

LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE LAS PAREJAS DE PERSONAS DEL MISMO SEXO: UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Luis F. Carrillo Pozo

Profesor de Derecho internacional privado
Universidad de Almería

TITLE: *The doctrine of the ECHR on same-sex couples: a view from the spanish system of private international law*

RESUMEN: La jurisprudencia reciente del TEDH en materia de uniones de parejas del mismo sexo consolida ante todo la tendencia de los ordenamientos nacionales y de la opinión pública en favor de su reconocimiento y protección. La importancia de las últimas sentencias es que la doctrina se ha desvinculado de los datos procedentes del concreto sistema nacional afectado, imponiendo obligaciones positivas al legislador con independencia de lo que hayan dicho sus tribunales, sus normas internas o de la opinión de la mayoría de la población. Una consecuencia importante en clave nacional es la constatación del déficit normativo español, donde no existe un tratamiento conflictual completo de la pareja registrada.

ABSTRACT: *The recent jurisprudence of the ECtHR on same-sex couples consolidates above all the tendency of national legal systems and public opinion in favor of their recognition and protection. The importance of the latest judgments is that the doctrine has been dissociated from the data from the specific national system affected, imposing positive obligations on the legislator regardless of what its courts, its internal rules or the majority of the population have said. An important consequence in national key is the verification of the Spanish regulatory deficit, where there is no complete conflictual treatment of the registered couple.*

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales. Interpretación de los tratados internacionales. Parejas registradas. Reconocimiento de situaciones.

KEY WORDS: *Fundamental rights. Interpretation of international treaties. Registered partnerships. Recognition of situations.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ASUNTO FEDOTOVA C. RUSIA. 3. QUÉ HAY DE NUEVO. 4. LOS ARGUMENTOS DEL TEDH: ALGUNAS CRÍTICAS Y BASTANTES INCERTIDUMBRES. 4.1. La interpretación de los convenios: notas preliminares. 4.2. El derecho al desarrollo personal. 4.3. El convenio vivo. 4.4. El consenso europeo: los pies de barro del Tribunal. 4.5. El margen estatal de apreciación. 4.6. Un cascarón sin contenido (el problema de los efectos). 5. Y ESPAÑA, ¿QUÉ? LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL PRIVATISTA. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN¹

Cayo, nacional italiano, y Sempronio, nacional español, formaron una pareja registrada en el correspondiente registro italiano de parejas. Han residido en Roma durante los últimos años. Ahora, por motivos laborales, van a instalarse en vivir Málaga, y desean que su unión sea reconocida como tal en el sistema patrio. Con cierta sorpresa constatan que no parece que sea posible. Se les ha sugerido incluso que contraigan matrimonio ante nuestras autoridades, a lo que se niegan.

La Gran Sala del TEDH culmina en su sentencia de 17 de enero de 2023 (Fedotova c. Rusia) una sucesión de pronunciamientos al cabo de los cuales quedan claras dos cosas en su doctrina: que no existe la obligación de introducir en los ordenamientos nacionales la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo y que las uniones estables formadas por estas personas tienen que recibir algún tipo de tratamiento jurídico en las leyes estatales, que les otorgue reconocimiento y las proteja. Más allá de este último compromiso, toda concreción es imposible. Es verdad que las resoluciones de la Corte nacen pegadas al conflicto concreto, al derecho subjetivo que tratan de proteger, sin pretensiones de dar directrices sobre la forma de interpretar una norma, como pueden ser las del TJUE; pero he aquí que en el presente caso encontramos un pronunciamiento con alcance más general, una directriz dirigida a los legisladores nacionales. Dicho de otra forma, la sentencia en el asunto Fedotova alberga en su interior una norma implícita de derecho internacional privado.

A lo largo de las siguientes páginas me dedicaré a repasar la mencionada sentencia y los precedentes que jalonan el camino que conduce hasta ella. Al final podremos contemplar un paisaje con demasiados saltos lógicos y exceso de impresionismo. Me interesa esta sentencia en la medida en que impone deberes de actuación a los Estados, y en tanto en cuanto pueda tener impacto en el instrumento conflictual. Por ello, en las líneas finales trataré de verificar en qué nivel de acatamiento se encuentra

¹ La bibliografía sobre el tema de las parejas y matrimonios entre personas del mismo sexo es inabarcable. Por ello me limitaré a utilizar la que a mi juicio permite desarrollar una exposición predominantemente internacionalprivatista. Asumo que habrá trabajos mejores que no he podido consultar, o cuyo valor no he sabido apreciar. Muchas veces una selección es el resultado de un juicio absolutamente subjetivo, y desde luego no aspiro a que guste a todos lo que a mí me parece bueno. De la misma manera, con frecuencia, trabajos de calidad incontestable se quedan en el fondo de la memoria, presentes aun sin ser citados. A los anónimos, pues, mis disculpas y mi agradecimiento, y en todo caso a la benevolencia del lector me encomiendo, que sabrá disculpar mis (¿in?)evitables carencias. Lo que no pretendo bajo ningún concepto es competir en número de citas y de referencias bibliográficas. Como siempre, siguiendo las directrices de la Aneca, se opta por la menor concisión posible. Si no se dice lo contrario, las referencias a los párrafos de sentencias corresponden a la de 17 de enero de 2023.

Todas las páginas web referidas han sido consultadas por última vez el día 28 de julio de 2023.

el sistema español, que ofrece un perfil paradójico, por contradictorio, en tanto que pretenciosamente abierto y al mismo tiempo fuente de incertidumbres para los particulares.

2. EL ASUNTO FEDOTOVA C. RUSIA

No es la primera vez que el tema de las uniones entre personas del mismo sexo es tratado por el TEDH. Esto es sabido y por tanto bastará recordarlo con unas escuetas pinceladas². Hay que diferenciar el derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH) del respeto a la vida privada y familiar (ar. 8). El primero es prácticamente de configuración nacional: tratándose de un territorio tan vinculado a valores esenciales de la organización social, sistemáticamente se llega a la conclusión de que corresponde a los Estados regular los perfiles de la institución matrimonial. Pertenece a su esfera de apreciación discrecional decidir quién puede casarse y quién no, a salvo la función de vigilancia negativa del Tribunal, para rechazar aquellas leyes nacionales que prevean obstáculos desproporcionados, injustificados y/o innecesarios³.

Los principios básicos están bien asentados. La organización de la vida de pareja al margen del matrimonio se incardina en el art. 8 CEDH. La opción por eludir el matrimonio y constituir una pareja, es claro, escapa al control del ordenamiento: lo primordial en ese punto es, por tanto, garantizar la no injerencia. Ahora bien, el Tribunal subraya que se anudan a esa realidad consecuencias de tres órdenes⁴: materiales (impuestos, seguros de salud, seguridad social, pensiones de alimentos, indemnizaciones *post mortem*, derechos sucesorios...), en el ámbito de la filiación (acceso a técnicas de reproducción asistida, adopción del hijo de la pareja, ...) y [sic] «otros» (apellidos, permisos de residencia, nacionalidad, exención de testificar,

² También el TJUE se ha ocupado de este tema, pero en este caso con enfoque parcial y tangencial, dimensiones concretas de enorme repercusión mediática como la cuestión del permiso de residencia, por ejemplo: sentencia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16, *Coman*; las implicaciones de esta sentencia, del método del reconocimiento y una comparación con el caso Orlandi en particular en GARDEÑES SANTIAGO, Miquel, en «The Cross-Border Continuity of Family Status as a Means of Ensuring Free Movement and Residence Rights of the European Union Citizen», en VVAA, *Towards an inclusive citizenship in Europe*, Papazissis Publishers, Atenas, 2019, pp. 211-244. Al carecer de competencias en materia de familia, la UE se limita a la libre circulación de personas: Parlamento Europeo, *Resolution on LGBTIQ Rights in the EU*, 14 de septiembre de 2021. Estas cuestiones son bien tratadas, y recogidos los documentos emanados, en KŘÍČKOVÁ, Lenka, «Same-sex families' rights and the European Union: incompatible or promising relationship?», en *International Journal of Law, Policy and The Family*, vol 37, nº 1, 2023, pp. 5 ss.

³ Sentencia de 14 de diciembre de 2010, *O'Donoghue y otros c. Reino Unido*: «national authorities may not [...] deprive a person or a category of persons of full legal capacity of the right to marry with the partners of their choice» (párr. 83).

⁴ Muy bien explicado en los párrafos 31 ss. de la sentencia de 24 de junio de 2010, *Schalk c. Austria*.

sucesión en los arrendamientos, donación de órganos,...). Más allá de la no intervención, se trata de posibilitar el reconocimiento y protección de esas consecuencias a quienes han constituido una pareja estable. Y de la misma manera que todo esto no encaja en el art. 12, tampoco hay dificultad en acomodarlo en el art. 8. En esta tesitura el imperativo es asegurar el acceso a una disciplina legal que reconozca y garantice la situación de pareja, esto es, tanto su misma existencia como los efectos que acabo de referir⁵.

Este es el trasfondo jurídico en el que se inserta la precitada sentencia de 17 de enero de 2023, que sirve de referente para este escrito. Los hechos no difieren de los ya conocidos en algunos asuntos previos, que parecen responder (todos) a un diseño preconcebido, que se inicia con la solicitud de operaciones ilegales que desemboquen en resoluciones desestimatorias que abran la vía para acudir a instancias superiores: seis recurrentes, tres parejas rusas del mismo sexo que en diversos momentos habían comunicado a sus Registros civiles la voluntad de contraer matrimonio, comunicaciones que o bien habían sido rechazadas o no se les había dado curso. En los tres casos se había recurrido ante los tribunales y en los tres se había rechazado los recursos sobre la base de la normativa constitucional y las disposiciones del Código de familia, que definen el matrimonio como unión de hombre y mujer⁶. La sección tercera del Tribunal Europeo se pronuncia por primera vez en este litigio en sentencia de 13 de julio de 2021. En aquella ocasión, los recurrentes ponían el acento en la emergencia de un consenso europeo en torno al reconocimiento formal de las uniones del mismo sexo, el hecho de que Rusia había sobrepasado el margen estatal de apreciación, el rechazo por parte del TEDH de la actitud hostil del gobierno ruso hacia las manifestaciones de homosexualidad y los inconvenientes prácticos ligados a la falta de reconocimiento de las uniones. Esta primera sentencia aprecia la existencia de violación del art. 8 CEDH, y entre sus apreciaciones quiero subrayar cuatro: la existencia de una obligación positiva de adoptar medidas para asegurar el respeto de la vida privada y familiar; que no se impone explícitamente el reconocimiento formal de las parejas del mismo sexo, pero sí un reconocimiento legal que alinee la realidad y la ley⁷; la falta de perjuicio con ello al

⁵ Un planteamiento general, poniendo de manifiesto el papel del art. 8 como norma residual (de momento) en JOHNSON, Paul, «Marriage, Heteronormativity, and the European Court of Human Rights: A Reappraisal», en *International Journal of Law, Policy and The Family*, vol. 29, nº 1, 2015, p. 70.

