

ACCEDA GRATIS a la Lectura en la Nube

- [+]** Siga estas instrucciones para poder visualizar el libro en la Nube de la Lectura
- [+]** Diríjase a la página web de la editorial <https://editorial.tirant.com/mex/mispromociones>
- [+]** En la web vaya a *Mi cuenta*
- [+]** Introduzca su mail y contraseña, si todavía no está registrado debe registrarse
- [+]** Tras registrarse vaya a *Mi cuenta* y una vez identificado seleccione *Mis promociones* e inserte el código oculto en esta página para activar la promoción

CÓDIGO PROMOCIONAL



RASQUE PARA VISUALIZAR

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado

No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL SIGLO XXI

Tomo II
EL ESTUDIO COMPARADO

ESTUDIOS DE CASOS LÍDERES INTERAMERICANOS Y EUROPEOS

Vol. IV. Derechos de los migrantes / Derecho a la conformación de los
partidos políticos / Derechos reproductivos / Derechos LGBTI+

Directores

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA - IRENE SPIGNO
*Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila*

ACADEMIA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS



LUIS EFRÉN RÍOS VEGA
Director General

IRENE SPIGNO
Secretaría Académica

WENDOOLYD BALDERAS CARDONA
Secretaría Administrativa

COLECCIÓN DE “ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO”
CEDECOMP



C|E|D|E|C|O|M|P
CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
COMPARADOS

IRENE SPIGNO
Directora

COMITÉ CIENTÍFICO

PRESIDENTE

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA
Universidad Autónoma de Coahuila

ADRIENNE STONE
Universidad de Melbourne

TANIA GROPPI
Universidad de Siena

RICHARD BAUMAN
Universidad de Alberta

GIANCARLO ROLLA
Universidad de Génova

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
Universidad Nacional Autónoma de México

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
Instituto Tecnológico Autónomo de México

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN
Universidad París/Panthéon-Sorbonne

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

ESTUDIOS DE CASOS LÍDERES

INTERAMERICANOS Y EUROPEOS

Vol. IV. Derechos de los migrantes / Derecho a la conformación
de los partidos políticos / Derechos reproductivos / Derechos
LGBTI+

Directores

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA - IRENE SPIGNO

Coautores

Rafael de Asís Roig	Juan María Bilbao Ubillos
Eleonora Ceccherini	Felipe González Morales
Tania Groppi	José de Jesús Orozco Henríquez
Miguel Ángel Presno Linera	José Luis Rey Pérez
Fernando Rey Martínez	Elena Sorda



C|E|D|E|C|O|M|P
CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
COMPARADOS

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2020

Copyright © 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Los textos publicados en la presente obra han sido sometidos a proceso de dictaminación académica.

© Luis Efrén Ríos Vega
Irene Spigno (Directores)

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Río Tiber 66, Piso 4
Colonia Cuauhtémoc
Alcaldía Cuauhtémoc
CP 06500 Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1313-709-4
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Índice

Tablas

<i>Jurisprudencia</i>	XI
<i>Legislación</i>	XXV
<i>Otros documentos</i>	XXXVII
<i>Abreviaturas y siglas</i>	XLIII
<i>Lista de autores</i>	XLV
<i>Presentación</i>	XLVII

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA - IRENE SPIGNO

Primera Parte

DERECHOS DE LOS MIGRANTES

Capítulo 1. La sentencia del Tribunal EDH (Gran Sala) en el asunto de <i>W.H. vs. Succia</i> [2015].....	53
JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS	
Capítulo 2. La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la niñez migrante.....	87
FELIPE GONZÁLEZ MORALES	

Segunda Parte

DERECHO A LA CONFORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Capítulo 3. El derecho de los partidos políticos a presentar candidaturas en los procesos electorales y su limitación en supuestos de apoyo a organizaciones terroristas: el caso <i>Anv vs. España</i> [2010].....	115
MIGUEL A. PRESNO LINERA	
Capítulo 4. Derecho a la conformación de partidos políticos y restricciones a la postulación de candidaturas en el sistema interamericano	141
JOSÉ DE JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ	

Tercera Parte

DERECHOS REPRODUCTIVOS

Capítulo 5. Sobre la gestación subrogada. A propósito del caso <i>Paradiso y Campanelli vs. Italia</i> [2015] del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	163
RAFAEL DE ASÍS ROIG	

Capítulo 6. Análisis del caso de la Corte IDH <i>Artavia Murillo vs. Costa Rica</i> [2012].....	187
FERNANDO REY MARTÍNEZ	
Capítulo 7. Perfiles recientes sobre la fecundación en vitro y la protección de los embriones en la jurisprudencia europea.....	203
ELENA SORDA	

*Cuarta Parte***DERECHOS LGBTI+**

Capítulo 8. Caso <i>X y otros vs. Austria</i> [2013].....	241
JOSÉ LUIS REY PÉREZ	
Capítulo 9. Las sentencias de la Corte de Estrasburgo en materia de uniones homosexuales.....	267
ELEONORA CECCHERINI	
Capítulo 10. La sentencia <i>M.E. vs. Suecia</i> [2015]: ¿una oportunidad perdida por la Corte EDH de revisar su jurisprudencia sobre el derecho de asilo de las personas LGBTI+?.....	299
TANIA GROPPI	

Capítulo 8

Caso *X y otros vs. Austria* [2013]

JOSÉ LUIS REY PÉREZ
Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: I. El caso. II. Marco teórico. III. Cuestiones que aborda el caso. 1. Antecedentes. Otros casos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. a. Sentencia *Salgueiro da Mota vs. Portugal* del año 1992. b. Sentencia *EB vs. Francia* del año 2008. c. Sentencia *Gas y Dubois vs. Francia* del año 2012. 2. La adopción y el interés del menor. 3. La discriminación en la regulación de la institución matrimonial. 4. ¿Dónde se produce la discriminación? La respuesta del Tribunal. 5. ¿Qué papel juega el argumento del consenso? IV. Un breve repaso a los votos particulares. V. Conclusiones.

I. EL CASO

El caso, donde las personas no están identificadas con nombre y apellidos siguiendo su voluntad, se centra en los siguientes hechos. Aunque en la sentencia se habla de 1º, 2º y 3º demandantes, de cara a facilitar su comprensión, en este trabajo se van a identificar con letras mayúsculas, de forma que la exposición resulte más sencilla.

X y Z son dos mujeres nacidas en 1967 que cohabitan en una relación estable. Z es madre de un niño (que identificaremos como Y) nacido fuera del matrimonio en 1995 que convive con las dos mujeres desde que tenía cinco años de edad, haciéndose las mujeres cargo de manera conjunta de su cuidado y educación. El padre del niño reconoció la paternidad y mantiene contacto regular con él.

