

PAREJAS DE HECHO DEL MISMO SEXO Y DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Comentario a la [Sentencia del TEDH de 23 de febrero de 2016, asunto *Pajić c. Croacia*, demanda núm. 68453/2013](#)

Margarita I. Ramos Quintana

Catedrática. Universidad de La Laguna

1. EL MARCO NORMATIVO CONVENCIONAL EUROPEO Y LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

En su [Sentencia de 23 de febrero de 2016](#), el TEDH ha dictaminado que las leyes de extranjería de Croacia, en la medida en que no reconocen a las parejas del mismo sexo la condición de familia, violan el [CEDH](#).

Este pronunciamiento judicial puede tener una repercusión importante en el resto de países que forman parte de dicha Convención internacional, puesto que el alcance del fallo no apunta tanto en el sentido de que el citado instrumento en materia de derechos humanos obligue a los Estados a legislar sobre parejas de hecho o sobre uniones del mismo sexo, pero sí que establezca la obligación de ofrecer protección a la parejas de hecho constituidas por personas del mismo sexo a fin de evitar todo trato discriminatorio en relación con ellas en comparación con parejas de hecho heterosexuales en determinadas circunstancias.

El objeto de este comentario trae causa de la situación de una ciudadana de Bosnia-Herzegovina que solicitó en su momento un permiso de residencia por reunificación familiar, al acreditar que mantenía una relación estable con una ciudadana croata. El parecer del TEDH con respecto a este asunto, pero de indudable impacto en los sistemas jurídicos que regulan al matrimonio y las uniones de hecho como formas de convivencia familiar, es claro: la no equiparación en derechos de las parejas del mismo o distinto sexo es una grave discriminación por razón de orientación sexual.

El análisis de este reciente pronunciamiento judicial exige recordar que el artículo 8 del [CEDH](#), bajo el título «Derecho al respeto de la vida privada y familiar», establece:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.

A la vista de lo preceptuado en relación con la vida privada y la vida familiar de los nacionales de los Estados que forman parte del instrumento internacional, el Tribunal estima que el artículo 8 del CEDH concede a todos los ciudadanos el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otras personas, y que la orientación sexual forma parte de la esfera personal protegida por ese mismo artículo, por tanto, no puede haber diferencia de consideración entre un tipo de parejas u otro. Dicho con otras palabras, la orientación sexual de los individuos, elemento que conduce a realizar determinadas opciones o a adoptar cierto tipo de decisiones, forma parte del ámbito de la *privacy*, de la intimidad familiar de las personas, un aspecto absolutamente relevante para extender la protección y garantías que la Convención establece.

De otra parte, su artículo 14 obliga a erradicar prácticas y actos que contengan elementos de discriminación, al señalar que:

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

La «legislación de extranjería» de Croacia –país de referencia del asunto aquí analizado– reconoce el derecho al reagrupamiento familiar de las personas inmigrantes, pero no contempla que las parejas del mismo sexo tengan la condición de familia, luego no se pueden beneficiar de ese derecho. La Ley de Extranjería croata remite a la Ley de Familia para determinar tal condición. En tal sentido, el apartado 3 de la sección 56 (1) de dicha ley considera como familia a las uniones *more uxorio* siempre que se trate de parejas formadas por un hombre y una mujer y que hayan mantenido una relación extramatrimonial durante al menos tres años. El párrafo 2 del citado apartado 3 de la misma ley, sin embargo, considera como parejas de hecho a las del mismo sexo que hayan mantenido una relación extramatrimonial de al menos tres años, pero no las considera «familia».

Por lo que a la legislación española se refiere, el artículo 16.2 de la [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), de derechos y libertades de los extranjeros y de su integración social (LOEX), señala que los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares

que se determinan en el artículo 17 del mismo texto legal. Que el derecho a la reagrupación familiar sea reconocido a los extranjeros «con residencia legal en España» ha sido una opción avallada, como es sabido, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya que no forma parte del núcleo duro de los derechos, esto es, los directamente vinculados con la dignidad humana (STC 236/2007). Por otra parte, el artículo 17.1 de la LOEX, letra a), establece el derecho a reagrupar al cónyuge de quien solicita la reagrupación en España, siempre que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley; al mismo tiempo, sienta la prohibición de reagrupar a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero permita esta modalidad matrimonial; es requisito añadido que no exista separación de hecho o de derecho entre ambos cónyuges, pues en tal caso no existiría derecho a reagrupar. Y el apartado 4 del artículo 17 establece que la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en dicho capítulo, «siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España». Como consecuencia del reconocimiento del derecho de reagrupación de parejas de hecho debidamente acreditadas en España, es decir, que produzcan efectos legales en nuestro país, se ha señalado que son pocos los países que disponen de registro de parejas de hecho, razón por la cual se ha advertido de la complejidad de tramitación de estos procesos. Esta misma circunstancia es contemplada en el artículo 53 b) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. Sin embargo, el reglamento abre dos posibilidades para acreditar la existencia de «relación de afectividad análoga a la conyugal»: a) inscripción en registro público, b) acreditación de la vigencia de una relación no registrada, con prevalencia de documentos emitidos por una autoridad pública.

