

DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHO EUROPEO Y DERECHO DE FAMILIA: NUEVAS FAMILIAS, NUEVOS DERECHOS*

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA**

*“No es la carne y la sangre, sino el corazón lo que nos hace padres e hijos”
Friedrich Schiller*

RESUMO: Nas páginas seguintes analisaremos direitos individuais ligados à família. Trataremos desses direitos em dois diferentes níveis ou contextos: 1. O “Direito Europeu em um sentido amplo” que identificaremos com o direito gerado pelo Conselho Europeu e com as decisões da Corte Européia de Direitos Humanos (Corte de Estrasburgo). 2. O “Direito Europeu em sentido estrito” que estará conectado com o direito da União Européia e as decisões da Corte de Justiça das Comunidades Européias (Corte de Luxemburgo). O tipo de casos julgados por essas cortes européias, especialmente a de Estrasburgo, é tão variado e amplo que temos na verdade um catálogo abrangente de decisões que estabelecem diferentes critérios e standards em diversos campos como: o conceito de família, o interesse dos Estados-membros da UE, o direito à casar-se, igualdade entre todos os membros de uma família, aborto e o direito a ter descendentes, adoção, testes de paternidade, educação das crianças... Os princípios e regras que todas essas decisões afirmam são o tópico desse artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Direito europeu; Direito de família.

ABSTRACT: In the following pages we will analyze individual rights that are linked with the Family. We will deal with these rights in two different levels or contexts: 1). The “European Law in a broad sense” that we will identify with the Law generated by the Council of Europe and with the Decisions of the European Court of Human Rights (Court of Strasbourg) 2). The “European Law in a strict sense” that will be connected with the European Union Law and the Decisions of the Court of Justice of the European Communities (Court of Luxembourg). The kind of cases judged by these European Courts, specially by the Strasbourg one, is so varied and wide that we really have a comprehensive catalog of Decisions that establish different criteria and standards about several fields like: the concept of family, the interest of the U-18, the right to get married, equality between all the members of a family, abortion and the right to have descendants, adoption, inquiries about paternities, education of the children... The principles and rules, that all these Decisions state, are the topic of this paper.

KEYWORDS: Fundamental Rights; European Law; Family Law.

* Una panorámica más amplia, que incluye la traducción al español de las 39 sentencias más importantes en materia de familia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, puede verse en Miguel Ángel Presno Linera: *El derecho europeo de familia*, Thomson-Aranzadi, 2008.

** Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo; presno@uniovi.es; <http://presnolinera.wordpress.com>

SUMÁRIO: I. Apresentação; II. O conceito europeu de família; III. O direito europeu a criar uma família; IV. O direito europeu ao casamento; V. A igualdade de direitos nas relações familiares; VI. Existe o “direito europeu” a ter, ou não, filhos?; VII. A adoção; VIII. As relações paterno-filiais; IX. Os direitos de visita e, conforme o caso, de reagrupamento de uma família previamente separada; X. Os direitos à investigação da paternidade e ao conhecimento de informações sobre a infância e as origens familiares; XI. A educação dos filhos.

SUMMARY: I. Introduction; II. The European concept of family; III. The European right to start a family; IV. The European right to matrimony; V. The equality of rights in family relations; VI. Is there an “European right” to have, or not to have, children?; VII. The adoption; VIII. The parent-child relations; IX. The rights of visitation and, according to the case, to the reuniting of previously split-up families; X. The rights to paternity investigation and to information regarding childhood and family origins; XI. The children’s education.

SUMARIO: I. Presentación; II. El concepto europeo de familia; III. El derecho europeo a crear una familia; IV. El derecho europeo al matrimonio; V. La igualdad de derechos en las relaciones familiares; VI. ¿Existe el “derecho europeo” a tener, o no, hijos?; VII. La adopción; VIII. Las relaciones paterno-filiales; IX. Los derechos de visita y, en su caso, de reagrupación de una familia previamente separada; X. Los derechos a la investigación de la paternidad y al conocimiento de informaciones sobre la infancia y los orígenes familiares; XI. La educación de los hijos;

I. PRESENTACIÓN.

El profesor Peter Häberle viene recordando desde hace tiempo la necesidad de que la doctrina constitucional del viejo continente preste mucha atención al derecho europeo, pues constituye una etapa de crecimiento del Estado constitucional europeo mismo¹. En las páginas que siguen analizaremos los derechos de las personas vinculados a la familia en el contexto tanto del “derecho europeo en sentido amplio”, entendido como el derecho del Consejo de Europa articulado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y sus Protocolos, así como en las numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, Tribunal de Estrasburgo), como del “derecho europeo en sentido restringido”, concebido como el derecho de la Unión y las Comunidades Europeas y la cada vez más importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJCE, Tribunal de Luxemburgo)².

¹ *Europäische Rechtskultur*, Baden-Baden, 1994, págs. 33 y sigs.

² Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden leerse en lengua francesa e inglesa en la página del Tribunal (<http://www.echr.coe.int/echr>); las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas están disponibles en las diferentes lenguas comunitarias en <http://curia.europa.eu>.

Para un estudio sistemático del Convenio Europeo de Derechos Humanos sigue siendo de referencia obligada la obra de Frowein/Peukert: *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, 2. Auflage, Kehl, 1996. En lengua inglesa, los trabajos doctrinales de referencia son las obras de Blackburn y Polakiewicz, *Fundamental rights in Europe. The ECHR and its member states, 1950-2000*, Oxford University Press, Oxford, 2001; Harris/O’Boyle/Bates/Warbrick, *Law of the European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2005; Jacobs/White/Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2006. Resultan muy útiles las obras documentales, en formato de *handbook*, de Gordon/Ward/Eicke, *The Strasbourg Case Law. Leading Cases from the European Court of Human Rights*, Sweet & Maxwell, Londres, 2001, y K. Reid, *A practitioner’s guide to the European Convention on Human Rights*, Sweet & Maxwell, Londres, 2004.

En lengua francesa, los trabajos doctrinales más destacados son los de G. Cohen-Jonathan, *La Convention*

La riqueza y variedad de asuntos que llegan a los Tribunales europeos, en especial al de Estrasburgo, es tal que nos permite contar ya con un exhaustivo catálogo de resoluciones jurisprudenciales en las que se plasman criterios sobre el concepto de familia, el interés superior del menor y su integración familiar, el derecho a contraer matrimonio, la igualdad de derechos de cónyuges, padres e hijos, el aborto y el derecho a procrear, la adopción, la investigación de la paternidad, la educación de los hijos,... Los principios y reglas derivados de esta jurisprudencia constituyen el objeto de este estudio.

No nos ocuparemos con detalle ni de las normas estatales ni del debatido asunto de la unificación del derecho privado europeo, singularmente del derecho de familia³, por escapar ambas cuestiones al espacio disponible y, sobre todo, a nuestras capacidades.

II. EL CONCEPTO EUROPEO DE FAMILIA.

La protección de la vida familiar constituye uno de los ámbitos jurídicos en los que se ha producido una mayor transformación desde su reconocimiento inicial en el CEDH y ello como resultado de la interpretación “constructiva”⁴ llevada a cabo por el Tribunal de Estrasburgo (TEDH), que viene realizando una lectura conjunta del Convenio y, en particular, de los artículos 8 y 12.

Esta mutación ha supuesto el abandono de un concepto tradicional de “familia”, construido a partir del matrimonio y de unos derechos y obligaciones basados en la unión conyugal, en aras a un concepto moderno de “vida familiar” que, como recuerda la Gran Sala del Tribunal, “no se circunscribe únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede incluir otras relaciones «familiares» fácticas en las que las personas conviven fuera del matrimonio” (asunto *Elsholz c. Alemania*, de 13 de julio de 2000).

Européenne des Droits de l'homme, Economica, Paris, 1989; J. P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 1997; F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2002. Las obras documentales de referencia siguen siendo V. Berger, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'homme*, Sirey, Paris, 2000, y Sudre/Marguénaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2005.

En Italia, Bartole/Conforti/Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padua, 2001.

En España, Daniel Sarmiento/Javier Mieres/Miguel A. Presno: *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Thomson, Madrid, 2007.

³ En general, sobre la armonización del derecho de familia en Europa véanse Katharina Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen/Oxford/New York, 2003; European Family Law Series, n° 4; Boele-Woelki/T. Svedrup (eds.) *European Challenges in Contemporary Family Law*, EFL Series, n° 19, Intersentia, Antwerpen, 2008; Nina Dethloff, “Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 204, págs. 544-568, 2004; Maria Rosaria Marella, “L’armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodo e obiettivi”, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*,..., págs. 511 y sigs; también “The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law” en *European Law Journal*, January 2006, Vol. 12 Issue 1, págs. 78-105, y Clare McGlynn, *Families and the European Union: Law, Politics and Pluralism*, Cambridge University Press, 2006. Véase también la información que facilita la Commission on European Family Law en su página <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>

⁴ Utiliza esta terminología Frédéric Sudre en “La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale”, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Frédéric Sudre (dir.), Nemesis/Bruylant, Bruselas, 2002, págs. 11 y sigs.

Esta transformación no ha sido siempre bien recibida ni por las doctrinas iusprivatistas nacionales⁵ ni, en ocasiones, por las iuspublicistas, en particular por las de los países de tradición codificadora, que se han preguntado si la familia se ha fortalecido o, por el contrario, más bien ha resultado “minada” por esta filosofía de los derechos de la persona. En todo caso, es necesario deslindar, en la medida en la que sea posible, este nuevo concepto de vida familiar protegida por el Convenio, recordando, ante todo, que “el derecho al respeto de una “vida familiar” no protege el mero deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia (asunto *Marckx c. Bélgica*, de 13 junio 1979), incluso como mínimo de una relación potencial que habría podido desarrollarse, por ejemplo, entre un padre natural y un hijo nacido fuera del matrimonio (decisión *Nylund c. Finlandia*), de una relación nacida de un matrimonio no ficticio, aunque todavía no se hubiese establecido plenamente una vida familiar (asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 28 mayo 1985), o incluso de una relación nacida de una adopción legal y no ficticia (asunto *Pini y otros c. Rumania*)” (asunto *E. B. c. Francia*, de 22 de enero de 2008).

Se acaba de apuntar que la vida familiar alude tanto a la matrimonial como a otras relaciones de convivencia no matrimoniales. El Convenio no se ha pronunciado al respecto y en las sentencias del TEDH se emplea una terminología diversa que va desde la “familia” a las “relaciones familiares”, pasando por la “célula familiar”, la “unidad familiar” o los “lazos familiares”. La indeterminación normativa de lo que sea la vida familiar nos aproxima a una concepción fáctica de la misma que, en palabras de Frédéric Sudre⁶, adopta o bien la fórmula “parentesco + efectividad de la relación interpersonal” o bien la de “efectividad de la relación interpersonal + apariencia de familia”. Adeline Gouttenoire añade una tercera “ecuación” a las dos de Sudre: “vida familiar = parentesco + voluntad contrariada de establecer una relación”⁷.

En el ámbito del derecho europeo en sentido estricto, la normativa sí ha ido acogiendo una concepción cada vez más amplia de la familia, como se evidencia en las Directivas de la Unión Europea sobre reagrupación familiar:

así, en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, se afirma que “a los efectos de la presente Directiva, la definición de miembro de la familia debe incluir también la pareja registrada si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio” y habla de “mantener la unidad de la familia en un sentido amplio”. En el artículo 2 se considera “Miembro de la familia: a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los

⁵ Por ejemplo, Françoise Dekeuwer-Défossez en el prólogo al estudio de Fanny Vasseur-Lambry *La famille et la Convention européenne des droits de l’homme*, L’Harmattan, 2000.

⁶ “La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale”, *ob. cit.*, pág. 22.

⁷ Sudre/Marguénaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme*, p. 478.

matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)".

A). El interés superior del menor y su integración familiar.

En cualquiera de las fórmulas que determinan la existencia de una vida familiar cobra una relevancia especial el objetivo de procurar la integración del menor en su familia desde el momento mismo del nacimiento y ya en la primera ocasión en la que el Tribunal se enfrentó a la necesidad de precisar "el significado de las palabras respeto a su vida familiar" (asunto *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979), manifestó que "implica la existencia en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado de ciertas garantías legales que permitan la integración del menor en su familia desde el momento mismo de su nacimiento" (31). Y es que una vez que se haya establecido una relación familiar con un menor, el Estado debe actuar de manera que procure su desarrollo, acordando la protección jurídica que haga posible desde el nacimiento su integración en la familia (asuntos *Keegan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, 50, y *Kroon c. Países Bajos*, de 27 de octubre de 1994, 32).

Pero el objetivo de la integración se condicionará a que sea lo más adecuado para la garantía del interés superior del menor, hasta el punto de que "cuando ha pasado un período de tiempo considerable desde que el niño ha sido colocado por primera vez bajo asistencia [de los servicios sociales], el interés por que el niño no vea que su situación familiar de facto vuelve a cambiar de nuevo puede ser más importante que el interés de los padres en el reagrupamiento de la familia" (asunto *Kutzner c. Alemania*, de 26 de febrero de 2002, 67).

De esta manera, se constata que el TEDH ha construido un derecho de familia que, de manera gráfica, ha sido calificado de "pedocéntrico"⁸, a pesar de que dicho interés del menor no aparece mencionado de manera expresa en el CEDH, a diferencia de lo que sucede con el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹.

