de la segunda década del 2000.

³⁸ Toda esta jurisprudencia sirvió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en su sentencia de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96, [*Lisa Jacqueline*] *Grant* y *South-West Trains Ltd*) para afirmar que “De cuanto precede resulta que, en el estado actual del Derecho en el seno de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo.

³⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de mayo de 2001, asunto *Estevez c. España*.

IV. LA SEGUNDA FASE DE PROTECCIÓN DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

El año 2010 constituirá en Europa, uno de los momentos históricos más importantes, hasta la fecha, para el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales y para la evolución de la protección de estas frente a la discriminación.

La sentencia *Kozak*, ya citada anteriormente, del 2 de junio 2010, marca un primer paso adelante, al reconocer por vez primera que la pareja homosexual supérstite tenía el mismo derecho que los heterosexuales a que se le transfiriera la titularidad del contrato de alquiler del piso donde había vivido por muchos años con su pareja.

Pese a la trascendencia de este caso, el verdadero punto de inflexión para la protección de las parejas *same-sex* es, sin duda alguna, constituido por la muy notoria Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2010, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*. Tratándose del *leading case* en materia de protección de las parejas homosexuales, muy noto a la mayoría de los estudiosos, se resumirán brevemente los hechos y se pondrá el foco de atención en los contenidos más relevantes para los fines de esta investigación. El caso trae origen de la denegación, por parte de las autoridades competentes austriacas, de la solicitud de matrimonio de dos personas del mismo sexo (Schalk y Kopf). Los dos señores recurrieron en vía judicial ordinaria la denegación en cuestión (fundada en la necesidad de la diferencia de sexo entre los cónyuges) hasta llegar al Tribunal Constitucional austriaco, que desestimó la cuestión y afirmó que no existía una obligación de reconocer el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo. Schalk y Kopf recurrieron entonces ante el TEDH. Merece la pena mencionar un suceso que constituirá un elemento esencial para la decisión del Tribunal de Estrasburgo: en enero de 2010 entró en vigor en Austria la Ley de Uniones Registradas, que reconoce a las parejas *same-sex* muchos de los derechos y deberes que tienen las personas que integran una pareja casada, sin equiparar, sin embargo, del todo el reconocimiento jurídico y sus efectos al matrimonio⁴⁰. Volviendo a los acontecimientos judiciales, los recurrentes alegaron ante el TEDH, de un lado, una situación de desprotección debida a la denegación de la autorización a casarse y por lo tanto una discriminación respecto de las personas y parejas homosexuales (arts. 14 y 12 CEDH) y la vulneración de su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Pero,

⁴⁰ Por ejemplo, no se reconocen a las parejas registradas el derecho a adoptar un menor, el hijastro, ni el acceso a las técnicas de inseminación artificial.

de otro, que, aunque ahora las parejas del mismo sexo pueden obtener una forma de tutela con la entrada en vigor de la Ley de 2010 de Uniones Registradas, la misma no equipara los derechos de las personas homosexuales a aquellos de los heterosexuales, vulnerando igualmente sus derechos *ex arts.* 8, 12 y 14 CEDH. Asimismo, alegaron una situación de desprotección que había perdurado desde su petición a acceder al matrimonio hasta la entrada en vigor de la Ley austriaca. La Corte de Estrasburgo, en la resolución del caso, modificó o, por lo menos, “suavizó”, se podría decir, algunas de las afirmaciones a las que se ha aludido en las páginas anteriores de este trabajo. Declaró el TEDH, en primer lugar, que el art. 12 del Convenio (derecho al matrimonio) no obliga a los Estados miembros del Consejo de Europa a reconocer el acceso al matrimonio también a las parejas homosexuales. La interpretación literal pero también evolutiva o viviente del Convenio (en concreto de su art. 12) conduce a que este instrumento no obliga a los Estados a reconocer el acceso al matrimonio a los homosexuales; no obstante, añadió, el Convenio tampoco prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. El Tribunal optó, por tanto, por no proporcionar una interpretación definitiva y tajante sobre el asunto y afirmó que, dado que todavía no había consenso en Europa sobre este tema, la elección con respecto al acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio debía permanecer dentro del margen de apreciación estatal.

La Sentencia *Schalk y Kopf* es fundamental, en segundo lugar, porque por primera vez el Tribunal de Estrasburgo afirmó que las parejas homosexuales se encuentran exactamente en la misma situación que las heterosexuales en cuanto a la necesidad de reconocerles el derecho al respeto de su vida familiar. Según lo dicho, entonces, la homosexualidad tiene relevancia en la vida pública porque también las uniones homosexuales – *de facto* o de derecho – constituyen una familia. No obstante todo lo que precede, el Tribunal Europeo afirmó que, dado que el art. 12 CEDH no obliga a los Estados a abrir el acceso al matrimonio también a este tipo de pareja, no es discriminatorio establecer un tipo diferente de reconocimiento legal para estas uniones. El de la regulación de las uniones civiles y del matrimonio es un ámbito vinculado estrechamente con las tradiciones y la cultura de cada país, y que, por lo tanto, todos sus contenidos quedan en la discrecionalidad del legislador nacional.

En definitiva, no hubo violación de los derechos de los recurrentes reconocidos en los artículos 12 (derecho al matrimonio), 14 (prohibición de discriminación) e incluso el art. 8 (vida privada y familiar), porque, mientras tanto, Austria había

aprobado una legislación sobre las uniones civiles a la que podían acceder también las parejas homosexuales.