Por otro lado, y es la cuestión que aquí se quiere destacar al hilo de la reciente Sentencia del TEDH de 23 de febrero de 2016, no está expresamente contemplado el supuesto de reagrupar a pareja de hecho constituida entre personas del mismo sexo. El vacío legal en la normativa de extranjería –que también se extiende en relación con el matrimonio con respecto a esta circunstancia específica–, sin embargo, no es tal, en la medida en que las normas del Código Civil contienen soluciones jurídicas a tal efecto. En lo que se refiere al matrimonio, cabe deducir que resulta perfectamente aplicable la disposición adicional primera de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la cual establece que «[l]as disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes». Por consiguiente, abarca y comprende también las normas de Derecho de extranjería. Y puesto que las diferencias de trato entre matrimonio y parejas de hecho (integradas ambas figuras por personas del mismo o distinto sexo), a efectos de reagrupación familiar, tampoco admitirían consideraciones diferentes por razón del vínculo afectivo (el propio legislador les reconoce a ambas modalidades iguales efectos jurídicos, pues el artículo 17.4 LOEX dispone que la pareja de hecho «se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en este Capítulo»), cabe deducir que en el ordenamiento español encuentra cobertura jurídica la reagrupación familiar realizada por cónyuge con vínculo matrimonial (con independencia del sexo de sus integrantes), así como la solicitada por parejas de hecho sin que pueda prevalecer trato discriminatorio por razón de la orientación sexual de sus miembros.

2. EL SUPUESTO DE HECHO

El 29 de diciembre de 2011, la ciudadana de Bosnia-Herzegovina Danka Pajić solicitó a la administración de extranjería de Croacia la concesión de un permiso de residencia. Debido a que no era posible obtener la concesión del permiso por el procedimiento establecido por el hecho de ser cónyuge de ciudadana comunitaria, pues ni Bosnia-Herzegovina ni Croacia reconocen el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la vía escogida por la solicitante fue tratar de obtener el permiso de residencia por reunificación familiar. En este sentido, la Ley de Extranjería croata considera como familia a las uniones de hecho, en determinados casos, aunque no estén formalizadas. No obstante, la complejidad del asunto adquirió mayor dificultad para la señora Pajić por cuanto las leyes de extranjería de Croacia únicamente otorgan la consideración de familia a las uniones de hecho formadas por un hombre y una mujer, excluyendo de la misma y de forma explícita a las parejas del mismo sexo.

Esa fue exactamente la circunstancia alegada por el Ministerio del Interior croata para denegar el permiso de residencia a la ciudadana bosnia solicitante del mismo, a pesar de que las investigaciones policiales habían acreditado su relación continuada con la ciudadana croata D. B.: por una parte, la declaración de ambas al respecto, y por otra, las constantes visitas entre ambas mujeres, de una duración de tres meses en cada ocasión, umbral temporal que representaba el límite permitido para no necesitar un permiso de residencia. La ciudadana nacional de Bosnia-Herzegovina recurrió ante el tribunal administrativo de Zagreb en julio de 2012. Dicho tribunal, en su Sentencia de 30 de enero de 2013, tomó en consideración lo establecido en la Ley de Extranjería de Croacia que, en materia de reunificación familiar, se remite a lo estipulado en la Ley de Familia. Una aplicación literal del sentido y alcance de dicho marco jurídico llevaría al tribunal administrativo a concluir que «la Ley de Extranjería establece como miembros de una familia a los cónyuges o personas que conviven en una relación extramarital con arreglo a la legislación croata. Los apartados 3 y 5 de la sección 56 de la Ley de la Familia estipulan que el matrimonio y la relación extramarital son uniones entre un hombre y una mujer. De este modo, la unión entre dos personas del mismo sexo no puede considerarse conforme a las disposiciones legales pertinentes como matrimonio o relación extramarital». En consecuencia, a la señora Pajić le fue denegado el permiso de residencia por reunificación familiar.