En el año 2005, X e Y, representado por su madre, realizan un acuerdo para lograr que X adopte a Y con el objetivo de obtener un reconocimiento legal a la realidad de hecho, una unidad familiar donde existen lazos de afecto entre los tres y, en concreto, entre X e Y que como se acaba de indicar es cuidado por su madre y su pareja. En su demanda alegan que esta adopción se hace por el interés del menor precisamente para proteger jurídicamente la unidad familiar de he-

cho. Sin embargo, el padre se opuso a la adopción. De acuerdo con el derecho austríaco, la adopción por parte de la pareja de una persona (*second parent adoption*) es posible para parejas que hayan contraído matrimonio o para parejas de distinto sexo que no estén casadas. De hecho, el artículo 182.2 del Código Civil austríaco excluye la adopción por parte de la pareja de una persona a las parejas del mismo sexo, permitiéndola cuando se trata de parejas heterosexuales porque se exige que el adoptante sea del mismo sexo para así sustituir al progenitor biológico. Es este punto en el que se centra la fundamentación del fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos para comprobar si en esta disposición legal se produce discriminación por razón de la orientación sexual de los demandantes.

La sentencia analiza también otras cuestiones que son relevantes para el caso, como es la adopción y cómo debe interpretarse el interés del menor, y la cuestión general del tratamiento jurídico que reciben las parejas del mismo sexo en Europa. Como puede intuirse, los tribunales nacionales de Austria rechazaron la demanda interpuesta aludiendo diversos motivos, pero fundamentalmente que, haciendo una interpretación declarativa de lo contenido en el citado artículo 182.2 del Código Civil, el caso no podía ser admitido dada la exclusión de la posibilidad de la *second parent adoption* para parejas del mismo sexo. La Corte hace en su argumentación una valoración en abstracto del caso para ver si efectivamente se está produciendo dicha discriminación. Con todo, hay que tener en cuenta que el caso en concreto presenta una serie de particularidades como son la existencia del padre del menor, la manifiesta oposición de este a la adopción y el hecho de que hubiera relación entre el menor y su padre biológico. Estas cuestiones sí son consideradas en las resoluciones de las cortes nacionales, como la Corte de Distrito, la Corte Suprema o el propio Tribunal Constitucional.

La relevancia de la sentencia objeto de comentario se centra en que es un paso más en el desarrollo de uno de los dos ejes que la jurisprudencia de la Corte ha seguido en la defensa de los derechos del colectivo conformado por lesbianas, gays, transexuales y bisexuales

(LGTB),¹ el de las discriminaciones que se dan en el ámbito del derecho privado (Manzano Barragán 2012: 51).

II. MARCO TEÓRICO

El presente trabajo parte del concepto de discriminación que está extendido en la doctrina de los derechos humanos, que obliga a tratar de forma igual personas que son distintas al considerar que las diferencias que se dan en el plano de lo fáctico carecen de relevancia moral y por tanto entre, no son merecedoras de un trato diferenciado. Se revisará la argumentación de la sentencia y de las cuestiones que esta aborda en relación a la adopción, al matrimonio entre personas del mismo sexo y la discriminación por razón de orientación sexual. Para analizar estos asuntos se partirá de una concepción extendida, sin adentrarnos de lleno en el cuestionamiento que se hace de estas instituciones por parte de los autores de la teoría *queer*, que entienden que el desarrollo legislativo que se está llevando a cabo en los países y el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo forma parte de una estrategia neoliberal conservadora que pretende perpetuar las diferencias entre las clases sociales. Se considera que este debate, que es sin duda interesante, excede el objetivo del comentario de una Sentencia relevante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹ No existe acuerdo acerca del uso de estas siglas por parte de académicos y activistas, ya que mientras que los términos gay, lesbiana y bisexual hacen referencia a la orientación sexual, los términos transexual e intersexual harían referencia a identidades sexuales y de género. El propio concepto de género ha sido cuestionado por autoras como Butler 2007 y 2012. En cualquier caso, aquí se utilizará el concepto LGTB como se suele utilizar de la forma más extendida sin entrar en esta discusión: “como un movimiento social cohesionado que propugna el reconocimiento de derechos, las personas que conforman este grupo tienen aspiraciones similares en materia de sexualidad, —la protección de su identidad sexual y de género— no obstante, tienen diferencias específicas en cuanto a sus preferencias o atracciones” (Carvajal Muñoz 2013: 129-130).

III. CUESTIONES QUE ABORDA EL CASO

1. *Antecedentes. Otros casos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

La sentencia objeto de examen continúa una línea jurisprudencial que ha profundizado en la eliminación de la discriminación por razón de la orientación sexual que se da en la regulación del derecho de familia en muchos de los países europeos, en concreto, en materia de adopción y custodia. Entre las sentencias previas cabe destacar las siguientes:

a. Sentencia *Salgueiro da Mota vs. Portugal* del año 1992

Se trataba de un caso en el que un homosexual, tras divorciarse de su mujer e iniciar una relación estable con otro hombre, se vio privado de la custodia de la hija que había tenido con su esposa por motivo de su orientación sexual, que los tribunales portugueses consideraron que no era adecuada para el desarrollo de una niña. El demandante apeló a la vulneración de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por una intromisión en su vida privada y una discriminación por razón de su orientación sexual. El Tribunal en su sentencia reconoció que se había producido una interferencia en la vida privada del demandante pero que era legítima, ya que de lo que se trataba era de proteger los intereses de la menor. No obstante, consideró que se había discriminado por la orientación sexual del padre, ya que el motivo determinante por el que se había retirado la custodia era precisamente su condición homosexual. Este fue el primer paso en la consideración de que no era posible la discriminación atendiendo a la orientación sexual según el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Helfer 2001).

b. Sentencia *E.B. vs. Francia* del año 2008

La sentencia analiza el caso de una mujer que había iniciado los trámites de adopción sin ocultar que convivía de manera estable con otra mujer. La adopción se le denegó al considerar que la falta de la imagen paterna perjudicaría el desarrollo del menor, cuestión que los tribunales confirmaron al considerar que la decisión se había tomado teniendo como criterio el interés superior del menor que debe regir

en los procesos de adopción. El Tribunal en su sentencia estableció que no existía el derecho a adoptar pero al permitir Francia la adopción por parte de personas solteras, la denegación de la solicitud de adopción no podía basarse en la orientación sexual del solicitante porque resultaba discriminatorio. Esta sentencia es relevante pues manifiesta:

“[L]a evolución en la jurisprudencia del Tribunal que supone *E.B. vs. Francia* respecto de la sentencia *Fretté*, en la que sólo unos años antes los jueces de Estrasburgo habían reconocido un amplio margen de apreciación a las autoridades del mismo país en un caso de muy similares características” (Manzano Barragán 2012: 62).

c. Sentencia *Gas y Dubois vs. Francia* del año 2012.

Este caso es muy similar al que va a ser objeto de comentario. Se trata de una mujer lesbiana que solicita la adopción de la hija de su pareja. En esta ocasión, y a diferencia del que se comentará a continuación, la Corte entendió que no había discriminación porque tampoco las parejas heterosexuales no casadas tenían esta posibilidad por lo que no había una discriminación por razón de la orientación sexual en la legislación francesa sobre adopción en este aspecto. Lo que no entra a valorar la sentencia es que la posibilidad de contraer matrimonio no estaba disponible para la pareja y que es esa imposibilidad la que podría ser en sí misma discriminatoria.