Parece oportuno evidenciar algunos elementos muy positivos de esta decisión del Tribunal de Estrasburgo y otros, se podría decir, “mejorables” en relación con la necesidad de afirmar un estándar común de protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en el acceso al matrimonio. Empezando con los segundos, resulta patente que el TEDH decidió deliberadamente de no decidir, esto es, decidió no proporcionar un nivel básico y esencial de tutela del principio de igualdad en este ámbito específico. El Tribunal, en efecto, optó por dejar todas las decisiones al margen de apreciación estatal; y me refiero, en particular, a las decisiones respecto de los tiempos de intervención estatal (cuándo aprobar una ley sobre el matrimonio u otra tipología de unión para las personas homosexuales), y también a aquellas relativas a las modalidades y a los contenidos de estas intervenciones (cada Estado elegirá “qué conceder” a los homosexuales y con qué diferencias respecto del régimen aplicable a los heterosexuales). Es evidente, pues, la quiebra del principio de igualdad y no discriminación en la que pueden incurrir los Estados miembros del Consejo de Europa, que no recibieron con la sentencia sobre el caso *Schalk y Kopf* ninguna directriz precisa, ni una justificación sólida que pueda fundamentar la diferencia de trato entre personas con distintas orientaciones sexuales en el acceso a un negocio jurídico como es el matrimonio civil. En efecto, en los apartados 96-99 de la Sentencia, el TEDH analizó la queja de los demandantes en lo que concierne a la violación del art. 14 CEDH, pero no proporcionó absolutamente ninguna conclusión que avalara la falta de discriminación, sino, antes bien, se limitó a reconocer el amplio margen de discrecionalidad estatal en ese ámbito.

Del otro lado, cabe también resaltar el elemento que convierte la Sentencia *Schalk y Kopf c. Austria*, de 2010 en el *leading case* en materia de protección de las parejas homosexuales: la homosexualidad tiene relevancia como elemento personal y también en su dimensión relacional o afectiva, siendo las parejas homosexuales merecedoras de protección por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales tanto como las parejas heterosexuales⁴¹. El art. 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar), desde ese momento, también incluye la necesidad de reconocimiento legal y protección de las relaciones homosexuales.

⁴¹ Sentencia del TEDH de 24 de junio de 2010, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, § 94.

En el mismo año se publicaron otras dos intervenciones en las que el TEDH demostró su voluntad de consolidar la doctrina *Schalk*: en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de julio de 2010, asunto *P. B. y J. S. c. Austria*; y en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de septiembre de 2010, asunto *J. M. c. Reino Unido*. Mientras que en la sentencia sobre el caso *Chapin y Charpentier c. Francia* de 2016⁴² la Corte de Estrasburgo reiteró su jurisprudencia sobre la aplicación del margen de apreciación estatal en materia de ampliación del acceso al matrimonio a las parejas *same-sex*.

El avance que pudo apreciarse en la decisión *Schalk* pareció sufrir un parón en 2012. En la sentencia del TEDH de 15 de marzo de 2012 (asunto *Gas y Dubois c. Francia*), una pareja de lesbianas alegó la vulneración de los artículos 8 y 14 del CEDH por el hecho de que el art. 365 del Código Civil francés no permitiera a las parejas homosexuales un tipo de adopción que sí contemplaba para las parejas casadas, en un momento histórico en el que en Francia no estaba permitido el matrimonio para las parejas *same-sex*⁴³. Las señoras Gas y Dubois habían convivido como pareja muchos años, llegando incluso a consolidar legalmente dicha relación a través de un Pacto Civil de Solidaridad (PACS). En septiembre de 2000 y tras decidir conjuntamente tener hijos, la señora Dubois dio a luz una niña (que llamaremos A.) en Francia, concebida en Bélgica mediante una inseminación artificial con donante anónimo. Más adelante, la Sra. Gas interpuso ante el tribunal competente una demanda de adopción simple de A., hija de su pareja, con el consentimiento expreso de esta última y la ratificación de un Notario. El Tribunal nacional rechazó la petición de la demandante argumentando que, a pesar de que las condiciones legales de la adopción se cumplían y que había quedado sobradamente probado que ambas se ocupaban del cuidado de la niña, conceder la adopción simple de A. iría en contra de los intereses de la menor y de las propias demandantes, al transferir toda autoridad parental a la madre adoptiva y privando así a la madre biológica de todos sus derechos sobre la niña (*ex art. 365 C.C. antes citado*).

⁴² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de septiembre de 2016, asunto *Chapin y Charpentier c. Francia*.

⁴³ La adopción simple, de conformidad con el artículo 365 del C.C. francés, confiere al adoptante todos los derechos de la autoridad parental, privando de ellos a la madre biológica. Sin embargo, la normativa contempla una excepción a favor de los matrimonios en donde, en casos de adopción simple, se establece un reparto de la autoridad parental entre los cónyuges. Es precisamente esta excepción la que según las demandantes supone una discriminación por su orientación sexual, ya que al no tener acceso al matrimonio no estaban autorizadas legalmente a compartir la autoridad parental.

Véase: http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=437.