⁶ Art. 72 de la Constitución, arts. 1, 12 y 14 del Código de familia.

⁷ Suena contradictorio afirmar que «*It does not explicitly impose on the Contracting States an obligation to formally acknowledge same-sex unions*» (párr. 49) para después aludir a «*the positive obligation to ensure respect for the applicants' private and family life, in particular through the provision of a legal framework allowing them to have their relationship recognised and protected under domestic law*» (párr. 50). ¿Todo ello sin reconocimiento previo? El razonamiento es endeble, y por ello que el asunto pasara a la Gran Sala ofrecía la oportunidad de eludir esos saltos lógicos y aparentes contradicciones.

matrimonio tradicional; la no justificación de la ausencia de marco legal para las parejas, que desborda el margen nacional de apreciación.

Respecto a los precedentes, el TEDH da un salto adelante. Por ello no es extraño que cuando en octubre de 2021 el Estado contratante demandado solicita su remisión a la Gran Sala -ex art. 43 del Convenio, cuyo apartado 2 alude a la necesidad de resolver una cuestión grave de carácter general- la solicitud fuera admitida. Estaba claro que se avecinaba una decisión con alcance general.

En atención a los argumentos de la primera sentencia, era previsible que las observaciones de los recurrentes viraran moderadamente respecto a los recursos: desaparecen las referencias al consenso europeo y a la homosexualidad, y se sigue insistiendo en que el Estado tiene una obligación positiva de construir un sistema alternativo (sea cual sea) al matrimonio, aceptando que este conflicto no encaja en el art. 12 CEDH. El objetivo es tener la consideración de familia y por ello gozar de los beneficios inherentes a los que el Tribunal había aludido en repetidas ocasiones. Asimismo, se acepta que el legislador tiene margen de apreciación, pero no hasta el punto de privar de significado al reconocimiento legal de las parejas. En tercer lugar, se denunciaba la falta de equilibrio entre los intereses en presencia (protección de la moral, de la familia tradicional, de la voluntad mayoritaria).

Más allá del fallo, de cuyo contenido condenatorio al Estado demandado nadie podía dudar a la luz de la sentencia de 2021, interesa el argumentario de la decisión, marcada por las siguientes afirmaciones y líneas de interpretación:

- El desarrollo personal. El art. 8 CEDH cubre el derecho al desarrollo personal, la orientación sexual se incluye en la esfera protegida por esta norma, que además abarca el derecho a llevar una «vida privada social», o sea, la posibilidad de desarrollar su identidad social, aproximarse a los demás para establecer relaciones con ellos⁸. No disponer de un régimen legal para el reconocimiento y protección de las parejas del mismo sexo afecta a la identidad personal y social de aquellos que como homosexuales desean tener legitimadas y protegidas por ley sus relaciones de pareja⁹.

⁸ Párr. 143.

⁹ La misma idea reaparece a lo largo de la sentencia. Así, en el párrafo 180 leemos que «*allowing same-sex couples to be granted legal recognition and protection undeniably serves these ideals and values in that recognition and protection of that kind confers legitimacy on such couples and promotes their inclusion in society, regardless of sexual orientation*»; en el 200 se habla igualmente del valor intrínseco del reconocimiento como forma de desarrollo personal y social.

- De la no injerencia a las obligaciones estatales de hacer. El art. 8 obliga a los Estados parte a desplegar actuaciones positivas, predisponiendo un marco legal específico para el reconocimiento y protección de las parejas del mismo sexo. No obstante, no es obligatorio reconocerles el acceso al matrimonio¹⁰. A falta de ese marco legal, las parejas son sólo uniones *de facto* que se encuentran con dificultades para disciplinar sus relaciones y aspectos de la vida (aquellas consecuencias que referí más arriba), viéndose forzadas a acudir a los tribunales para obtener la protección que requieren.

- Abandono de la interpretación originalista. El Convenio es un instrumento vivo, por lo que el Tribunal ha de mirar a las cambiantes condiciones de los Estados parte. Hay que interpretar las normas no en el vacío, sino tomando como referencia lo que han dicho otras instancias, y ahí resulta que la tendencia generalizada es al reconocimiento legal de las parejas.

- Precisión del margen de interpretación estatal. Cuando se trata de cuestiones sobre las que no existe consenso, y en particular si son asuntos morales o éticos sensibles, los Estados disponen de un amplio espacio de apreciación; pero en temas importantes que afectan a la existencia o la identidad personal ese margen de apreciación es reducido. Eso significa que en este ámbito se dispone de espacio para decidir sobre la forma de reconocimiento y el contenido de la protección, pero no en cuanto a lo que hay que hacer¹¹. Lo que no compete a la Corte es fijar un concreto régimen legal a las parejas; sólo se pide que la protección sea adecuada, en las consabidas dimensiones material y moral.

- Restricciones injustificadas. La protección de la familia tradicional es un objetivo legítimo, es cierto, pero en nada padece por el hecho de tutelar a las uniones de personas del mismo sexo. En nada perjudica esa protección al derecho de las personas de diferente sexo a casarse y fundar una familia. Además, el ejercicio de los derechos convencionales por una minoría no puede quedar a expensas de su aceptación por la mayoría de la población. Por lo que se refiere a la protección de los menores, leyes como las que se requieren contribuyen a eliminar estigmas y a luchar contra la homofobia.

Sorprendentemente, alguno de estos argumentos, de enorme poder en la construcción de la decisión, desaparecen en el párrafo concluyente final, concentrado en la última

¹⁰ La idea de las obligaciones positivas aparece de forma insistente: véanse en particular las referencias en los párrafos 152, 156 y 166.

¹¹ Muy importantes los párrafos 188 y 189 de la sentencia.

serie de afirmaciones recién citada, acentuando los inconvenientes prácticos de la falta de reconocimiento y señalando que prevalecen los intereses individuales de los recurrentes sobre los colectivos, alegados por el gobierno ruso, por lo que se aprecia que el Estado ha sobrepasado el margen de apreciación disponible y no ha cumplido con sus obligaciones positivas de respeto a la vida privada y familiar, con la consiguiente violación del art. 8 CEDH¹². A analizar esos argumentos dedicaré las siguientes páginas. Antes, empero, me detendré en la trascendencia de la resolución.

3. QUÉ HAY DE NUEVO

¿Por qué es importante Fedotova? Ya he apuntado que no es la primera incursión del Tribunal en este tema. La novedad estriba ante todo en que es el primer pronunciamiento sobre él emanado de la Gran Sala: aunque en el Tribunal no funciona el sistema del precedente, se reconoce cierta preeminencia a sus decisiones, y su doctrina es seguida por las secciones hasta que aquella no adopte una resolución con una orientación diferente.

Aun siendo importante, lo que le confiere esa especial relevancia es su alcance general. El TEDH ha puesto deberes a todos los Estados: teniendo en cuenta que Rusia ha sido expulsada del Consejo y que la sentencia no le va a afectar, podía fácilmente haberse negado a resolver, como por otra parte le fue solicitado¹³. Si se emana una sentencia de muy dudosa eficacia para las víctimas es porque se quería despejar dudas, sentar una doctrina general que hasta ese momento no se había conseguido cincelar: *Karner c. Austria* es probablemente la primera decisión centrada en las consecuencias de este tipo de uniones¹⁴. Aquí no hay obligaciones de hacer ni nada que se le parezca, sino mera función supervisora del Tribunal: se admiten las diferencias de trato siempre que tengan una justificación razonable y objetiva¹⁵. El asunto *Schalk c. Austria*¹⁶ se había centrado en el matrimonio entre personas del mismo sexo, declarando que no es obligatorio para los Estados permitirlo. La sentencia no es, pues, relevante en la

¹² Adviértase que la renuncia a estudiar la posible violación del art. 14 consagra la válida pervivencia de las diferencias de régimen jurídico basadas en el sexo. No parece que (por el momento) se tenga la intención de forzar la apertura de la institución matrimonial a las parejas no heterosexuales. Una acerba crítica de la renuncia a la comparación entre grupos (el “privilegiado” y el “discriminado”) y la “perpetuación de la exclusión” en BREDLER, Eva Maria, «Article 14 ECHR in the Closet: What the ECHR Missed in Fedotova and Others v Russia», en *Völkerrechtsblog*, entrada de 21 de agosto de 2021. Disponible en <https://voelkerrechtsblog.org/article-14-echr-in-the-closet/>

¹³ Sin contar con que los perjudicados no eran tales: dos de las tres parejas casadas en el extranjero ya se habían divorciado.

¹⁴ Sentencia de 24 de octubre de 2003, asunto nº 40016/98.

¹⁵ Párr. 37.

¹⁶ Sentencia de 24 de junio de 2010, asunto nº 30141/04.

cuestión de las formas alternativas de unión estable. En *Vallianatos y otros c. Grecia*¹⁷ el problema era la reserva de la legislación sobre parejas a las uniones heterosexuales; el Tribunal no dice que todos los Estados deban dictar alguna normativa al respecto, sino que si lo hacen debe estar abierta a todo tipo de unión¹⁸. En el asunto *Oliari c. Italia*¹⁹ sí se sentaba doctrina al respecto, condenando al Estado por no ofrecer un marco legal de regulación, pero se hizo de una forma tan vinculada a la jurisprudencia constitucional²⁰ y a la realidad social de aquel país (el consenso de la población fue clave), a las que no deja de referirse, que se generaron dudas sobre su posible extrapolación con alcance general²¹. Dos años más tarde, en *Orlandi c. Italia*²² el problema fue la falta de transcripción en el Registro civil del matrimonio celebrado en el extranjero. Hay varias aseveraciones de la sentencia que le privan -a mi juicio- de cualquier pretensión de adquirir alcance general: la insistencia en que la Corte tiene que examinar el caso concreto, el rechazo de entrar a valorar si existen obligaciones positivas o negativas del Estado, la constatación de la ausencia de consenso europeo pero sí de una realidad social (italiana) que va en otro sentido²³. En todo caso, lo que se

¹⁷ Sentencia de 7 de noviembre de 2013, asuntos nº 29381/09 y 32684/09.

¹⁸ Luego los Estados que regularan sólo el matrimonio no tendrían que brindar ningún marco legal a las parejas del mismo sexo: MILANOVIC, Marko, «Living Instruments, Judicial Impotence, and the Trajectories of Gay Rights in Europe and in the United States», entrada de 23 de julio de 2015, disponible en <https://www.ejiltalk.org/living-instruments-judicial-impotence-and-the-trajectories-of-gay-rights-in-europe-and-in-the-united-states/>

¹⁹ Sentencia de 21 de octubre de 2015, asuntos nº 18766/11 y 36030/11.