2. La adopción y el interés del menor

El Tribunal mantiene y desarrolla los principios básicos que regulan el derecho de adopción. En primer lugar, que no existe un derecho de los padres a adoptar. En este sentido no se le puede reconocer a X un derecho a adoptar, ya que en la adopción el principio que debe prevalecer es la protección del menor y el derecho del menor a tener una familia. La adopción, por tanto, supone la sustitución de uno o de los dos progenitores biológicos cuando estos se desconocen, se les ha retirado la custodia, o bien han renunciado a la paternidad para dar al niño en adopción. La adopción implica que jurídicamente la relación que existe entre la familia biológica y el niño desaparece y la familia o el progenitor biológico son sustituidos por el o los adop-

tantes. La adopción es una institución jurídica muy antigua, pero en el marco contemporáneo de los derechos humanos se pone el acento precisamente en el *interés superior del menor*, lo que implica que debe suponer siempre un beneficio para este en la protección y defensa de todos los derechos que como menor le corresponden. En la legislación existe la presunción de que el niño tiene interés en mantener la relación con sus padres biológicos, entre otras cosas, porque esa es la relación natural que el derecho debería proteger. Solo en los casos en los que esta no es posible o resulta perjudicial para el correcto desarrollo del menor, la adopción juega un papel, donde, como digo, siempre el interés que debe prevalecer es el del menor. Ese interés ha llevado a algunos países, por ejemplo, a proteger la posibilidad de que los menores puedan realizar la búsqueda de sus orígenes, ya que se entiende que aunque la adopción implique la desaparición de la relación legal entre el progenitor biológico y el hijo, este puede tener un interés fundado en conocer de dónde viene (Gómez Bengoechea 2007). Esto ha supuesto también un giro en los procesos de adopción de muchos países ya que en ocasiones los orígenes se borraban y era imposible para el adoptado conocer años después quiénes habían sido sus padres biológicos.

Aunque la adopción en la mayor parte de los países europeos era algo reservado para los matrimonios o parejas heterosexuales y, en segundo lugar, para las personas individuales, la reciente regulación de la pareja homosexual bien reconociéndoles el derecho a contraer matrimonio, bien estableciendo la posibilidad de inscribirse como pareja de hecho dotada de un cierto reconocimiento jurídico, ha abierto el debate sobre la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Algunos países europeos han reconocido a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar. Pionera en esto fue Holanda que no solo reguló en el año 2000 el matrimonio homosexual, sino que también permitió la adopción por parte de parejas del mismo sexo. A Holanda le siguieron Suecia, España, Bélgica, Reino Unido, Finlandia o Dinamarca. Esto sitúa el caso objeto de discusión en un contexto de cambio en la percepción social de la homosexualidad y en las familias formadas por personas del mismo sexo. Hoy, el matrimonio homosexual no es solo realidad en algunos países europeos, sino también en algunos países latinoamericanos, en Estados Unidos o en Canadá o

Taiwan.² Y este proceso de extensión y reconocimiento del derecho a formar familias está intentando vencer la fuertemente arraigada concepción machista y heterocentrista que sigue presente en el derecho de los países occidentales. No obstante, la reivindicación del derecho a contraer matrimonio en el colectivo LGBTI es relativamente reciente. Antes de la crisis del sida el movimiento homosexual estaba más centrado en la reivindicación de la libertad personal y sexual que en el derecho a fundar una familia. Solo tras la crisis del sida, el movimiento LGBTI giró hacia una reivindicación más conservadora que no ha estado exenta de críticas en el seno de este movimiento social (Kandaswamy 2008).

El derecho de adopción austriaco antepone, como no podía ser de otra manera, el interés del menor. Así, siguiendo una serie de principios que son compartidos en el derecho comparado, requiere para la adopción la mayoría de edad y la plena capacidad del adoptante y establece la posibilidad de que la adopción se pueda hacer por una sola persona o por una pareja. En este punto el artículo 179.2 del Código Civil austriaco exige que los padres adoptivos formen un matrimonio. Y añade “como regla, los esposos solo pueden adoptar de manera conjunta. Esto se puede excepcionar cuando el niño que es adoptado sea el hijo biológico del otro cónyuge”. Además, este mismo texto legal exige un acuerdo escrito entre el progenitor adoptante y el hijo adoptado (que cuando sea menor tendrá un representante legal) y la aprobación de ese acuerdo por el tribunal competente. El tribunal aprobará la adopción cuando esta persiga y sirva al interés del niño. Exige asimismo que si existe el progenitor biológico consienta la adopción indicando que “cuando manifieste su no acuerdo sin justificación adecuada, el tribunal podrá excepcionar ese punto”. Aquí podemos ver como los órganos competentes de la adopción tienen un cierto margen de discrecionalidad a la hora de valorar cuándo esa oposición se considera o no suficientemente justificada, pero el hecho de no tener en cuenta la oposición es siempre algo extraordinario que tiene que hacerse para proteger los intereses del menor. Es decir, aquí se hace necesario un juicio de proporcionalidad y de ponderación: solo cuando la protección de los intereses del menor supere

² En junio de 2019 son 28 los países que reconocen el matrimonio homosexual en todo o parte de su territorio.

claramente los intereses del progenitor biológico (Tribunal EDH, *X y otros vs. Austria*, 19 febrero 2013: párr. 13). Ese carácter extraordinario se refiere a situaciones donde ese progenitor no está cumpliendo con los deberes legales de cuidado, alimentación, visitas o escolarización, lo que hace que sea el propio contacto con el progenitor biológico lo que afecta el desarrollo adecuado del menor.

La protección del menor es la razón que alegan las partes para solicitar la adopción. Quedando demostrado que efectivamente existía una unidad de convivencia entre las dos mujeres y el hijo de una de ellas, formando una familia de facto, lo que solicitan es un reconocimiento jurídico a esta realidad. Su argumentación se basa en que el reconocimiento jurídico no es que beneficie a la mujer adoptante, sino que beneficia al menor que ve protegida legalmente la familia en la que de hecho está creciendo. En mi opinión, este argumento es difícil de rebatir. Sin duda, ante eventuales hechos que pudieran producirse (como el fallecimiento de la madre biológica o su enfermedad) que la otra mujer fuera madre del menor le da un marco de protección jurídica, y el vínculo entre X e Y no se vería roto por esas circunstancias. El problema, y esto es algo sobre lo que la Corte no se pronuncia porque entiende que no es su objeto de discusión, es si estas razones suponen de por sí mismas pasar por alto el desacuerdo del padre biológico. Yo entiendo que no; es decir, no se puede argumentar la protección de un derecho a costa del sacrificio de otro, esto es, del derecho que tiene el menor a seguir teniendo relación con su padre biológico quien, como queda deducido de la lectura de la sentencia, parece haber cumplido con todas sus obligaciones legales. Siendo legítimo el interés de las demandantes y lo que persiguen, siendo cierto que eso protege la situación en la que vive el menor dándole una cobertura jurídica, no sé hasta qué punto ese interés es superior al otro que también es relevante jurídicamente y que también merece protección, la relación entre el padre biológico y el niño. Aquí resulta pertinente la crítica que a la sentencia hacen los magistrados que formulan un voto particular: que la resolución se centra en uno solo de los aspectos del caso y desde un enfoque abstracto y general, pero no descendiendo las circunstancias particulares. Es decir, se podría sostener, que aun dándose y reconociéndose la discriminación que las parejas del mismo sexo tienen en esta materia en el derecho austríaco y aunque hubiera una regulación distinta que las equiparara, probable-

mente la adopción no podría prosperar precisamente porque no se dan las circunstancias excepcionales que la legislación exige para pasar por encima de la oposición de uno de los progenitores biológicos, circunstancias que deben ser excepcionales. Estamos, pues, ante dos cuestiones distintas que es preciso examinar de forma diferenciada.