Tras haber recurrido sin resultados también en apelación y en casación, las dos mujeres presentaron una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, aduciendo la violación de los artículos 8 y 14 CEDH, pues la legislación francesa discriminaba a las parejas homosexuales al no establecer ninguna posibilidad legal a través de la cual un menor pudiera ser adoptado por el segundo padre o la segunda madre. La Corte de Estrasburgo, repitió su doctrina sobre el “test antidiscriminatorio” y su jurisprudencia anterior (en particular, la sentencia *Schalk y Kopf c. Austria*) para recordar que, en virtud del artículo 12, los países signatarios de la Convención no están obligados a legalizar el matrimonio homosexual; aludió, además, al hecho de que el matrimonio confiere un estatus particular a quienes lo contraen y que el mismo “está protegido por el Artículo 12 de la Convención y comporta consecuencias sociales, personales y jurídicas”. Por estas razones, en lo relativo a la posibilidad de adopción por el segundo padre o madre, el Tribunal Europeo estimó que había que comparar la pareja formada por las demandantes con aquellas parejas heterosexuales no casadas que desearan adoptar, dado que las señoras Gas y Dubois no se encuentran en una situación jurídica comparable a la de las parejas casadas. El TEDH concluyó que no hubo, en este caso concreto, diferencia alguna de tratamiento basada en la orientación sexual de las demandantes, y por ello ninguna violación de los artículos 8 y 14 del Convenio.

Es oportuno formular dos breves críticas a esta decisión: en primer lugar, el TEDH parece olvidar que las parejas heterosexuales que hayan suscrito un PACS y que quieran acceder en cualquier momento y por cualquier razón al estatus de pareja casada, pueden libremente hacerlo. Lo mismo no puede afirmarse para las parejas *same-sex*, que no tienen un derecho al matrimonio, sino solo el derecho a que su unión, su familia esté reconocida. La imposibilidad de acceder a un determinado negocio jurídico que proporciona un estatus diferente a quien lo perfecciona en razón de la orientación sexual tiene, a mi modesto parecer, toda la apariencia de una discriminación. En segundo lugar, de acuerdo con el voto particular del Juez Villiger, que suscribo, se puede afirmar que la Corte EDH olvida por completo la protección del *best interest of the child*, que habría salido evidentemente favorecido por una decisión que hubiera permitido que la menor fuera reconocida como hija tanto de Gas como de Dubois gracias a la aplicación del art. 365 del Código civil francés.

El año siguiente, afortunadamente, el Tribunal de Estrasburgo emitió una decisión más en línea con los avances en materia de antidiscriminación de las personas

y parejas homosexuales también en el controvertido tema de la adopción. En la sentencia del 13 de febrero de 2013 relativa al caso *X. y otros c. Austria*⁴⁴, la Corte Europea condenó el Estado por haber aplicado una legislación nacional que reconocía exclusivamente a las parejas heterosexuales la posibilidad de adoptar el hijo de su pareja. Quisiera, en este caso, resaltar algunas afirmaciones esenciales y, en mi opinión, verdaderamente transformadoras en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria de las personas y parejas *same-sex*. El Tribunal reconoció que no había todavía una opinión común, un consenso mayoritario sobre la posibilidad de adopción por los homosexuales. Sin embargo, Austria había previsto que también las parejas heterosexuales no casadas pudieran adoptar. En cuanto a la comparación entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales casadas, el TEDH volvió a declarar que no son situaciones comparables y que una diferencia de trato entre estas dos no produce la violación del art. 14 CEDH en relación con el art. 8 CEDH. Pero un trato diferenciado injustificado entre parejas heterosexuales y *same-sex*, ambas no casadas, conlleva una vulneración del principio de no discriminación. La doctrina del TEDH había reconocido a ambas tipologías de unión la misma dignidad jurídica; constituiría un comportamiento discriminatorio y por lo tanto ilegítimo que los Estados miembros del Consejo de Europa permitieran que solo las personas heterosexuales pudieran adoptar al hijo de su pareja. Concluyó, entonces, que hubo una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio.

La trascendencia de esta decisión, esto es, su fuerza “transformadora”, como he apuntado unas líneas más arriba, estriba en el efecto general que la misma provoca: desde este momento el Tribunal de Estrasburgo condenará a los Estados que reconozcan en sus leyes unos derechos a las parejas heterosexuales no casadas y no extiendan estos mismos a las parejas homosexuales, “a menos que el Estado demuestre que la prohibición [*de acceso a las parejas homosexuales a tales beneficios*] persiga una finalidad legítima y esté proporcionado a la persecución de dicho fin”⁴⁵.

Sin embargo, el matrimonio sigue manteniendo su régimen “especial”, que descende de sus orígenes, de su vínculo con la tradición, la cultura y la religión. Algunos autores, a los que me asocio, han destacado que esto significa que “para las

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2013, asunto *X y otros contra Austria*.

⁴⁵ FRULLI, M., “Corte Europea... cit.”, pp. 24-25.

parejas del mismo sexo, el nivel mínimo de protección según el CEDH es el reconocimiento, no la igualdad”⁴⁶.

Es fundamental, siempre en esta línea, la sentencia del 7 de noviembre de 2013 sobre el caso *Vallianatos y otros c. Grecia*⁴⁷. El Tribunal Europeo declaró que la ley griega que reconocía solo a las parejas heterosexuales la posibilidad de registrarse a través de las uniones civiles vulneraba el derecho a no ser discriminado en razón de la orientación sexual, en relación con el art. 8 CEDH. Esta decisión constituye una prueba más de la obligación de los Estados de reconocer el mismo estatus jurídico a las parejas heterosexuales y a las homosexuales. Asimismo, y de acuerdo con una parte de la doctrina⁴⁸, el caso *Vallianatos* permite a la Corte Europea restringir el amplio margen de apreciación de los Estados en materia de regulación de la vida familiar de los homosexuales, dado que, desde este momento, formarán una pareja también dos personas unidas por un vínculo afectivo estable que no pueden vivir juntas por razones profesionales o sociales⁴⁹.