²⁰ El proceso arranca con una cuestión de constitucionalidad formulada por diversos tribunales, cuestionando la legitimidad de las normas que restringían a las parejas de distinto sexo el acceso a la institución matrimonial. La sentencia de la *Corte Costituzionale* (138/2010, de 14 de abril) rechaza el recurso, pero llama la atención sobre la evolución social y de las costumbres, evidenciando la necesidad de regulación y protección (no necesariamente en forma de acceso al matrimonio), absteniéndose de ir más allá y asumir la función del Parlamento. La respuesta viene en la ley 76/2016, que introduce las uniones civiles en el Derecho italiano.

²¹ ¿Qué se habría decidido si la opinión pública detectada no fuera tan favorable como la italiana? La opinión concordante del juez MAHONEY, común a la de los jueces TSOTSORIA y VEHABOVIĆ, alude en el párrafo 10 de su escrito a la utilización por la mayoría del TEDH de una combinación de razones que no necesariamente se encuentran en otros Estados, y de las obligaciones que manan del art. 2 de la constitución de aquel país. En general, *vid.* RAGONE, Sabrina y VOLPE, Valentina, «An Emerging Right to a “Gay” Family Life? The Case Oliari v. Italy in a Comparative Perspective», en *German Law Journal*, vol. 1, nº 3, 2016, p. 481; A. HAYWARD, Same-Sex Registered Partnerships – A Right to be Recognised?, en *The Cambridge Law Journal*, vol. 75, nº 1, 2016, p. 30. En el sentido de que se extiende solo a países con mayoría social favorable, FENWICK, Helen y HYWARD, Andrew, «Rejecting Asymmetry of Access to Formal Relationship Statuses for Same and Different-Sex Couples at Strasbourg and Domestically?», en *European Human Rights Review*, nº 6, 2017, p. 545.

²² Sentencia de 14 diciembre 2017, asuntos nº 26431/12, 26742/12, 44057/12 y 60088/12.

²³ Párrafos 196, 198 y 203 respectivamente. No deja de ser elocuente la invocación de esa atención al caso concreto y la consiguiente renuncia a compromisos de mayor alcance cuando en ocasiones anteriores (sentencia de 18 de enero de 1978, Irlanda c. Reino Unido, párr. 154; párrafo 26 de la citada *Karner*; sentencia de 7 de enero de 2010, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 197; sentencia de la Gran Sala de 5 de julio de 2016, *Jeronovičs c. Letonia*, párr. 109) se había evidenciado que sus decisiones no tienen

condenaba era el vacío legal, sin ofrecer mayores precisiones en cuanto a lo que el Estado tiene que hacer, y lo único que se pide es una solución, cualquiera que fuera, dejando claro que un matrimonio de personas del mismo sexo celebrado en el extranjero no tiene que ser reconocido como matrimonio, bastando la transcripción como unión civil.

El panorama, pues, ha cambiado, y la doctrina aparece bien asentada. Fedotova es el referente para casos futuros, y, en los tres pronunciamientos posteriores registrados hasta ahora sobre hechos similares, las secciones del Tribunal se limitan -con algún matiz- a recoger la doctrina sentada en la de la Gran Sala, para llegar a la conclusión de que se han lesionado derechos²⁴.

4. LOS ARGUMENTOS DEL TEDH: ALGUNAS CRÍTICAS Y BASTANTES INCERTIDUMBRES

¿Era la única conclusión posible? Cuando las sentencias son inconsistentes brindan la excusa para no acatarlas. Por más que se pueda estar de acuerdo en que el fallo es razonable, a mi entender el TEDH ha emanado una doctrina mejorable, en la medida en que está preñada de minas (argumentos inconsistentes, que se quedan a medio camino, voluntaristas) y que se ha comportado a mi juicio más como legislador (bastante timorato, eso sí) que como intérprete, sobrepasando los límites de la tarea que tiene asignada (art. 45 del Convenio)²⁵. Adviértase que en muchos de los casos que encajan en la sentencia Fedotova hablamos de violaciones de derechos que no van a poder ser subsanadas, porque no hay resolución judicial que revisar (en España, el cauce sería el art. 510.2 LEC) y porque todo depende de la actuación del Estado legislador, y en defecto de acuerdo parlamentario no hay Tribunal que pueda asumir sus funciones y dictar una ley²⁶.

solo la función de resolver el caso concreto, sino más en general, de aclarar, salvaguardar y desarrollar las normas convencionales, contribuyendo de tal modo a la observancia por parte de los Estados de los compromisos asumidos en tanto que Partes contratantes («...to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of the Convention States»).

²⁴ Sentencias de 23 de mayo de 2023 (Buhuceanu c. Rumania, asuntos nº 20081/19 y otros 20), de 1 de junio de 2023 (Maymulakhin y Markiv c. Ucrania, asunto nº 75135/14) y 12 de diciembre de 2023 (Przybyszewska y otros c. Polonia, asuntos nº 11454/17 y otros 9), de la sección cuarta, quinta y primera respectivamente. Los razonamientos son muy similares en ambas, no obstante, los artículos que se consideran violados son diferentes (el 8 en el primer y tercer caso y el 14 en relación con el 8 en el segundo). La aparición del art. 14 es paradójicamente excepcional en la doctrina sobre parejas.

No deja de ser elocuente que, a lo largo de las 42 páginas de la última sentencia, la sentencia Fedotova aparece en 19 ocasiones, empezando por el breve resumen inicial, elocuente: «*Application of principles established in Fedotova and Others v. Russia*».

²⁵ O peor aun, a veces parece una especie de empresa de sondeos de opinión.

²⁶ Como destaca BOELE-WOELKI, Katharina («What Family Law for Europe?», en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 82, nº 1, 2018, p. 12), el variable nivel de acatamiento

4.1. La interpretación de los convenios: notas preliminares

Atendido el silencio del Convenio sobre este tema, y siendo claro que unas disposiciones con formulación abstracta tendrán que sea interpretadas, el TEDH reconoce que las pautas interpretativas que ofrece el Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados son útiles aquí, válidas también para los instrumentos en materia de derechos del hombre²⁷. Evidentemente, no es necesario abordar el asunto, pero creo que de cara a lo que se dirá de inmediato conviene apuntar y retener varias notas:

- Los arts. 31 ss. aluden a la literalidad de las normas, sus objetivos y a los acuerdos y práctica posteriores. Si bien es cierto que el TEDH subraya que tienen que adaptarse a las peculiaridades de un instrumento sobre derechos del hombre, no pasa de ser una declaración genérica y en las sentencias sólo ha servido para ampliar el marco de referencias hermenéuticas, abarcando tanto las reglas y documentos de la organización que ha emanado el convenio como pronunciamientos de otros tribunales²⁸. Mucho más creativo se ha mostrado en el diseño de dos criterios de interpretación difícilmente incardinables *per se* en las mencionadas reglas del Convenio de Viena, a saber, la doctrina del concepto autónomo y la del instrumento vivo²⁹.

- El art. 31.3 del Convenio de Viena recoge como elemento de interpretación la «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado». Así, si bien el Tribunal admite que una práctica constante de los Estados puede ser interpretada como que establece un acuerdo no sólo en cuanto a la interpretación sino en cuanto a la modificación de las normas³⁰, se ha matizado esa idea desde diversas instancias,

nacional de las sentencias del Tribunal deja bien claro que los Estados siguen considerando que el Derecho de familia es esencialmente nacional y se sienten vinculados por ellas en su justa medida.

²⁷ Groupe de redaction sur la place de la Convention europeenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique europeen et international, *Méthodologie d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme et son approche du droit international*, documento de 28 de septiembre de 2018, p. 4.

²⁸ Por ejemplo, sentencias de 21 de febrero de 1975, Golder c. Reino Unido, párr. 29; 21 de noviembre de 2001, Al-Adsani c. Reino Unido, párr. 60; 4 de febrero de 2005, Mamatkulov y Askarov c. Turquía, párr. 111.

²⁹ Desde las históricas sentencias de 8 de junio de 1976 (Engel c. Holanda) y 25 de abril 1978 (Tyrer c. Reino Unido). Igualmente, Beizaras y Levickas c. Lituania, sentencia de 14 de enero de 2020.

³⁰ Sentencia de 16 de septiembre de 2014, Hassan c. Reino Unido. En la de 12 de mayo de 2005, Öcalan c. Turquía, la Gran Sala llega a afirmar que la práctica de los Estados en materia de pena de muerte equivale a la derogación de la regla permisiva del art. 2.1 del Convenio (párr. 163).

subrayando prudentemente que los acuerdos o prácticas parciales no se equiparan, porque no expresan la versión actualizada de la voluntad de los negociadores³¹.

- No existe un criterio hermenéutico que prevalezca sobre los demás³². Se podrá privilegiar más o menos uno de ellos, pero no sería válida una lectura de las normas convencionales anclada sólo en el consenso europeo o en la opinión de la población, por ejemplo.

- A un mismo elemento -los trabajos preparatorios- se le ha dado peso o ha sido descartado³³.

A partir de estos mimbres incontrovertibles, se trata de ver cómo ha construido el cesto el Tribunal de Estrasburgo. Al proyectar esas ideas sobre la sentencia de la Gran Sala, surgen varias dudas: ¿Se ha interpretado el art. 8 sobre derecho a la vida familiar atendiendo a su contenido real? ¿Se lleva al 8 lo que debería estar ya en el 12? ¿Existe una práctica consolidada de los Estados en la materia? ¿Realmente hay consenso europeo? ¿Puede darse que alguno de los argumentos desplegados no sea sino un trampantojo? ¿La idea de convenio vivo permite prescindir absolutamente de la voluntad del legislador? La lectura de las resoluciones del TEDH deja la sensación de que el criterio es muchas veces de pura oportunidad: se usa lo que sirve para llegar al fallo escrito de antemano³⁴. La resolución se asemeja a una pirámide de palillos sobre cuyo vértice reposa la conclusión, en dudoso equilibrio; pero lo preocupante es comprobar que tal vez uno de esos palillos está roto... Me detendré en algunos de estos aspectos, tratando de subrayar las inconsistencias.

³¹ Groupe de rédaction sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international, *Méthodologie d'interprétation...*, cit., p. 28. En el mismo sentido, reclamando que tenía que ser del conjunto de los Estados, la Comisión de Derecho internacional en sus Comentarios a la versión del convenio de Viena, en *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, pp. 221-222. En la OMC se pide al menos un comportamiento activo de la mayoría y pasividad de los otros miembros (*Rapport CE-Morceaux de poulet*).

³² Commission du droit international, *Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs*, texto adoptado en la sesión de 2018, pp. 22-23.

³³ Por ejemplo, en la sentencia de 18 de diciembre de 1986 (Johnston y otros c. Irlanda) sirven para rechazar la garantía del divorcio del art. 12; en la de 23 de marzo de 1995 (Loizidou c. Turquía) se excluyen porque no son más que las intenciones expresadas por los legisladores hace más de cuarenta años.