3. *La discriminación en la regulación de la institución matrimonial*

El núcleo de la sentencia se centra en la discriminación por razón de orientación sexual en la adopción del hijo de un miembro de la pareja de hecho por parte del otro. Hay que decir que Austria era en ese momento, uno de los países que no había legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque el Tribunal Constitucional de Austria en sentencia del 5 de diciembre de 2017 lo aprobó con efectos a partir del 1 de enero de 2019. Sí existía el *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz* que constituyen una serie de medidas que regulan la convivencia de las parejas del mismo sexo que se registren pero no entran dentro de la categoría del matrimonio. Como es conocido, en el progresivo reconocimiento a las parejas entre personas del mismo sexo, los países han seguido dos tendencias. Una es permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo sin hacer diferencias con las personas de sexos distintos. Esta fue, por ejemplo, la opción por la que se decantó el legislador español en 2005 cuando modificando solo algunas palabras de los artículos del Código Civil que regulaban el régimen matrimonial, se permitió a las parejas del mismo sexo celebrar y contraer el matrimonio civil. En su momento, el Tribunal Constitucional (Sentencia 198/2012) tuvo que resolver un recurso presentado por cincuenta diputados del Partido Popular contra este cambio legislativo al entender que se vulneraba el artículo 32 de la Constitución española que establece que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. La ambigua formulación del constituyente del 78 permitió al Tribunal Constitucional español hacer una interpretación evolutiva aplicando el criterio sociológico y entendiendo que, aunque el constituyente solo estuviese pensando en el matrimonio heterosexual, la evolución de los tiempos permitía reformar este para dar cabida en él a las parejas del mismo sexo ya que de la lectura literal del artículo 32 no podía

extraerse que se dijese que el matrimonio debía ser necesariamente entre un hombre y una mujer. El Tribunal Constitucional opta así por dar cabida a esta regulación jurídica precisamente a la luz del principio de no discriminación que también viene reconocido en el artículo 14 del texto constitucional. Los propios recurrentes lo que demandaban del legislador era una regulación de las parejas del mismo sexo bajo otra institución que no llevara el nombre de matrimonio, que es la segunda opción que han seguido algunos países como Francia, estableciendo una especie de contrato civil que formaliza la pareja, pero no le da el nombre de matrimonio.

Cabe plantearse, al menos desde una perspectiva moral y jurídica, si el hecho de establecer la regulación de las parejas del mismo sexo en una institución diferente no constituye en sí misma una discriminación aun cuando los efectos, condiciones, requisitos y consecuencias jurídicas fueran las mismas para el matrimonio que para esa otra institución. Porque si estamos hablando de los mismos derechos, ¿qué necesidad hay de denominar con un nombre distinto a la institución? ¿No supone crear una institución de contenido idéntico pero diferente en su denominación jurídica una discriminación por razón de la orientación sexual de las personas? ¿No es mantener una distinción que quiere dar el mensaje de que, aunque los efectos jurídicos sean los mismos, se trata de algo sustancialmente diferente?

Sin duda, las palabras importan: la forma en que denominemos las instituciones también. Si la única diferencia a nivel legal entre un matrimonio y una pareja registrada es el carácter heterosexual de la primera, eso solo responde a una cierta homofobia de fondo y a una concepción iusnaturalista o religiosa del concepto de matrimonio. Si estamos hablando de una institución civil entonces no tiene sentido que, a iguales derechos y obligaciones, el nombre de la institución varíe solo por la orientación sexual de los que la forman:

“Porque de lo que se trata es de reivindicar la igualdad en el ejercicio de ese derecho constitucional; se trata de asegurar que todos los ciudadanos, independientemente de su orientación sexual, sean iguales en el ejercicio de ese derecho fundamental. Y si la unión homosexual no es matrimonio, no hay igualdad entre ciudadanos homosexuales y heterosexuales. Si, como parece admitirse hoy, entendemos por ciudadanía el conjunto de derechos cívicos, económicos y políticos, se entiende perfectamente que el legislador

haya optado por calificar como matrimonio la unión homosexual” (Barredo Ortega 2014: 61).

La propia denominación diferente es ya una muestra de una concepción heterocentrista de la sociedad y de las instituciones y es eso lo que, al menos a nivel legal, hay que evitar porque tiende a perpetuar la homofobia y la discriminación. Dicho de otra manera, la regulación en un contrato civil con denominación distinta a la de matrimonio que en principio lo que pretendería sería remover la discriminación que tradicionalmente han sufrido las personas homosexuales, realmente está sirviendo para perpetuar esa discriminación. La eficacia como resultado de una regulación de esta naturaleza es muy dudosa. La muestra de que el derecho en este sentido puede servir como impulsor de cambios sociales la tenemos en el propio caso español. Siendo España un país tradicionalmente católico y pese a las resistencias iniciales, quince años después de la aprobación de la modificación del Código Civil que permitió las bodas entre personas del mismo sexo, hoy la sociedad ve con naturalidad que estas familias existan y que España sea considerado uno de los países más tolerantes con la homosexualidad, aunque sigan existiendo agresiones homófobas en las calles de nuestras ciudades.³

Ciertamente el asunto de la sentencia objeto de comentario no se centra en la discriminación en relación al matrimonio. No obstante, ha habido una evolución en la jurisprudencia del Tribunal porque en los años 80 y 90 negaba la equiparación de las relaciones homosexuales con las heterosexuales o con el matrimonio. Fue en el caso de 2003 *Karner vs. Austria* donde el Tribunal dio un giro al equiparar a una pareja homosexual a una heterosexual en la subrogación de un contrato de arrendamiento. Se trataba de una pareja formada por dos hombres que convivían en una vivienda de alquiler, compartiendo los gastos, aunque solo uno de ellos había firmado el contrato. Cuando fallece el que había suscrito el contrato, su pareja solicita subrogarse

³ Sobre la regulación del matrimonio homosexual en España *vid.* Calvo Borobia 2005. No obstante, no siempre los cambios legislativos o los avances jurisprudenciales en materia de reconocimiento de derechos al colectivo LGBTI se sustentan en la aceptación social de estas realidades, de esta opinión es Mejía Turizo y Almanza Iglesia 2011 para el caso de Colombia.

en el arrendamiento, algo que la legislación austriaca permitía para los miembros de una familia. Aunque tribunales inferiores le dieron la razón, el Tribunal Supremo dio la razón al propietario de la vivienda, motivo por el cual se acudió a la Corte alegando vulneración del principio de no discriminación. El Tribunal en su sentencia, aunque reconoce la legitimidad de la legislación austriaca para proteger la familia tradicional, entiende que en este caso no se supera el juicio de proporcionalidad en la restricción del derecho del demandante, ya que excluir a los homosexuales de la posibilidad de subrogarse en un contrato de arrendamiento no parece algo proporcional ni necesario para la protección de la institución familiar. Anteriormente, en el caso de *Mata Estévez vs. España* (2001), donde un hombre demandaba a España al no obtener la pensión de viudedad de su pareja, el Tribunal entendió que ahí sí había proporcionalidad y entraba dentro del margen de apreciación de España limitar este tipo de política social a la familia entendida en sentido estricto.