La sentencia de 2015 sobre el asunto *Oliari y otros c. Italia*⁵⁰ representa otra decisión fundamental para la reducción del margen de apreciación estatal en materia de protección de las parejas *same-sex* frente a la discriminación, de una forma bastante diferente respecto de la sentencia *Vallianatos*. El TEDH resolvió el asunto *Oliari* condenando al Estado porque, después de unos años desde la doctrina *Schalk*, no había aún aprobado una legislación que reconociera y protegiera a las parejas homosexuales. Más adelante, con la sentencia de 2017 *Orlandi y otros c. Italia*⁵¹, el órgano europeo

⁴⁶ POPPELWELL-SCEVAK, C., “Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions: The Strasbourg Approach To The Recognition Of Same-Sex Marriages”, *Strasbourg Observers blog*, 2 de febrero de 2018; y también SPERTI, A., “Il riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza”, *Studium Iuris*, núm 10, 2018, p. 1161.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de noviembre de 2013, asunto *Vallianatos y otros c. Grecia*.

⁴⁸ FRULLI, M., “Corte Europea... cit.”, p. 24.

⁴⁹ “It can see no basis for drawing the distinction requested by the Government (see paragraph 65 *in fine* above) between those applicants who live together and those who – for professional and social reasons – do not (see paragraph 8 above), since in the instant case the fact of not cohabiting does not deprive the couples concerned of the stability which brings them within the scope of family life within the meaning of Article 8”, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de noviembre de 2013, asunto *Vallianatos y otros c. Grecia*, § 73.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de julio de 2015, asunto *Oliari y otros c. Italia*.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de diciembre de 2017, asunto *Orlandi y otros c. Italia*.

condenará también el Estado que lo haya hecho, pero, en opinión de la Corte de Estrasburgo, demasiado tarde, dejando por mucho tiempo a las personas homosexuales desamparadas sin un justificado motivo y provocando así la violación del Convenio.

La postura del TEDH en el caso *Oliari* es muy clara: los Estados están obligados, so pena la condena por parte del mismo Tribunal, a reconocer de alguna manera los derechos y regular los deberes de las parejas *same-sex*, pues se trata de dos personas que ejercen el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el art. 8 del CEDH. Después de reiterar la doctrina *Schalk* sobre la interpretación del art. 12 CEDH en el sentido que no obliga a los Estados a reconocer el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, condena a Italia porque, sin justificar adecuadamente las razones, ese Estado no había aprobado aún una normativa que regulara la vida familiar de las parejas homosexuales. Por lo tanto, aunque el legislador italiano no estuviera obligado a permitir el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, al no regular jurídicamente de ninguna manera las uniones *same-sex*, reconocidas dignas de esa protección por la doctrina *Schalk*, “excedió su margen de discreción y no cumplió con la obligación positiva de garantizar que los solicitantes tuvieran un marco legal específico que preveía el reconocimiento y la protección de sus uniones homosexuales”⁵², vulnerando así el art. 8 del CEDH.

En el caso *Aldeguer Tomás c. España* de 2016⁵³ el recurrente pretendía que el TEDH condenara al Estado porque no pudo recibir el beneficio de la pensión de viudedad después de la muerte de su pareja, con el que no se casó por no existir esta posibilidad hasta la reforma del Código Civil español de 2005. El demandante consideraba haber sufrido un trato discriminatorio respecto de las parejas heterosexuales, dado que la legislación nacional permitía disfrutar de este beneficio a las parejas que no pudieron casarse porque uno de sus miembros, o ambos, tenía un vínculo matrimonial anterior que no pudo disolverse hasta el año 1981, cuando se introdujo el divorcio en España. La Corte de Estrasburgo reiteró su doctrina sobre el

⁵² “In conclusion, in the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants’ momentous interests as identified above, and in the light of domestic courts’ conclusions on the matter which remained unheeded, the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions.”, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de julio de 2015, asunto *Oliari y otros c. Italia*, § 185 (traducción de la autora).

⁵³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2016, asunto *Aldeguer Tomás c. España*.

reconocimiento del derecho al respeto de la vida privada y familiar *ex art. 8* del Convenio tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales. Sin embargo, aclaró que la situación en la que se encontraba el demandante no podía asimilarse a la condición de las personas heterosexuales y que las elecciones del legislador sobre la regulación de esta circunstancia era expresión del margen de apreciación estatal. Por todo lo dicho, dictaminó que no hubo violación del derecho a no ser discriminados en relación con el art. 8 CEDH.

Sorprende, en realidad, que el Tribunal de Estrasburgo no haya percibido la correspondencia de estas dos situaciones en las que ambas tipologías de pareja, la *same-sex* y la heterosexual, no tenían la posibilidad de acceder al matrimonio, aunque fuera por razones distintas desde el punto de vista legislativo⁵⁴.

Las últimas dos sentencias a las que se hará solo una breve mención, ambas de 2016, tienen como objeto común la supuesta vulneración del principio de no discriminación en razón de la orientación sexual del miembro de una pareja homosexual al que un Estado había rechazado la expedición de un permiso de residencia por motivos de reagrupación familiar: se trata de las decisiones sobre los asuntos *Pajic c. Croacia* y *Taddeucci y McCall c. Italia*⁵⁵. En ambos casos, con motivaciones parcialmente similares, el Tribunal de Estrasburgo declaró que los demandantes habían sufrido una discriminación, con consiguiente violación de los arts. 14 y 8 del Convenio por parte tanto de Croacia como de Italia, dado que ambos habían negado la concesión de un permiso de residencia por razones familiares a la pareja homosexual, sobre la base de razones no suficientes ni legítimas, todas imputables a la orientación sexual de los demandantes⁵⁶.