Invocando, entre otros, este precepto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha recordado que "la Carta, en su artículo 7, reconoce el mismo derecho al respeto de la vida privada o familiar. Esta disposición debe ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de dicha Carta, y tomar en consideración la necesidad del menor de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre

⁸ Así lo califica Françoise Dekeuwer-Défossez en sus "Conclusions", *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*,..., pág. 403.

⁹ "Los menores tendrán derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses".

y con su madre, expresada en el apartado 3 del citado artículo 24” (asunto *Parlamento c. Consejo*, de 27 de junio de 2006, C-540/03, 58).

Por su parte, el TEDH recuerda que el Convenio no debe ser interpretado independientemente y debe aplicarse de acuerdo con los principios de derecho internacional. Y ha señalado (asunto *Maumousseau y Washington c. Francia*, de 6 de diciembre de 2007) que “desde la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, «el interés superior del menor» en cualquier materia que le concierna, es el objetivo central de la protección del menor, buscando la plenitud del niño en el ámbito familiar, constituyendo la familia «la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para su crecimiento y bienestar», según los términos del preámbulo de esta Convención” (66 y sigs.).

Así pues, la regla que ha venido presidiendo la labor jurisprudencial del TEDH es la de que “la preocupación por el interés superior del menor reviste en cada caso una importancia decisiva” (asunto *K. T. c. Finlandia*, sentencia de la Gran Sala de 12 de julio de 2001, 154), lo que obligará a los Estados parte a adoptar medidas positivas, cuya inexistencia o incumplimiento llevará aparejada una infracción del Convenio.

La búsqueda del mejor interés para el menor se debe promover tanto en los supuestos de parentesco biológico como en los de parentesco jurídico, sin olvidar los casos de ausencia de parentesco pero con efectivas relaciones familiares de facto. Habrá, pues, que estar a las circunstancias del caso para decidir qué es lo que más conviene al menor, lo que ha originado soluciones muy diversas en la jurisprudencia: a) primar la efectividad y apariencia de familia, a pesar de la ausencia de parentesco jurídico y biológico (en el asunto *X., Y. y Z. c. Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, se avaló la relación familiar entre X., transexual que convivía con Y., con Z., hijo de Y. por inseminación artificial de un donante anónimo); b) atender el parentesco biológico o jurídico si la ausencia de relación efectiva se ha producido en contra de la voluntad del progenitor (asunto *Gorgülü c. Alemania*, de 26 de febrero de 2004, donde el padre ignoraba que tenía un hijo que la madre decidió entregar en adopción); c) elegir entre la filiación biológica o la adoptiva en los supuestos en que ambas puedan coincidir (en el asunto *Söderbäck c. Suecia*, de 28 de octubre de 1998, el Tribunal primó una relación familiar de adopción respecto de la biológica en atención a los lazos ya consolidados).

B). La vida familiar como resultado de la combinación entre el parentesco y la efectividad de la relación interpersonal.

Desde el ya citado asunto *Marx c. Bélgica*, el concepto de vida familiar que emplea el Tribunal es amplio y no se limita a la familia matrimonial, sino que es aplicable siempre que existan vínculos de parentesco dotados de efectividad.

Si la relación de parentesco matrimonial o extramatrimonial, en especial en casos de filiación, es importante, no es suficiente por sí sola para la existencia de vida familiar en el sentido del Convenio; requiere, además, la efectividad de los lazos familiares como elemento determinante de la relación, lo que se evidenció en el asunto *Söderbäck c. Suecia*, de 28 de octubre de 1998, en el que se otorgó preferencia a la unión existente entre un menor y su padre adoptivo respecto a la vinculación del

primero con su padre biológico. Y en el asunto *Haas c. Países Bajos*, de 13 de enero de 2004, el Tribunal reiteró, en un supuesto de reclamación hereditaria, que la mera paternidad biológica no supone por sí sola la creación de un familia si no existen pruebas adicionales de vida familiar.

En estos casos resulta determinante para la constatación de la efectividad de la relación que haya existido una convivencia prolongada en el tiempo; así, en el caso *Elsholz*, el Tribunal señala “que el demandante vivió con su hijo desde el nacimiento de éste en diciembre de 1986 hasta junio de 1988, fecha en la que la madre se fue con sus dos hijos, es decir, durante cerca de año y medio. Continuó viendo con frecuencia a su hijo hasta julio de 1991” (43 y 44). Pero también se admite que una relación puede ser efectiva aunque no haya habido convivencia, especialmente cuando hay vínculos de descendencia (asunto *Lebbink c. Países Bajos*, de 1 de junio de 2004).

Esta laxitud es coherente con la jurisprudencia del Tribunal, que ya en el caso *Keegan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, admitió la existencia de relación familiar entre un hombre y su hija aunque él y la madre de la niña ya no vivían juntos en el momento del nacimiento, pero sí habían mantenido relaciones durante dos años y habían decidido tener descendencia.

Tampoco la efectividad presupone necesariamente la convivencia en el caso de las personas casadas si han existido circunstancias ajenas a su voluntad que la hayan impedido; en estos supuestos la convivencia no es un presupuesto para la aplicación del derecho sino una de las conductas protegidas por el derecho mismo; como manifestó el Tribunal, “si se trata de una pareja casada, la expresión “vida familiar” comprende normalmente la convivencia. Esta afirmación es confirmada por el artículo 12, porque es difícilmente concebible que el derecho a fundar una familia no comprenda el derecho a vivir juntos” (asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 29 de marzo de 1985, 62).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tampoco exige la convivencia como elemento definidor de la familia (por ejemplo, sentencia del Tribunal de Justicia asunto *Diatta*, de 13 de febrero de 1985, C-267/83, o sentencia del Tribunal de Justicia asunto *Cirotti* de 2 de octubre de 1997, C-144/96), si bien puede constituir un elemento que demuestre la existencia de vida familiar (sentencia del Tribunal de Justicia asunto *Sezgin Ergat*, de 16 de marzo de 2000, C-329/97).

Volviendo a la relación de parentesco, la misma comprende, como resulta obvio, las vinculaciones paterno-filiales, tanto matrimoniales como extramatrimoniales, que en tiempos ya superados se denominaron “legítimas” e “ilegítimas”¹⁰. Pero el círculo de las relaciones familiares es más amplio, incluyendo las existentes entre abuelos y nietos y entre tíos y sobrinos (asuntos *Boyle c. Reino Unido*, de 28 de febrero de 1994, y *Bronda c. Italia*, de 9 de junio de 1998).

Esta concepción amplia de la vida familiar puede ser restringida por las autoridades nacionales si concurren fines legítimos de protección de la seguridad y el

¹⁰ Terminología empleada, por ejemplo, en los asuntos *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979, *Vermeire c. Bélgica*, de 29 de noviembre de 1991, y *Kroon c. Países Bajos*, de 27 de octubre de 1994, aunque en esta última también se habla de familia «de hecho» y de relaciones «extramatrimoniales».

orden públicos y de prevención de la comisión de delitos. Con estas premisas, el Tribunal consideró compatible con el artículo 8 del Convenio la restricción impuesta por las autoridades italianas a los contactos de los presos condenados por delitos de asociación mafiosas con sus respectivas familias, permitiéndolos únicamente con la esposa y los hijos “con fin de minimizar el riesgo de que mantengan contactos personales con las estructuras de las organizaciones criminales... teniendo en cuenta la naturaleza específica del fenómeno de criminalidad organizada de tipo mafioso donde las relaciones familiares juegan a menudo un rol primordial” (asunto *Messina c. Italia* –nº 2-, de 28 de septiembre de 2000, 66).

C). La vida familiar como resultado de la combinación entre la efectividad de la relación interpersonal y apariencia de familia.

La existencia de una vida familiar amparada por el Convenio puede provenir también, aunque no existan relaciones de parentesco entre todos los miembros, de la confluencia de la efectividad de la relación y la apariencia de familia.

La importancia de la efectividad se evidenció en el asunto *X, Y, Z. c. Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, donde el Tribunal amparó la relación existente entre una persona transexual nacida mujer, su compañera y el hijo de ésta concebido mediante inseminación artificial a partir de un donante anónimo.

Como ya se apuntó, la efectividad no depende en exclusiva de la convivencia, pues “aunque como regla general la cohabitación puede constituir una condición para la relación, otros factores pueden servir, excepcionalmente, para demostrar que una relación tiene la constancia suficiente para crear relaciones familiares de hecho” (asunto *Kroon y otros c. Países Bajos*, de 27 de octubre de 1994, 30).

En el asunto *X., Y., Z. c. Reino Unido* se advierte con claridad la importancia de que las relaciones fácticas existentes estén acompañadas de una “apariencia” de vida familiar, pues no en vano se insiste en la asunción de un determinado rol y en los comportamientos que las personas desarrollan ante los demás; en este caso, X., no siendo padre biológico de Z., se comportó como tal desde su nacimiento. En el más reciente caso *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, de 28 junio de 2007, el Tribunal constata que “la demandante se comporta ante todos como la madre de la menor desde 1996, de suerte que las “relaciones familiares” existen “de facto” entre ellas” (117).

Como recuerda Frédéric Sudre¹¹, la exigencia de la apariencia de familia enlazaría con la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que considera como familia en el sentido de los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a “las personas que la componen tal y como es percibida en la sociedad del Estado parte afectado”. Y, para las Naciones Unidas, aunque la familia es considerada como herramienta básica de toda sociedad, no hay consenso para definirla ni para establecer qué se considera familia en cada sociedad.

Si eso es así, no debe olvidarse que la propia “apariencia de vida familiar” es algo sujeto a evolución jurídica, histórica y social y que, cada vez con mayor frecuencia, en los Estados miembros del Consejo de Europa dicha apariencia ya no está condicionada,

¹¹ *Ob. cit.*, pág. 23.

en el caso de las parejas sin hijos, a su condición heterosexual. Esta tendencia es más acentuada en el seno de la Unión Europea, cuyo Parlamento aprobó la Resolución sobre la Igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOC 28.02.94)¹².

D). La vida familiar como resultado de la combinación entre el parentesco y la voluntad contrariada de establecer una relación.

Puede hablarse de una tercera vía para el reconocimiento de la existencia de la vida familiar, que ampararía los supuestos en los que habiendo parentesco, como en la primera fórmula, no ha existido una relación efectiva a pesar de la intención clara y manifiesta de la persona que reclama dicho reconocimiento, cuya voluntad se ha visto contrariada por circunstancias o decisiones que no le son imputables y es que “el artículo 8 no debe ser interpretado en el sentido de que protege únicamente una «vida familiar» ya existente, sino que debe extenderse, cuando las circunstancias lo requieran, a la relación que podría desarrollarse entre un niño nacido fuera del matrimonio y su padre natural. En tal caso, los factores a tener en cuenta comprenden la naturaleza de la relación entre los padres así como el interés y el afectos manifestados por el padre respecto al menor antes y después del nacimiento” (decisiones de la Comisión *M. B. c. Reino Unido*, de 6 de abril de 1994, y *Nylund c. Finlandia*, de 29 de junio de 1999).

Se encontrarían en esta coyuntura las personas que ignoran que han tenido descendencia, pero que cuando lo averiguan ponen los medios y la voluntad requeridos para el establecimiento de una relación familiar (asunto *Gorgülü c. Alemania*, en el que el demandante pretende ejercer la patria potestad sobre un hijo cuya existencia ignoraba y que la madre entregó en adopción sin comunicárselo); también los padres adoptivos que, cumpliendo los protocolos y exigencias previstos legalmente por el Estado demandado, por circunstancias ajenas a su voluntad no han podido convivir con los adoptados antes de la resolución sobre la adopción (asunto *Pini, Bertani, Manera y Atripaldi c. Rumania*); igualmente, esta fórmula se aplicaría a los supuestos de matrimonios no ficticios que no han podido vivir juntos (asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*).

Por el contrario, como señala Adeline Gouttenoire¹³, resulta evidente que no podrían invocar esta fórmula las personas que como «la madre de la demandante nunca

¹² En esta Resolución se “pide a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales; 14. Opina que la recomendación debería, como mínimo, tratar de poner fin: § A la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales. § A la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres. § A toda forma de discriminación en el derecho laboral y relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el derecho penal, civil, contractual y comercial. § Al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su conocimiento y consentimiento, o a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos. § A la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia...”

¹³ Sudre/Marguénaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*,..., p. 478.

visitó en la clínica al bebé y por lo visto se separó de él con una indiferencia absoluta, y no se alega que posteriormente expresara el menor deseo de conocer a su hija” (asunto *Odièvre c. Francia*, de 13 de febrero de 2003, 44).

III. EL DERECHO EUROPEO A CREAR UNA FAMILIA.

El CEDH garantiza de manera separada los derechos a “contraer matrimonio y a fundar una familia” (artículo 12)¹⁴ y el derecho “al respeto de la vida privada y familiar” (artículo 8)¹⁵. Esta garantía diferenciada es común a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que proclama, primero, que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones» (artículo II-67) y, después, que «se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio» (artículo II-69).

En palabras del TEDH: “mediante el artículo 12 [del CEDH] se encuentra garantizado el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y fundar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero, y la incapacidad para una pareja de concebir o criar a un hijo no puede en sí misma privarle del derecho citado por la primera parte de la disposición en cuestión” (*I. c. Reino Unido*, 80).