El razonamiento de la Corte en la sentencia que es objeto de comentario es interesante en varios puntos. En primer lugar, el Tribunal reconoce que la relación entre las dos mujeres y el menor forma parte del concepto de vida familiar que proclama el respeto a la vida privada y familiar. Esto es algo que no es nuevo porque ya en el caso *Schalk y Kopf vs. Austria* el Tribunal había declarado que “la relación de los demandantes, una pareja del mismo sexo viviendo en una relación estable de facto, está comprendida dentro de la noción de *vida familiar*, del mismo modo que lo haría una relación de una pareja de sexo opuesto en la misma situación” (Tribunal EDH, 24 de junio de 2010: párr. 94), lo que supuso un considerable paso adelante en el reconocimiento de esta realidad por parte del derecho europeo de los derechos humanos. El hecho de que la Corte entienda que esa realidad forma una familia es importante porque supone superar la concepción tradicional *heterosexista* de familia, la idea de que para que exista una familia es necesaria la presencia de una figura masculina y una figura femenina porque eso es lo *natural*.⁴ Ciertamente, las investigaciones antropológicas han demostrado que la familia es, como muchas otras

⁴ Brandzel (2005: 196) sostiene en este sentido que la heteronormatividad está construida sobre una determinada imagen de la pareja heterosexual como aquella blanca, de clase media, materialista y con hijos.

realidades humanas, una institución cultural que no adopta una sola forma. Lo esencial de la familia es que haya una relación de amor y afecto entre sus componentes, así como una voluntad de formar esa unidad de convivencia y de proyección hacia el futuro. Las corrientes más tradicionales del iusnaturalismo han venido defendiendo que la familia solo puede ser la heterosexual orientada hacia la procreación. Pero en el derecho europeo se ha caminado hacia una concepción que admite otras formas de familia, como aquellas que forman las parejas del mismo sexo. La sentencia lo dice explícitamente: “La Corte reitera que la relación de una pareja del mismo sexo que cohabita en una relación estable de facto cae de lleno en la noción de *vida familiar* de igual manera que la relación de una pareja de distinto sexo en la misma situación” (Tribunal EDH, *X y otros*: párr. 95).

Lo que ocurre es que hay una diferencia entre la familia, entendida en su sentido cultural y el matrimonio como institución que permite la creación de una familia con todos los efectos y la protección jurídica. El hecho de que al amparo del artículo 12 de la Convención Europea de Derechos que establece que “el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”, la Corte admita que los países tienen margen para decidir la regulación del matrimonio y, en consecuencia, si asumen o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, está permitiendo la discriminación a la que antes se hacía referencia y supone una decisión contradictoria con el principio de no discriminación del artículo 14 de la Convención. Como he dicho más arriba ni siquiera la regulación de una institución similar al matrimonio con la sola diferencia del nombre borra esta discriminación. Y contradictorio también con la doctrina que viene manteniendo la Corte y que en esta sentencia reitera una y otra vez, que cuando se refiere a la orientación sexual hay margen de apreciación o de libertad en las consideraciones por parte de los Estados estableciendo una relación inversamente proporcional entre la amplitud del margen de apreciación y la existencia de consenso entre los Estados (Tribunal EDH, *X y otros*: párr. 99).

Como es conocido, la doctrina del margen de apreciación ha sido reiteradamente utilizada en la jurisprudencia cuando examina estas cuestiones ligadas a la idea del consenso. De hecho, como en repeti-

das ocasiones ha manifestado el Tribunal el margen de apreciación se va reduciendo conforme los Estados van regulando y reconociendo las relaciones entre personas del mismo sexo (McDonald 1993). Como estoy tratando de sostener creo que en este margen de apreciación no puede haber negar el acceso al matrimonio, porque supone cerrar la puerta a una institución fundamental en nuestras sociedades única y exclusivamente por la orientación sexual. Valdría quizá mejor entender que el margen de apreciación tiene que ver con determinados aspectos de regulación de la propia institución en lo que se refiere, por ejemplo, al régimen económico matrimonial, el derecho de sucesiones u otros aspectos. Pero negar el acceso a una institución, aunque se cree otra similar (con otra denominación) es ya de por sí discriminatorio. Hasta este punto no ha llegado la jurisprudencia europea, aunque como indica Manzano Barragán “a medida que vaya surgiendo un consenso paneuropeo sobre el derecho de las personas del mismo sexo a casarse, el Tribunal irá progresivamente limitando el margen de apreciación de las autoridades nacionales al respecto” (2012: 66).

Sin embargo, la sentencia no basa su defensa de que efectivamente se produce discriminación en este aspecto, en el trato diferente que pueden recibir los matrimonios y las parejas de hecho. Este trato diferente está del todo justificado siempre, reitero, que el acceso a la institución del matrimonio esté abierto a cualquier pareja independientemente de la orientación sexual de sus componentes. Y es aquí donde la afirmación de que “los demandantes no están en una situación similar relevante a la de una pareja casada en relación a la *second-parent adoption*” y que “consecuentemente no hay violación del artículo 14 de la Convención teniendo en cuenta a la vista del artículo 8 cuando se compara la situación de los demandantes con la de una pareja casada donde uno de los cónyuges deseara adoptar al hijo del otro” sería solo cierta en el caso de que los demandantes pudieran contraer matrimonio pero no lo hubieran hecho. Como esta posibilidad no existe en el derecho austriaco se podría decir que sí hay discriminación, quizá no en el caso en concreto, pero sí una discriminación previa inherente al propio sistema jurídico austriaco que como estamos viendo tenía una orientación muy conservadora en su concepción de la institución del matrimonio.

4. *¿Dónde se produce la discriminación? La respuesta del Tribunal*

La sentencia basa su justificación de que se produce discriminación en la comparación del caso objeto de examen con el de una pareja no casada heterosexual. Evidentemente, en este punto la discriminación por motivos de orientación sexual es clara y evidente porque la legislación austriaca solo permitía la adopción del hijo de la pareja de una persona cuando la pareja es heterosexual, pero no cuando esta es homosexual. La sentencia argumenta que aquí estamos ante dos casos que son comparables, los de una pareja de hecho heterosexual y homosexual. Así como el Código Civil austriaco permite la adopción por parte de los individuos y permitía de acuerdo con su artículo 182.2 que el miembro de una pareja de hecho adopte al hijo de su pareja, introduce un elemento que hace que esta posibilidad sea imposible cuando la pareja la forman dos personas del mismo sexo porque establece que el miembro de la pareja que adopta reemplaza al progenitor del mismo sexo. Como señala la Corte, aunque el artículo 182.2 viene redactado de manera neutral (esto es, no haciendo explícita alusión a las parejas homosexuales) en la práctica lo que está es impidiendo la adopción del hijo de una pareja cuando esta tiene el mismo sexo (Tribunal EДН, *X y otros*: párr. 114). Y esto es algo independiente de que la pareja se haya o no registrado, algo que se posibilitó en Austria en el año 2010 para las parejas del mismo sexo pero que no hicieron las demandantes. Y es que, tal y como viene redactado el artículo 182.2 del Código Civil, aunque estuvieran registradas la adopción seguiría siendo imposible porque el sexo de la adoptante es el opuesto al del padre biológico. Eso lleva a la Corte a comprobar que efectivamente estamos ante un caso de discriminación:

“[N]o hay entonces duda de que la legislación aplicable lleva a una diferenciación entre las parejas no casadas de sexo distinto y del mismo sexo en relación a la *second-parent adoption*. Bajo la legislación austriaca tal y como está formulada, la adopción resulta imposible en el caso de las demandantes. Y esto sería también así aunque el padre biológico hubiera fallecido o consentido la adopción” (Tribunal EДН, *X y otros*: párr. 116).