³⁴ La invocación de grandes objetivos abstractos como la legitimación, la inclusión y la dignidad (sentencia Fedotova, párr. 180) tampoco ayudan demasiado a construir un razonamiento jurídico riguroso.

4.2. El derecho al desarrollo personal

El art. 8 tiende ante todo a garantizar que el Estado no se entrometa en la esfera privada de los individuos³⁵. Crea, por tanto, una obligación negativa: no prohibir la convivencia o no criminalizar las opciones personales son aspectos básicos. Pero también debería entrar aquí la ilegitimidad de cualquier pretensión de anudar efectos jurídicos a las parejas que no quieren casarse ni formalizar su unión de alguna otra forma (o de obligar a casarse a quien no quiere hacerlo y ha preferido una fórmula con efectos limitados, *vid. infra*), sin perjuicio de la protección dispensada al grupo familiar, de naturaleza jurídico-pública³⁶.

En un segundo nivel se encuentran las parejas formalmente constituidas, para las que se pasa de la no injerencia a las obligaciones positivas: lo que define el derecho a una vida familiar es la posibilidad de vivir juntos para poder desarrollar relaciones familiares con normalidad, por lo que en el contenido esencial de la norma anida una dimensión positiva, al servicio de los intereses consagrados en el texto. El legislador debe poner a disposición de quien no quiere vivir de espaldas al Derecho una batería de medidas idóneas para salvaguardar de alguna manera la intimidad personal y aquellas relaciones ínsitas en la vida familiar. Un escudo, no una espada. Se supone que su identificación concreta (no el sí o el no) compete a cada poder soberano, sin otro límite que la intangibilidad de aquella posibilidad y la no imposición de cargas desproporcionadas a los particulares que pretendan beneficiarse de ellas. Pues bien: i) el marco de tutela y reconocimiento existía ya; ii) los argumentos que se despliegan sirven para fundar una violación del mentado artículo, pero también del art. 12:

i) el respeto de la vida familiar no necesita de una regulación general y exhaustiva. España es buen ejemplo de que se puede sobrevivir sin una ley de parejas. Lo único que pide el art. 8 y la doctrina desarrollada por el TEDH es la predisposición de instrumentos idóneos para que los sujetos puedan hacer valer su condición de titulares

³⁵ Es muy útil la «*Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derecho al respeto de la vida privada y familiar*» editada por el propio Tribunal. He utilizado la última versión, actualizada el 31 de diciembre de 20128.

³⁶ Como señala nuestro TC, «El libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio*, como si trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos [...] Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten...», por lo que cualquier norma que se dicte en este ámbito debe tener carácter dispositivo (STC 93/2013, de 23 de abril).

de las posiciones jurídicas derivadas de la situación de pareja, y eso existe en los espacios reconocidos a la autonomía de la voluntad³⁷. Es cierto que en la sentencia Oliari se afirma que «la necesidad de tener que acudir repetidamente a los tribunales internos para solicitar paridad de tratamiento en relación con cada uno de los múltiples aspectos que conciernen los derechos y deberes de una pareja [...] constituye un obstáculo no irrelevante para los esfuerzos de los recurrentes encaminados a obtener el respeto de su propia vida privada y familiar. Y esto ulteriormente agravado por el estado de incerteza»³⁸, pero ni ese panorama infernal es real ni se ve por qué no basta con un reconocimiento general de la igualdad y la libertad como principios constitucionales seguido de la predisposición de mecanismos de corrección de las desviaciones, que en todos los ámbitos del Derecho se van a dar. Que existan sectores sustraídos o donde existen restricciones a la disponibilidad de las partes (en la misma sentencia se habla por ejemplo de asignación de derechos sucesorios³⁹, como si en todos los ordenamientos el cónyuge viudo fuera heredero forzoso del *de cuius*) es congruente con los principios estructurales del sistema. Por otra parte, que se encomiende a los privados la organización de sus relaciones no es *per se* nocivo (piénsese en la disciplina del régimen económico matrimonial, la ordenación del fenómeno sucesorio o el control de costes asociados a la internacionalidad de un contrato, donde la regla es exigir diligencia al sujeto); lo perverso es negarles la posibilidad de pacto o permitirlo con un coste desproporcionado, que es algo en lo que el TEDH no ha entrado. Si el sistema judicial está colapsado, como señalaba el Tribunal en la sentencia referida *supra*, no es un tema del art. 8.

ii) en la sentencia Orlandi el Tribunal no expresa la más mínima objeción a que el régimen jurídico de las parejas sea sustancialmente igual al de los matrimonios⁴⁰. Viene esto a colación porque nada empece para el contenido de las regulaciones sea idéntico. Al fin y al cabo, en la primera sentencia Fedotova se subraya la sustancial similitud

³⁷ Realmente es llamativo que en la interpretación del TEDH lo que era una recomendación se convierte en una obligación: el Comité de ministros del Consejo de Europa en su Recomendación CM/Rec(2010)5 aconsejaba que allí donde la legislación nacional no reconozca o confiera derechos y obligaciones a las parejas registradas del mismo sexo y a las parejas no casadas, los Estados eran invitados a considerar la posibilidad de afrontar sus problemas reales con medios legales o de otra naturaleza. “Invitados”, “medios de otra naturaleza”...: European Commission against Racism and Intolerance, “*Factsheet on LGBTI issues*” de 1 de marzo de 2021.

³⁸ Asunto Oliari, párr. 171. La traducción es, obviamente, propia. Las mismas ideas reaparecen resumidamente en Fedotova, párr. 203.

³⁹ Asunto Oliari, párr. 169.

⁴⁰ Asunto Orlandi, párr. 195.

entre ambas realidades⁴¹. Y si las organizaciones son iguales en cuanto a su contenido y efectos, deben estar amparadas por las mismas normas fundamentales, y lo que se pide a los Estados en aplicación del art. 8 debe poder pedírseles a propósito del 12. Piénsese que el Tribunal empieza su argumentario en Fedotova aludiendo al desarrollo personal, el respeto a la orientación sexual, a que la vida privada en sentido amplio incluye el derecho a una “*private social life*”, o sea, la posibilidad de desarrollo de su identidad social, englobando la posibilidad de “*approaching others in order to establish and develop relationships with them*”⁴²; por eso se concluye que la falta de reconocimiento afecta a la identidad personal en tanto que homosexual. Menos desarrollo recibe lo relativo a la vida familiar, si bien la respuesta es la misma. Y más adelante se subraya el valor intrínseco que para los solicitantes tiene el reconocimiento oficial. Pues bien, aunque hasta ahora se ha venido reiterando que el derecho al matrimonio puede quedar reservado a las parejas heterosexuales⁴³, no se entiende el déficit en el amparo de cualquier forma de aproximarse y establecer relaciones con otro. O sea, los mismos argumentos empleados a propósito del art. 8 sirven para exigir una disciplina matrimonial indiferenciada residenciada en el art. 12^{44, 45}. ¿Por qué no, si se pretende tutelar cualquier forma de desarrollo personal, si se trata de atender a las necesidades personales y al deseo de reconocimiento?

Más bien parece que el art. 8 sea la cláusula residual, la sala de espera del art. 12 en tanto evolucionan los sistemas nacionales. O, dicho de otra forma: es previsible que lo que ahora se exige al amparo del art. 8 termine siendo imperativo como derivación del art. 12.

⁴¹ «...the Court has already held that they are just as capable as different-sex couples of entering into committed relationships. They are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for formal acknowledgment and protection of their relationship» (párrafo 48).

⁴² Párr. 144: «In the present case, the Court accepts that the unavailability of a legal regime for recognition and protection of same-sex couples affects both the personal and the social identity of the applicants as homosexual people wishing to have their relationships as couples legitimised and protected by law. Article 8 therefore applies in the present case under its “private life” aspect».

⁴³ Sentencias de 16 de julio de 2014, Hämäläinen c. Finlandia, párr. 96; Oliari (cit.), párr. 192; 9 de junio de 2016, Chapin y Charpentier c. Francia, párr. 38; Orlandi (cit.), párr. 192.

⁴⁴ Cfr. FEDELE, Giulio, «Milestone or missed opportunity? The ECtHR Grand Chamber judgment in Fedotova v. Russia on the legal recognition of same-sex couples», entrada del 31 de enero de 2023, disponible en <https://www.ejiltalk.org/milestone-or-missed-opportunity-the-ecthr-grand-chamber-judgment-in-fedotova-v-russia-on-the-legal-recognition-of-same-sex-couples/>

⁴⁵ Tal vez por ello en el último pronunciamiento desaparece del argumentario lo personal, lo íntimo, para poner en primer plano las consecuencias prácticas de la falta de reconocimiento: cfr. FEDELE, Giulio, «More Protection than Recognition for Same-sex Couples in Buhuceanu and others v Romania», entrada del 30 de mayo de 2023, disponible en <https://strasbourgothers.com/2023/05/30/more-protection-than-recognition-for-same-sex-couples-in-buhuceanu-and-others-v-romania/>

4.3. *El convenio vivo*

No creo que quepa duda de que los redactores del Convenio jamás tuvieron en mente las uniones entre personas del mismo sexo, y que en el art. 12 se consideró sólo el matrimonio tradicional⁴⁶; tampoco es dudoso que siempre se ha reconocido el derecho a la vida familiar de las uniones homosexuales⁴⁷. Tampoco se puede afirmar que se quisiera dar un contenido concreto y específico (o sea, cerrado) a la expresión “matrimonio” (art. 31.4 del Convenio de Viena), básicamente porque no era algo discutido. En todo caso, siendo un instrumento que usa términos genéricos, con vocación de permanencia, abierto a los desarrollos sobrevenidos (lo que comparte con cualquier ley⁴⁸), resulta diáfano que se descarta toda férrea atadura a los trabajos preparatorios o a la voluntad originaria⁴⁹. Se trata más bien de atender a la realidad del momento en el que se aplica el Convenio, acompañar a los cambios sociales que inspiran las reformas legales⁵⁰ (por eso es básico constatar la realidad del consenso, *vid. infra*), pero sin construir mirando al futuro ni atar al legislador nacional; elaborar interpretaciones que no vayan contra la norma y que se acomoden a su objeto y fines⁵¹. El objetivo de vivificación tiene un tope, y es que cada Estado ha asumido un

⁴⁶ Se quiso seguir la huella de la declaración universal de 1948, tratando de evitar discriminaciones hacia la mujer, sin pronunciarse sobre el alcance presuntamente excluyente de la fórmula hombres y mujeres: *cfr.* JOHNSON, Paul y FALCETTA, Silvia, «Same-Sex Marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights», en ASHFORD, Chris y MAINE, Alexander (eds), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, ed. Routledge, Cheltenham, 2020, p. 96.