La familia cuya creación se protege es tanto la “familia de derecho” como la “de hecho”; la primera se articularía a través de un concreto instrumento jurídico mientras que la segunda resultaría de la existencia de una relación estable sin vínculos jurídicos. Debe apuntarse también que la creación de una “familia de derecho” no debe reducirse a la celebración de un matrimonio, pues cada vez en mayor número de Estados parte del Convenio se contemplan uniones jurídicas distintas a la matrimonial. Como manifestó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *D. y Reino de Suecia c. Consejo*, de 31 de mayo de 2001, “desde 1989, un creciente número de Estados miembros han establecido, junto al matrimonio, regímenes legales que reconocen jurídicamente diversas formas de unión entre personas del mismo o de distinto sexo y que otorgan a dichas uniones determinados efectos jurídicos idénticos o comparables a los del matrimonio, tanto entre sus miembros como respecto a terceros” (35).

En sus explicaciones actualizadas a las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el *Praesidium* de la Convención, basándose en los comentarios del *Praesidium* de la primera Convención, afirma que «este artículo (el 69) está basado en el artículo 12 del CEDH. La redacción de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia. Este artículo ni prohíbe ni

¹⁴ Artículo 12: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

¹⁵ Artículo 8: “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, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca»¹⁶. Seguramente no es casual que el artículo 69 de la Carta ya no hable de hombre y la mujer como titulares del derecho, sino que utilice una fórmula más impersonal¹⁷.

Si lo que sea una “familia de derecho”, matrimonial o no, dependerá de lo que establezcan las legislaciones internas, el TEDH ha precisado algunos de los elementos que toma en consideración para determinar si existe, o no, una “familia de hecho”: “puede ser útil tener en cuenta determinados elementos, como el hecho de si los miembros de la pareja viven juntos y después de cuánto tiempo, si tienen hijos en común, ...” (*X, Y y Z c. Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, 36). Parece que debe acreditarse también la estabilidad de la relación, si bien, como ya se ha analizado anteriormente, no debe de identificarse de forma necesaria con la convivencia.

A partir de estos criterios, el Tribunal ha reconocido distintos tipos de familias de hecho: una pareja que no está casada (asunto *Johnston y otros c. Irlanda*) una mujer soltera y su hija (asunto *Marckx c. Bélgica*), un hombre y su hija extramatrimonial (asunto *Keegan c. Irlanda*),...

Habría que añadir que sí, como ocurre en Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Islandia, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suecia- la adopción puede ser solicitada por una persona a título individual, desde la sentencia E.B. c. Francia, de 22 de enero de 2008, no está amparada por el margen de apreciación nacional su exclusión a causa de su orientación sexual.

Finalmente, debe recordarse que “es difícilmente concebible que el derecho a fundar una familia no comprenda el derecho a vivir juntos”, lo que tiene especial trascendencia en materia de reagrupamiento familiar de personas extranjeras y de otorgamiento y renovación de permisos de residencia (asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, 62). En estos casos, el derecho que suele estar en juego, como norma especial, es el respeto a la vida familiar del artículo 8 (así, por ejemplo, asuntos *Ezzouhdi c. Francia*, de 13 de febrero de 2001, y *Üner c. Países Bajos*, de 13 de octubre de 2006).

La convivencia familiar es especialmente importante en las relaciones paternofiliales; como ha recordado el Tribunal (asunto *Wallová y Walla c. República*

¹⁶ Explicaciones recogidas por Ricardo Alonso García y Daniel Sarmiento en *La Constitución Europea. Texto, antecedentes, explicaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 223.

¹⁷ En esta línea, la Directiva 2003/86 CE, de 22 de septiembre, relativa al “Derecho a la reagrupación familiar” dispone (artículo 4.3) que “los Estados miembros podrán decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar”. Y la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, sobre “Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”, define, en su artículo 2, como “miembro de la familia”: a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)”.

Checa, de 26 de octubre de 2006), “para un padre y su hijo, estar juntos representa un aspecto fundamental de la vida familiar y las medidas internas que se lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio (K. y T. contra Finlandia). Dicha injerencia vulnera el artículo 8 salvo si, «prevista por la Ley», perseguía una o varias finalidades legítimas de acuerdo con el párrafo segundo de esta disposición y es «necesaria, en una sociedad democrática», para alcanzarlas. La noción de «necesidad» implica una injerencia basada en una necesidad social imperiosa, y principalmente proporcionada a la finalidad legítima perseguida (ver, por ejemplo, *Couillard Maugery contra Francia*)” (68). No lo es que una familia numerosa habite en una vivienda reducida y poco acondicionada, pues corresponde a los poderes públicos adoptar medidas sociales más adecuadas al fin de la convivencia.

En el mismo sentido, y también en relación con el artículo 8, el Tribunal ampara el mantenimiento de las relaciones con la familia como parte de los derechos de las personas encarceladas: “Es «esencial para el respecto de la vida familiar» que la Administración ayude al encarcelado a mantener el contacto con su familia cercana... el rechazo opuesto a un encarcelado a salir del mundo carcelario, mediante permisos de salida temporales, con el fin, por ejemplo, como en este caso de mantener el vínculo familiar, debe considerarse igualmente una injerencia en el derecho del demandante al respeto de su vida familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio” (asunto *Schemkamper c. Francia*, de 18 octubre de 2005).

IV. EL DERECHO EUROPEO AL MATRIMONIO.

Ya se ha dicho que el CEDH garantiza en su artículo 12 el derecho a contraer matrimonio. Además, debe mencionarse el artículo 5 del Protocolo nº 7 al Convenio, que prescribe la igualdad entre los esposos: “Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados tomar las medidas necesarias en interés de los hijos”.

Para la construcción europea del derecho al matrimonio el Tribunal de Estrasburgo se ha servido de numerosos asuntos que plantearon problemas relativos a su titularidad, tanto a propósito de la edad exigible (menores), como a la situación de sujeción especial de la persona (presos) o circunstancias relativas a su personalidad (transexuales). A partir de estos casos, el TEDH ha tenido ocasión de ir fijando una serie de reglas jurídicas, de las que se hablará a continuación.

A). El derecho al matrimonio de los presos.

El derecho al matrimonio protege a los presos: la Comisión consideró contrario al artículo 12 del Convenio el establecimiento de restricciones que les impidan su ejercicio, bien prohibiendo la celebración de matrimonios en las cárceles o la salida temporal de los internos para celebrarlos fuera (asunto *Draper c. Reino Unido*, de 10 de julio de 1980). En este asunto, la Comisión no consideró condiciones para el ejercicio de este derecho ni la convivencia ni la posibilidad de mantener relaciones conyugales.

El Tribunal ha asumido este criterio y, en un contexto más amplio, dijo (asunto *Hirst c. Reino Unido* nº 2, de 6 de octubre de 2005), “los presos, en general, siguen disfrutando de todos los derechos y libertades fundamentales garantizados por el

Convenio, con la excepción del derecho a la libertad, puesto que una privación regular entra expresamente en el campo de aplicación del artículo 5 del Convenio. Por ejemplo, los presos... siguen disfrutando del derecho al respeto a la vida familiar, del derecho a la práctica de su religión y del derecho a contraer matrimonio”.

Incluso, como veremos más adelante, la Gran Sala del Tribunal ha revocado la primera decisión en el asunto *Dickson c. Reino Unido*, de 18 de abril de 2006, donde concluyó “que no se ha demostrado que la decisión de negar las facilidades para la inseminación artificial sea arbitraria o poco razonable o que rompiera el justo equilibrio entre los intereses en conflicto”. En la sentencia de 4 de diciembre de 2007, se estimó que “el artículo 8 es aplicable a las quejas de los demandantes en la medida en que la denegación de la inseminación artificial afecta a su vida privada y familiar, incluyendo estas nociones el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos” (66).

B). El matrimonio de las personas transexuales y homosexuales.

En cuanto a las personas transexuales, ha sido, precisamente, en estos casos donde se ha producido una auténtica y relativamente rápida, en términos jurisdiccionales, “revolución” en la jurisprudencia del TEDH, que pasó de considerar que “la imposibilidad para los demandantes transexuales de casarse con una persona del sexo opuesto a su nuevo sexo no [era] contraria al artículo 12 del Convenio” (asuntos *Rees c. Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986, *Cossey c. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1990, y *Sheffield y Horshman c. Reino Unido*, de 30 de julio de 1998) a concluir que “no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse” (asuntos *I. c. Reino Unido* y *Christine Goodwin c. Reino Unido*, ambos de 11 de julio de 2002). En estas sentencias se estiman vulnerados los artículos 8 y, lo que importa aquí, 12 del Convenio.

Resulta conveniente detenerse en los “nuevos” argumentos del TEDH acogidos en la sentencia *I. c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002 (80 a 85):

“... Volviendo a examinar la situación en el año 2002, el Tribunal señala que mediante el artículo 12 se encuentra garantizado el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y fundar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero, y la incapacidad para una pareja de concebir o criar a un hijo no puede en sí misma privarle del derecho citado por la primera parte de la disposición en cuestión...

La primera frase alude expresamente al derecho para un hombre y una mujer a casarse. El Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda seguir admitiendo que estos términos impliquen que el sexo deba ser determinado según criterios puramente biológicos... Desde la adopción del Convenio, la institución del matrimonio se ha visto profundamente trastornada por la evolución de la sociedad, y los progresos de la medicina y de la ciencia han llevado consigo cambios radicales en el ámbito de la transexualidad. El Tribunal ha constatado más arriba, en el terreno del artículo 8 del Convenio, que la no concordancia de los factores biológicos en un transexual operado ya no podía constituir un motivo suficiente para justificar la negativa a reconocer jurídicamente el cambio de sexo del interesado... El Tribunal constata también que el texto del artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea

adoptada recientemente se aparta -y ello no puede ser sino deliberado- del artículo 12 del Convenio en cuanto a que excluye la referencia al hombre y a la mujer... .. aunque el matrimonio de los transexuales tiene una gran adhesión, el número de países que autorizan dicho matrimonio bajo su nueva identidad sexual es inferior al de los Estados que reconocen el cambio sexual en sí mismo. El Tribunal no está convencido sin embargo de que ello constituya la base de la tesis según la cual los Estados parte deban poder reglamentar totalmente la cuestión en el marco de su margen de apreciación. En efecto, ello llevaría a concluir que el abanico de las opciones abiertas a un Estado contratante llega hasta prohibir en la práctica el ejercicio del derecho a casarse. El margen de apreciación no puede ser tan amplio; aunque corresponda al Estado parte determinar, concretamente, las condiciones que debe reunir un transexual que reivindica el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que realmente ha habido un cambio de sexo y aquellas en las que un matrimonio anterior deja de ser válido, o incluso las formalidades aplicables a un futuro matrimonio (por ejemplo, las informaciones a proporcionar a los futuros esposos), el Tribunal no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse...”

Esta doctrina ha sido acogida de manera expresa por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *K.B.* (Sentencia de 7 de enero de 2004), donde recuerda “que el TEDH ha declarado que la imposibilidad de que un transexual contraiga matrimonio con una persona del sexo al que pertenecía antes de la operación de cambio de sexo, y que resulta del hecho de que, desde el punto de vista del estado civil, son del mismo sexo porque la normativa del Reino Unido no permite el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual, constituye una vulneración de su derecho a contraer matrimonio en el sentido del artículo 12 del CEDH”.

La interacción entre el derecho europeo en sentido amplio y el derecho europeo en sentido estricto se muestra de manera gráfica en estas sentencias, pues en la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se mencionan tanto el CEDH como la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (casos *Christine Goodwin e I.*) y en las sentencias de este último Tribunal se cita como argumento que no puede ser desdeñado la redacción del artículo 9 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

En cuanto al matrimonio de personas del mismo sexo, no se puede concluir que esté protegido por el artículo 12, pero sí que ese precepto no lo prohíbe; para decirlo en palabras del Praesidium de la Convención Europea en relación con el artículo correspondiente de la Carta, “este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo”. Por tanto, dependerá de las legislaciones internas que el matrimonio lo puedan contraer personas de sexo diferente o del mismo sexo (Países Bajos desde el año 2000, Bélgica desde el 2003, España desde el 2005 y Noruega desde 2008 aunque con entrada en vigor en 2009)¹⁸.

¹⁸ En sus Conclusiones al asunto *Tadao Maruko*, el Abogado General recuerda (apartado 83) que la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A-0028/94 del 8 de febrero de 1994, D.O.C. 28.02.94) supuso el punto de partida en la lucha contra las discriminaciones que afectan a los homosexuales. En ella se “pide a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y

Como ya se ha apuntado por el propio TEDH, “el texto del artículo 9 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea adoptada recientemente se aparta –y ello no puede ser sino deliberado– del artículo 12 del Convenio en cuanto a que excluye la referencia al hombre y a la mujer (*I. c. Reino Unido*, 82).

C). Las condiciones estatales para el ejercicio del derecho a contraer matrimonio.

El TEDH ha precisado que para el ejercicio del derecho a contraer matrimonio habrá de estarse a las limitaciones previstas en las leyes nacionales que lo disciplinan, si bien “no deben restringirlo o reducirlo de una forma o hasta un punto que lo vulneren en su sustancia misma” (asuntos *Rees c. Reino Unido* y *F. contra Suiza*).

“En todos los Estados miembros del Consejo de Europa, estas “limitaciones” aparecen como condiciones y se encarnan en normas tanto de forma como de fondo. Las primeras afectan principalmente a la publicidad y solemnidad del matrimonio; las segundas a la capacidad, consentimiento y ciertos impedimentos (*F. contra Suiza*).

En todo caso es plenamente respetuosa con el Convenio la condición monogámica del matrimonio: “en una sociedad en que impera el principio de la monogamia no cabe que se califique dicha limitación como un ataque a la esencia del derecho garantizado por el artículo 12” (*Johnston y otros c. Irlanda*).