Al margen de las cuestiones, que el Gobierno y los tribunales nacionales y regionales expusieron para no dar la razón a X y Z en relación a la posibilidad de que hubiera conflicto de intereses entre la

madre y el hijo cuando ella actuaba representando sus intereses o a la petición que hacen las demandantes de declarar la discriminación en abstracto no teniendo en cuenta que para la adopción faltaría un requisito adicional que sería el consentimiento del padre biológico, la Corte señala que aquí hay una clara discriminación que excede el margen de apreciación que se reconoce al Estado a la hora de legislar estas materias ya que se da un trato diferente basado exclusivamente en la orientación sexual de los componentes de la pareja. Lo que, en mi opinión de forma acertada, está subrayando el Tribunal no es que aquí proceda o no concederse la adopción. Para ello habrá que seguir los procedimientos habituales que se siguen en los procesos de adopción viendo si se cumplen los requisitos legales, valorando qué es lo que mejor sirve para la protección y los intereses del menor, etc. Aquí se produce discriminación porque la pareja demandante no tiene la posibilidad ni siquiera de iniciar el proceso de adopción ya que tal y como venía redactado el Código Civil la adopción del hijo de una pareja solo podía hacerse cuando el sexo de esa pareja coincidía con el del progenitor biológico y eso excluye de hecho toda posibilidad de iniciar y acceder al procedimiento de adopción.

La exclusión de esta posibilidad, sigue indicando la Corte, solo sería asumible si respondiera a un interés legítimo y fuera proporcional. Esto es, la Corte admite que en algunos casos la prohibición de discriminación puede ceder porque haya un interés superior, pero para ello debe hacerse un juicio de ponderación. En relación con el interés superior, este podría ser la protección de un concepto de familia tradicional donde se parte de la idea de que para el correcto desarrollo de un menor este precisa de una figura masculina y de otra femenina, esto es, que se reproduzca en la medida de lo posible los rasgos de la familia biológica. La Corte no discute en su argumentación que este sea un criterio legítimo y que los Estados, en el desarrollo de su legislación, puedan intentar dar una protección a la idea clásica de familia (Tribunal EDH, *X y otros*: párr. 138) que puede perseguirse con muy variadas y diversas medidas. Admite por tanto que pudiera haber un interés superior, pero lo que discute es la proporcionalidad de la medida y la discute precisamente recurriendo al criterio sociológico, a una interpretación evolutiva de la idea de familia:

“[D]ado que la Convención es un instrumento vivo, que debe ser interpretado de acuerdo con las condiciones del presente, el Estado, en su capacidad

de desarrollar medios diseñados a proteger la familia y asegurar el respeto de la vida familiar tal y como exige el artículo 8, debe necesariamente tener en cuenta el desarrollo que se produce en la sociedad y los cambios en la percepción social de los estatus civiles y de las relaciones, incluyendo el hecho de que no hay una sola forma u opción de llevar la vida familiar y la vida privada” (Tribunal EDH, *X y otros*: párr. 139).

Por ello, cuando hay poco margen de apreciación como es el caso de la discriminación por razón de orientación sexual, el principio de proporcionalidad exige que no solo tenga que demostrarse que la medida restrictiva de derechos sea necesaria para el fin perseguido (en este caso, la protección de un concepto tradicional de familia), sino que para hacerlo es imprescindible excluir determinadas categorías de personas (Tribunal EDH, *X y otros*: párr. 140). La carga de la prueba recae así sobre el gobierno austriaco, que debe demostrar que el recorte de derechos de las parejas del mismo sexo en la *second parent adoption* resulta proporcional con el fin de proteger la familia tradicional, algo que para la Corte el Gobierno austriaco en sus alegaciones no hace de manera suficiente. Añade además que en la propia legislación austriaca hay inconsistencias e incoherencias si realmente lo que se trata de proteger es la familia tradicional, ya que el derecho austriaco sí permite la adopción de una persona sola, sea esta homosexual o no, con lo que se está aceptando que un niño puede crecer sin el referente de uno de los dos integrantes de la familia biológica. Es por ello por lo que el Tribunal llega a la conclusión de que aquí no se supera el juicio de proporcionalidad que permitiría ceder al principio de no discriminación.

5. *¿Qué papel juega el argumento del consenso?*

En un punto del razonamiento de la sentencia, el Tribunal da respuesta a las alegaciones del Gobierno austriaco que señala que no existe a nivel europeo consenso sobre esta cuestión, por lo que cada país tendría un margen de libertad o discrecionalidad para regular la *second parent adoption* como crea conveniente ya que 24 de los 39 países reservan este tipo de adopción para las parejas casadas. La Corte señala que lo que es objeto de discusión no es el acceso a la *second parent adoption* por parte de las parejas homosexuales sino la diferencia de trato que se da entre las parejas no casadas heterosexuales y

homosexuales. Centra así la cuestión no tanto en la discusión acerca de la opción que pueden tener a adoptar como en la diferencia de trato que es precisamente donde se da la discriminación. Por eso señala que el término de la comparación debe establecerse entre los diez miembros del Consejo de Europa que permiten este tipo de adopción a las parejas no casadas. De estos países, seis tratan a las parejas heterosexuales y homosexuales de la misma manera mientras que cuatro solo la permiten para las parejas heterosexuales. La Corte entonces trata de discutir el argumento del Gobierno señalando que la muestra de países es tan escasa que el argumento es irrelevante y no pueden extraerse conclusiones acerca de si hay un consenso sobre esta cuestión entre los países miembros del Consejo de Europa (Tribunal EDH, *X y otros*: párr. 149).

En mi opinión, aquí el argumento de la Corte no es del todo correcto. Por un lado, la propia muestra que elige la Corte, esos diez países, ponen de manifiesto lo que se trata de discutir, que no hay un consenso, ni siquiera una opinión mayoritaria. Más bien, los países se encuentran divididos casi al 50%. Pero es que además si tenemos en cuenta el hecho de que la mayor parte de los países reservan esta posibilidad a parejas casadas y en muchos de estos países no hay matrimonio homosexual, lo que se está poniendo de manifiesto es precisamente el argumento contrario, esto es, que si existe alguna opinión mayoritaria en el seno de los países del Consejo es la de excluir a las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar al hijo de uno de los cónyuges por parte del otro. Es decir, el argumento del consenso aquí está de más, por un lado, porque ese consenso no existe y serviría en todo caso para defender el margen de apreciación que el gobierno de Austria está utilizando como justificación de su regulación, por otro, porque ciertamente si de lo que estamos hablando es de un asunto de discriminación por razón de orientación sexual, al ser la prohibición de discriminación uno de los valores y principios fundamentales de los derechos humanos a nivel europeo, la existencia o no de consenso es irrelevante ante una vulneración de este principio. De hecho, como dice la sentencia en otros momentos de la argumentación, el margen de apreciación se reduce precisamente cuando hablamos de cuestiones de discriminación. Por eso, este argumento viene a jugar en contra y a resultar contradictorio con la línea argumental que se sigue en la sentencia objeto de comentario.

