

## El Derecho Europeo de Familia. BIB 2008\2161

**Miguel Ángel Presno Linera.** Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo

presno@uniovi.es; página personal: <http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno.htm>

Blog jurídico: <http://presnolinera.wordpress.com>

**Publicación:** Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional num. 22 (Estudios).  
Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2008.

### SUMARIO

- .- Presentación
- 1.- Premisa: la europeización a través del derecho europeo en sentido amplio y en sentido restringido
- II.- El concepto europeo de familia
  - A.- El interés superior del menor y su integración familiar
  - B.- La vida familiar como resultado de la combinación entre el parentesco y la efectividad de la relación interpersonal
  - C.- La vida familiar como resultado de la combinación entre la efectividad de la relación interpersonal y apariencia de familia
  - D.- La vida familiar como resultado de la combinación entre el parentesco y la voluntad contrariada de establecer una relación
- III.- Las obligaciones positivas para los Estados derivadas del respeto a la vida familiar
- IV.- El derecho europeo a crear una familia
- V.- El derecho europeo al matrimonio
  - A.- La edad mínima para contraer matrimonio y la exclusión del matrimonio póstumo
  - B.- El derecho al matrimonio de los presos
  - C.- El matrimonio de las personas transexuales
  - D.- El matrimonio de personas homosexuales
  - E.- Las condiciones estatales para el ejercicio del derecho a contraer matrimonio
  - F.- La separación y el divorcio
  - G.- La eficacia civil de las resoluciones de los tribunales eclesiásticos
- VI.- El posible trato diferenciado entre el matrimonio y las relaciones análogas no matrimoniales
- VII.- La igualdad de derechos entre los cónyuges
- VIII.- La igualdad de derechos entre los padres
- IX.- La igualdad entre los hijos
- X.- ¿Existe el «derecho europeo» a tener, o no, hijos?
  - A.- El aborto
  - B.- El derecho a procrear
- XI.- La adopción
- XII.- Las relaciones paterno-filiales
- XIII.- Los derechos de visita y, en su caso, de reagrupación de una familia previamente separada
- XIV.- Los derechos a la investigación de la paternidad y al conocimiento de informaciones sobre la infancia y los orígenes familiares
- XV.- La educación de los hijos
- XVI.- La vida familiar de los extranjeros y su incidencia en los casos de reagrupación familiar y expulsión

- XVII.- Conclusión: los principios y reglas europeos sobre el derecho al matrimonio y la creación de una familia
- .- Jurisprudencia citada

### - Presentación

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

El matrimonio es una gran institución... Suponiendo que te guste vivir en una institución, Groucho Marx

El profesor Peter HÄBERLE viene recordando desde hace tiempo la necesidad de que la doctrina constitucional preste mucha atención al derecho europeo, pues constituye una etapa de crecimiento del Estado constitucional europeo mismo <sup>1</sup>. Las páginas que siguen tratarán de dilucidar de qué hablamos cuando hablamos de «derecho europeo de familia» y cuál ha sido su contribución a la apertura de los Estados constitucionales al exterior.

<sup>1</sup> Europäische Rechtskultur, Baden-Baden, 1994, pgs. 33 y ss.

Con este fin nos ocuparemos del «derecho europeo en sentido amplio», entendido como el derecho del Consejo de Europa articulado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos, así como en las numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y 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).

Pero no se trata sólo de exponer qué es lo que dicen el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sus Protocolos y el Derecho de la Unión Europea ni lo que han dicho sobre ellos los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, sino también de ver cómo incide este derecho europeo en la transformación de los derechos nacionales y, en su caso, cómo se ha venido produciendo una aproximación entre los mismos, en especial de los derechos fundamentales de las personas vinculados a la familia.

Es sabido que la teoría de los derechos fundamentales de la Constitución española encuentra en el artículo 10.2 un elemento importante que sirve de guía a su interpretación: «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España» <sup>2</sup>. Si bien es cierto que esta remisión no confiere rango constitucional a los derechos reconocidos en el derecho europeo si no están también incluidos en la Constitución (STC 38/1985, F. 5), también lo es que ese precepto obliga a los poderes públicos españoles a interpretar los derechos fundamentales de la Constitución de conformidad con esos tratados, lo que tiene una extraordinaria importancia, sobre todo para el Legislador, pero también para los Tribunales, pues las argumentaciones de los órganos judiciales europeos deben ser utilizadas por los españoles cuando deban resolver conflictos en los que sea aplicable alguna disposición constitucional sobre derechos fundamentales análoga a los preceptos convencionales interpretados.

<sup>2</sup> Véase, por todos, Alejandro SÁIZ ARNÁIZ La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

Como recuerda el profesor BASTIDA <sup>3</sup>, el que el Legislador tenga que delimitar o comprender jurídicamente el derecho fundamental a la luz de lo que establezcan aquellos convenios (y los tribunales que los interpreten), sitúa a los tratados, a estos efectos, en el mismo plano que la Constitución; es decir, el artículo 10.2 atribuye a dichos tratados una posición superior y muy diferente de la que se desprende de la fuerza pasiva que posee

cualquier tratado internacional en virtud del artículo 96.