La Comisión también consideró ajustadas al Convenio las disposiciones internas dirigidas a evitar los matrimonios de conveniencia (asunto *Sanders c. Francia*, de 16 de octubre de 1996) y a declarar la nulidad de los mismos una vez celebrados (caso *Benes c. Austria*, de 6 de enero de 1992). También ha rechazado el matrimonio póstumo como parte del objeto protegido por el artículo 12 (asunto *M. c. República Federal de Alemania*). De la misma manera, el Tribunal de Justicia (asunto *Akrich*, sentencia de 23 de septiembre de 2003, asunto C-109/01) ha concluido que no debe beneficiarse de las ventajas del matrimonio el que ha sido celebrado por razones de conveniencia.

Se han admitido también las limitaciones formales dirigidas a impedir el reconocimiento de una unión celebrada de acuerdo con un rito religioso determinado pero que no cumple las condiciones de forma previstas en la ley estatal (asunto *X. c. República Federal de Alemania*, de 18 de diciembre de 1974).

El Tribunal Europeo ha resuelto que otras limitaciones impuestas por las legislaciones nacionales sí restringen la esencia misma del derecho a contraer matrimonio y son, por ello, contrarias al artículo 12: es lo que ha ocurrido con las restricciones “poco razonables” para que las personas divorciadas puedan volverse

de los homosexuales; 14. Opina que la recomendación debería, como mínimo, tratar de poner fin: § A la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales. § A la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres. § A toda forma de discriminación en el derecho laboral y relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el derecho penal, civil, contractual y comercial. § Al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su conocimiento y consentimiento, o a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos. § A la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia;...”

a casar, como la de excluir el ejercicio del derecho durante 3 años” (*F. c. Suiza*, 33 y 38)¹⁹.

Lo mismo ha sucedido con el impedimento que, en Gran Bretaña, prohibía el matrimonio entre quienes hayan sido padres e hijos políticos, salvo que obtuvieran la autorización por ley personal del Parlamento (asunto *B. y L. c. Reino Unido*, de 13 de septiembre de 2005).

D). La separación y el divorcio.

En primer término, es oportuno recordar que, ya en 1979, el TEDH estimó que, en determinados casos, existe un deber para el legislador nacional de hacer efectivo el derechos de los cónyuges “a solicitar una separación judicial. Con ello se reconoce el hecho de que la protección de su vida privada y familiar exige en ocasiones el que sean dispensados del deber de vivir juntos” (asunto *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979).

Si nos atenemos a la jurisprudencia expresa sobre el divorcio, la conclusión es que no está protegido por el artículo 12; al menos es lo que concluyó el Tribunal hace más de 20 años en el ya mencionado asunto *Johnston y otros c. Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986²⁰:

“El Tribunal, de acuerdo con la Comisión, reconoce que el sentido ordinario de las palabras “derecho de casarse” es claro: se refieren al nacimiento de las relaciones conyugales y no a su disolución. Además, están en un contexto que se remite expresamente a las “leyes nacionales”; incluso si, como sostienen los demandantes, se puede considerar la prohibición del divorcio como una limitación de la capacidad para contraer matrimonio, en una sociedad en que impera el principio de la monogamia no cabe que se califique dicha limitación como un ataque a la esencia del derecho garantizado por el artículo 12. Además, esta interpretación concuerda con el objeto y con la finalidad del artículo 12, según resultan de los trabajos preparatorios. El origen del artículo 12 es el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo apartado 1 dice lo siguiente: “El hombre y la mujer, a partir de la edad núbil, y sin ninguna restricción por causa de raza, nacionalidad o religión, tienen el derecho de casarse y de fundar una familia. Tienen los mismos derechos en relación al matrimonio, durante el matrimonio y a su disolución”. El señor Teitgen, ponente de la Comisión de cuestiones jurídicas y administrativas, al explicar a la Asamblea Consultiva por qué el proyecto del futuro artículo 12 no recogía las palabras de la última frase del texto que acaba de transcribirse, decía: “Con referencia al artículo de la Declaración Universal, hemos utilizado solamente el fragmento del artículo que consagra el derecho

¹⁹ El asunto trae causa de la legislación en ese momento vigente en Suiza; en concreto del artículo 150 de su Código Civil: “Cuando el Tribunal conceda un divorcio fijará un periodo no menor de un año ni mayor de dos años durante el cual la parte culpable no pueda volver a casarse: cuando el divorcio se haya concedido en razón de adulterio, este periodo puede ser extendido a tres años”.

²⁰ El asunto *Johnston c. Irlanda* se suscitó en un momento en el que el artículo 41.3.2. de la Constitución irlandesa disponía: “No se aprobará ninguna ley que permita la disolución del matrimonio”. En la actualidad, y luego de la Enmienda 15, de 17 de junio de 1996, ese precepto admite la disolución si se dan una serie de requisitos.

de casarse y de fundar una familia; no así sus posteriores disposiciones sobre los derechos iguales después del matrimonio, puesto que solamente garantizamos el derecho de casarse" (Recopilación de los trabajos preparatorios, vol. 1, pág. 268).

Entiende el Tribunal que los trabajos preparatorios no manifiestan ninguna intención de incluir en el artículo 12 cualquier garantía del derecho a la disolución del matrimonio por medio del divorcio.

Los demandantes insisten mucho en la evolución social acaecida después de la redacción del Convenio y especialmente en el considerable aumento, en su opinión, del número de rupturas matrimoniales. Es cierto que hay que interpretar el Convenio y sus Protocolos teniendo en cuenta las circunstancias actuales (véase, entre otras, Sentencia Markx, § 58), pero el Tribunal no puede deducir de este Instrumento, por medio de una interpretación evolutiva, un derecho que no se incluyó al principio. Así sucede especialmente cuando, como en el caso presente, la omisión fue intencionada.

Hay que añadir que el derecho al divorcio tampoco figura en el Protocolo núm. 7 del Convenio, abierto a la firma el 22 de noviembre de 1984. No se aprovechó la ocasión de regular esta cuestión en el artículo 5, que reconoce a los cónyuges algunos derechos complementarios, por ejemplo en el caso de disolución del matrimonio. Por otra parte, el apartado 39 de la exposición del Protocolo señala que las palabras "en el caso de su disolución", que aparecen en el artículo 5, "no implican ninguna obligación por parte del Estado de prever la disolución o los modos especiales de disolución del matrimonio". Por consiguiente, entiende el Tribunal que los demandantes no pueden deducir del artículo 12 el derecho al divorcio" (§ 52 a 54).

No deja de sorprender la rotundidad de este pronunciamiento, que no ha variado con el transcurso del tiempo, porque las legislaciones nacionales, incluida la irlandesa, han venido reconociendo el derecho al divorcio; en segundo lugar, porque se ha dispensado "del deber de vivir juntos" (asunto *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979) y, en tercer lugar, por la propia evolución de la jurisprudencia del Tribunal en materia de matrimonio.

A lo más que ha llegado el Tribunal es a admitir que si las legislaciones nacionales permiten el divorcio, "que no es una exigencia del Convenio", el artículo 12 asegura para las personas divorciadas el derecho a volverse a casar sin restricciones poco razonables (asunto *F. c. Suiza*, 38). En segundo lugar, que la no conclusión de un procedimiento de divorcio dentro de un plazo de tiempo razonable podría encajar en el contenido protegido por el artículo 12 del Convenio (asunto *Aresti Charalambous c. Chipre*, de 19 de julio de 2007, 56)

V. LA IGUALDAD DE DERECHOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES.

El CEDH contiene una prohibición expresa y genérica de discriminación en el artículo 14²¹, lo que ha sido interpretado por el Tribunal (por ejemplo, en el asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*) en el sentido de que una diferenciación

²¹ El disfrute 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.

es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable; es decir, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

Debe recordarse que la prohibición de discriminación por razón de sexo ha servido para rechazar prestaciones diferenciadas para hombres y mujeres casados (asunto *Wessels-Bergervoet c. Países Bajos*, de 4 de junio de 2002), en materia de viudedad (*Willis c. Reino Unido*, de 11 de junio de 2002), para el reagrupamiento familiar de los extranjeros (*Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*) o para el válido consentimiento en las relaciones sexuales (*L. y V. c. Austria*, de 9 de enero de 2003).

Además, en materia matrimonial, la igualdad entre los esposos viene exigida en el artículo 5 del Protocolo nº 7 al Convenio:

“Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados tomar las medidas necesarias en interés de los hijos”.

Como precedente y fundamento del Protocolo nº 7 puede citarse el artículo 3 del Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos, que prevé en su artículo 3 que

“los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a asegurar el mismo derecho de hombres y mujeres a gozar de todos los derechos civiles y políticos que enuncia el presente Pacto”, lo que se concreta en el artículo 23.4: “Los Estados parte en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos respecto al matrimonio, durante el matrimonio y en su disolución. En caso de disolución, se tomarán medidas a fin de asegurar a los hijos la protección necesaria”.

En esta línea, la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación respecto a las mujeres prevé en su artículo 16, apartado 1.g:

“Los Estados parte toman todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación respecto a las mujeres en todas las cuestiones que derivan del matrimonio y en las relaciones familiares y, en particular, asegura, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer: ... g) Los mismos derechos personales al marido y a la mujer, incluidos los referentes a la elección del apellido, de una profesión y de una ocupación”.

A). La no discriminación de las mujeres casadas.

Uno de los ámbitos en los que ha incidido la jurisprudencia europea a propósito de la igualdad de derechos es, precisamente, el del apellido de las mujeres que han contraído matrimonio. El TEDH lo hizo ya en el asunto *Burghartz c. Suiza*, de 22 de febrero de 1994, y ha insistido en ello en el más reciente caso *Ünal Tekeli c. Turquía*, de 16 de noviembre de 2004, donde la demandante alega que la negativa de las autoridades internas turcas a concederle la autorización para usar únicamente su

apellido de soltera tras su matrimonio vulnera el artículo 8 del Convenio, de forma aislada y en relación con el artículo 14.

En el asunto *Tekeli*, el Tribunal recuerda (42 y sigs.)

primero, que aunque “el Estado y la sociedad tengan un interés en reglamentar su uso [el del apellido] no es suficiente para excluir la cuestión del apellido de una persona del ámbito de la vida privada y familiar”; en segundo lugar que “que si bien los Estados Contratantes gozan, respecto al Convenio, de cierto margen de apreciación en lo concerniente a las medidas a adoptar para manifestar la unidad de la familia, el artículo 14 exige que cualquier medida de este tipo se aplique en principio en igualdad de condiciones a los hombres y a las mujeres, salvo si se presentan razones imperiosas que justifiquen una diferencia de trato”; en tercer lugar, que “entre los Estados miembros del Consejo de Europa, Turquía es el único país que impone legalmente –incluso si la pareja prevé otra fórmula– el apellido del marido como apellido de la pareja, y en consecuencia la pérdida automática por la mujer de su apellido de origen al contraer matrimonio. La mujer casada en Turquía no puede utilizar únicamente su apellido de soltera, ni siquiera si existe un consentimiento mutuo de los cónyuges al respecto. La posibilidad reconocida por el legislador turco en noviembre de 2001 de utilizar su apellido de soltera delante del apellido de su marido, no cambia nada. Los intereses de las mujeres casadas que no desean que el matrimonio tenga efectos en su apellido, no se han tomado en consideración.

La primera cuestión que se plantea al Tribunal es la de si la tradición de manifestar la unidad de la familia a través del apellido del esposo puede considerarse un elemento determinante en el presente caso. Es cierto que esta tradición tiene su origen en el papel primordial del hombre y el papel secundario de la mujer en la familia. Ahora bien, la progresión hacia la igualdad de sexos en los Estados miembros del Consejo de Europa, incluida Turquía, y en particular la importancia que se concede al principio de la no discriminación, impiden actualmente a los Estados imponer esta tradición a las mujeres. En este contexto, conviene recordar que si la unidad de la familia puede manifestarse por la elección del apellido del esposo como apellido de la familia, también podría manifestarse por la elección del de la esposa, o por un apellido común escogido por la pareja (Burghartz, anteriormente citada, ap. 28).

La segunda cuestión a la que el Tribunal es invitado a responder es la de si la unidad de la familia debe manifestarse por un apellido común y, en caso de desacuerdo entre los esposos sobre éste, si el apellido del esposo puede imponerse al otro. El Tribunal señala en este punto que, según la práctica de los Estados Contratantes, es perfectamente concebible que la unidad familiar se preserve y consolide cuando una pareja casada escoge no utilizar un apellido común. El cumplimiento de los sistemas aplicables en Europa no permite llegar a una constatación distinta. De hecho, el Gobierno no ha demostrado en el marco del presente caso que la falta de manifestación de la unidad familiar por un apellido común podría llevar consigo unas dificultades concretas o notables para los esposos y/o para terceras personas o atentar contra el interés público. En estas circunstancias, el Tribunal considera que la obligación impuesta a la mujer casada, en nombre de la unidad familiar, de llevar el apellido de su marido, incluso si puede hacerlo preceder por su apellido de soltera, carece de justificación objetiva y razonable”.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sentencia del Pleno de 2 de octubre de 2003, asunto *García Avello*, señaló que

“si bien, en el estado actual del Derecho comunitario, las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos, no obstante, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia”, añadiendo que “un sistema que permite la transmisión de elementos de los apellidos de los dos progenitores, lejos de provocar confusión sobre el vínculo de filiación de los hijos, puede, por el contrario, contribuir a reforzar el conocimiento de dicho vínculo en relación con ambos progenitores”.