⁵⁴ También Matia Portilla expresa sus críticas a esta decisión, al apuntar que “No deja de ser paradójico que el Tribunal ampare a una persona que, pudiendo haberse casado, opta por no hacerlo y no haga lo propio con quienes no tenían tal posibilidad”, MATIA PORTILLA, F. J., “Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, 2018, p. 298.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de febrero de 2016, asunto *Pajic c. Croacia*, y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2016, asunto *Taddeucci y McCall c. Italia*. En Europa hubo otra sentencia trascendente sobre esta misma problemática, esta vez en el ámbito de la Unión Europea: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept c. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne (Rumanía); sobre el particular puede verse, entre otros, ROMBOLI, S., “El conflicto entre identidad nacional y Derecho de la Unión Europea en el caso *Coman*: el Tribunal de Justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2020, en prensa.

⁵⁶ Pueden encontrarse unos resúmenes más detallados de las resoluciones en los siguientes enlaces: https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=17843&opac_view=-1 y

V. UNA MIRADA AL FUTURO: UNAS PREVISIONES RESPECTO DE LA FUTURA DOCTRINA DEL TEDH EN MATERIA DE ACCESO DE LAS PAREJAS SAME-SEX A LAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA

Para cerrar este trabajo de investigación, puede ser interesante proponer una previsión respecto de los futuros desafíos a los que deberá enfrentarse el Tribunal Europeo de Derechos humanos en los próximos años, siempre en relación con el tema de la discriminación por orientación sexual de las personas y parejas homosexuales. Uno de los temas sobre los que aún no se ha pronunciado la Corte de Estrasburgo (por lo menos no directamente, como se dejará de manifiesto), pero que estoy segura que pronto llegará a sus puertas, se refiere al acceso de las parejas homosexuales a las técnicas de procreación asistida. Esta convicción surge de un caso muy controvertido resuelto recientemente por la Corte constitucional italiana⁵⁷ y que hace surgir, a mi parecer, algunas dudas respecto de su compatibilidad con la jurisprudencia del TEDH.

La cuestión se refería a la supuesta discriminación de las parejas homosexuales femeninas con respecto al acceso a la procreación asistida (P.A., en adelante), permitido en Italia tanto a las parejas heterosexuales casadas como a las que conviven *more uxorio*. La discriminación, en opinión de la jurisdicción que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, se hizo evidente después de la aprobación en Italia de la ley 76/2016 que regulaba las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Los jueces ordinarios denunciaron la violación, junto con determinados parámetros de la Constitución italiana, de los arts. 8 y 14 del CEDH por parte de la legislación nacional sobre la procreación asistida (Ley 40/2004), en la parte en la que establece dos condiciones, una objetiva y otra subjetiva, entre los requisitos de acceso a estas prácticas. Según la primera, se permite a las parejas utilizar la P.A. solo con el propósito de “promover la solución de problemas reproductivos derivados de la esterilidad y la

https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/sentenza/sintesi_sentenzas/000/000/661/Taddeucci.pdf.

⁵⁷ Sentencia de la Corte constitucional italiana n. 221, de 23 de octubre de 2019. En doctrina, sobre el particular, pueden verse: CASABURI, G., “‘Qui non sto. Non posso fare altrimenti’: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali femminili”, *Il Foro italiano*, 2019, I, pp. 3798-3799; DEL CORONA, L., “Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa?”, *Osservatorio AIC*, n. 2, 2020, pp. 1-3; RECINTO, G. “La legittimità del divieto per le coppie 'same sex' di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni 'revirement"”, *Il Corriere giuridico*, n. 12, 2019, pp. 1466-1450.

infertilidad humana y siempre que no existan otros métodos terapéuticos efectivos para eliminar las causas de esterilidad e infertilidad” (art. 1). Según la segunda, el acceso a la P.A. está reservado “a las parejas de adultos de diferente sexo, casados o que viven juntos, de edad potencialmente fértil, ambos con vida” (art. 5).

La Corte constitucional afirmó que estas dos condiciones son dos aspectos fundamentales de las elecciones del legislador sobre la regulación de la materia y que, por esto, solo podrán ser eliminadas si se demuestran claramente discriminatorias, a saber, si el trato diferente no es razonable. La Corte excluyó que la condición objetiva pueda considerarse como discriminación irrazonable y señala a este respecto que “la infertilidad 'fisiológica' de la pareja homosexual (femenina) no puede asimilarse con la infertilidad (de un tipo absoluto e irreversible) de la pareja heterosexual afectada por enfermedades reproductivas: lo mismo puede decirse de la infertilidad 'fisiológica' de la mujer soltera y de la pareja heterosexual en edad avanzada. Se trata de fenómenos claramente y ontológicamente distintos. Excluir de la P.A. a las parejas formadas por dos mujeres, por lo tanto, no es una fuente de distonía y ni siquiera de discriminación basada en la orientación sexual”. Para sostener con más fuerza esta conclusión, la Corte italiana mencionó la jurisprudencia del TEDH, según la cual una ley nacional que consiente la inseminación artificial solo a las parejas heterosexuales estériles, atribuyéndoles un propósito terapéutico, no puede constituir una diferencia de trato injustificada respecto de las parejas homosexuales *ex* artículos 8 y 14 del CEDH, precisamente porque la situación de estas últimas no es comparable a la de las primeras (sentencia del TEDH sobre el asunto *Gas y Dubois c. Francia*, citada en este artículo respecto de otras problemáticas).