<sup>3</sup> Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 81.

Si interpretar es concretar, el Legislador nacional no sólo ha de guiarse en tal cometido por la comprensión que haga del texto constitucional, sino del texto constitucional tal cual queda concretado por el legislador internacional (en el tratado firmado por España) que, de este modo rellena sin saberlo los enunciados iusfundamentales de la Constitución y se antepone al Legislador español. Quiere ello decir que la teoría de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada ha de ser también, por obra del bucle que realiza el artículo 10.2, una teoría adecuada a los tratados o convenios suscritos por España e incluso, según el Tribunal Constitucional, adecuada a la interpretación que de ellos lleven a cabo los tribunales internacionales competentes, pues la remisión que hace el 10.2 «autoriza y aun aconseja referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos» (STC 36/1984, F. 3).

Concluye el profesor BASTIDA que la remisión ad extra que hace nuestra Constitución permite construir una teoría internacional de los derechos constitucionalmente vinculante a los efectos de su delimitación, lo que puede ser beneficioso para el establecimiento en el espacio europeo de una doctrina común de los derechos fundamentales y de una progresiva igualdad en el ámbito y contenido de los derechos reconocidos en las diversas Constituciones de los Estados miembros. Puede contribuir, además, a crear un «patriotismo constitucional europeo» en torno a un demos ciudadano, y de paso alejar la estéril polémica sobre la inexistencia de un demos nacional europeo.

En esta línea, el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea declara que «los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación...».

En suma, y como veremos a lo largo del presente trabajo, el derecho europeo de familia ha de ser tenido en cuenta por los creadores y aplicadores del derecho español en ámbitos tan importantes como la prohibición de discriminación, el derecho a la vida, el derecho a la libertad ideológica y religiosa, el derecho a la libertad personal, la libertad de residencia y circulación, el derecho a la educación, el derecho a contraer matrimonio, la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos y su igualdad ante la ley o la investigación de la paternidad.

La riqueza y variedad de asuntos que llegan a los Tribunales europeos, en especial al de Estrasburgo, es tal que nos permite en estos momentos contar 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, las obligaciones positivas de los Estados en la materia, las condiciones para el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, la igualdad de derechos de cónyuges, padres e hijos, el aborto y el derecho a procrear, la adopción, los derechos de visita y reagrupación familiar, la investigación de la paternidad, la educación de los hijos, la vida familiar de los extranjeros, ...

Todas estas cuestiones serán atendidas a lo largo de este libro tomando como material de trabajo los pronunciamientos en asuntos tan relevantes como *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979, y *Elsholz contra Alemania*, de 13 de julio de 2000, sobre el concepto europeo de familia; *Kutzner c. Alemania*, de 26 de febrero de 2002, sobre el interés superior del menor y su integración familiar; *Hokkanen c. Finlandia*, de 23 de septiembre de 1994, y *T. P. y K. M. c. Reino Unido*, de 10 de mayo de 2001, sobre las obligaciones positivas para los Estados derivadas del respeto a la vida familiar; *I. c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, y la

sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas caso K. B., de 7 de enero de 2004, sobre el matrimonio de las personas transexuales; F. c. Suiza, de 18 diciembre de 1987, y B. y L. c. Reino Unido, de 13 de septiembre de 2005, respecto a las condiciones estatales para el ejercicio del derecho a contraer matrimonio; Johnston y otros c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, sobre la separación y el divorcio; la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) caso Tadao Maruko, de 1 de abril de 2008, sobre el posible trato diferenciado entre el matrimonio y las relaciones análogas no matrimoniales; Wessels-Bergervoet c. Países Bajos, de 4 de junio de 2002, Willis c. Reino Unido, de 11 de junio de 2002, Ünal Tekeli c. Turquía, de 16 de noviembre de 2004, y la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas caso García Avelló, de 2 de octubre de 2003, sobre la igualdad de derechos entre los cónyuges; Rasmussen c. Dinamarca, de 28 de noviembre de 1984, Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de diciembre de 1999, y Palau-Martínez c. Francia, de 16 de diciembre de 2003, a propósito de la igualdad de derechos entre los padres; Mazurek c. Francia, de 1 de febrero de 2000, en relación con la igualdad entre los hijos; Tysiac c. Polonia, de 20 de marzo de 2007, sobre el aborto, Evans c. Reino Unido, de 7 de marzo de 2006, y Dickson c. Reino Unido, núm. 2, de 4 de diciembre de 2007, y el derecho a procrear; E. B. c. Francia, de 22 de enero de 2008, sobre la adopción; Olsson c. Suecia, de 24 de marzo de 1988, respecto a las relaciones paterno-filiales; Iglesias Gil y A. U. I. c. España, de 29 de abril de 2003, y Sabou y Pircalab c. Rumania, de 28 de septiembre de 2004, y los derechos de visita y, en su caso, de reagrupación de una familia previamente separada; Gaskin c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989, Odièvre c. Francia, de 13 de febrero de 2003, y Mikulic c. Croacia, de 7 de febrero de 2002, sobre los derechos a la investigación de la paternidad y al conocimiento de informaciones sobre la infancia y los orígenes familiares; Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976, respecto a la educación de los hijos, y Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, de 28 de mayo de 1985, Sen c. Países Bajos, de 21 de diciembre de 2001, y la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) caso Metock y otros, de 25 de julio de 2008, en relación con la vida familiar de los extranjeros y su incidencia en los casos de reagrupación familiar y expulsión.