Como conclusión, respondió que “los artículos 12 CE y 17 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro”.

Finalmente, debe recordarse que el TEDH ha considerado que la diferencia de trato entre hombres casados y mujeres casadas en cuanto al derecho a beneficiarse de una pensión de jubilación para una persona casada no está basada en ninguna justificación objetiva y razonable (asunto *Wessels-Bergervoet c. Países Bajos*, de 4 de junio de 2002). Tampoco lo está “la diferencia de trato entre hombres y mujeres en lo que respecta a la paga de viudedad y el subsidio para madres viudas” (asunto *Willis c. Reino Unido*, de 11 de junio de 2002).

B). La igualdad entre los progenitores.

Es obligado traer de nuevo a colación lo previsto en el artículo 5 del Protocolo nº 7 al Convenio que, por lo que ahora interesa, prescribe la igualdad “de derechos y de obligaciones civiles... en sus relaciones con sus hijos...”.

Este mandato general de igualdad entre los padres respecto a sus hijos ha sido aplicado en diversas ocasiones por el TEDH: ha servido para excluir diferencias de derechos y obligaciones entre los padres en el ejercicio de la patria potestad a partir de circunstancias como la religión profesada o su orientación sexual. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en el asunto *Hoffmann c. Austria*, de 23 de junio de 1993, con motivo de una demanda por discriminación originada en la retirada a la demandante de la patria potestad de sus hijos dada su condición de testigo de Jehová. A la misma conclusión se llegó en el asunto *Palau-Martinez c. Francia*, de 16 de diciembre de 2003, al realizar un Tribunal de Apelación francés una diferencia de trato entre los padres basada en la religión de la demandante considerando “que las normas educativas impuestas por los Testigos de Jehová a los hijos de sus adeptos son esencialmente criticables debido a su dureza, su intolerancia y la obligación impuesta a los niños de practicar el proselitismo; considerando que el interés de los niños es escapar a las coacciones y prohibiciones impuestas por una religión estructurada como una secta...”.

El TEDH estima que si bien el fin perseguido, proteger el interés de los niños, es legítimo, “señala la ausencia de cualquier dato concreto y directo que demuestre la influencia de la religión de la demandante sobre la educación y la vida cotidiana de sus dos hijos y concretamente la mención, que, en opinión del Gobierno, figuraría en la Sentencia del Tribunal de apelación, del hecho de que la demandante llevase consigo a sus hijos cuando trata de propagar su fe” (42).

Especial relevancia ha tenido el asunto *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, en el que el demandante reclamó contra la privación acordada por las autoridades portuguesas de la patria potestad de su hija a partir de su orientación sexual²². Para el TEDH “hubo una diferencia de trato entre el demandante y la madre de M., basada en la orientación sexual del demandante, noción que se contempla, sin duda, en el artículo 14 del Convenio. El Tribunal recuerda a este respecto que la lista que encierra dicho artículo tiene un carácter indicativo y no limitativo, como atestigua el adverbio «especialmente» (en inglés any ground such as) (ver, Sentencia Engel y otros contra Países Bajos de 8 junio 1976, ap. 72)”.

Finalmente, como se deduce *a contrario sensu* de lo decidido en el asunto *Elsholz c. Alemania*, resuelto por la Gran Sala el 13 de julio de 2000, tampoco estaría justificado un trato diferenciado que tuviera como base la condición de divorciado o de padre extramatrimonial en orden a la regulación del régimen de visitas a su hijo.

En los casos anteriores no había proporcionalidad en la diferencia de trato, pero el Tribunal de Estrasburgo sí la ha encontrado en los supuestos de que las legislaciones nacionales contemplen un plazo diferente para el ejercicio de las acciones de maternidad y paternidad (asunto *Rasmussen c. Dinamarca*, de 28 de noviembre de 1984), así como si se establecen diferencias en el disfrute de las ayudas de paternidad y maternidad (caso *Petrovic c. Austria*, de 27 de marzo de 1998). Debe resaltarse no obstante, que se trata de supuestos que tienen cierta antigüedad y que, a tenor de lo argumentado en las propias sentencias, especialmente en el caso Petrovic, quizá en la actualidad el resultado podría ser diferente.

Por su parte, el TJCE ha declarado que las prestaciones a favor de padres necesitados de ayudas económicas han de extenderse a los casos de madres solteras, siempre que concurra la insuficiencia de recursos (sentencia del Tribunal de Justicia asunto *Meyers*, de 13 de julio de 1995, C-116/94).

C). La igualdad entre los hijos.

Ya se ha mencionado que, de acuerdo con el artículo 14 del CEDH, “el disfrute

²² En la sentencia interna de atribución de la patria potestad se afirma: “Que el padre de la niña, que reconoce ser homosexual, quiera vivir con otro hombre, es una realidad que hay que aceptar. Es notorio que la sociedad cada vez es más tolerante con este tipo de situaciones. Sin embargo, no podríamos afirmar que un entorno de esta naturaleza sea el más saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de un niño, sobre todo en el marco de un modelo dominante en nuestra sociedad, como advierte con mucha razón la recurrente. La niña debe vivir en el seno de una familia, de una familia tradicional portuguesa, que desde luego no es la que su padre ha decidido formar, ya que vive con otro hombre como si fueran marido y mujer. No es éste lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se está en presencia de una anomalía y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales”.

de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de... nacimiento”. Además, el artículo 1 del Protocolo Adicional nº 12 al Convenio, hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000 y en vigor desde el 1 de abril de 2005, dispone que “el disfrute de todo derecho previsto por ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de... nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie puede ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, cualquiera que sea ésta, que pretenda justificarse especialmente en los motivos mencionados en el párrafo 1”²³.

El objeto adicional de protección que ofrece el artículo 1 del Protocolo surge de la referencia a la exclusión de toda discriminación en el disfrute de “todo derecho previsto por ley” y no exclusivamente de “los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio”. De acuerdo con el Informe explicativo al Protocolo, esta extensión afecta 1) a todo derecho atribuido específicamente a los individuos por el derecho nacional; 2) al goce de cualquier derecho derivado de obligaciones precisas de las autoridades públicas nacionales; es decir, cuando esas autoridades están obligadas por la ley interna a comportarse de una determinada manera; 3) al ejercicio por las autoridades internas de un poder discrecional (por ejemplo, el otorgamiento de determinadas subvenciones); 4) a los actos u omisiones de las autoridades nacionales. El término «ley» puede englobar al derecho internacional, lo que no significa que esta disposición confiera al Tribunal la competencia para controlar el respeto a las reglas jurídicas incluidas en otros instrumentos internacionales.

La lista de motivos de discriminación que se menciona en el artículo 1 es idéntica a la del artículo 14 del Convenio. Se prefirió esta opción a la de mencionar nuevos supuestos, como la discapacidad física y mental, la orientación sexual o la edad, no por ignorancia de que estas circunstancias han adquirido en las sociedades contemporáneas un significado que quizá no tenían en el momento de la redacción del artículo 14, sino por la consideración de que esa inclusión es jurídicamente innecesaria, dado que la citada lista no es de *numerus clausus* y la inclusión de menciones adicionales podría propiciar una interpretación no deseable que amparara discriminaciones basadas en motivos no mencionados.

En general, el Tribunal ha sido más exigente a la hora de admitir que las medidas adoptadas son proporcionales cuando las mismas afectan a principios jurídicos comunes; es decir, teniendo en cuenta “la presencia o ausencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados parte” (asunto *Rasmussen c. Dinamarca*, 40), pauta que, en el ámbito que nos ocupa, ha provocado el rechazo de las diferencias de trato entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Merece atención especial la jurisprudencia que se empezó a construir en el asunto *Marckx*, donde se sostuvo que si bien “es indudable que en ciertos casos la

²³ Los antecedentes y objetivos de este Protocolo han merecido un informe explicativo, que fue aprobado por el Comité de Ministros el 26 de junio de 2000; este texto puede consultarse en inglés en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/177.htm> y en francés en <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/177.htm>.

“‘tranquilidad’ de la familia tradicional puede verse perturbada si un hijo ilegítimo se incluye ante la ley en la familia de su madre en igualdad de condiciones que los hijos matrimoniales, ello no justifica el hecho de que el hijo ilegítimo se vea privado de sus derechos fundamentales” (48).

No deja de sorprender que todavía en el año 2000 el TEDH se viera obligado a reiterar este criterio en el asunto *Mazureck c. Francia*, de 1 de febrero²⁴, donde se señaló que “en cuanto a la situación en los otros Estados miembros del Consejo de Europa, el Tribunal señala, contrariamente a las afirmaciones del Gobierno (apartado 42 «supra»), una neta tendencia a la desaparición de las discriminaciones con respecto a los hijos adúlteros. No se podría dejar de tener en cuenta tal evolución en su interpretación necesariamente dinámica de las disposiciones litigiosas del Convenio” (52) y que no encuentra, “ningún motivo capaz de justificar una discriminación basada en el nacimiento fuera del matrimonio. De todas formas, no se podrían reprochar al hijo adúltero hechos que no le son imputables: sin embargo hay que constatar que el demandante, debido a su condición de hijo adúltero, se encontró penalizado en el reparto del caudal hereditario” (54).

La prohibición de discriminación entre los hijos ha tenido plenas consecuencias en las cuestiones patrimoniales y, de modo singular, en los derechos sucesorios, pues “la vida familiar no incluye únicamente relaciones sociales, morales o culturales en la esfera, por ejemplo, de la educación de los menores, sino que comprende también intereses de carácter material, como demuestra la existencia de obligaciones de alimentos o de reserva hereditaria, instituciones existentes en los ordenamientos jurídicos internos partes en el Convenio. [Y] aunque los derechos sucesorios no se ejercitan normalmente hasta la muerte del causante, momento, por otra parte, en el que la vida familiar se transforma o incluso finaliza, ello no significa que ciertos problemas vinculados al tema no puedan plantearse con anterioridad: la distribución de la herencia puede establecerse, y de hecho así se hace con frecuencia, antes de la muerte del causante mediante donaciones o bien por la vía testamentaria. Y ello supone la existencia de un factor más de la vida familiar que no puede ser ignorado” (asunto *Marckx*, 52). En el caso *Mazureck*, “el único asunto sometido al Tribunal se refiere a la cuestión de la sucesión de una madre por sus dos hijos, uno natural y el otro adúltero” y el Tribunal no encuentra ningún motivo capaz de justificar una discriminación basada en el nacimiento fuera del matrimonio” (54).

VI. ¿EXISTE EL “DERECHO EUROPEO” A TENER, O NO, HIJOS?.

En los últimos años el TEDH se ha enfrentado a una serie de casos en los que de una u otra manera estaba presente el alcance del derecho al respeto de la decisión de tener, o no, hijos: siguiendo el orden cronológico de su resolución, en el asunto *Vo c. Francia*, de 8 de julio de 2004, el origen es la demanda de una ciudadana contra Francia, por la ausencia de recursos de naturaleza penal frente el aborto que sufrió como consecuencia de un error médico; en el asunto *Evans c. Reino Unido*, resuelto primero por sentencia de la Sección 4ª de 7 de marzo de 2006 y luego por la Gran

²⁴ Se interroga sobre este retraso del legislador francés, Françoise Dekeuwer-Défossez en sus “Conclusions”, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*,..., p. 400.

Sala en sentencia de 10 de abril de 2007, se trató de la demanda presentada por la denegación judicial del implante de los embriones congelados en tratamiento de fecundación *in vitro*, al haber retirado el consentimiento el compañero sentimental tras la separación de la pareja; el asunto *Tysiac c. Polonia*, de 20 de marzo de 2007, resuelve una demanda de una ciudadana polaca por la denegación a practicarle un aborto terapéutico; finalmente, el asunto *Dickson c. Reino Unido*, resuelto en primera instancia de manera desestimatoria por sentencia de la Sección 4ª de 18 de abril de 2006 y estimado luego por sentencia de la Gran Sala de 4 de diciembre de 2007, que deriva de la demanda de dos ciudadanos británicos contra el Reino Unido por la negativa de las autoridades penitenciarias al acceso a las facilidades para la inseminación artificial de un interno y de su esposa, que está en libertad.

Analizaremos a continuación estas cuestiones, diferenciando la jurisprudencia sobre el aborto de la relativa al derecho a procrear.

A). El aborto.

El Tribunal de Estrasburgo nunca se había pronunciado sobre el aborto hasta el año 2004 en el asunto *Vo c. Francia*, de 8 de julio; las reticencias sobre esta cuestión se mantienen en la actualidad, como se evidencia en el asunto *Tysiac c. Polonia*, donde, parece que con alivio, el Tribunal sostiene que “no debe indagar, en este caso, si el Convenio garantiza un derecho al aborto” (104).

En el caso *Vo*, la Gran Sala procuró mantener abierto el tema y no fijar un criterio común para los Estados. A la vista de la diversidad de concepciones sobre cuándo comienza la vida, de las culturas jurídicas y de los modelos de protección y la ausencia de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica de los inicios de la vida, el Tribunal considera que la determinación del punto de partida de la vida entra dentro del margen de apreciación de los Estados (82).