La denegación fue objeto de apelación a la última instancia judicial croata, el Tribunal Constitucional, cuya finalidad era solicitar el reconocimiento de haber sido objeto de una discriminación fundada en la orientación sexual de la solicitante y su pareja. En el mes de mayo de 2013, el Alto Tribunal resolvió la cuestión entendiendo que, a la vista de las circunstancias y de la legislación constitucional croata, no concurría discriminación ni violación alguna del principio de igualdad en el acto de denegación del permiso de residencia solicitado por la vía de la reunificación familiar, sobre la base de las consideraciones jurídicas tenidas en cuenta a tal efecto.

Danka Pajić se dirigió al TEDH con la pretensión de revertir el sentido dado a su petición para obtener un permiso de residencia en Croacia por la vía de la reagrupación familiar con su

pareja de hecho, otra mujer. Y lo hizo con el apoyo y en reclamo de la debida aplicación de dos fundamentos jurídicos cuyo contenido se encuentra recogido en el texto de la Convención: supuesta violación de lo dispuesto en el artículo 14 de la misma, que impide la discriminación basada en una serie de causas, en concordancia con lo establecido en el artículo 8 del referido texto internacional, relativo al respeto a la vida privada y familiar.

3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: RAZONAMIENTOS PARA EL FALLO

La [STEDH de 23 de febrero de 2016](#) resuelve a favor de Danka Pajić. El fallo final, adoptado por unanimidad, introduce una importante clarificación. El TEDH deja constancia expresa y subraya que el presente caso *no se refiere a la cuestión de si la solicitud de reagrupación familiar de la solicitante debería haber sido concedida en las circunstancias del caso*. No es esa la cuestión, porque no se trata de un aspecto concreto reducido a las circunstancias específicas de un supuesto particular. De ahí que el TEDH no entre a valorar las condiciones en que deben ser concedidos los permisos de residencia por reagrupación familiar. La cuestión aquí es la de si las solicitantes, parejas del mismo sexo, son objeto de discriminación, debido al hecho de que las autoridades nacionales consideran que tal posibilidad es en cualquier caso jurídicamente imposible. El juicio de valoración se centra, pues, en determinar si las leyes que discriminan por causa de la composición de las parejas se encuentran estrechamente relacionadas con el factor de la orientación sexual.

Así concretado el problema jurídico, el TEDH estima que las leyes de familia y de extranjería croatas, por cuanto impiden el reconocimiento como «familia» de las parejas de hecho del mismo sexo, contienen una discriminación basada en la orientación sexual. Para el TEDH el artículo 8 del [CEDH](#) concede a todos los ciudadanos el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otras personas, y que la orientación sexual forma parte de la esfera personal protegida por ese mismo artículo, por tanto, no puede haber diferencia de consideración entre un tipo de parejas u otro. Dicho con otras palabras, la orientación sexual de los individuos, elemento que conduce a realizar determinadas opciones o a adoptar cierto tipo de decisiones, forma parte del ámbito de la *privacy*, de la intimidad familiar de las personas, un aspecto absolutamente relevante para extender la protección y garantías que la Convención establece. En suma, el TEDH identifica una flagrante violación del artículo 14 en relación con lo dispuesto en el artículo 8 del [CEDH](#).

En el caso aquí comentado, la sentencia no se aquieta en dotar de efecto declarativo a la reclamación de la solicitante del permiso por reagrupación familiar, sino que se adentra en el ámbito sancionador a fin de evitar una declaración formal de incumplimiento de Croacia:

- a) Obliga a la Administración croata a conceder el permiso de residencia por reagrupación.
- b) Reconoce una indemnización de 10.000 euros por los perjuicios causados.
- c) Carga a la Administración con las costas, que ascienden a 5.690 euros (6.270 dólares).

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL MÁS ALLÁ DE LA JUSTICIA DEL CASO CONCRETO: PREVISIBILIDAD DE SU INCIDENCIA EN OTRAS EXPERIENCIAS

No cabe la menor duda de la relevancia que puede tener una sentencia del TEDH en la que se estima que las parejas que mantienen una relación estable entran a formar parte de la definición de «unidad familiar», aunque por determinadas circunstancias estén obligadas a vivir separadamente, lo cual comprende a aquellas en las que uno de sus miembros ha emigrado a otro país. Pero, además, respalda los derechos de las parejas del mismo sexo, en particular, su derecho a la vida familiar, al margen de conductas y prácticas de discriminación por causa de su orientación sexual. En consecuencia, si el CEDH no obliga a legislar al respecto, sí que establece la obligación de equiparar, si se regulan, la protección de las parejas de hecho homosexuales.