En total se han consultado 105 resoluciones de los órganos de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Comisión y, sobre todo, Tribunal) y 27 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

\*\*\*\*\*

Este estudio se inserta en una línea de trabajo sobre el derecho europeo que se inició con la publicación, en colaboración con Daniel SARMIENTO y Javier MIERES, del libro *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, 2007; a continuación, vieron la luz «La garantía europea de los derechos a casarse y a fundar una familia», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 7/2007, pgs. 13 y ss.; «Las garantías para los extranjeros y los límites a sus derechos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 21, 2008, pgs. 85 y ss., y «La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1/2008, pgs. 13 y ss. Está en prensa el estudio «Die Europäisierung des Rechtes auf Eheschließung und auf Gründung einer Familie», de próxima publicación en el *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*.

El análisis que se presenta en la primera parte de este libro no se ocupa de las normas españolas en la materia ni, mucho menos, del debatido asunto de la eventual unificación del derecho privado europeo, singularmente del derecho de familia<sup>4</sup>; entre las muchas razones destacan dos: por la existencia de un buen número de excelentes trabajos<sup>5</sup> y, sobre todo, porque tal pretensión excedería con creces nuestras capacidades. Este estudio pretende únicamente servir como instrumento complementario de los ya publicados en otros sectores del ordenamiento, en especial, aunque no de forma exclusiva, en el iusprivatista<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> 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, núm. 4; BOELE-WOELKI /T. SVEDRUP (Eds.) European Challenges in Contemporary Family Law, EFL Series, núm. 19, Intersentia, Antwerpen, 2008; Nina DETHLOFF, «Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts», Archiv für die civilistische Praxis, vol. 204, pgs. 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, a cura di Sergio P. PANUNZIO, Jovene Editore, Nápoles, 2005, pgs. 511 y ss.; 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, pgs. 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/>.

5 Para una perspectiva amplia de los sistemas matrimoniales en los países de la Unión Europea véanse los estudios de Adoración CASTRO JOVER: «El sistema matrimonial vigente en los países de la Unión Europea. Una propuesta de sistema matrimonial europeo», Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña, Gloria MORÁN GARCÍA (coord.), A Coruña, 2003, pgs. 195 y ss., y Mercedes MURILLO MUÑOZ: Matrimonio y convivencia en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio, Dykinson, Madrid, 2006, pgs. 194 y ss. Para una profundización en las recientes reformas del derecho de familia en el ámbito del derecho civil y del derecho internacional privado pueden verse, por ejemplo, los trabajos colectivos Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo, dirigido por Josefina ALVENTOSA DEL RÍO, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, y Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional, dirigido por Susana NAVAS NAVARRO, Díaz-Bastien & Truhan, Madrid, 2006.

6 Sobre distintos aspectos relativos al derecho privado europeo véanse, en la doctrina española, los estudios de Sixto SÁNCHEZ LORENZO Derecho privado europeo, Comares, Granada, 2002, y la exhaustiva obra colectiva del mismo título coordinada por Sergio CÁMARA LAFUENTE, Colex, Madrid, 2003. Para un conocimiento profundo de la bibliografía en la materia es muy útil la información disponible en la página web del Área de Derecho Civil de la Universidad de Girona: <http://civil.udg.es/epclp/references.htm>

No nos referimos tampoco a cuestiones que si bien la jurisprudencia europea ha incluido en el ámbito de la vida familiar (inviolabilidad del domicilio, intimidad, derechos laborales, ...), en nuestro ordenamiento tienen un tratamiento autónomo y diferenciado.

Como fuente autónoma de información y material para el estudio se incorpora una parte, la segunda, en la que se reproducen 39 sentencias de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo que, por su importancia y vigencia, pueden considerarse los textos de referencia en la materia. Dado el espacio disponible se ha preferido incorporar únicamente los fundamentos jurídicos, que, no obstante, suelen incluir suficientes datos del supuesto de hecho para conocer los problemas planteados sin necesidad de leer los antecedentes.

Las sentencias del TEDH han sido traducidas por el equipo de la editorial Thomson-Aranzadi y se pueden consultar, junto con el resto de la jurisprudencia de ese Tribunal, en la página web de Westlaw (<http://www.westlaw.es>). En lengua francesa e inglesa pueden leerse en la página del Tribunal (<http://www.echr.coe.int/echr>). Las sentencias del TJCE han sido tomadas de la página del Tribunal (<http://curia.europa.eu>), que las ofrece en las diferentes lenguas comunitarias.