Pasando luego a valorar la condición subjetiva, la Corte volvió a negar que ésta entre en conflicto con los principios constitucionales y con el CEDH, y señaló que “no puede considerarse irracional e injustificada, por lo general, la preocupación del legislador por garantizar, respecto de las nuevas técnicas de procreación, el cumplimiento de las condiciones consideradas mejores para el desarrollo de la personalidad del recién nacido” y que “la idea, subyacente a la regulación en examen, de que una familia *ad instar naturae* – dos padres, de diferente sexo, ambos vivos y potencialmente en edad fértil – represente, en principio, el ‘lugar’ más adecuado para acoger y crecer al recién nacido no puede considerarse, a su vez, arbitraria o irracional en sí misma. Todo esto independientemente de la capacidad de la mujer soltera, de la

pareja homosexual y de la pareja heterosexual en edad avanzada para realizar, si es necesario, funciones parentales válidas”.

La Corte constitucional observó, también, que las conclusiones alcanzadas, especialmente a nivel jurisprudencial, con respecto a la adopción de menores por parte de parejas homosexuales no pueden aplicarse al caso en cuestión, pues constituyen dos supuestos diferentes. En el primer caso se trataría de dar al menor (ya nacido) una familia; mientras que la segunda, de su lado, supone dar un hijo (aún por nacer) a una familia. Sobre la base de esto, el Constitucional italiano consideró que no era irrazonable “que el legislador procure garantizar al niño las que, según su evaluación y la actual percepción de la comunidad social, parecen, en abstracto, las mejores condiciones ‘iniciales’”.

La Corte constitucional vuelve a hacer referencia, en esta ocasión de forma independiente y autónoma respecto de otros argumentos, a la presunta violación de los arts. 8 y 14 del CEDH. Alude a que el TEDH incluyó el uso de la P.A. en el concepto de respeto de la vida privada del art. 8 CEDH, pero también volvió a mencionar que la ley nacional que consiente la inseminación artificial (una de las técnicas de P.A.) solo a las parejas heterosexuales estériles no supone una diferencia de trato injustificada respecto de las parejas homosexuales (citando, una vez más, el asunto *Gas y Dubois*); por lo tanto, los Estados miembros mantienen, en ese ámbito, un amplio margen de apreciación.

Algunas de las afirmaciones de la Corte constitucional a las que se ha apuntado pueden despertar ciertas preocupaciones. Aunque el Tribunal italiano cierre algunas de ellas declarando que no tiene intención de valorar la capacidad, entre otros, de la pareja homosexual para ser padres, la mayoría de las otras revelan una concepción tradicional y arcaica de las relaciones paterno-filiares y de las características de la familia que pueda proporcionar las mejores condiciones iniciales a los futuros niños. Sin embargo, esta no es la sede adecuada para razonar sobre los contenidos de una sentencia de un tribunal constitucional nacional, representando ésta, antes bien, una ocasión perfecta para plantearse las posibles respuestas del TEDH ante un recurso frente a esta decisión nacional.

Como mencionaba al principio de este epígrafe, la Corte de Estrasburgo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el acceso de las parejas homosexuales a las

técnicas de P.A. solo parcialmente e indirectamente. Además, lo hizo en una sentencia de 2012, poco después del fundamental punto de inflexión constituido por la sentencia *Schalk*, y antes de las sentencias de 2013 citadas en las páginas anteriores que han determinado otro avance fundamental en la protección antidiscriminatoria de las parejas *same-sex*. Me refiero, a todas luces, a la prohibición de proporcionar un trato diferenciado entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales, ambas no casadas.

Después de otros siete años desde estas decisiones, en los cuales se ha visto crecer exponencialmente el número de países que reconocen alguna forma de protección jurídica de las parejas *same-sex* (entre los cuales, también, el matrimonio), así como el consenso de la sociedad a este tipo de unión, es muy probable que el Tribunal Europeo revise y actualice su doctrina.

No obstante, la corriente más conservadora y protectora de la familia tradicional podría encontrar un notable sostén en las afirmaciones, también expresadas en *Gas y Duboit*, según las cuales es legítimo que un Estado quiera destinar las técnicas de P.A. solo a los casos en los que existan parejas que, por razones fisiológicas y patológicas, sean estériles, manteniendo así la diferencia de trato entre parejas homo y heterosexuales.

VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: ¿RECONOCIMIENTO O IGUALDAD?

El examen de la doctrina del Tribunal Europeo ha dejado de manifiesto los grandes avances realizados en los últimos 40 años de jurisprudencia en materia de protección frente a la discriminación de las parejas *same-sex*.

Es evidente como, con el trascurso del tiempo, la homosexualidad ha pasado de estar prohibida por leyes penales y castigada por los Estados, a constituir una característica personal que no puede ser motivo de discriminación. Es más, la evolución más reciente de la jurisprudencia del TEDH ha permitido que esta condición personal fuera valorizada también en su dimensión relacional o afectiva, hasta reconocer que las relaciones homosexuales tienen igual dignidad que las heterosexuales.