⁴⁷ Sentencia Schalk c. Austria, párr. 55; nótese que se habla de que aún no existe consenso en Europa a pesar de la evolución (párr. 58). Al no haber una definición de familia, las parejas que se apartan del esquema del art. 12 entran sin problemas en el 8: *cfr.* MARTINO, Silvia, «Common Core or Enhanced Cooperation in European Family Law?», en CEBRIÁN SALVAT, Asunción y LORENTE MARTÍNEZ, Isabel, *Protección de menores y Derecho internacional privado*, ed. Comares, Granada, 2019, p. 76.

⁴⁸ Ninguna ley nace cerrada a las evoluciones futuras. Se lee en Fedotova que «[s]ince the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved» (párr. 167). Valga como ilustración del gusto del Tribunal por el uso de frases grandilocuentes pero carentes de contenido.

⁴⁹ Sentencias de 25 de abril de 1978, Tyrer c. Reino Unido, párr. 31; 4 de abril de 2017, Güzelyurtlu y otros c. Chipre y Turquía, párr. 286; 8 de noviembre de 2016, Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría, párr. 138 y 150; 24 mayo 2016, Biao c. Dinamarca, párr. 131; 12 de mayo de 2005, Öcalan c. Turquía, párr. 163; 8 de julio de 2004, VO c. Francia, párr. 4 y 70; 18 de diciembre de 1986, Johnston y otros c. Irlanda, párr. 53; 7 de julio de 2011, Bayatyan c. Armenia, párr. 63; 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido, párr. 103; 4 de octubre de 2010, Al-Saadoon et Mufdhi c. Reino Unido, párr. 119-120; 12 de noviembre de 2008, Demir y Baykara c. Turquía, párr. 76; 11 de julio de 2002, Christine Goodwin c. Reino Unido, párr. 77.

⁵⁰ Se trata de acompasar el ritmo, ir detrás, no el revés. Una frase del tipo de «*a failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement*» (párr. 167) parece evocar más un Tribunal militante inspirador de reformas que un intérprete.

⁵¹ SICILIANOS, Linos Alexandre, «La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans: dynamique d'un instrument international unique», en *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2020, 4 (124), p.

nivel máximo de compromiso (por eso en el caso que sirve de punto de referencia el gobierno ruso siempre alegó -con razón- haber respetado escrupulosamente la jurisprudencia emanada a propósito del art. 12, que es a la que se consideraba vinculado, desde el momento en que el litigio deriva de una solicitud de matrimonio), de modo que cualquier alteración que suponga hacerle decir lo que no estaba previsto ni era imaginable desata el riesgo de denuncia y consiguiente fracaso de la Convención⁵². Para no traspasar la línea -demasiado delgada- entre tal idea y la jurisprudencia creadora de derechos en sectores tan sensibles como el que tratamos, se dispone de un instrumento, el del protocolo, que es a lo que se ha recurrido cuando se ha pretendido crear derechos⁵³. En definitiva, en caso de duda, ¿no habría sido más prudente explorar este camino para las parejas del mismo sexo?

La otra cara del criterio nos conduce, desde este prisma, a lo apuntado más arriba: falta llevar los argumentos hasta sus últimas consecuencias. Puestos a explorar la idea de convenio vivo, explórese íntegramente. Si se trata de imponer la alineación de lo jurídico con la realidad social, que permite el reproche a los tribunales porque dicen algo distinto de lo que practica la administración estatal⁵⁴, si se ha comprobado que las necesidades de las distintas formas de unión son similares, después no cabe afirmar que el art. 12 no vale para todo tipo de matrimonios, sin importar el sexo de los contrayentes. No se entiende el vértigo padecido por el Tribunal al confinar ciertas formas de unión al art. 8^{55, 56}.

826 y las referencias citadas. La utilización de la realidad social como método permite ir más allá de la letra de la norma, incluyendo supuestos que históricamente no estaban incluidos en su *ratio iuris* originaria, o excluyendo uno que sí lo estaba; lo que no se puede es reconstruir el mandato originario: *cfr.* LÓPEZ LÓPEZ, Ángel, «En torno a la llamada interpretación evolutiva. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)», en *Derecho privado y Constitución*, nº 27, 2013, pp. 191-193.

⁵² En este sentido van las opiniones disidentes de los jueces PEJCHAL y WOJTYCZEK en el asunto *Orlandi*, reiterada por este último en *Fedotova*.

⁵³ Ni siquiera una práctica constante basta siempre para crear derechos. La sentencia de 20 de marzo de 1991 (*Cruz Varas y otros c. Suecia*) es un ejemplo elocuente: aunque la práctica de los Estados en relación con la adopción de medidas cautelares sea abrumadora, de esa reiteración no se puede derivar la existencia de un derecho.

⁵⁴ Sentencia *Goodwin*, ya citada: se reprocha que la administración británica financie el cambio de sexo y luego los tribunales no le den relevancia jurídica a ese cambio. La práctica administrativa nacional como medio de interpretación es subrayada en otros sectores, por ejemplo, en las sentencias de 12 de noviembre de 2008 (*Demir et Baykara c. Turquía*, párr. 52) y de 12 de julio de 2007 (*Jorgic c. Alemania*, párr. 69).

⁵⁵ Sus afirmaciones son "*inconsistent and flawed*": JOHNSON, Paul y FALCETTA, Silvia, «Same-Sex Marriage...», *op. cit.*, p. 103. En verdad, la evolución lógica de la doctrina del TEDH termina en el reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, como puso de relieve JOHNSON, Paul, «Marriage, Heteronormativity, and the European Court of Human Rights: A Reappraisal», en *International Journal of Law, Policy and The Family*, vol. 29, nº 1, 2015, p. 70.

4.4. El consenso europeo: los pies de barro del Tribunal

Probablemente sea el argumento al que mayor fuerza asigna el Tribunal, el que arrastra hacia el fallo, y sin embargo es el que más espacio deja a la duda, porque no parece estar muy clara cuál es la doctrina consolidada (y porque probablemente roza lo quimérico en un entorno geográfico tan heterogéneo como el europeo).

El consenso europeo es la coincidencia de los Estados parte, expresada en sus leyes y decisiones de manera diáfana⁵⁷. Ha sido gráficamente descrita como un movimiento de ida y vuelta, desde los parlamentos nacionales al TEDH y de este, una vez elaborada su doctrina, a los Estados⁵⁸, con efecto armonizador⁵⁹. No es un mero acuerdo parcial, no es una tendencia⁶⁰, no es una opinión mayoritaria de la población. Tampoco es la opinión de un comité de expertos o de un tribunal no europeo o lo que se haya dicho en una ley de tal o cual *State*. Es discutible asimismo que para computar el peso del consenso se haya de tomar en consideración lo que expresan los órganos del propio Consejo de Europa⁶¹. Por consiguiente, la operación que ha ido repitiendo el Tribunal a

⁵⁶ « ... présenter des relations solides entre personnes de même sexe comme essentiellement équivalentes aux mêmes relations entre personnes de sexe différent, ainsi que l'a fait la requérante dans ses récits, revient plutôt à promouvoir le respect et l'acceptation de tous les membres d'une société donnée à l'égard de cet aspect fondamental de leur vie»: sentencia de 23 de enero de 2023, párr. 214 (Macatė c. Lituania, asunto n. 61435/19): un tribunal tan beligerante como para escribir estas cosas no puede permitirse después quedarse a mitad del camino.

⁵⁷ En la sentencia de 18 de junio de 2001 (Chapman c. Reino Unido) se descarta la existencia de consenso porque el Tribunal no estaba «convencido de que este consenso sea suficientemente concreto como para deducir de ahí unas indicaciones en cuanto al comportamiento o a las normas que los Estados contratantes consideran deseables en una determinada situación». Un repaso de las declaraciones y trabajos que se han ido sucediendo en las diversas instancias en MCGOLDRICK, Dominic, «The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law», en *Human Rights Law Review*, vol. 16, nº 4, 2016, pp. 617 ss.

⁵⁸ RAGONE, Sabrina y VOLPE, Valentina, «An Emerging Right to a "Gay" Family Life?..., *op. cit.*», p. 475.

⁵⁹ THEILEN, Jens T., *European Consensus between Strategy and Principle. The Uses of Vertically Comparative Legal Reasoning in Regional Human Rights Adjudication*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 126-127. De alguna manera, ya hace tiempo se intuyó el peso del consenso también desde un punto de vista internacional privatístico cuando se hablaba de un «*unintended parallelism*» resultado de las condiciones sociales comparables. MARTINY, Dieter, «Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?», en VVAA, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 441.

⁶⁰ Como evidencia el juez WOJTYCZEK en su citada opinión disidente, si de lo único que se puede hablar es de tendencia, implícitamente se está reconociendo que no hay consenso. De otra parte, nada diferente a lo que podemos leer en el párrafo 85 de la sentencia Goodwill o, en este sector específico, en Vallianatos.

⁶¹ Porque es una trampa matemática engordar el número final fijándose en lo que dice uno mismo en sus distintas manifestaciones. *Vid.* párrafo 177.

lo largo de las sentencias emanadas en este tema desde Oliari tiene enorme valor⁶², siempre que se opere con rigor a la hora de hacer las cuentas. En consecuencia, a mi juicio es relevante subrayar que:

- Ya se ha aludido a cómo se pondera la necesidad de alinear la realidad social y el plano jurídico, y por ello, la aceptación social y la evolución de la sociedad son elementos a considerar para interpretar el Convenio⁶³. Lo perturbador es que la sentencia Fedotova parece haber considerado que es el único criterio hermenéutico (y eso que, como tal, no aparece en el Convenio de Viena tantas veces citado), y eso que el propio Tribunal había rechazado que fuera suficiente y existiera ese consenso europeo cuando no se apoya en datos legislativos ciertos⁶⁴. Es lógico: lo evanescente no puede ser un argumento en el que fundar una decisión. El TEDH no es un detector de corrientes, entre otras cosas porque carece de medios para ello⁶⁵.

- Para definir un consenso es imperativo estar a las normativas que conforman nuestro entramado jurídico y valorativo. Es incomprensible que para conocer y reconstruir el *standard* de interpretación de la propia Convención se acuda a instrumentos ajenos a ésta, al Consejo de Europa o a los Estados parte, como sin embargo defiende la sentencia Fedotova⁶⁶: lo que nos obliga, lo que consideramos esencial y de orden público, no es lo que en América se considera relevante. De la misma manera que la excepción de orden público se construye con materiales nacionales (incluso cuando funcione en un reglamento de la UE), en el espacio del Consejo de Europa el objetivo es atender a un común denominador europeo⁶⁷. ¿Qué sentido tiene, pues, traer a colación la jurisprudencia del TJUE en el asunto Coman para decidir sobre un caso que implica a Rusia, si la propia sentencia Coman coloca en su frontispicio la idea de que cada Estado puede tratar las uniones entre personas del mismo sexo como guste,

⁶² 24 Estados daban algún tipo de cobertura legal a las uniones homosexuales en 2015; en 2017 eran 27; en 2021 el matrimonio existía en 16 Estados y la unión registrada en 14, que pasan a ser, respectivamente, 18 y 12 en 2023.