Finalmente, que no en último lugar, quiero agradecer a la Editorial Thomson-Aranzadi y, de modo especial, a Manuel PULIDO QUECEDO, la generosa hospitalidad que han dispensado a este trabajo y a los que le precedieron.

Vegadeo/Sada, verano de 2008.

## **1- Premisa: la europeización a través del derecho europeo en sentido amplio y en sentido restringido**

El profesor Peter HÄBERLE hace tiempo que viene recordando la necesidad de que la doctrina constitucional preste mucha atención al derecho europeo, pues constituye una etapa de crecimiento del Estado constitucional europeo mismo <sup>7</sup>. En esa línea, en estas primeras páginas analizaremos en qué medida se puede hablar de un proceso general de desarrollo del derecho de familia a través del «derecho europeo en sentido amplio y del derecho europeo en sentido restringido». Y es que más que las diferencias subsistentes, son los valores compartidos como el respeto a los derechos de las personas y a la autoridad de la ley los que forman la base para el desarrollo del derecho europeo de familia.

<sup>7</sup> Sobre la creciente concordancia tanto del Derecho Europeo y del Derecho nacional como del Derecho Constitucional de los Estados miembros, véase Peter HÄBERLE, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», primero en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1991, pgs. 261 y ss.; luego en *Europäische Rechtskultur*, Baden-Baden, 1994, pgs. 33 y ss. Sobre el «jurista europeo» véase, por todos, Peter HÄBERLE, «Der europäische Jurist oder den Aufgaben unserer gemeinsamen Verfassungs-Zukunft-17 Entwürfe auf dem Prüfstand», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neve Folge, Band 53, 2005, pgs. 458 y ss., «Il giurista europeo di fronte ai compiti del nostro futuro costituzionale comune: 17 progetti sotto esame», en Sergio P. PANUNZIO (A cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene Editore, Nápoles, 2005, pgs. 109 y ss.

Es bien conocido que en distintos países europeos ha habido reformas legislativas recientes para modificar la institución del matrimonio y regular de manera novedosa aspectos concretos de la organización familiar. Dichas modificaciones no han estado exentas de polémica social, política y jurídica, como tuvimos ocasión de comprobar en el año 2005 en España con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, reconociendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, con los mismos derechos, incluida la adopción, que el matrimonio entre personas de distinto sexo.

Este proceso de apertura del matrimonio a las personas homosexuales contó con precedentes en los Países Bajos y en Bélgica con, respectivamente, la Ley de 21 de diciembre de 2000, de modificación del Código Civil holandés, y la Ley belga de 30 de enero de 2003. Con posterioridad a la ley española se aprobó en Noruega la Ley de 17 de junio de 2008, que entrará en vigor en enero de 2009 y que junto con el matrimonio de personas del mismo sexo permite la adopción conjunta y la del hijo de uno de los cónyuges por el otro; regula también la inseminación artificial de las mujeres lesbianas y los vínculos entre la madre biológica, su mujer y el hijo de ambas. Noruega será, además, el primer país en el que las parejas homosexuales podrán casarse por la iglesia, pues, como es sabido, tiene una religión estatal, la Iglesia Nacional Noruega, cuyo máximo representante es el rey y obedece al Parlamento. La ley obliga directamente a los ministros de esta confesión.

En las páginas que siguen no nos detendremos ni en estas normas nacionales <sup>8</sup> ni en el debatido asunto de la eventual unificación del derecho privado europeo <sup>9</sup>, singularmente del derecho de familia <sup>10</sup>, por escapar ambas cuestiones, prolijas y complicadas, al espacio disponible y, sobre todo, a nuestras capacidades. Como ya se ha apuntado, trataremos de conocer el «derecho europeo» en la materia y su contribución a la apertura de los Estados constitucionales al exterior <sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Para una perspectiva amplia de los sistemas matrimoniales en los países de la Unión Europea véanse los estudios de Adoración CASTRO JOVER: «El sistema matrimonial vigente en los países de la Unión Europea. Una propuesta de sistema matrimonial europeo», *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, Gloria MORÁN GARCÍA (coord.), A Coruña, 2003, pgs. 195 y ss., y Mercedes MURILLO MUÑOZ: *Matrimonio y convivencia en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2006, pgs. 194 y ss. Para una profundización en las recientes reformas del derecho de familia en el ámbito del derecho civil y del derecho internacional privado pueden verse, por ejemplo, los trabajos colectivos *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, dirigido por Josefina ALVENTOSA DEL RÍO, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, y *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, dirigido por Susana NAVAS NAVARRO, Díaz-Bastien & Truhan, Madrid, 2006.