IV. UN BREVE REPASO A LOS VOTOS PARTICULARES

La sentencia cuenta con un voto concurrente, el del juez Spielmann y siete votos particulares que no están de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de los magistrados.

El voto concurrente disiente solo en la cuestión de que, de acuerdo como las demandantes habían presentado el caso, no era necesario analizar la cuestión de la comparación con las parejas casadas ya que las demandantes desde el primer momento ponen el foco de atención en el diferente trato que reciben en comparación con parejas heterosexuales entre las que no existe el vínculo del matrimonio. Para el magistrado Spielmann, en consecuencia, la argumentación debería haberse centrado en esta cuestión ahorrándose la comparación con la situación de los matrimonios. Aunque esto no deja de ser cierto, también lo es que al abordar la cuestión desde una perspectiva más general, la sentencia se enriquece y podemos ver, aunque no lo diga así el texto de la sentencia, el matrimonio como una institución que perpetúa en muchas ocasiones la discriminación por razón de la orientación sexual como he tratado de argumentar más arriba.

Los votos disidentes con la opinión mayoritaria de la Sala centran su desacuerdo en que el razonamiento que han hecho los magistrados ha sido abstracto sin tener en cuenta las circunstancias concretas de este caso, donde hay cuatro personas afectadas: la madre biológica, el padre biológico, el menor y la compañera de la madre biológica que pretende la adopción. Teniendo en cuenta esta realidad y que el padre se ha opuesto a la adopción, este grupo de magistrados creen que no se ha vulnerado ningún derecho de la madre biológica ni del menor ya que aun asumiendo que este desea ser adoptado, no ve vulnerado ningún derecho, puesto que él tiene un padre y una madre (párr. 3). Así, lo que está haciendo la legislación no es sino proteger el derecho a la paternidad y los vínculos familiares del menor que, de acuerdo con el propio Código Civil, no se le puede privar de su padre biológico cuando no existen razones que lo justifiquen. Los magistrados señalan que aun cuando la pareja estuviera formada por dos personas de distinto sexo la adopción tampoco sería posible precisamente por esa oposición del padre que tiene derecho al respeto y a la protección de su vida familiar tal y como establece el artículo 8 de la Convención. La solución adoptada por la Corte se sustanciaría en una violación del

derecho del padre que ha cumplido con las obligaciones legales que tiene para con su hijo.

Los votos particulares también se centran en la protección del interés del menor que es el principio que debe regir todo proceso de adopción y dudan que ese interés se esté protegiendo remplazando al padre biológico por la compañera sentimental de la madre. La adopción, señalan los magistrados, es el derecho del niño a tener una familia y no el derecho de una familia a tener un niño. En este caso el niño ya tiene una familia y lo que se quiere hacer es sustituirla parcialmente por otra.

Los votos particulares terminan criticando el uso que el Tribunal hace de la interpretación evolutiva ya que entienden que no es que la norma se esté interpretando de acuerdo con las circunstancias sociales del momento, sino que los magistrados van más allá de la realidad social porque así lo desean, pero eso supone un uso incorrecto de la interpretación evolutiva de las normas.

En mi opinión la crítica de los votos particulares es pertinente, lo que no quita que efectivamente en la legislación austriaca hubiera discriminación por razón de la orientación sexual. Es decir, si hacemos un examen en abstracto de la legislación, no cabe duda que el hecho de no permitir a las parejas homosexuales que no están casadas la adopción de un hijo de la pareja y sí hacerlo a las parejas heterosexuales que no están casadas, es una norma discriminatoria por razón de la orientación sexual. El principio de no discriminación establece que hay determinadas diferencias que deben ser tratadas igual, que no merecen un trato diferenciado. Y entre estas diferencias está el sexo, la orientación sexual, como pone de manifiesto la jurisprudencia de la Corte y la doctrina. Que esto sea así en abstracto no significa que proceda en este caso. Porque cuando hablamos de adopción tenemos que tener en cuenta que se trata de un derecho del menor, en este caso, de un menor que sí tiene un padre y una madre y que se le da la opción de poder disfrutar de otro padre u otra madre. El sexo de los progenitores de acuerdo con el principio de no discriminación en este aspecto debe ser irrelevante. Pero no lo es que el menor ya tenga los dos progenitores. Privar en contra de su voluntad de la paternidad a uno de ellos supone, en mi opinión, una doble vulneración de derechos: del derecho del menor que tiene derecho a mantener un

vínculo con su progenitor y del derecho del padre que tiene derecho a mantener una relación con su hijo siempre que no concurra una causa de privación de la paternidad, que no es el caso aquí. Por tanto, se puede decir que en abstracto la pareja está discriminada, pero en este caso en concreto no existe discriminación porque si se tratara de una pareja heterosexual es muy probable que el juez tampoco concediera la adopción preservando el interés del menor y viendo que no está justificado el recorte de derechos del padre.

V. CONCLUSIONES

1) Pese a que se ha avanzado mucho en los últimos quince años en el reconocimiento de los derechos a las minorías sexuales, lo cierto es que todavía queda en el seno de los países europeos mucha legislación que es discriminatoria por razón de la orientación sexual. Es cierto que siglos de discriminación cuesten muchos años de cambios legislativos. También lo es que ha habido un avance en la percepción social de la homosexualidad como algo no negativo, aunque este avance no es lineal, ya que se dan pasos adelante y atrás y está más centrado en núcleos urbanos grandes acostumbrados a convivir con una cierta pluralidad y heterogeneidad cultural, religiosa y social. Pese a todo, hoy siguen existiendo riesgos ciertos para la comunidad homosexual como vemos en las agresiones que este colectivo sigue sufriendo.

2) El derecho, en mi opinión, no solo se debe limitar a reflejar los cambios sociales que en la percepción de la homosexualidad se vienen viviendo, sino que debe servir, como decía Bentham, como motor de cambios sociales. Creo que en este punto la regulación del matrimonio homosexual en España en 2005 puede servir de ejemplo pese a las reticencias y a la oposición que hubo en su momento. La sentencia del Tribunal Constitucional español (198/2012) declarando que el matrimonio entre personas del mismo sexo tenía cabida en la Constitución de 1978 es de resaltar y más si tenemos en cuenta que en su momento la composición de este Tribunal no era ciertamente progresista. Aunque una parte de los magistrados formularon votos particulares en contra de la decisión de la mayoría, la decisión del Tribunal Constitucional sacó de la agenda y de la discusión política el

matrimonio homosexual que ha sido finalmente aceptado hasta por el partido que presentó el recurso de inconstitucionalidad.