Con anterioridad ha precisado que “contrariamente al artículo 4 del Convenio americano de Derechos Humanos que enuncia que el derecho a la vida debe ser protegido «en general a partir de la concepción», el artículo 2 del Convenio no hace referencia a los límites temporales del derecho a la vida y, en particular, no define quién es la «persona» cuya «vida» está protegida por el Convenio. A día de hoy, el Tribunal no ha resuelto aun la cuestión del principio del derecho «de toda persona a la vida», en el sentido de esta disposición, ni la de si el niño por nacer tiene ese derecho” (75)

El único elemento común entre las legislaciones nacionales que aprecia el Tribunal es el reconocimiento de “la pertenencia a la especie humana; es la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en una persona, que está protegida por el Derecho civil en un buen número de Estados como Francia en materia de sucesión o de donación [...] la que debe ser protegida en nombre de la dignidad humana sin por ello hacer de él una “persona” que tendría un ‘derecho a la vida’ en el sentido del artículo 2.” (84).

A pesar de esa negativa a determinar el alcance del artículo 2 en relación con el feto, la sentencia entra a valorar si la ausencia de tipificación penal de un aborto negligente y no consentido es, o no, una infracción del derecho a la vida. Concluye que, dadas las circunstancias del caso, no ha habido lesión del derecho.

“recuerda, ante todo, que la legislación que regula la interrupción del embarazo afecta al ámbito de la vida privada dado que, cuando una mujer está embarazada, su vida privada deviene estrechamente vinculada al feto que desarrolla (106); a continuación señala que aunque “según la demandante, la negativa a autorizarle a abortar implicó también una injerencia en sus derechos garantizados por el artículo”, sin embargo, el Tribunal considera que, atendidas las circunstancias de la causa y concretamente la naturaleza de la queja planteada, es preferible examinar el asunto únicamente desde el punto de vista de las citadas obligaciones positivas del Estado (108).

“La necesidad de tales garantías se hace sentir aún más cuando sobreviene un desacuerdo, tanto entre la mujer encinta y sus médicos o entre los propios médicos, como sobre la cuestión de saber si se reúnen, en un caso concreto, las condiciones previas requeridas para un aborto legal. En opinión del Tribunal, en tal situación, las disposiciones legales aplicables deben ante todo definir claramente la situación de la mujer embarazada respecto a la Ley. El Tribunal señala, además, que la prohibición del aborto prevista en la Ley, combinada con el riesgo para los médicos de ser acusados de un delito en virtud del artículo 156.1 del Código Penal, puede tener un efecto disuasorio en los facultativos cuando deciden si se reúnen las condiciones para autorizar un aborto legal en un caso particular. Las disposiciones que definen las condiciones en las que es posible beneficiarse de un aborto legal deben formularse de forma que atenúen este efecto. Una vez que el legislador ha decidido autorizar el aborto, no debe concebir el marco legal correspondiente de manera que limite en la realidad la posibilidad de obtener el acceso a tal intervención” (116).

“...En circunstancias tales como las del presente caso, tal procedimiento debería al menos garantizar a una mujer embarazada la posibilidad de ser oída personalmente y de que se tenga en cuenta su opinión. El órgano competente deberá también motivar por escrito su decisión... la naturaleza misma de las cuestiones en juego en las decisiones de interrupción del embarazo es tal, que el factor tiempo tiene una importancia crucial. Los procedimientos establecidos deben pues concebirse para que estas decisiones sean tomadas a tiempo al objeto de prevenir o limitar el perjuicio para la salud de la madre que podría resultar de un aborto tardío. Los procedimientos que prevén el control a posteriori de las decisiones sobre la posibilidad de abortar legalmente no cumplen esta función. El Tribunal estima que puede considerarse que la falta en la legislación interna de un procedimiento preventivo de este tipo constituye un incumplimiento del Estado de sus obligaciones positivas a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio” (118).

“El Tribunal concluye que no se ha acreditado que la legislación polaca, tal y como se aplicó en este caso, contuviese unos mecanismos efectivos que permitiesen determinar si se reunían en el caso de la demandante las condiciones a cumplir para beneficiarse de un aborto legal. Por tanto, la interesada estuvo sumida en una larga incertidumbre y experimentó una gran angustia viendo las consecuencias negativas que el embarazo y el parto podían tener para su salud” (124). Por tanto, el Tribunal rechaza la excepción preliminar del Gobierno y declara que las autoridades no cumplieron con su obligación positiva de asegurar a la demandante el respeto efectivo de su vida privada (129).

Si bien es evidente que en el asunto *Tysiac* el TEDH no reconoce el derecho al aborto, parece que sí establece las condiciones mínimas que debe reunir el sistema normativo estatal que prevea supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo y ello después de manifestar que “la legislación que regula la interrupción del embarazo afecta al ámbito de la vida privada”, coincidiendo por cierto con lo dicho por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, de 1973²⁵.

De acuerdo con las “reglas del TEDH”, 1) las disposiciones legales aplicables deben ante todo definir claramente la situación de la mujer embarazada respecto a la Ley; 2) las disposiciones que definen las condiciones en las que es posible beneficiarse de un aborto legal deben formularse de forma que atenúen este efecto [disuasorio en los facultativos cuando deciden si se reúnen las condiciones para autorizar un aborto legal en un caso particular]; 3) una vez que el legislador ha decidido autorizar el aborto, no debe concebir el marco legal correspondiente de manera que limite en la realidad la posibilidad de obtener el acceso a tal intervención; 4) el procedimiento debería al menos garantizar a una mujer embarazada la posibilidad de ser oída personalmente y de que se tenga en cuenta su opinión; 5) el órgano competente deberá motivar por escrito su decisión; 6) los procedimientos establecidos deben concebirse para que estas decisiones sean tomadas a tiempo al objeto de prevenir o limitar el perjuicio para la salud de la madre que podría resultar de un aborto tardío; 7) los procedimientos que prevén el control a posteriori de las decisiones sobre la posibilidad de abortar legalmente no cumplen esta función; 8) la falta en la legislación interna de un procedimiento preventivo constituye un incumplimiento del Estado de sus obligaciones positivas a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio.

B). El derecho a procrear.

En las jurisprudencias nacionales la capacidad para decidir acerca de la procreación ha sido anudada a diferentes derechos, como la intimidad personal en el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (casos *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535²⁶, de 1942, y *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113²⁷, de 1973) o al derecho al “libre desarrollo de la personalidad proclamado en el artículo 10.1 de la Constitución” en el caso del Tribunal Constitucional español (STC 215/1994, de 14 de julio, F. 4).

El TEDH se inserta en la línea del Tribunal Supremo de Estados Unidos y afirma que “la «vida privada» es una noción amplia que engloba, entre otras cosas, aspectos de la identidad física y social de una persona, concretamente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior (*Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, 61), cubriendo asimismo el derecho al respeto de la decisión de tener o no un hijo” (asunto *Evans...*, de 7 de marzo de 2006).

En esta sentencia, confirmada en sus argumentos y conclusiones por la sentencia de la Gran Sala de 10 de abril de 2007, se insiste en la necesidad de contar con el consentimiento actualizado de quienes pretendan ser padres en los casos de fertilización

²⁵ Puede leerse en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=113>

²⁶ <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=316&page=535>

²⁷ <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=113>

in vitro (FIV). El TEDH, admitiendo que puede haber otras regulaciones, avala la legislación británica, que autoriza a mujeres y hombres que se someten a un tratamiento por FIV a retirar en todo momento su consentimiento a la utilización o conservación de sus gametos, hasta la implantación de los embriones obtenidos por este procedimiento. En palabras del Tribunal:

“no le convencen los argumentos de la demandante según los cuales, por un lado, no hay comparación posible entre las situaciones respectivas del hombre y la mujer que se prestan a un tratamiento por FIV y, por otro lado, no se puede en principio mantener un equilibrio justo a menos que sea irrevocable el consentimiento del donante masculino. Si bien es cierto que tal tratamiento no requiere el mismo grado de compromiso por parte de los dos interesados, el Tribunal no comparte la idea de que los derechos del donante masculino en virtud del artículo 9 sean menos dignos de protección que los de la mujer afectada...” (66)

“El Tribunal reconoce que el Parlamento podría haber ponderado de forma diferente los intereses en juego confirmando, por ejemplo, al acuerdo del donante masculino un carácter irrevocable, o prohibiendo formalmente a éste retractarse de su compromiso una vez concebido el embrión (momento que representa la «línea intangible»). Señala al respecto que esta última solución ha sido adoptada por algunos Estados miembros del Consejo de Europa (apartado 32 supra). Sin embargo, la cuestión central que se plantea respecto al artículo 8 no es la de si el legislador tenía la posibilidad de optar por otro sistema, eventualmente de naturaleza a asegurar un mejor equilibrio entre los intereses en juego, sino determinar si el Parlamento excedió el margen de apreciación que se le reconoce en virtud de esta disposición estableciendo un equilibrio según las modalidades que ha elegido. Para resolver este punto, el Tribunal concederá cierto peso al hecho de que si, como ha constatado anteriormente, no existe un consenso internacional sobre la cuestión de hasta qué momento puede revocarse el consentimiento a la utilización de los gametos, el Reino Unido no es seguramente el único de los Estados miembros del Consejo de Europa en autorizar a mujeres y hombres que se someten a un tratamiento por FIV a retirar en todo momento su consentimiento a la utilización o conservación de sus gametos, hasta la implantación de los embriones obtenidos por este procedimiento. Asimismo, señala que la primacía del consentimiento es afirmada también en los pertinentes instrumentos internacionales relativos a las intervenciones médicas (apartados 31 a 42 supra)” (68).

“Por los motivos que anteceden, el Tribunal considera que, insertando en la Ley de 1990 una disposición clara basada en consideraciones de principio, que reconoce a cada una de las personas afectadas por un tratamiento de FIV la libertad de retractarse hasta el momento de la implantación del embrión, que fue explicada a los participantes en el tratamiento en cuestión y que figuraba explícitamente en los formularios que éstos firmaron, el Reino Unido no ha excedido el margen de apreciación de que dispone ni ha roto el equilibrio exigido por el artículo 8” (69).

Reviste particular interés el asunto *Dickson c. Reino Unido*, que como ya se ha apuntado, ha suscitado dos pronunciamientos no coincidentes del Tribunal de

Estrasburgo²⁸; en el primero, de 18 de abril de 2006, habida cuenta del amplio margen de apreciación concedido a las autoridades internas, la Sala entendió que no se había demostrado que la decisión de negar a los demandantes, uno de ellos preso, la posibilidad de recurrir a la inseminación artificial fuese arbitraria o poco razonable o que rompiera el equilibrio justo a mantener entre los intereses en conflicto, de forma que no había apariencia de lesión del derecho de los demandantes a su vida privada y familiar; en consecuencia, la Sala estimó que no había habido violación del artículo 8 del Convenio y, por las mismas razones, que tampoco había habido violación del artículo 12.

Sin embargo, en la Sentencia de la Gran Sala, de 4 de diciembre de 2007, “el Tribunal estima que el artículo 8 es aplicable a las quejas de los demandantes en la medida en que la denegación de la inseminación artificial afecta a su vida privada y familiar, incluyendo estas nociones el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos”. El Tribunal considera que no cabe decidir si el asunto pertenece al contexto de las obligaciones positivas o al de las obligaciones negativas puesto que estima que la cuestión crucial en el presente caso es precisamente la de si se ha mantenido un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados que concurren en la presente causa” (71). La Gran Sala concluye que si bien es legítimo que las autoridades se preocupen, en el plano de los principios, del bienestar de todo eventual hijo, ello no puede llegar a impedir a los padres que lo deseen concebir un hijo en circunstancias tales como las del presente caso, más aún cuando la segunda demandante estaba en libertad y podía, hasta la liberación de su marido, cuidar de su hijo eventualmente engendrado (76). Y es que “cuando está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de una persona (tal como la elección de ser padre genético), el margen de apreciación del Estado es por lo general restringido” (78).

El Tribunal estima que las autoridades británicas no evaluaron de manera suficiente los intereses de los demandantes: que la inseminación artificial era la única esperanza real de los interesados, pareja desde 1999 y casados desde 2001, de tener un hijo en común habida cuenta de la edad de la segunda demandante y de la primera fecha posible de puesta en libertad del primer demandante.

VII. La adopción.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza la adopción; tampoco lo hacen otros instrumentos internacionales más específicos como la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 o el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993.

En su más reciente y significativa jurisprudencia (asunto *E. B. c. Francia*, sentencia de la Gran Sala de 22 de enero de 2008) tampoco el Tribunal se ha sentido llamado “a resolver la cuestión de si el derecho a adoptar, habida cuenta concretamente de la evolución de la legislación en Europa y del hecho de que el Convenio es un

²⁸ Resulta especialmente recomendable la lectura del estudio de Helen Codd: “Regulating Reproduction: Prisoners’ Families, Artificial Insemination and Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 1, 2006, págs. 29 y sigs., que es citado por los demandantes en sus argumentos ante la Gran Sala.

instrumento vivo, a interpretar a la luz de las condiciones actuales (ver, en particular, Sentencia Johnston y otros contra Irlanda, de 18 diciembre 1986, ap. 53), debe o no entrar en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio contemplado aisladamente” (46).

Ahora bien, si el Estado parte va más allá de lo previsto en el Convenio y reconoce la adopción, no puede tomar medidas discriminatorias en el sentido del artículo 14. Por este motivo, el Tribunal concluye que el artículo 14 en relación con el 8 es aplicable al caso E. B. donde se enjuició la actuación de las autoridades francesas en el procedimiento previsto en orden a obtener la acreditación necesaria para adoptar a un niño.