<sup>9</sup> Sobre distintos aspectos relativos al derecho privado europeo véanse, en la doctrina española, los estudios de Sixto SÁNCHEZ LORENZO *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002, y la exhaustiva obra colectiva del mismo título coordinada por Sergio CÁMARA LAFUENTE, Colex, Madrid, 2003. Para un conocimiento extenso de la bibliografía en la materia es muy útil la información disponible en la página web del Área de Derecho Civil de la Universidad de Girona: <http://civil.udg.es/epcpl/references.htm>.

<sup>10</sup> 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*, núm. 4; BOELE-WOELKI/T. SVEDRUP (Eds.) *European Challenges in Contemporary Family Law*, EFL Series, núm. 19, Intersentia, Antwerpen, 2008; Nina DETHLOFF, «Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts», *Archiv für die zivilistische Praxis*, vol. 204, pgs. 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*, ..., pgs. 511 y ss.; 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, pgs. 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/>.

<sup>11</sup> En esta línea, véase el estudio de Susana SANZ CABALLEROLa familia en perspectiva internacional y europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, donde también se analiza la protección de la familia en el sistema de Naciones Unidas.

Siguiendo la categorización de Peter HÄBERLE, emplearemos la expresión «derecho europeo en sentido amplio» para referirnos al derecho del Consejo de Europa articulado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos, así como en las numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>12</sup>, y «derecho europeo en sentido restringido» para aludir al derecho de la Unión y las Comunidades Europeas y a la cada vez más importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJCE)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> 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 R. BLACKBURN y J. POLAKIEWICZ, Fundamental rights in Europe. The ECHR and its member states, 1950-2000, Oxford University Press, Oxford, 2001; HARRIS/ O'BOYLE/ BATES/ WARBICK, 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 Européenne des Droits de l'homme, Economica, Paris, 1989; J. P. MARGUENAUD, 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/ MARGUENAUD/ 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, J. A. CARRILLO SALCEDO, El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tecnos, Madrid, 2003; I. LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático, Thomson-Civitas, Madrid, 2004; GARCÍA ROCA/ SANTAOLAYA, (Coords.), La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEPC, Madrid, 2005; SARMIENTO/ MIERES/ PRESNO LINERA, Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia, Thomson-Civitas, 2007.

<sup>13</sup> Véase al respecto el trabajo de Susana SANZ CABALLERO «La contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales: sinergias y divergencias de ambos sistemas», en Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional, N. FERNÁNDEZ SOLA (Coord.), Dykinson, Madrid, 2004, pgs. 59 a 92.

Es bien conocido que el derecho europeo en sentido amplio desempeña una función armonizadora de los derechos fundamentales en su extenso ámbito de aplicación (47 Estados)<sup>14</sup>, mientras que el derecho europeo en sentido estricto cumple más bien una tarea uniformadora respecto del derecho comunitario en los 27 Estados miembros y lo hace mediante la actuación del Tribunal de Justicia, especialmente a través de la cuestión prejudicial. Como también es sabido, los derechos fundamentales de la Unión Europea no son todavía, desde un ámbito de estricta obligatoriedad jurídica, los incluidos en la «Constitución Europea», sino los que han sido objeto de recepción jurisprudencial<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, M. DELMAS-MARTY, «Le rôle du juge européen dans la renaissance du jus commune. Signification et limites», MAHONEY/ MATSCHER/ PETZOLD/ WILDHABER, Protection des droits de l'homme: la perspective européen. Protecting Human Rights: The European perspective. Mélanges à la mémoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal, Köln, 2000, pg. 412; en la misma obra, H. SCHERMERS, «A European Supreme Court», ..., pg. 1273.

<sup>15</sup> En general, sobre los derechos en Europa, véase DIRK EHLERS (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage, De Gruyter Rect., Berlín, 2005.

No obstante esta diferenciación funcional -armonización/uniformización- entre los dos derechos europeos, en la medida en que la jurisprudencia del TEDH sea acogida por el TJCE, cumplirá, aunque sea de manera indirecta, un papel uniformador en el ámbito comunitario<sup>16</sup>. Y es que para identificar, reconocer y tutelar los derechos, el Tribunal de Luxemburgo utiliza las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»

(asunto Internationale Handelsgesellschaft, de 17 de diciembre de 1970) y «los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que han cooperado los Estados miembros o se han adherido» (asunto Nold, de 14 de mayo de 1974), en especial, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (asunto Rutili, de 28 de octubre de 1975) <sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Sobre los derechos en Europa y los tribunales, Sergio P. PANUNZIO (Coord.), I diritti fondamentali e le Corti in Europa, Jovene Editore, Nápoles, 2005.

<sup>17</sup> Véase al respecto el estudio de Carmen MORTE GÓMEZ: El papel del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sistema de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Esta función se producirá también en el propio espacio del Consejo de Europa cuando el derecho del Convenio vaya más allá del contenido mínimo iusfundamental garantizado en el artículo 53 del CEDH <sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.