⁶³ Sentencia Goodwin, párr. 85 y 100; 1 de febrero de 2000, Mazurek c. France, párr. 52; 13 de junio de 1979, Marckx c. Bélgica, párr. 41; 28 de mayo de 2009, Brauer c. Alemania, párr. 40.

⁶⁴ Sin duda el párrafo 173 de la sentencia Oliari apoyándose en sondeos de opinión recoge el más vulgar de los argumentos.

⁶⁵ Sentencias de 11 de julio de 2002, I. c. Reino Unido, párr. 65; 12 de diciembre de 2006, Burden et Burden c. Reino Unido, párr. 57; 27 de abril de 2000, Shackell c. Reino Unido, párr. 1; Schalk (cit.), párr. 58.

⁶⁶ Párr. 176.

⁶⁷ Por eso no le faltaba razón a la sentencia de la Corte Constitucional rusa de 16 de noviembre de 2006 no. 496-O, cuando a propósito del precitado art. 12 CFR declara que «la existencia de una aproximación diferente en ciertos Estados europeos en relación con el tratamiento de aspectos demográficos y sociales no prueba que los derechos constitucionales del demandante fueran infringidos».

limitando las obligaciones nacionales al reconocimiento de lo válidamente creado fuera a los solos efectos de la libre circulación? ¿Qué relevancia tiene a nuestros efectos el art. 9 de la Carta de derechos fundamentales de la UE?

- ¿Cómo se mide el consenso? ¿A partir de qué fecha es relevante? ¿Cuál es el marco geográfico de referencia? ¿Se impone en todo caso a los Estados que no participan de las normas con las que se reconstruye⁶⁸? La opinión disidente del juez Lobov en la sentencia Fedotova pone de relieve las fallas derivadas de ambos aspectos: al TEDH no le interesa la población vinculada a una determinada solución legal sino el número de Estados, de suerte que habla de consenso en el tema de las parejas del mismo sexo cuando resulta que más de la mitad de los europeos residen en países cuyos sistemas jurídicos no comparten lo que considera mayoritario⁶⁹. En segundo lugar, ¿cómo enjuiciar con los ojos de hoy la situación jurídica de hace años, si se acaba de afirmar que se han acelerado los procesos sociales que sirven de referencia interpretativa? Aceptemos que hoy la mayoría europea impone la aceptación de una concreta forma de unión. Ahora bien, ¿alguien puede asegurar que en 2009 (fecha en la que se producen los hechos generadores de la sentencia) la opinión y la práctica estatal mayoritarias iban por ese camino? Más bien se intuye lo contrario. En consecuencia, ¿se puede condenar a un gobierno por no hacer lo que en aquel momento no era obligatorio? ¿Se le puede reprochar no haber detectado tempranamente un cambio de tendencia y haber legislado en esa dirección? Y en otro orden de cosas, ¿qué pasa si se produce una regresión y se desvanece lo que antes era un sentimiento compartido?

Sería interesante en definitiva una precisión del modo en que se detecta el consenso y de la forma en la que opera, y en particular cómo se relaciona con el necesario respeto del margen estatal de apreciación. Por lo demás, no sería patológico ni superfluo que se dejara bien claro que la obligación de dar respuesta a un problema en un concreto sentido funciona sólo hacia el futuro (va de suyo que en este caso la sentencia objeto de análisis no habría podido concluir lo que concluyó).

⁶⁸ Recuérdese que -en un ejercicio de imperio bastante inconsciente- el TEDH sostiene que «*dans la recherche de dénominateurs communs parmi les normes de droit international, elle n'a jamais distingué entre les sources de droit selon qu'elles avaient ou non été signées et ratifiées par le gouvernement défendeur*» (sentencia de 12 de noviembre de 2008, Demir et Baykara c. Turquía, párr. 78).

⁶⁹ Una crítica al criterio matemático aparecía ya en RAGONE, Sabrina y VOLPE, Valentina, «An Emerging Right to a "Gay" Family Life? ..., *op. cit.*», p. 479.

4.5. El margen estatal de apreciación

La doctrina del margen de apreciación instauro un equilibrio entre las especificidades de las diferentes sociedades y de los diferentes sistemas jurídicos⁷⁰. Es una constante la afirmación por el TEDH de que los legisladores estatales son los que están en mejores condiciones de apreciar, valorar y responder a las necesidades de un sistema nacional, y que por lo tanto no puede haber demasiada prisa en sustituir su juicio por el propio⁷¹. El peligro no obstante es que puede desembocar en restricción de derechos cuando se trata de resolver un conflicto entre mayorías y una minoría⁷², lo que aboga por su manejo cauteloso y su progresiva reducción. De hecho, el planteamiento que suele repetirse en las sentencias es que en los sectores donde está en juego la existencia o la identidad personal y/o hay consenso europeo (o una poderosa tendencia en un determinado sentido), el margen es reducido, siendo más amplio en el resto⁷³. Ahora bien, decir esto y decir nada es prácticamente lo mismo: si la amplitud mayor o menor depende de un consenso difícilmente aprehensible o de la definición de conceptos como identidad, el resultado en términos de seguridad jurídica no puede ser más inquietante⁷⁴. Se llega a una cuasi-eliminación de tal principio de interpretación y a la homogeneización forzada desde arriba de las soluciones del Derecho de familia, en principio materia altamente sensible⁷⁵. Quisiera resaltar a este respecto dos afirmaciones y un desliz del Tribunal, verdaderamente elocuentes:

⁷⁰ Vid. SICILIANOS, Linos Alexandre, «La Convention européenne...», *op. cit.*, p. 828.

⁷¹ Sentencia de 8 de diciembre de 2015, Z. H. y R. H. c. Suiza. No obstante, en Oliari (párr. 179) el Tribunal se arroga el papel de intérprete de la voluntad popular (italiana) y de las expresiones de los órganos judiciales (italianos), reprochando al legislador italiano que no había atribuido demasiada importancia a las indicaciones recibidas de la comunidad nacional. Hilo directo con el sentimiento popular...

⁷² La visión de cerca no garantiza la exactitud del juicio: BENVENISTI, Eyal, «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», en *International Law and Politics*, vol. 31, 1999, p. 847 y 851.

⁷³ Véanse los párrafos 175, 185 y 187 de la sentencia en el asunto Fedotova.

⁷⁴ De ahí las fundadas acusaciones de manipulación de la forma en la que desarrolla la investigación sobre el consenso, sólo para conseguir el resultado más acorde a unos objetivos ideológicos, más evidente cuando hay opiniones disidentes: HELFER, Lawrence R., «Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights», en *Cornell International Law Journal*, vol. 26, nº 1, 1993, p. 154. Un ejemplo flagrante de ese consenso a la carta viene en la sentencia de 1 de diciembre de 2010, A, B and C c. Irlanda, incapaz de imponerlo en materia de aborto; o la de 1 de julio de 2014, SAS c. Francia, donde la Gran Sala no consigue descubrirlo a pesar de que sólo dos Estados parte (Francia y Bélgica) prohibían el uso del velo en público.

⁷⁵ No es baladí recordar que en un entorno de cooperación y confianza mutuas tan fuertes como el de la UE, el respeto de las peculiaridades nacionales en este sector es absoluto (art. 81.3 TFUE), lo que genera en estos sectores la conocida fragmentación y las diferentes velocidades. Ciertamente que el Consejo de Europa tiene una vocación totalizadora, pero justamente por abarcar sistemas tan dispares, no tendría sentido prescindir del ejercicio de un prudente realismo; el margen de maniobra reconocido a los Estados vendrá a ser el equivalente de la renuncia a participar en la cooperación reforzada.

- en la sentencia Schalk c. Austria se asegura que «*States are still free, under Article 12 of the Convention as well as under Article 14 taken in conjunction with Article 8, to restrict access to marriage to different-sex couples*»⁷⁶: si esto no es una concesión coyuntural y el anuncio de hacia dónde tienen que ir, al menos se le parece bastante. Que un Tribunal se arroge la iniciativa de la actividad legislativa nacional e indique la dirección a tomar desborda los límites de su función.

- la Gran Sala en la sentencia Fedotova advierte que «*[t]he discretion afforded to States in this respect relates both to the form of recognition and to the content of the protection to be granted to same-sex couples*»⁷⁷, pero no en cuanto a lo que tienen que hacer. Si eso no es eliminar la discrecionalidad estatal, asistimos de nuevo a algo que se le parece mucho.

Resumen de todo lo anterior: la acuñación de una norma como la de Fedotova significa sustraer a los Estados las decisiones sobre lo fundamental, constriñendo su actividad legislativa y reservando el margen de apreciación para los matices.

El desliz es un resquicio: en la sentencia Schalk se admite que «*States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes*»⁷⁸. O sea, según esto debería bastar con acreditar la existencia de alguna iniciativa legislativa (incluyendo las que hayan decaído) para entender que no existe violación del derecho, salvo mayor precisión en cuanto al manejo de los plazos (no parece que el TEDH pueda fijar uno a los Estados parte).

4.6. *Un cascarón sin contenido (el problema de los efectos)*

No se puede hablar de contradicción entre pronunciamientos. Hay evolución, pero falta concreción. Ya hemos visto *supra* que el Tribunal alude a los tres tipos de efectos que se anudan a la constitución de una pareja. La consecuencia lógica debería ser que toda regulación estatal que se precie debe contemplarlos, en la medida en que constituyen un núcleo mínimo esencial. Pero no. En Vallianatos se subraya que el ofrecimiento de un marco legal tiene un valor intrínseco para los afectados «*irrespective of the legal effects, however narrow or extensive, that they would produce*». Bastaría alguna regulación, pues. Pero ni en la paradigmática sentencia Oliari ni en las posteriores se ha apuntado nada sobre cuál debe ser el contenido de derechos y obligaciones que deben

⁷⁶ Párrafo 108.

⁷⁷ Párrafo 188.