De este modo, si bien el «derecho a la vida familiar», cuyo respeto exige, entre otros, el disfrute de los padres y los hijos a vivir en mutua compañía, goza de una dilatada tradición en la jurisprudencia del TEDH (caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996), ahora se produce un avance cualitativo relevante. No obstante, a efectos de valorar las consecuencias últimas del caso *Danka Pajić*, debe tenerse en cuenta que, en 2010, el TEDH dictaminó que, si bien los Estados europeos no están obligados a permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo, tales parejas deben ser objeto de protección (STEDH de 24 de junio de 2010, caso *Shalk y Kopf c. Austria*); pero no de cualquier protección, sino equivalente a las parejas heterosexuales, viene a precisar ahora el caso *Danka Pajić*.

Las consecuencias que puede desatar una sentencia de estas características no son fácilmente previsibles. Téngase en cuenta que en diciembre de 2015 Grecia procedió a aprobar la ley que permite las uniones civiles entre parejas del mismo sexo debido a que en el año 2013 el TEDH falló, al hilo de una específica cuestión, que la exclusión de parejas del mismo sexo de la normativa griega sobre uniones civiles violaba la Convención Europea de Derechos Humanos (STEDH de 7 de noviembre de 2013, caso *Vallianatos and others v. Greece*). Con esta decisión, Grecia se adelantó a otros países europeos, como Italia, al que el mismo tribunal condenó hace tres décadas por la violación de los derechos de tres parejas del mismo sexo en relación con el derecho a la intimidad y vida familiar. El proceso legislativo de adaptación ha resultado evidentemente muy lento, solo culminado hace unas semanas.

Habrà que esperar un tiempo, pues, para conocer el grado de influencia y el impacto de este pronunciamiento del tribunal de Estrasburgo, especialmente en relación con aquellas legislaciones de los países que impiden el matrimonio entre personas del mismo sexo y, asimismo, en relación con las leyes de extranjería cuando permiten la concesión de permisos de residencia únicamente a las personas unidas en matrimonio. Igual ocurre con respecto a las legislaciones europeas que admiten y reconocen efectos jurídicos a las parejas de hecho pero únicamente las constituidas por personas de distinto sexo. Sobre esas opciones legislativas nacionales la STEDH de 23 de febrero de 2016 tendrá un impacto directo al haber establecido una clara posición sobre la prohibición

de discriminación por razón de la orientación sexual. En concreto, lo tendrá cuando se den situaciones y circunstancias de completa similitud con el supuesto de hecho objeto de la controversia judicial: reagrupaciones familiares entre ciudadanos o ciudadanas miembros de parejas de hecho entre personas del mismo sexo por comparación a las condiciones en que dicha reagrupación se permite entre parejas de sexo diferente.

A raíz de los importantes cambios experimentados en la legislación civil española en 2005, no parece que nuestro país resulte significativamente afectado. Como se recordó, ante la equiparación *ex* artículo 17.4 de la [LOEX](#) de las diferentes modalidades de relación de pareja («se equiparará al cónyuge a todos los efectos previstos en este Capítulo»), cabe deducir que en el ordenamiento español encuentra cobertura jurídica la reagrupación familiar realizada por cónyuge con vínculo matrimonial (con independencia del sexo de sus integrantes), así como la solicitada por parejas de hecho, sin que pueda prevalecer trato discriminatorio por razón de la orientación sexual de sus miembros. No obstante, a partir de ahora esa equiparación legal tendrá que entenderse plenamente reforzada a la luz de la nueva jurisprudencia del [caso Pajić c. Croacia](#). Pero todavía puede hacerse una lectura más innovadora de esta doctrina si se comparan, de nuevo, los métodos interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional a la hora de integrar de forma efectiva el derecho a la vida en familia.

Lejos de apreciaciones por las que se ha estimado que el derecho a la reagrupación familiar se conecta con el artículo 19 de la [CE](#) (derechos de entrada y establecimiento) y con la defensa que el texto constitucional hace de la familia (art. 39), la [STC 236/2007](#) configura la reagrupación familiar como «un derecho adicional de la intimidad personal». La citada STCO, sin embargo, excluye que se reconozca de forma autónoma un «derecho a la vida familiar».

Consecuentemente, no solo muestra una diferencia relevante con lo establecido por la jurisprudencia del TEDH en interpretación del artículo 8.1 del [CEDH](#), sino que descarta que haya como tal un «derecho fundamental a la reagrupación familiar». Para nuestro Tribunal Constitucional, el «derecho a la vida familiar» derivado del artículo 8.1 del [CEDH](#), pero también del artículo 7 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar *ex* artículo 18.1 de la [CE](#). Derechos a la vida familiar e intimidad familiar, por consiguiente, seguirían siendo dos esferas separadas en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional. La plena recepción de la jurisprudencia del TEDH, de sus doctrinas y de su método de interpretación abierta debería llevar a una reflexión sobre la oportunidad de abrir vías superadoras de estas fracturas.