Todo ello abunda en la idea, progresivamente aceptada, de que empiezan a desarrollarse los elementos necesarios para hablar de un derecho común europeo, pues aunque sigue bien presente el pluralismo jurídico sobre el que se edificó el Convenio Europeo, también cobra una importancia creciente el fenómeno de los «conceptos autónomos», que dotan de un contenido propio a los elementos configuradores de los derechos y libertades del Convenio, garantizando su aplicación similar en todos los Estados, incluso en derechos no reconocidos en los ordenamientos internos <sup>19</sup>. Los propios Tribunales nacionales se sirven de estos conceptos para la interpretación de los derechos reconocidos en sus Normas Fundamentales <sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Sobre la europeización de los constitucionalistas nacionales y de los tribunales constitucionales véase Peter HÄBERLE en Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), 50, 1991, pgs. 156 y ss.; este autor aboga por una «hermenéutica común europea», VVDStRL, 53, 1994, pgs. 115 y ss. Sobre la estructuración de una «offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», Peter HÄBERLE, Die Verfassung der Pluralismus, Königstein/TS, 1980, pgs. 69 y ss.

<sup>20</sup> A título de ejemplo, puede citarse la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 11 de marzo de 2004 [BVerfGE, EuGRZ, 317 (318 y ss.)], donde se insiste en la necesidad de tener en cuenta el estado actual de desarrollo del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la hora de interpretar la Ley Fundamental de Bonn. Argelia QUERALT JIMÉNEZ realiza un estudio ilustrativo del caso español en «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales», Teoría y Realidad Constitucional, núm. 20, 2007, pgs. 435-470.

Es también conocido que un nuevo texto se ha venido a sumar al proceso de integración de normas iusfundamentales europeas y nacionales: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de la que se espera que llegue a formar parte en un momento no muy lejano del acervo comunitario <sup>21</sup>. En todo caso, ya ha empezado a desplegar una serie de efectos que se advierten tanto en las decisiones de los Tribunales europeos <sup>22</sup> (de Estrasburgo <sup>23</sup> y Luxemburgo <sup>24</sup>) como de algunos Tribunales constitucionales nacionales, entre los que destaca por su rapidez el Tribunal Constitucional español: así, se menciona en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en relación con el artículo 8 de la Carta relativo a la protección de datos de carácter personal; más tarde a propósito de los límites del derecho de asilo (artículo 18 de la Carta) en la STC 53/2002, de 27 de febrero; los derechos de los menores (SSTC 138/2005, de 26 de mayo; 273/2005, de 27 de octubre, y 17/2006, de 30 de enero) y la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual (STC 41/2006, de 13 de febrero) <sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea existe, como es bien conocido, una ingente bibliografía; aquí mencionaremos algunos comentarios a la misma: en lengua alemana, BERNSDORFF/BOROWSKY: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, Nomos, 1. Aufl., Baden-Baden, 2002; Hans Dieter JARASS, EU-Grundrechte, C. H. Beck, München, 2005, Jürgen MEYER (Hrsg), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2006. En lengua inglesa, PEERS/ WARD, The Charter of Fundamental Rights and the Future of

Human Rights Protection in Europe, Hart Publishing, 2004. En lengua francesa, GUY BRAIBANT, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Seuil, 2001; CARLIER/ DE SCHUTTER (Coord.), La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne: son apport à la protection des droits de l'homme en Europe: hommage à Silvio Marcus Helmons, Bruylant, 2002. En lengua italiana, BIFULCO/ CARTABIA/ CELOTTO (Coord.), L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Bologna, 2001; L. S. ROSSI (Coord.) Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea, Milano, 2002; G. ZAGREBELSKY (Coord.), Diritti e Costituzione nell'Unione Europea, 2003; SICLARI (Coord.), Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Torino, 2003. En lengua española, ALONSO GARCÍA/ SARMIENTO, La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Thomson-Civitas, 2006.

22 Sobre estos Tribunales, E. G. MAHRENHOLZ, «Europäische Verfassungsgerichte», Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 49, 2001, pgs. 20 y ss.

23 Asuntos I. c. Reino Unido y Christine Goodwin c. Reino Unido, ambos de 11 de julio de 2002, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim İrketi c. Irlanda, de 30 de junio de 2005, y Sorensen c. Dinamarca y Rasmussen c. Dinamarca, de 11 de enero de 2006.

24 Asunto Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión, de 27 de junio de 2006 (C-540/03); Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de mayo de 2007 (C-303/05); Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 18 de diciembre de 2007 (C-341/05); Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 29 de enero de 2008 (C-275/06); Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 14 de febrero de 2008 (C-450/06); Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 14 de febrero de 2008 (C-244/06).

25 En la misma línea, la Corte Costituzionale italiana (sentencia de 24 de octubre de 2002) invocó los artículos 7 (respeto a la vida privada y familiar) y 9 (derecho a contraer matrimonio) de la Carta en relación con los requisitos para el ingreso en las Fuerzas Armadas. Por su parte, la Cámara de los Lores de Gran Bretaña la utilizó, por ejemplo, en los asuntos Sepet, de 20 de marzo de 2003, y Bellinger, de 10 de abril de 2003.