⁷⁸ Párr. 105.

incorporarse en la disciplina legal. Sólo parece deducirse de esta última que debe ir más allá de lo meramente económico, porque en ella se afirma que la organización de la vida de pareja por medio de contratos privados de convivencia no alcanza a la atención de exigencias fundamentales como, *inter alia*, las obligaciones y derechos recíprocos, incluyendo la asistencia moral y material, obligaciones de mantenimiento y derechos sucesorios: en consecuencia, aunque la definición del contenido y soluciones concretas de las leyes se abandona al margen de apreciación estatal, resulta claro que las normativas deben incluir también eso que se ha calificado como fundamental, esos aspectos personales⁷⁹. Más concreción no cabe, es cierto, pero no es de recibo hablar de obligaciones positivas sin dar pistas sobre cuáles son. Cada legislador selecciona los que le plazcan y el TEDH se reserva el escrutinio *a posteriori* de las formulaciones nacionales⁸⁰. Permítaseme realizar varias observaciones a partir de lo anterior: i) Cuando se parte de un catálogo en el que una de las rúbricas es “otros” es fácil caer en la indefinición. Todo está dominado por la inseguridad, porque falta un punto de referencia que sirva de criterio de valoración; ii) En ningún momento se ha exigido que las leyes nacionales incorporen una disciplina -menos aun exhaustiva- para todos y cada uno de los efectos a los que se hizo referencia; se supone que en este punto funciona el margen de discrecionalidad estatal (*supra*); iii) Nada impediría un reconocimiento cosmético, que degrade el nivel del reconocimiento en relación con los matrimonios (otra cosa es la eventual violación del art. 14, claro)⁸¹; iv) O el Tribunal precisa estos extremos (si no ha dudado en crear otras normas, no tiene por qué tener escrúpulos en este punto) o estamos abocados a la litigiosidad extrema, condenando al enjuiciamiento del ajuste a la Convención de cada norma estatal en la materia⁸².

5. Y ESPAÑA, ¿QUÉ? LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL PRIVATISTA

Con argumentos a mi juicio mejorables, desde Estrasburgo se exige de forma rotunda una respuesta del legislador a la situación de las parejas (en el caso estudiado, del

⁷⁹ Oliari, párrafo 169: «no se puede considerar que tales contratos ofrezcan el reconocimiento y la tutela indispensables a las uniones de los recurrentes».

⁸⁰ Con llamativo respeto de la congruencia: en la sentencia del asunto Schalk, párrafo 109, se afirma que no puede valorarse la regulación austriaca por no ser objeto del litigio, y acto seguido se hace un juicio global desde este punto de vista.

⁸¹ Ni similitud ni equiparación de efectos al matrimonio (Fedotova, párr. 188): El Tribunal no puede determinar cuál es el régimen legal de las parejas del mismo sexo (párr. 189), aunque tiene que ser adecuada, con efectos prácticos y efectividad (párr. 190), incluyendo aspectos materiales (alimentos, impuestos, herencia) y morales (asistencia mutua).

⁸² Esta crítica ya apareció a propósito de la primera sentencia Fedotova en FEDELE, Giulio, «The (Gay) Elephant in the Room: Is there a Positive Obligation to Legally Recognise Same-Sex Unions after Fedotova v. Russia?», entrada del 23 de julio de 2021, disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-gay-elephant-in-the-room-is-there-a-positive-obligation-to-legally-recognise-same-sex-unions-after-fedotova-v-russia/>

mismo sexo), la que sea. Ofrecer un marco normativo coherente y completo a las parejas estables significa ante todo que un país no puede no legislar sobre esta materia. En segundo lugar, que no basta con una normativa civil dirigida a situaciones puramente internas -tal y como se puso de manifiesto en la sentencia Orlandi-, sino que hará falta dar una respuesta a la realidad de un mundo interconectado. He aquí nuestro punto de llegada: dos realidades distintas, la creación de parejas en un país y el reconocimiento de las constituidas en el extranjero.

Se ha puesto deberes al legislador (también al español), como advertí más arriba. La traducción de la doctrina del TEDH en términos de Derecho internacional privado es que, ante todo, se impone el reconocimiento de un *status (rectius, situaciones)* adquirido en el extranjero, sin adulterarlo, y como paso previo al goce de derechos y libertades, incluyendo -en particular- el derecho fundamental a la unidad de la familia⁸³. Ahora bien, ni que decir tiene que nada podemos reconocer (un efecto concreto) si no sabemos cómo definir la realidad a reconocer, o sea, si no disponemos de una norma de conflicto que nos indique con carácter previo qué ordenamiento determina si existe o no una pareja válida. En el culmen de la lista de tareas pendientes de hallaría, como corolario y en homenaje al objetivo de seguridad jurídica, la sujeción de la pareja al mismo Derecho con independencia de la autoridad que esté conociendo del caso⁸⁴. Ulteriormente habrá que convenir que debe pasar a un segundo plano el rol de las tradiciones nacionales que operan por la vía del orden público del foro, así como la necesaria puesta en cuarentena de las normas de conflicto del foro que eventualmente rechacen el reconocimiento basándose en consideraciones inasumibles⁸⁵.

⁸³ Cfr. BARATTA, Roberto, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», en *Rec des Cours*, vol. 348 (2010), p. 416.

⁸⁴ El estatuto personal y familiar no puede tener un contenido variable en función del sistema jurídico estatal implicado; el no reconocimiento de lo creado fuera sería una injerencia lesiva del art. 8 de la Convención: cfr. BUCHER, Andreas, «La famille en droit international privé», en *Recueil des cours*, vol. 283 (2000), p. 98.

Desde el punto de vista de la normativa de EEUU e incidiendo en el valor de la *full faith and credit clause*, POLLACK, Sheldon D., «Same-Sex Marriage and Conflict of Law: The “Other” Constitutional Issue», en *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol 13, nº, 2015, pp. 477 ss.

⁸⁵ Se impone un matiz. Supuesto que hablamos de derechos fundamentales, no parece coherente negar de entrada el reconocimiento de las situaciones constituidas al amparo de ordenamientos que no forman parte del sistema de garantía del Consejo de Europa. La norma debe estar abierta a toda pareja creada en el extranjero, sin perjuicio del eventual recurso a la excepción de orden público. Se podría traer a colación en este punto las reflexiones de Santiago ALVAREZ GONZÁLEZ cuando traza un paralelo entre el no reconocimiento de una adopción extranjera y un matrimonio (léase pareja) homosexual, que habrá de basarse en una apreciación concreta a la luz del principio de proporcionalidad y de los supuestos de justificación presentes en el art. 8 CEDH: «Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador no vio», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, GARCÍA

Podemos aceptar -no sin objeciones- que nuestro ordenamiento satisface la primera parte de la tarea (la puramente civil). Tan cierto que no en todas las regiones españolas se pueden constituir parejas registradas como que la universalización de la institución matrimonial garantiza un nivel de protección adecuado; una respuesta jurídica siempre queda asegurada, aunque sea al precio de obligar a casarse a quien no quiera. El Derecho patrio no brinda otra fórmula a quienes quieran formalizar su unión ante nuestras autoridades, pero al menos debería dejar la puerta abierta a la búsqueda de amparo en otros sistemas. O sea, y *mutatis mutandis*, de la misma manera que dos personas pueden elegir el rito matrimonial que les plazca para celebrar su matrimonio, con la seguridad de que ese matrimonio va a ser reconocido en España si fue válido conforme a la *lex loci celebrationis* (y asumiendo que se hayan satisfecho las exigencias de fondo, claro), cabría esperar que, ya que no se “despacha” el *productio* pareja registrada en nuestra ley, al menos se dé la opción a quien -por las razones que sea- rechaza el matrimonio, de marcharse al extranjero, constituirse allí (válidamente) como pareja y obtener después su reconocimiento en nuestro país. Y ahí tropezamos. La dimensión internacional ha sido descuidada por el legislador español. ¿Qué puede hacer la pareja de Cayo y Sempronio del ejemplo tomado como punto de partida? Piénsese por ejemplo en una vicisitud inexorable, la del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. Teniendo su residencia en Málaga, su sucesión queda regida por el Derecho civil común, de modo que el supérstite no goza de derecho sucesorio alguno, sea lo que sea lo que disponga la ley al amparo de la cual se constituyó la unión (en aquel caso, la ley italiana le da el mismo tratamiento que a un cónyuge viudo). Así las cosas, el panorama que se va a encontrar viene delimitado por los siguientes datos, que me limitaré a apuntar:

1. Lo más inmediato es que la pareja no configura un estado civil y por tanto no accede como tal pareja al registro civil español (art. 4 LRC)⁸⁶. Tampoco podrá darse publicidad a sus pactos económicos (accesorios de la inscripción del matrimonio) porque no constituyen un régimen económico matrimonial, y tampoco las resoluciones extranjeras en la materia (lo que no es óbice para que puedan acceder a los registros especializados en la medida que afecten al derecho inscrito: *v. gr.*, atribución de un inmueble situado en España a uno de los miembros de la pareja, a raíz de una ruptura). He aquí un terreno abonado para los litigios con terceros (art. 28 del reglamento

RUBIO, M^a Paz, y REQUEJO ISIDRO, Marta, *Estudios de derecho de familia y de sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, La Coruña, 2009, p. 33.

⁸⁶ Otra interpretación en SOTO MOYA, Mercedes, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, ed. Tirant, Valencia, 2013, p. 74. A su juicio, si en el Derecho del Estado de constitución afecta al estado civil, existiría equivalencia funcional. No creo que quepa esa lectura en el tenor de la LRC, cuyo art. 9, por lo demás, es muy claro.

2016/1104 sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas⁸⁷).

2. No podrán aparecer como matrimonio, porque no son equiparables, por mucho que los efectos en algunos países de origen sean similares (Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005)⁸⁸.

3. Se puede objetar que tienen expedita la vía de casarse en España. Es cierto, pero lo que el TEDH exige es reconocer lo válidamente creado en el extranjero, cuando no hay motivos de orden público que lo impidan (y *a priori* y en abstracto no parece que los haya). Y ello sin contar con las dilaciones y costes que se generan, así como la violación que comporta de la libertad de elegir el modelo de unión⁸⁹.

4. La opción de volver a constituir una pareja registrada encierra dos fallas: i) ante todo constituye la negación del principio de base: ¿Qué continuidad es esa que exige reiniciar un procedimiento, más o menos exigente pero siempre costoso?; ii) nada garantiza que los interesados reúnan los requisitos necesarios para ello. Las leyes que están en condiciones de regular consecuencias civiles de la constitución de la pareja deberían asumir (aunque no lo digan) que sólo pueden ser aplicadas a quienes ostenten la correspondiente vecindad civil⁹⁰. En consecuencia, ¿en qué situación

⁸⁷ Al respecto, QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna, «La protección de los terceros en los nuevos reglamentos (UE) de dipr., sobre el régimen de bienes del matrimonio y de la unión registrada», en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, *Los reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104, de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 170 ss.

⁸⁸ Lo que otros sistemas prevén es lo contrario (y el TEDH no lo censura), es decir, la conversión de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero en uniones civiles (v. gr., art. 32 de la ley italiana de Dipr).

⁸⁹ Permítaseme un brevísimo excurso: con frecuencia se asevera que los efectos de los matrimonios y de las parejas registradas son idénticos. No es cierto (un panorama muy completo en MARTÍN SÁNCHEZ, María, «Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 2016, pp. 219 ss.), y como no es cierto, puede darse que unos individuos prefieran un tipo de unión con efectos rebajados o mayor facilidad de ruptura (lo que Pablo Salvador Coderch llama un paralelo blando), y nada legítima a obligarles a pasar a un nivel superior de compromiso personal y patrimonial.