En palabras del Tribunal, “las autoridades administrativas internas y, posteriormente, los tribunales que conocieron del recurso de la demandante, se basaron principalmente en dos motivos para denegar la solicitud de adopción. En cuanto a que las autoridades internas recurran al motivo fundado en la ausencia de referente paterno o materno en el hogar de un solicitante, el Tribunal estima que no plantea necesariamente un problema en sí mismo. Sin embargo, en las circunstancias de la causa, está permitido preguntarse sobre el fundamento de tal motivo que tiene finalmente como consecuencia exigir a la demandante que justifique, en su entorno cercano, la presencia de un referente del otro sexo, corriendo así el riesgo de vaciar de sustancia el derecho que tienen las personas solteras a solicitar la preceptiva autorización para adoptar, puesto que el presente caso no se refiere a una solicitud de autorización para la adopción presentada por una pareja, casada o no, sino por una persona soltera. En opinión del Tribunal tal motivo podría llevar a una negativa arbitraria y servir de pretexto para descartar la solicitud de la demandante debido a su homosexualidad.

En suma, el Tribunal concluye que ha sido la condición de homosexual de la demandante la que ha motivado el rechazo de la autorización para poder adoptar. Habrá, pues, que concluir que si, como ocurre en el derecho civil francés –y, entre otros, en el español-, la adopción puede ser solicitada por una persona a título individual, desde la sentencia *E.B. c. Francia* no está amparada por el margen de apreciación nacional su exclusión por razón de su orientación sexual.

Los Estados miembros del CEDH, en aras a favorecer el interés superior del menor necesitado de adopción, gozan de libertad para regular esa institución, pero, una vez que lo hagan, si la aplican de manera discriminatoria estarán expuestos al reproche del TEDH, como le ha ocurrido a Francia en el asunto E. B.

VIII. LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.

“Para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar”. Esta regla es una constante a lo largo de la jurisprudencia del TEDH (véase, por ejemplo, el asunto *B. c. Reino Unido*, de 8 de julio de 1987), hasta el punto de que –por seguir con el mismo caso y con una terminología de la época– “la tutela del niño por parte de la beneficencia no pone fin a las relaciones familiares naturales” (60).

La garantía de que dichas relaciones puedan mantenerse no es obstáculo para que las autoridades nacionales, particularmente los servicios sociales y los órganos

judiciales competentes, puedan hacerse cargo de los menores cuando las circunstancias lo requieran. En tales supuestos, estas injerencias estatales deben cumplir tres requisitos: “estar previstas por la ley”, “perseguir uno o más fines legítimos” y que puedan “ser consideradas necesarias en una sociedad democrática” (asunto *T.P. y K.M. c. Reino Unido*, sentencia de la Gran Sala de 10 de mayo de 2001).

En tales circunstancias, y por exigencias del contenido protegido por el artículo 8 del Convenio, los padres deben haber podido jugar algún papel importante en el procedimiento de que se trate para que así queden garantizados sus intereses (asunto *W. c. Reino Unido*, de 8 de julio de 1987). Y es que “las opiniones y los intereses de los padres naturales figuran necesariamente entre los elementos a sopesar por la autoridad local a la hora de tomar decisiones relativas a un niño al que ella asiste. El proceso de decisión debe ser adecuado entonces para garantizar que les sean comunicadas, que ella las tenga en cuenta y que los padres puedan ejercer a tiempo cualquier recurso que se les ofrezca” (asunto *B.*, 64).

El Tribunal recuerda que no debe sustituir a las autoridades nacionales en materia de custodia y visitas y admite que dichas autoridades se encuentran ante una tarea extremadamente difícil cuando se pronuncian en un ámbito tan delicado. Prescribirles en cada caso un procedimiento rígido no haría sino añadir más problemas. Hay por tanto que otorgarles un cierto poder de apreciación a este respecto y recordar que, a diferencia del TEDH, tienen una relación directa con todos los interesados.

Es preciso, además, tener en cuenta que en este ámbito las decisiones corren el riesgo de ser irreversibles. De esta forma, un niño retirado a sus padres y confiado a otras personas puede entablar con ellas, con el transcurso del tiempo, nuevos vínculos que, dependiendo del caso, podría no ser de su interés el perturbarlos o romperlos revocando una decisión anterior que restringía o suprimía las visitas de sus padres. Pero, por otra parte, tampoco se puede incurrir en el incumplimiento de la exigencia de analizar otras medidas que permitan el acercamiento progresivo entre padre e hijo y tenga en cuenta los efectos que puede suponer a largo plazo la separación entre ellos (asunto *Görgülü c. Alemania*, de 26 de febrero de 2004).

Por estos motivos, y en segundo lugar, las medidas que adopten las autoridades internas deben fundamentarse en razones “suficientes” para que se puedan considerar proporcionadas a la finalidad legítima perseguida (asunto *Olsson c. Suecia*, de 24 de marzo de 1988). Así, una medida de urgencia relativa a la puesta bajo custodia pública de una menor ante presuntos abusos del compañero de su madre puede ser proporcionada y necesaria para la protección de la salud y los derechos de la interesada (asunto *T.P. y K.M.*, 76)

En tercer término, no se deben acordar medidas como, por ejemplo, las restricciones de visitas que, salvo razones justificadas, supongan “obstáculos a las relaciones cordiales y periódicas” entre padres e hijos, pues en tal caso “los lazos entre los miembros de una familia y los proyectos para reunirla de nuevo se debilitarían inevitablemente” (asunto *Olsson*, 81).

En todo caso no debe olvidarse que el Tribunal ha insistido con rotundidad en que en los asuntos de esta naturaleza el interés del menor está por encima de

cualquier otra consideración y, bien entendido, implica una doble consideración: por una parte, es evidente que se trata de garantizar al menor su desarrollo en un entorno adecuado, lo que excluye que al amparo del artículo 8 un progenitor pueda adoptar medidas perjudiciales para su salud y desarrollo (asuntos *Johansen c. Noruega*, de 7 de agosto de 1996, 78, y *E. P. c. Italia*, de 16 de noviembre de 1999, 62). Por otra parte, también es notorio que, salvo en los supuestos en los que se evidencia su inoportunidad, es favorable para el interés del menor el mantenimiento de los lazos con su familia, evitando así que rompa con sus raíces (asunto *Gnahoré c. Francia*, de 19 de septiembre de 2000).

Esta regla ni siquiera debe quebrar por el encarcelamiento del progenitor, pues “sólo un comportamiento particularmente indigno puede autorizar a que una persona se vea privada de su patria potestad en el interés superior del niño” (asunto *Sabou y Pircalab c. Rumania*, de 28 de septiembre de 2004, 47). En este último caso, el Tribunal señaló que si “la prohibición de ejercer la patria potestad se aplica automáticamente y de manera absoluta en concepto de pena accesoria a toda persona que cumple una pena de prisión, sin ningún control por parte de los tribunales y sin que se tengan en cuenta el tipo de infracción y el interés de los menores... constituye más bien una reprobación moral cuya finalidad es el castigo del condenado y no una medida de protección del niño” (48 y 49). Si se tienen en cuenta estas circunstancias, llega a la conclusión de que la privación en términos absolutos y por efecto de la Ley de la patria potestad no persigue un fin legítimo, a saber la protección de la salud, de la moral o de la educación de los menores, por lo que se produce una violación del artículo 8 del Convenio.

IX. LOS DERECHOS DE VISITA Y, EN SU CASO, DE REAGRUPACIÓN DE UNA FAMILIA PREVIAMENTE SEPARADA.

Ya se acaba de comentar que el Convenio protege el mantenimiento de las relaciones entre el menor y su familia y, por lo que ahora interesa, este fin se garantiza también a través de los derechos de visita y, en su caso, de reagrupación de una familia previamente separada.

En los supuestos de medidas de acogimiento adoptadas por la Administración que implican la separación entre padres e hijos, dado el grado de afectación del derecho, el Tribunal ejerce un control más estricto para verificar la necesidad de la medida (asuntos *Olsson c. Suecia*, *Buscemi c. Italia*, de 16 de septiembre de 1999; *E.P. c. Italia*; *T.P y K.M c. Reino Unido*). Asimismo, el Tribunal ha controlado la convencionalidad de la fijación del derecho de visita, poniendo especial hincapié en las garantías procedimentales (asuntos *Hokkanen c. Finlandia*, de 23 septiembre de 1994; *Johansen c. Noruega* y *Elsholz c. Alemania*).

En cuanto al derecho de visita, su cumplimiento es imprescindible si no se quiere que los “lazos entre los miembros de una familia y los proyectos para reunirla de nuevo se [debiliten] inevitablemente”, lo que ocurrirá “si se ponen obstáculos a las relaciones cordiales y periódicas entre ellos” y “no se puede negar que la falta de relaciones cordiales” se puede deber “a la distancia existente” (*Olsson c. Suecia*, 81).

Como se ha apuntado en el asunto *Sabou y Pircalab c. Rumania*, los contactos

entre padres e hijos no se pueden suprimir de manera incondicionada y automática por el ingreso de uno de los progenitores en prisión.

Pero las obligaciones de los Estados no son puramente negativas, de no entorpecer o dificultar las visitas entre los sujetos del derecho, sino que el Convenio impone obligaciones de hacer: “el artículo 8 implica el derecho de un progenitor a medidas para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de tomar estas medidas... este principio debe aplicarse también a asuntos donde el traspaso provisional de la atención al menor tiene su origen en un acuerdo entre particulares” (asunto *Hokkanen c. Finlandia*, 55).

También se ha dicho que el interés a salvaguardar con estas visitas es el del menor, por lo que si las circunstancias del asunto lo requieren los contactos podrán suspenderse o limitarse; como recuerda el Tribunal en el caso *Hokkanen*:

“la obligación de las autoridades nacionales de tomar medidas con este objetivo no es absoluta, pues ocurre que el encuentro de un padre con su hijo que ha vivido desde cierto tiempo en casa de otras personas no podría tener lugar inmediatamente, y requiere preparativos. Su naturaleza y su extensión dependen de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación del conjunto de las personas involucradas constituirá en todo caso un factor importante. Si las autoridades nacionales deben hacer todos los esfuerzos para facilitar una colaboración como la mencionada, su obligación de recurrir a la coerción en la materia debe estar limitada y deben tener en cuenta intereses, derechos y libertades de estas mismas personas y, especialmente, intereses primordiales del niño y derechos que le reconoce el artículo 8 del Convenio. En el supuesto en el que contactos con el progenitor corran el riesgo de amenazar estos intereses o de atentar contra estos derechos, corresponde a las autoridades nacionales velar por un equilibrio justo entre ellos” (58).

Por lo que respecta a la reagrupación de las familias que han estado separadas, el TEDH ha reconocido (asunto *Olsson c. Suecia*, núm. 2, de 27 de noviembre de 1992) que “el artículo 8 garantiza a los padres biológicos el derecho a medidas apropiadas al retorno de sus hijos (ver en último lugar la Sentencia Rieme contra Suecia de 22 abril 1992, ap. 69) y obliga a las autoridades nacionales a adoptarlas.

Sin embargo, ni este derecho ni la correspondiente obligación son absolutos, ya que la reunión de padres biológicos con hijos que viven desde hace tiempo con una familia de acogida no puede llevarse a cabo sin ciertos preparativos. Su naturaleza y su alcance dependen de las circunstancias de cada caso, pero siempre requieren del conjunto de personas afectadas una cooperación activa y llena de comprensión. Aunque las autoridades deben esforzarse en suscitar dicha colaboración, apenas pueden recurrir a la coerción: deben tener en cuenta los intereses y los derechos y libertades de estas personas, y concretamente los intereses de los niños y los derechos que les reconoce el artículo 8. En la hipótesis de que los contactos con los padres biológicos lo vulneraran, corresponde a las autoridades nacionales velar por el equilibrio justo. En resumen, la cuestión decisiva consiste en saber si las autoridades nacionales realizaron, al llevar a cabo los preparativos necesarios para el reagrupamiento, los esfuerzos necesarios que en este caso se podía exigir de ellas.

Un problema que reviste especial gravedad en el contexto del reagrupamiento de los padres e hijos es el de la sustracción internacional de menores, donde el Tribunal ha recordado que “las obligaciones positivas que el artículo 8 del Convenio hace pesar sobre los Estados contratantes en materia de reunión de un padre con sus hijos, éstas deben interpretarse a la luz de la Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de los menores” (asunto *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, de 29 de abril de 2003, 51). En esta sentencia se recuerda que:

“en sus artículos 3, 7, 12 y 13, la Convención de La Haya contiene todo un conjunto de medidas tendentes a asegurar el regreso inmediato de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquier Estado contratante. A este respecto, el Tribunal señala que conforme al artículo 3 de dicho instrumento, el traslado o la retención de un menor es considerado ilícito cuando se lleva a cabo violando un derecho de guarda atribuido a una persona por la Ley del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de su traslado o de su retención. Sobre esta cuestión, no se discute que el hijo de la demandante hubiese sido llevado a los Estados Unidos y retenido ilícitamente por el padre. Su situación entra sin duda dentro del campo de aplicación de la disposición de la Convención de La Haya.

Por otro lado, conforme a los artículos 6 y 7 de dicho instrumento, las autoridades centrales deben cooperar entre ellas y promover una colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados, para asegurar el regreso inmediato de los menores. En concreto, bien directamente, o con la ayuda de cualquier intermediario, deben adoptar todas las medidas adecuadas para localizar a un niño sustraído o retenido ilícitamente y asegurar la entrega del menor al padre titular del derecho de guarda. Para ello, en aplicación del artículo 11 de la Convención de La Haya, las autoridades judiciales o administrativas de cualquier Estado contratante deben proceder de urgencia de cara al regreso del niño. El Tribunal señala que estas medidas pueden ser ejecutadas de oficio por las autoridades internas competentes” (57 y 58).