No en vano, el Preámbulo de la Carta declara que «los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación... La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...»

26

26 Este Preámbulo ya ha sido invocado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim İrketi c. Irlanda, de 30 de junio de 2005) y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión, de 27 de junio de 2006 [C-540/03]).

No obstante, es necesario recordar también que la coexistencia de estos sistemas jurídicos no ha dejado de provocar tensiones ya que, por un lado, los Estados miembros de la Unión Europea, al ejecutar Derecho comunitario, estaban obligados a aplicar los derechos fundamentales tal y como los establecía el Tribunal de Justicia, pero al mismo tiempo estaban vinculados por sus compromisos con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por otro lado, las Instituciones comunitarias podían adoptar actos sin atender a las condiciones del Convenio, pues ni las Comunidades ni la Unión eran partes integrantes del mismo.

Es conocido que la solución a esta tensión entre sistemas de protección de derechos fundamentales vino, primero, de la mano del Tribunal de Luxemburgo y del constituyente comunitario. Desde la justicia comunitaria se abordó la cuestión con una perspectiva discursiva, incluyendo en la argumentación del Tribunal de Justicia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando el objeto del asunto versara sobre un derecho fundamental, lo que permitió que esa jurisdicción se dotara de una mayor legitimidad ante los Estados miembros y ante el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al tiempo que solventaba parcialmente el déficit iusfundamental en el que se hallaba la Unión al

no formar parte del Consejo de Europa ni del Convenio. Por otra parte, los Estados miembros contribuyeron a subsanar estas deficiencias mediante las sucesivas reformas de los Tratados constitutivos y, de forma muy destacada, al adoptar el Tratado de la Unión Europea en 1992.

En los últimos tiempos ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que ha encauzado las tensiones con la Unión Europea. Este importante paso se produjo el 30 de junio de 2005 en el asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, donde el Tribunal estableció, con una clara vocación de generalidad, su doctrina sobre la articulación del Derecho comunitario europeo y el Convenio, confirmando la doctrina de la «protección equivalente», en virtud de la cual el Tribunal de Estrasburgo realiza un control de mínimos respecto de la actuación de los Estados en ejecución del Derecho comunitario<sup>27</sup>. En el momento en que dicha protección deje de estar presente en el sistema de derechos fundamentales de la Unión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos intervendrá.

<sup>27</sup> Véase, sobre esta sentencia, Jürgen BRÖHMER, «Die Bosphorus-Entscheidung des EGMR -Der Schutz der Grund- und Menschenrechte in der EU und das Verhältnis zur EMRK», *EuZW*, 2006, 71.

Aproximándonos ya al asunto que nos ocupa, debemos anticipar que los derechos objeto de estudio de las páginas siguientes son, precisamente, algunos en los que se ha manifestado de manera expresa la incidencia del derecho europeo en sentido amplio en la articulación del derecho europeo en sentido estricto; en concreto de los artículos 8 (que reconoce, entre otros, el derecho al respeto de la vida familiar) y 12 (derecho a casarse y a formar una familia) del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los artículos 9 y 12 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> 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 Convenio Europeo de Derechos Humanos. 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 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 Convenio Europeo de Derechos Humanos...».

Curiosamente, ha sido el Tribunal de Estrasburgo, y no el de Luxemburgo, el primero que ha citado el artículo 9 de la Carta como uno de los argumentos claves para modificar su anterior jurisprudencia sobre el derecho a contraer matrimonio (asuntos *I. c. Reino Unido y Christine Goodwin c. Reino Unido*, ambos de 11 de julio de 2002)<sup>29</sup>. Un poco después, el Tribunal de Justicia ha invocado la jurisprudencia del TEDH como apoyo a su propia doctrina (asunto *K. B.*, de 7 de enero de 2004)<sup>30</sup>. Con posterioridad, el Tribunal de Luxemburgo también ha invocado la Carta de los Derechos Fundamentales y lo ha hecho en el asunto *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión*, de 27 de junio de 2006 (C-540/03), a propósito del respeto al derecho a la vida familiar (artículo 7) y los derechos de los menores (artículo 24)<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> El TEDH (*I. c. Reino Unido*, 82 y *Christine Goodwin c. Reino Unido*, 100) constata 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». También la Carta ha sido mencionada en los votos particulares: «... en el capítulo III sobre la igualdad, el artículo 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea de 7 de diciembre de 2000 prohíbe expresamente, "toda discriminación basada especialmente en el sexo (...) o en la orientación sexual". Tras una Recomendación de la Asamblea parlamentaria, en el seno del Consejo de Europa, el Consejo de Ministros adoptó, el 21 de septiembre de 2001, una declaración relativa a la existencia de discriminaciones respecto a los homosexuales y que sugiere, concretamente, añadir la orientación sexual entre los motivos de discriminación prohibidos por el Convenio e incluir ésta en las legislaciones nacionales. Por lo tanto se puede razonablemente alegar que actualmente existe un consenso europeo destacable en la materia» (asunto *Fretté c. Francia*, de 26 de febrero de 2002, opinión disidente de los Jueces Bratza, Fuhmann y Tulkens).