3) Sin embargo, y aunque muchos países europeos han regulado el matrimonio, no existe una unanimidad en la forma de hacerlo. Por un lado, están aquellos países como España, Bélgica u Holanda que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo con los mismos derechos y obligaciones que el de personas de distinto sexo, y por otro están aquellos que se resisten a denominarlo matrimonio y lo regulan como una relación estable, como una pareja de hecho con reconocimiento jurídico e inscripción en registros en muchos casos con los mismos derechos que el matrimonio y en otros con menos derechos. En uno y otro caso creo que lo que está haciendo esta regulación es mantener la discriminación por razón de la orientación sexual. Si se reconocen los mismos derechos pero se denomina de distinta manera, al crear una institución que comparte los elementos jurídicos salvo el nombre, se está lanzando el mensaje de que las relaciones homosexuales y heterosexuales no se pueden equiparar, lo que tiende a perpetuar la discriminación a nivel cultural en el imaginario colectivo. Aunque tengan los mismos derechos, aquí la regulación jurídica no está sirviendo para contribuir a la educación de la sociedad porque lo que es igual tiene una denominación distinta y eso transmite el mensaje de que el verdadero matrimonio solo puede darse entre personas de distinto sexo, siendo lo otro algo de segunda categoría, una imitación de lo auténtico. Y si se le reconocen menos derechos se está haciendo una discriminación por razón de orientación sexual atribuyendo un menor o distinto número de derechos por el solo hecho de la orientación sexual de sus titulares.

4) El caso que se discute en la sentencia objeto de comentario, aunque hace referencia al matrimonio, se sitúa fuera de la relación matrimonial ya que se trata de la posibilidad de adopción por parte de la pareja de una persona del mismo sexo del hijo de su pareja. En la regulación austriaca (que luego como consecuencia de esta sentencia se modificó) aun formulándose de manera neutra, esta posibilidad solo se daba a las parejas heterosexuales no permitiéndose a las homosexuales. Es en este punto donde el Tribunal declara que se vulnera el principio de no discriminación, ya que el solo hecho de la orientación sexual restringe la posibilidad de adoptar.

5) Es cierto que la adopción es un fenómeno complejo donde se tienen que tener en cuenta los derechos y las circunstancias de todos los que intervienen en la misma. En primer lugar, la situación del propio menor ya que la adopción siempre debe perseguir su interés y su beneficio partiendo de la idea de que la adopción es un derecho del menor, que tiene derecho a tener y disfrutar de una familia, y no es un derecho de una persona o una familia: nadie, ni una persona individual, ni una pareja sea esta heterosexual u homosexual, tiene derecho a adoptar. En segundo lugar, la situación de los padres biológicos si están vivos porque ellos tienen derecho a la familia y al contacto con sus hijos salvo que pierdan este derecho por no cumplir con sus obligaciones legales de cuidado y protección de los niños. Por último, la situación de los adoptantes que, como se acaba de indicar, debe estar supeditada a la protección de los intereses del menor.

6) En el caso objeto de estudio, dos mujeres mantenían una relación estable y una de ellas tenía un hijo concebido fuera del matrimonio con un hombre que había reconocido su paternidad y mantenía una relación normal con el menor, cumpliendo las obligaciones legales que como padre le correspondían. Lo que pretenden es que la compañera sentimental de la madre adopte al menor, una opción que sería posible en el derecho austriaco solo si se daban dos circunstancias: la ausencia o el consentimiento del padre y que el adoptante fuera del mismo sexo que el padre biológico sustituyendo a este. En este caso no se da ninguna de las dos circunstancias y las demandantes entienden que el segundo requisito supone una discriminación por orientación sexual que vulnera el artículo 14 de la Convención. La Corte da la razón a las demandantes porque efectivamente se trata de forma diferente, exclusivamente por la orientación sexual, a las parejas heterosexuales que a las homosexuales que no pueden adoptar en estas situaciones.

7) Es, sin duda, de valorar la declaración de discriminación que hace la Corte y que supone un paso adelante en el reconocimiento de la igualdad de derechos entre las personas y las parejas homosexuales y las heterosexuales. No obstante, es discutible su decisión si descendemos al caso en concreto, ya que exista una discriminación sobre el texto de la ley en el derecho austriaco no significa que aquí los tribunales nacionales hayan discriminado a las demandantes por razón de

su orientación sexual, porque aunque esa discriminación no se diera en el texto de la ley es más que discutible que las demandantes pudieran adoptar dado que chocarían en esa pretensión con el legítimo interés del padre biológico a mantener la relación con su hijo y con el propio interés del menor en mantener la relación con su padre.

8) Este modelo de adopción parece conveniente cuando el progenitor biológico ha fallecido, cuando renuncia a la paternidad o cuando hay una causa legal para que la pierda, supuestos estos que no se dan en el caso examinado. Es cierto que la cambiante situación de los modelos de familia que se dan en el presente y que se alejan del modelo tradicional, requieren una cierta protección y amparo legal. Las demandantes en el fondo lo que reclamaban era esa cobertura legal a su familia de hecho, pero hay que tener en cuenta que no son solo sus intereses los que están en juego. El legislador puede pensar regulaciones que permitan proteger estas realidades que se dan en la práctica sin hacer distinciones en relación con la orientación sexual de los integrantes de la familia. Pero parece que la Corte, siendo cierto lo que señala en relación con la legislación austriaca, obvia una serie de circunstancias concretas que tiene este caso que merecerían haberse tenido en cuenta.

BIBLIOGRAFÍA

- Barredo Ortega, Abraham (2014): “El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿derecho fundamental u opción legislativa?”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 41-66.
- Brandzel, Amy L. (2005): “Queering Citizenship? Same-Sex Marriage and the State”, en *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, vol. 11, núm. 2, 171-204.
- Butler, Judith (2012): *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona.
- Butler, Judith (2007): *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, Barcelona.
- Calvo Borobia, Kerman (2005): *Ciudadanía y minorías sexuales: la regulación del matrimonio homosexual en España*, Fundación Alternativas, Madrid.
- Carvajal Muñoz, Paola Margarita (2013): “El reconocimiento de derechos a la comunidad LGBTI”, en *Jurídicas CUC*, vol. 9, núm. 1, 123-141.
- Gómez Bengoechea, Blanca (2007): *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza*, Dykinson, Madrid.
- Helfer, Laurence R. (2001): “Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal App. No. 33290/96; A. D. T. v. United Kingdom. App. No. 35765/97”, en *The American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 2, 422-430.
- Kandaswamy, Priya (2008): “State Austerity and the Racial Politics of Same-Sex Marriage in the Us”, en *Sexualities*, vol. 11, núm. 6, 706-725.
- Manzano Barragan, Ivan (2012): “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, núm. 2, 49-78.
- MacDonald, Ronald St John (1993): “The Margin of Appreciation”, en *The European System for the Protection of Human Rights*, MacDonald, Ronald St. John *et al.*, (eds.), Dordrecht, Boston.
- Mejía Turizo, Jorge y Almanza Iglesia, Maury (2011): “Conquistas legales no traducen ipso facto conquistas sociales. Especial referencia a los reconocimientos de la comunidad LGBTI”, en *Justicia Iuris*, vol. 7, núm. 1, 79-92.