⁹⁰ Sin ánimo de exhaustividad, bastarán un par de ejemplos para ilustrar el agreste estado de este sector del Derecho, dominado por los sobreentendidos y la incertidumbre: el Código civil de Cataluña en su art. 111-3 parte del principio de territorialidad, diluido con una referencia a excepciones que los tribunales no han querido ver, mientras que las normas de los arts. 234-1 ss. omiten cualquier referencia a condiciones personales de aplicabilidad. La normativa aragonesa exige vecindad administrativa de ambos convivientes en algún municipio de Aragón, pero sólo para los efectos administrativos (art. 304 del Código de Derecho foral; *vid.* asimismo el art. 2 del Decreto 203/1999, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas estables no casadas), porque se supone que la vecindad civil es condición imprescindible. La ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la compilación del Derecho civil foral de Navarra habla de

quedaría el español con vecindad civil común que se va a vivir a Barcelona? Nada puede hacer.

De otro lado, las Comunidades autónomas sin Derecho propio establecen registros con meros efectos administrativos, válidos sólo para acceder a beneficios públicos⁹¹, de manera que nuestro español emparejado en el extranjero que pretenda adquirir derechos hereditarios de su pareja se verá frustrado: puede registrarse como pareja (cuando se empadrene o cuando transcurra el plazo de convivencia previa -no se sabe si computa la convivencia en el extranjero o en otra región- exigido por la ley), pero en realidad esto no se parece a lo que traía en su maleta.

5. A estas alturas nuestros Cayo y Sempronio ya habrán comprendido que, si han optado por registrarse en uno de esos registros administrativos, deben pensarse con calma un eventual traslado a otra Comunidad Autónoma: nuevo procedimiento, nuevos requisitos, distintos beneficios⁹².

6. El meollo del asunto y fin de mi discurso es el conflictual. En España no se sabe cuál es la ley al amparo de la cual se reconocen las situaciones constituidas en el extranjero, ni aquella en virtud de la cual se determina si dos sujetos son pareja o no⁹³. Que se está dando respuesta a los casos es evidente, pero funcionamos en el vacío, con soluciones costosas y parciales, cuando no al margen del Derecho. El único tratamiento de derecho internacional privado que han recibido es en el plano de los efectos patrimoniales de la unión, pero la historia es distinta si se quiere empezar por el

inscripción registral a los efectos que establezcan otras disposiciones legales. El caos en este sector queda descrito por ARENAS GARCÍA, Rafael en «Condicionantes y principios del derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea», en *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo 10, 2010, pp. 563 ss.

⁹¹ Allí donde se ha penetrado en el ámbito civil el TC ha declarado la inconstitucionalidad de la norma: STC 11 de abril de 2013 por la que se declara la inconstitucionalidad del arts. 4 y 5 de la ley madrileña de parejas de hecho 11/2001.

⁹² El panorama es demoledor, “una mezcla, una dispersión, que es asimilable a un caos” (cfr. BOSCH CARRERA, Antoni, «Concepto y reconocimiento de las parejas de hecho (marcos conceptuales: Unión Europea, Estado español, comunidades autónomas)», en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, *Los reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104, de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 280) que genera infinidad de problemas: La dificultad de acreditar la existencia de la pareja de hecho cuando, aun no estando formalizada, la legislación autonómica reconoce derechos a sus miembros; ausencia de coordinación de los registros autonómicos; ausencia de un modelo registral (inscripción voluntaria, declarativa, obligatoria o constitutiva según la región); utilización de la pareja en fraude de ley (*ibidem*).

⁹³ Las propuestas y respuestas de los tribunales en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia, *Tratado de derecho internacional privado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, tomo I, pp. 1500 ss. Por supuesto que lo lógico es aplicar la ley del ordenamiento de su constitución, pero no hay norma que así lo establezca, y por ello caben otras soluciones como la ley nacional común (a los ejemplos aportados en el *Tratado* remito).

principio y conocer qué existe y es válido en términos jurídicos y qué no. Si, por ejemplo, la ley rectora de la sucesión determina que el conviviente supérstite tiene derecho de usufructo del patrimonio del muerto; si en tales circunstancias en tema de donación de órganos se le atribuye el poder de decidir; si la normativa sobre apellidos determina que se puede usar uno común; si en caso de ingreso hospitalario puede acompañar al enfermo; si pueden hacer la declaración de la renta conjunta; si... En todos estos casos tendremos que saber si es conviviente o no lo es, y a día de hoy no lo sabemos. Que el legislador ha incumplido es claro; que se le pueda exigir responsabilidad, no estando ante un caso de declaración de inconstitucionalidad o de incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, es muy poco claro (*rectius*, salvo error por mi parte, no es posible)⁹⁴. La inacción no recibe sanción alguna, por más que pueda generar un daño.

6. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador no vio», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, GARCÍA RUBIO, M^a Paz y REQUEJO ISIDRO, Marta, *Estudios de derecho de familia y de sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, La Coruña, 2009.

ARENAS GARCÍA, Rafael, «Condicionantes y principios del derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea», en *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo 10, 2010.

BARATTA, Roberto, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», en *Rec des Cours*, vol. 348 (2010).

BENVENISTI, Eyal, «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», en *International Law and Politics*, vol. 31, 1999.

BOELE-WOELKI, Katharina, «What Family Law for Europe?», en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol 82, nº 1, 2018.

BOSCH CARRERA, Antoni, «Concepto y reconocimiento de las parejas de hecho (marcos conceptuales: Unión Europea, Estado español, comunidades autónomas)», en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, *Los reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104, de regímenes*

⁹⁴ Sobre este tema sigo a FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel, «La responsabilidad del Estado legislador y el artículo 106 de la Constitución», en *Revista de las Cortes Generales*, nº 104, 2018, pp. 221 ss.

económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas, Marcial Pons, Madrid, 2020

BREDLER, Eva Maria, «Article 14 ECHR in the Closet: What the ECHR Missed in Fedotova and Others v Russia», en *Völkerrechtsblog*, entrada de 21 de agosto de 2021. Disponible en <https://voelkerrechtsblog.org/article-14-echr-in-the-closet/>

BUCHER, Andreas, «La famille en droit international privé», en *Recueil des cours*, vol. 283 (2000).

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia, *Tratado de derecho internacional privado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

FEDELE, Giulio,

- «The (Gay) Elephant in the Room: Is there a Positive Obligation to Legally Recognise Same-Sex Unions after Fedotova v. Russia?», entrada de 23 de julio de 2021, disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-gay-elephant-in-the-room-is-there-a-positive-obligation-to-legally-recognise-same-sex-unions-after-fedotova-v-russia/>
- «Milestone or missed opportunity? The ECtHR Grand Chamber judgment in Fedotova v. Russia on the legal recognition of same-sex couples», entrada de 31 de enero de 2023, disponible en <https://www.ejiltalk.org/milestone-or-missed-opportunity-the-ecthr-grand-chamber-judgment-in-fedotova-v-russia-on-the-legal-recognition-of-same-sex-couples/>
- «More Protection than Recognition for Same-sex Couples in Buhuceanu and others v Romania», entrada del 30 de mayo de 2023, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2023/05/30/more-protection-than-recognition-for-same-sex-couples-in-buhuceanu-and-others-v-romania/>

FENWICK, Helen y HYWARD, Andrew, «Rejecting Asymmetry of Access to Formal Relationship Statuses for Same and Different-Sex Couples at Strasbourg and Domestically?», en *European Human Rights Review*, nº 6, 2017.

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel, «La responsabilidad del Estado legislador y el artículo 106 de la Constitución», en *Revista de las Cortes Generales*, nº 104, 2018.

GARDEÑES SANTIAGO, Miquel, «The Cross-Border Continuity of Family Status as a Means of Ensuring Free Movement and Residence Rights of the European Union Citizen», en VvAA, *Towards an inclusive citizenship in Europe*, Atenas. 2019.

HAYWARD, Andrew, «Same-Sex Registered Partnerships – A Right to be Recognised?», en *The Cambridge Law Journal*, vol. 75, nº 1, 2016.

HELPER, Lawrence R., «Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights», en *Cornell International Law Journal*, vol. 26, nº 1, 1993.

JOHNSON, Paul, «Marriage, Heteronormativity, and the European Court of Human Rights: A Reappraisal», en *International Journal of Law, Policy and The Family*, vol. 29, nº 1, 2015.

JOHNSON, Paul y FALCETTA, Silvia, «Same-Sex Marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights», en Ch. ASHFORD/A. MAINE (eds), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, ed. Routledge, Cheltenham, 2020.

KŘIČKOVÁ, Lenka, «Same-sex families' rights and the European Union: incompatible or promising relationship?», en *International Journal of Law, Policy and The Family*, vol 37, nº 1, 2023.

LÓPEZ LÓPEZ, Ángel, «En torno a la llamada interpretación evolutiva. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)», en *Derecho privado y Constitución*, nº 27, 2013.

MARTÍN SÁNCHEZ, María, «Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 2016.

MARTINO, Silvia, «Common Core or Enhanced Cooperation in European Family Law?», en CEBRIÁN SALVAT, Asunción y LORENTE MARTÍNEZ, Isabel, *Protección de menores y Derecho internacional privado*, ed. Comares, Granada, 2019.

MARTINY, Dieter, «Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?», en VVAA, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011.

MCGOLDRICK, Dominic, «The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law», en *Human Rights Law Review*, vol. 16, nº 4, 2016.

MILANOVIC, Marko, «Living Instruments, Judicial Impotence, and the Trajectories of Gay Rights in Europe and in the United States», entrada de 23 de julio de 2015, disponible en <https://www.ejiltalk.org/living-instruments-judicial-impotence-and-the-trajectories-of-gay-rights-in-europe-and-in-the-united-states/>

POLLACK, Sheldon D., «Same-Sex Marriage and Conflict of Law: The “Other” Constitutional Issue», en *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 13, nº 2, 2015.

QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna, «La protección de los terceros en los nuevos reglamentos (UE) de dipr., sobre el régimen de bienes del matrimonio y de la unión registrada», en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, *Los reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104, de regímenes*

económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas, Marcial Pons, Madrid, 2020.

RAGONE, Sabrina y VOLPE, Valentina, «An Emerging Right to a “Gay” Family Life? The Case Oliari v. Italy in a Comparative Perspective», en *German Law Journal*, vol. 1, nº 3, 2016.

SICILIANOS, Linos Alexandre, «La Convention européenne des droit de l’homme a 70 ans: dynamique d’un instrument international unique», en *Revue trimestrielle des droits de l’Homme*, 2020, 4 (124).

SOTO MOYA, Mercedes, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

THEILEN, Jens T., *European Consensus between Strategy and Principle. The Uses of Vertically Comparative Legal Reasoning in Regional Human Rights Adjudication*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2021.

Fecha de recepción: 19.09.2023

Fecha de aceptación: 20.12.2023