X. LOS DERECHOS A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y AL CONOCIMIENTO DE INFORMACIONES SOBRE LA INFANCIA Y LOS ORÍGENES FAMILIARES.

El TEDH ha reiterado que los procesos de paternidad entran dentro del ámbito del artículo 8 (véanse, por ejemplo, los casos *Rasmussen c. Dinamarca*, 33 y *Keegan c. Irlanda*, 45) y que la noción de “vida familiar” del artículo 8 no está confinada únicamente a las relaciones con base matrimonial, sino que pueden equipararse otras “relaciones familiares” de hecho cuando exista constancia suficiente (*Kroon y otros c. Países Bajos*).

En el asunto *Mikulić c. Croacia*, de 7 de febrero de 2002, concluyó que “hay un vínculo directo entre el establecimiento de la paternidad y la vida privada de la demandante” y estimó que por otro lado, se debe tener en cuenta, que la protección de terceras personas puede imposibilitar que sean obligadas a estar disponibles para cualquier examen médico de cualquier tipo, incluyendo el examen de ADN.

Los Estados Contratantes del Convenio tienen distintas soluciones al problema que surge cuando un supuesto padre se niega a cumplir con las órdenes judiciales sobre los exámenes que son necesarios para establecer los hechos. En algunos Estados, los tribunales pueden multar o encarcelar a la persona en cuestión. En otros, la falta de cumplimiento de una orden judicial puede crear una presunción de paternidad o constituir desacato al Tribunal, lo que puede llevar a un procesamiento penal.

Un sistema como el croata, que no tiene medios para obligar a un supuesto padre a cumplir las órdenes judiciales para que se someta a la prueba del ADN, en principio, puede ser considerado compatible con las obligaciones derivadas del artículo 8, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, el Tribunal considera que en tal sistema, deben asegurarse los intereses de la persona que busca el esclarecimiento de la paternidad cuando dicha paternidad no puede establecerse por medio del examen de ADN. La falta de medida procesal para obligar al supuesto padre a cumplir con las órdenes judiciales únicamente está en conformidad con el principio de proporcionalidad si dispone de un medio alternativo que posibilite a una autoridad independiente decidir sobre una demanda de paternidad rápidamente. Además, al decidir sobre una demanda de paternidad, los Tribunales deben tener en cuenta el principio básico del interés del niño (64 y 65).

El TEDH también ha considerado protegido por el Convenio el interés de las personas “en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia y sus años de formación” (asunto *Gaskin c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989). Aclara en esta misma sentencia que “hay que tener también en cuenta que el carácter reservado de los expedientes administrativos es muy importante si se quiere disponer de informaciones objetivas y merecedoras de crédito; y que, además, puede ser necesario para proteger a terceras personas. Desde este punto de vista, un sistema como el británico que subordina el acceso a los expedientes al consentimiento de los informantes puede considerarse en principio compatible con el artículo 8, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, cuando no se consigue entrar en relación con el informante o éste niega abusivamente su conformidad, el sistema debe proteger los intereses de cualquiera que pretenda consultar los datos sobre su vida privada y familiar y sólo estará de acuerdo con el principio de proporcionalidad si dispone de un órgano independiente que, en el supuesto de que un informante no conteste o no dé su consentimiento, pueda tomar la resolución definitiva sobre la cuestión” (49).

Por el contrario, no forma parte del contenido protegido por el artículo 8 del Convenio el eventual interés en conocer la identidad de la madre biológica de la demandante, que la había abandonado al nacer y que solicitó expresamente el secreto de ese nacimiento de conformidad con la ley, que lo permitía con el fin de evitar abandonos y proteger la vida de los recién nacidos (asunto *Odièvre c. Francia*, de 13 febrero de 2003): “la cuestión del acceso a sus orígenes y del conocimiento de la identidad de sus padres biológicos no es de igual naturaleza que la del acceso al expediente personal sobre un niño acogido o que la de la búsqueda de pruebas de una paternidad solicitada. El Tribunal se encuentra en este caso ante una persona dotada de una filiación adoptiva que busca a otra persona, su madre biológica, que la abandonó al nacer y que solicitó expresamente el secreto de dicho nacimiento:

“La expresión «toda persona» del artículo 8 del Convenio se aplica tanto al niño como a la madre. Por un lado, está el derecho al conocimiento de sus orígenes, que encuentra su fundamento en la interpretación amplia del campo de aplicación de la noción de vida privada. Por otro lado, no se puede negar el interés de una mujer en conservar el anonimato para proteger su salud dando a luz en condiciones médicas adecuadas. En el presente caso, la madre de la demandante nunca visitó en la clínica al bebé y por lo visto se separó de él con una indiferencia absoluta y no se alega que posteriormente expresara el menor deseo de conocer a su hija: no corresponde al Tribunal juzgar esta actitud, sino solamente hacerla constar. El Tribunal se encuentra en este caso en presencia de dos intereses privados difícilmente conciliables, que afectan, por otro lado, no a un adulto y a un niño, sino a dos adultos que gozan cada uno de la autonomía de su voluntad. Además de este conflicto de intereses, no se puede plantear la problemática del parto anónimo sin hacer lo mismo con la cuestión de la protección de terceras personas, esencialmente los padres adoptivos y el padre o el resto de la familia biológica... el levantamiento no consensuado del secreto de su nacimiento podría acarrear riesgos nada desdeñables, no solamente para su propia madre, sino también para la familia adoptiva que la crió, para su padre y sus hermanos biológicos, quienes tienen todos igualmente derecho al respeto de su vida privada y familiar. En estas condiciones, la cuestión a la que debe responder el Tribunal –el derecho a saber ¿Significa la obligación de divulgar?– adquiere toda su dimensión respecto al margen de apreciación del Estado...”

El Tribunal señala que los Estados deben poder escoger los medios que consideren más adaptados al fin de la conciliación así buscada. En resumen, el Tribunal considera que Francia no ha excedido el margen de apreciación que le debe ser reconocido debido al carácter complejo y delicado de la cuestión que plantea el secreto de los orígenes en virtud del derecho de cada uno a su historia, de la elección de los padres biológicos, del vínculo familia existente y de los padres adoptivos...” (43 a 49).

XI. LA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS.

Por razones sistemáticas y de espacio no nos ocuparemos en este apartado de la cuestión general de la educación de los niños; nos limitaremos a analizar la incidencia de la familia en el sistema educativo de acuerdo con las disposiciones europeas y su interpretación jurisprudencial. Debe recordarse que el artículo 2 del Protocolo 1 al CEDH dispone que “a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres de asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

En el asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, el TEDH concluyó que “el artículo 2 forma un todo que domina su primera frase. Al prohibirse a sí mismos “denegar el derecho a la instrucción”, los Estados contratantes garantizan a todos aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción “un derecho de acceso a los establecimientos escolares existentes en un momento dado” y “la posibilidad de obtener” mediante “el reconocimiento oficial de los estudios realizados” “un beneficio de la enseñanza seguida”. En este derecho

fundamental a la instrucción se inserta el derecho enunciado por la segunda frase del artículo 2. Al cumplir un deber natural hacia sus hijos, de quienes les incumbe prioritariamente “asegurar (la) educación y (la) enseñanza”, los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho corresponde, pues, a una responsabilidad estrechamente ligada al goce y ejercicio del derecho a la instrucción. Por su parte, “las disposiciones del Convenio y del Protocolo deben ser consideradas como un todo”. Por tanto, las dos frases del artículo 2 han de ser leídas a la luz, no solamente la una de la otra, sino también en particular de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio, que proclaman el derecho de toda persona, incluidos los padres y los hijos, “al respeto de su vida privada y familiar”, a “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” y a “la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas” (52).

En un caso que data ya de hace cuarenta años, el asunto *relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, de 23 de julio de 1968, el TEDH se ocupó del régimen lingüístico en la educación y constató “el carácter no arbitrario y, por ende no discriminatorio, de las medidas que tienden a garantizar, en las regiones unilingües, que la lengua de enseñanza de las escuelas oficiales o subvencionadas sea exclusivamente la de la región. Estas medidas no impiden a los padres francófonos que lo deseen proporcionar a sus hijos una instrucción en francés ya sea en escuelas privadas no subvencionadas, ya en una escuela de la región unilingüe francesa o de Bruselas capital”. Pero el TEDH sí estimó contraria al Convenio la previsión “que impide a ciertos niños, por el solo hecho de residencia de sus padres, acceder a las escuelas de lengua francesa existentes en los seis municipios”.

Los castigos corporales en la escuela (asunto *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982), han entrado en la categoría de “tratos degradantes” prohibidos por el Convenio, que con carácter general son los capaces de “crear un sentimiento de miedo, angustia e inferioridad, susceptibles de humillar, de envilecer y, eventualmente, de quebrar la resistencia física o moral”. En este asunto el TEDH consideró una vulneración del Convenio la expulsión temporal del hijo de una de las demandantes por la oposición suya y de sus padres a sufrir castigos corporales.

En otro ámbito especialmente importante, el TEDH concluyó, en contra de la demanda presentada por varios padres de familia daneses, que la obligatoriedad de la educación sexual en la escuela no vulnera el derecho a la educación (asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, ya citado).

En esta importante resolución, se recuerda que “la definición y la elaboración del programa de estudios son, en principio, competencia de los Estados contratantes. Se trata, en amplia medida, de un problema de oportunidad, sobre el cual el Tribunal no tiene que pronunciarse y cuya solución puede legítimamente variar, según los países y las épocas. En particular, la segunda frase del artículo 2 del Protocolo no impide a los Estados difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, carácter religiosos o filosófico. No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de

mostrarse impracticable. Parece, en efecto, muy difícil que cierto número de asignaturas enseñadas en el colegio no tengan, de cerca o de lejos, un tinte o incidencia de carácter filosófico. Lo mismo ocurre con el carácter religioso, si se tiene en cuenta la existencia de religiones que forman un conjunto dogmático y moral muy vasto, que tiene o puede tener respuestas a toda cuestión de orden filosófico, cosmológico o ético.

La segunda frase del artículo 2 implica, por el contrario, que el Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado” (53).

Debe insistirse en la diferencia que traza el Tribunal entre la educación sexual y las clases de religión: los padres consideraban discriminatoria la posibilidad de exención a la segunda y no a la primera; para el TEDH la diferencia está justificada pues en un caso se transmiten creencias y en el otro conocimientos objetivos. En términos literales: “el Tribunal constata, al igual que la Comisión, que existe una diferencia de naturaleza entre la instrucción religiosa y la educación sexual,... La primera difunde necesariamente doctrinas y no simples conocimientos; el Tribunal ya ha concluido que no ocurre lo mismo con la segunda... Por tanto, la distinción denunciada por los demandantes se apoya sobre elementos de hecho diferentes y encaja con las exigencias del artículo 14” (56).

Estos conflictos se han vuelto a plantear en los recientes asuntos *Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007, y *Hasam y Eylem Zengin c. Turquía*, de 9 de octubre de 2007. El asunto *Folgerø*, resuelto por la Gran Sala del Tribunal, trae causa trata de las quejas presentadas por unos padres que no profesan la religión cristiana respecto a la negativa de las autoridades internas a conceder a sus hijos una exención total de una asignatura que figura imperativamente en el programa de enseñanza obligatoria en Noruega, cuyo contenido es el estudio del cristianismo, la religión y la filosofía (“la asignatura de KRL”) y denuncian una discriminación contraria a los artículos 14 y 8 del Convenio.

En su fundamentación jurídica, el TEDH analiza, por lo que aquí importa, los contenidos de la “asignatura KRL” y la manera en la que se imparte, y concluye que Noruega no ha respetado el derecho de los padres del artículo 2 en tanto no ha asegurado que las informaciones y conocimientos del programa de la asignatura sean difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista. Destacan varios motivos: la asignatura posee una vocación cristiana, que se evidencia en la mayor intensidad cuantitativa y cualitativa con la que deben enseñarse los conocimientos relativos a esta religión en comparación con las demás; en segundo lugar, se contemplan la realización de actividades como rezos, cánticos religiosos, interiorización de los textos religiosos, etc... Todo ello ya supone la posible injerencia en las convicciones religiosas o filosóficas de los padres y, por tanto, la necesidad de que el Estado prevea mecanismos que garanticen su respeto. Y ahí es donde el TEDH considera

que la exención parcial y las condiciones en las que la misma ha de ser solicitada no satisfacen las exigencias de pluralismo y respeto a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.

Por lo que respecta al ámbito de la Unión Europea, las cuestiones educativas han venido vinculadas a la condición de hijo de nacional comunitario o extracomunitario; en el primer caso el TJCE ha estimado que no cabe exigir requisitos adicionales a los hijos de residentes comunitarios (por ejemplo, una tasa adicional de matrícula), cosa que sí es admisible si se trata de descendientes de personas extracomunitarias (asuntos *Françoise Gravier*, de 13 de febrero de 1985, C-293/83, y *Estado Belga*, de 27 de septiembre de 1998, C-263/86).

En definitiva, tratándose de hijos de comunitarios los requisitos para becas y ayudas deben ser las mismas con independencia del Estado en el que se disfruten (asuntos *Bernini*, de 26 de febrero de 1992, C-3/90, y *Meeusen*, de 8 de junio de 1999, C-337/97).