Pese a estos indudables logros, el Tribunal Europeo sigue manteniendo un amplio margen de discrecionalidad estatal en lo que concierne al reconocimiento del derecho al matrimonio de las parejas *same-sex*, además de reconocer un diferente

estatus jurídico, legítimo y justificado, entre las parejas casadas y no casadas. Esta diferencia de estatus podría no suponer un problema para las parejas heterosexuales que deciden no “sellar” su unión a través del vínculo matrimonial. No puede decirse lo mismo para las parejas homosexuales que viven en Estados donde no se les reconoce el derecho al matrimonio. Prohibir el acceso a un negocio jurídico que permite la adquisición de unos derechos y deberes peculiares y específicos solo en razón de la orientación sexual de las personas y para proteger un interés como la familia tradicional, no resulta a todos proporcionado ni fácil de comprender jurídicamente. Hasta que el Tribunal Europeo no reduzca el margen de apreciación estatal en este ámbito, en consideración también de los cambios en la conciencia social respecto de los derechos de las personas LGBTI y de que el Convenio es un instrumento “viviente”, como ha reiterado el TEDH, seguirá existiendo una ilegítima diferencia de trato entre las parejas *same-sex* y las heterosexuales, porque nunca tendrán el acceso a los mismos medios legales para conseguir el disfrute de sus derechos⁵⁸. Las parejas homosexuales seguirán siendo parejas con una dignidad inferior, que pertenecen a otra clase. Tendrán reconocimiento jurídico, esto sin duda, pero no igualdad.

Por esta razón, como ya defendí en otro contexto⁵⁹, es deseable que el Tribunal Europeo haga suyos los razonamientos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (TSEEUU, en adelante) en la famosa Sentencia de 26 de junio de 2015, asunto *Obergefell vs. Hodges [...]*, aunque se trate evidentemente de dos tribunales con naturaleza y propósito distintos. El TSEEUU, al encontrarse ante la situación en la que algunos Estados de la Federación reconocían el matrimonio homosexual y otros no, afirmó lo siguiente: “El deniego del derecho al matrimonio a las parejas homosexuales causaba un daño grave y continuado y la imposición de esta prohibición a gay y lesbianas contribuía a faltarles al respeto y a ponerlos en una condición de subordinación”.

⁵⁸ No puede ignorarse que las parejas heterosexuales no casadas eligen mantener ese estatus, esto es, no quieren casarse. Sin embargo, los homosexuales no pueden casarse y, por ende, tienen prohibido acceder a ese estatus. Esto, en mi opinión, constituye una discriminación, en cuanto el interés legítimo a la base del trato diferenciado, la protección de un instituto jurídico de origen “tradicional” como el matrimonio, no justifica una limitación semejante de los derechos de determinadas personas en razón de su orientación sexual.

⁵⁹ ROMBOLI, S., “¿La más bella del mundo es también la más igualitaria? Reflexiones al hilo de la jurisprudencia constitucional italiana en materia de acceso al matrimonio para las parejas *same-sex*”, RÍOS VEGA - SPIGNO (Dirs.), *Estudios de casos líderes nacionales. Vol. XVII. Los Derechos Humanos en La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana*. Tirant lo Blanch. México, 2020, pp. 1-25 (en prensa).

El Tribunal Supremo, a renglón seguido, reconoció el derecho fundamental de las parejas homosexuales a casarse en todos los Estados de los EEUU, y a que, mientras tanto que las regulaciones nacionales se actualizasen, dicho matrimonio celebrado en un Estado en concreto, se reconociera en todos los demás Estados. Ante una situación de falta de homogeneidad en las regulaciones y en el consenso respecto de las uniones homosexuales, el TSEEUU opta por imponer él mismo una homogeneidad que garantice el nivel más alto de goce de los derechos a las personas homosexuales y la plena realización del principio de igualdad, actitud opuesta respecto de la del TEDH⁶⁰.

Muy interesantes, también, las afirmaciones que siguen: si se trata de proteger unos derechos fundamentales, los jueces ordinarios no tienen que esperar a que el legislador actúe regulando aquellos, sino que pueden aplicar directamente la Constitución y el principio de igualdad⁶¹. Declara el Tribunal Supremo: “Dado que [...] las personas no deben esperar la actuación del legislador para poder ejercitar un derecho fundamental, el Tribunal Supremo ha considerado que, si este no hubiera actuado [...], esta misma habría negado una vez más a gays y lesbianas muchos derechos y responsabilidades conexas con el matrimonio”. Si la prohibición del acceso al matrimonio constituye un obstáculo a la titularidad y al pleno ejercicio de determinados derechos que pueden disfrutar las personas con una orientación sexual distinta, se está, en mi opinión, vulnerando claramente el principio de igualdad y no discriminación.

⁶⁰ DELGADO RAMOS, D., “Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista de derecho político, UNED*, n. 99, 2017, pp. 325-356; JAEGER-FINE, T., “Marriage equality in the United States: a look at Obergefell and beyond”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 3, n. 1, 2016, pp. 7-41.

⁶¹ YOSHINO, K., “A New Birth of Freedom? Obergefell v. Hodges”, *Harvard law review*, Vol. 129, n. 1, 2015, pp. 153-154.

JURISPRUDENCIA CITADA

Informe adoptado por la Comisión Europea de Derechos Humanos el 1 de julio de 1997, asunto Sutherland c. Reino Unido (n. 25186/94).

Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 10 de julio de 1975, *X. c. Bélgica y los Países Bajos*.

Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 3 de mayo de 1983, *X. e Y. c. Reino Unido*.

Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 14 de mayo de 1986, *S. c. Reino Unido*.

Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 10 de febrero de 1990, *B. c. Reino Unido*).

Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 19 de mayo de 1992, *Kerkhoven y Hinke c. Países Bajos*.

Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 10 de julio de 1997, *Di Lazzaro c. Italia*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de junio de 1979, asunto *Marckx c. Bélgica*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 22 de octubre de 1981, asunto *Dudgeon c. Reino Unido*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de mayo de 1985, asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido*.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de noviembre de 1986, asunto *Lindsay c. Reino Unido*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de mayo de 1986, asunto *Simpson c. Reino Unido*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 1986, asunto *Rees c. Reino Unido*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1988, asunto *Norris c. Irlanda*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 1990, asunto *Cossey c. Reino Unido*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de abril de 1993, asunto *Modison c. Chipre*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de diciembre de 1999, asunto *Smith y Grady c. Reino Unido*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de diciembre de 1999, asunto *Lusting-Prean y Breckett c. Reino Unido*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de abril de 2000, asunto *Shackell c. Reino Unido*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de octubre de 2000, asunto *A.D.T. c. Reino Unido*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de diciembre de 1999, asunto *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de mayo de 2001, asunto *Estevez c. España*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2002, asunto *Fretté c. Francia*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de enero de 2003, asunto *Perkins y R. c. Reino Unido*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de enero de 2003, asunto *Beck, Copp y Bazeley c. Reino Unido*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de julio de 2003, asunto *Karner c. Austria*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de enero de 2008, asunto *E. B. c. Francia*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de junio de 2010, asunto *Kozak c. Polonia*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2010, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de julio de 2010, asunto *P. B. y J. S. c. Austria*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de septiembre de 2010, asunto *J. M. c. Reino Unido*.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 2010, asunto *Serife Yigit c. Turquía*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2012, asunto *Gas y Dubois c. Francia*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2013, asunto *X y otros contra Austria*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de noviembre de 2013, asunto *Vallianatos y otros c. Grecia*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de julio de 2015, asunto *Oliari y otros c. Italia*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de febrero de 2016, asunto *Pajic c. Croacia*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2016, asunto *Aldeguer Tomás c. España*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2016, asunto *Taddeucci y McCall c. Italia*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de diciembre de 2017, asunto *Orlandi y otros c. Italia*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96, [*Lisa Jacqueline*] *Grant y South-West Trains Ltd*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept c. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne (Rumanía)*

Sentencia de la Corte constitucional italiana n. 221, de 23 de octubre de 2019.

BIBLIOGRAFÍA

BORRILLO, D., “De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 11/2011 (Segunda Época), pp. 1-19.

CASABURI, G., “‘Qui non sto. Non posso fare altrimenti’: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali femminili”, *Il Foro italiano*, 2019, I, pp. 3798-3799.

DANISI, C., “Kozak c. Polonia: difesa della famiglia e discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2010, p. 1-3.

- DEL CORONA, L., “Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa?”, *Osservatorio AIC*, n. 2, 2020, pp. 1-3
- DELGADO RAMOS, D., “Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista de derecho político, UNED*, n. 99, 2017, pp. 325-356
- FRULLI, M., “Corte europea dei diritti umani e tutela dell’orientamento sessuale”, *Centro di Studi europei*, <http://www.centrostudieuropei.it/jeanmonnet/wp-content/uploads/2016/02/Lezione-FRULLI-maggio-2016.pdf>, 2016, pp. 1-28.
- GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derecho Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010;
- GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007, pp. 117-143.
- JAEGGER-FINE, T., “Marriage equality in the United States: a look at Obergefell and beyond”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 3, n. 1, 2016, pp. 7-41.
- JOHNSON, P., “Heteronormativity and the European Court of Human Rights”, *Law and Critique*, 2012, XXIII, pp. 12-60.
- MATIA PORTILLA, F. J., “Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, 2018, pp. 273-310.
- POPPELWELL-SCEVAK, C., “Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions: The Strasbourg Approach To The Recognition Of Same-Sex Marriages”, *Strasbourg Observers blog*, 2 de febrero de 2018.
- RECINTO, G. “La legittimità del divieto per le coppie 'same sex' di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni 'revirement””, *Il Corriere giuridico*, n. 12, 2019, pp. 1466-1450.
- ROMBOLI, S., “¿La más bella del mundo es también la más igualitaria? Reflexiones al hilo de la jurisprudencia constitucional italiana en materia de acceso al matrimonio para las parejas same-sex”, RÍOS VEGA - SPIGNO (Dirs.), *Estudios de casos líderes nacionales. Vol. XVII. Los Derechos Humanos en La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana*. Tirant lo Blanch. México, 2020, pp. 1-25 (en prensa).
- ROMBOLI, S., “El conflicto entre identidad nacional y Derecho de la Unión Europea en el caso *Coman*: el Tribunal de Justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2020, (en prensa).
- ROSTELLATO, V., “Diritto all’intimità personale e familiare e ‘derecho de despedida’: l’espansione ‘convencional’ dei diritti della carta fondamentale spagnola. Riflessioni a margine della sentenza del *Tribunal Constitucional de España*, n. 11/2016”, *Osservatorio Costituzionale, Rivista AIC*, n. 3, 2016, pp. 1-21.
- SALES I JARDÍ, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, España, Bosch Editor, 2015, pp. 1-223.
- SPERTI, A., “Il riconoscimento giuridico delle coppie same-sex a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza”, *Studium Iuris*, núm 10, 2018, 1155-1164, p. 1161.
- SPERTI, A., *Omosessualità e diritti*, Pisa University Press, Pisa, 2013.
- TORRES PÉREZ, A. “El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de derechos Humanos y la Unión Europea”, disponible en https://www.academia.edu/8975101/El_matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_a_la_luz_del_Convenio_Europeo_de_derechos_Humanos_y_la_Uni%C3%B3n_Europea, 2012, pp. 1-18.
- VITUCCI, M. C., “La tutela dell’orientamento sessuale. Dall’incriminazione delle condotte omosessuali all’emersione del diritto a non essere discriminati”, *Rivista AIC*, n. 4, 2012, pp. 1-29.
- YOSHINO, K., “A New Birth of Freedom? Obergefell v. Hodges”, *Harvard law review*, Vol. 129, n. 1, 2015, pp. 147-179.