<sup>30</sup> «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 (véase TEDH, sentencias Christine Goodwin c. Reino Unido e I. c. Reino Unido de 11 de julio de 2002, 97 a 104 y 77 a 84, respectivamente) (Sentencia de 7 de enero de 2004)». La cita de la jurisprudencia de Estrasburgo ha sido también muy frecuente en las Conclusiones de los Abogados Generales; por citar una muy reciente, en las del Abogado General Ruiz-Jarabo en el asunto C-267/06, entre el señor Tadao Maruko y la Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, resuelto por Sentencia de la Gran Sala de 1 de abril de 2008.

<sup>31</sup> Así, en el Fundamento 38 dice: «Respecto a la Carta, fue proclamada solemnemente por el Parlamento, el Consejo y la Comisión en Niza el 7 de diciembre de 2000. Aunque esta Carta no constituye un instrumento jurídico vinculante, el legislador comunitario ha querido reconocer su importancia al afirmar, en el segundo considerando de la Directiva, que ésta observa los principios reconocidos no sólo por el artículo 8 del CEDH, sino también por la Carta. Por otra parte, el objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar "los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"».

Finalmente, en las propias normas de la Unión Europea se apela al cumplimiento de la Carta: así, en el Preámbulo de Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251), se afirma que «la presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

En el derecho no europeo, la intervención de los órganos judiciales ha sido decisiva en los cambios que se han producido en los últimos años en la institución matrimonial. Así, es sabido que en Estados Unidos el primer Estado que ha reconocido los matrimonios entre personas del mismo sexo es Massachussets y lo ha hecho después de una decisión del Tribunal Supremo del Estado en el asunto *Hillary Goodridge & others v. Department of Public Health* de 18 de noviembre de 2003 <sup>32</sup>. En esta sentencia se consideró vulnerado el derecho a la igualdad de los homosexuales y se concedió un plazo de 180 días al Parlamento estatal para que aprobara la norma que regulase su matrimonio; caso de no hacerlo, como finalmente sucedió, los matrimonios entre personas del mismo sexo estarían permitidos, lo que entró en vigor el 17 de mayo de 2004.

<sup>32</sup> <http://www.masslaw.com/signup/opinion.cfm?page=ma/opin/sup/1017603.htm>.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo de California en una sentencia de 15 de mayo de 2008 <sup>33</sup>, donde concluye que la capacidad de una persona para mantener una relación estable y duradera con otra y de cuidar y educar a los hijos no puede depender de su orientación sexual. Además, en esta sentencia se consideró que la prohibición de toda persona a casarse con quien elija era contraria a una sentencia de este Tribunal - *Perez v. Sharp* (1948) 32 Cal. 2d 711- que en 1948 rechazó por inconstitucional en una sociedad libre la prohibición de que pudieran contraer matrimonio personas de razas diferentes <sup>34</sup>.

<sup>33</sup> <http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/documents/S147999.PDF>.

<sup>34</sup> <http://lmaw.org/freedom/docs/CA-Perez.pdf>.

Como afirmó el juez Earl Warren en la nota 5 de la histórica sentencia *Loving v. Virginia*, 388 US. 1 (1967) <sup>35</sup>, que declaró inconstitucional la prohibición de matrimonios interraciales que todavía subsistía en algunos Estados, todo empezó en *Perez v. Sharp*. En *Loving v. Virginia*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dijo que restringir el derecho al matrimonio sólo por pertenecer a una u otra raza es incompatible con la esencia de la cláusula de protección equitativa. Casarse, o no, con una persona de distinta raza es un derecho fundamental de las personas y no puede ser menoscabado por los poderes públicos.

<sup>35</sup> <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=388&invol=1> La historia ha sido llevada al cine en la película «Mr. and Mrs. Loving», dirigida en 1996 por Richard Freidenberg.

En Canadá, a lo largo del año 2003 diversos Tribunales provinciales concluyeron que la

exigencia de diversidad de sexos para contraer matrimonio era discriminatoria e inconstitucional. Para evitar situaciones distintas en unas y otras provincias, el Gobierno federal solicitó un dictamen al Tribunal Supremo federal, que lo emitió el 9 de diciembre de 2004<sup>36</sup>, declarando que una eventual reforma legal que admitiese el matrimonio entre personas del mismo sexo no sería contraria a la Charter of Rights, si bien debería garantizar el derecho a la objeción de conciencia de los funcionarios públicos llamados a participar en la celebración del matrimonio. Poco después se aprobó la Ley federal de 20 de julio de 2005, que regula el matrimonio entre homosexuales con los mismos derechos y deberes que el de los heterosexuales<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc79/2004scc79.pdf>.

<sup>37</sup> <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=3293341&file=4>.

En Sudáfrica la iniciativa de la reforma partió del Tribunal Constitucional, que en su sentencia de 1 de diciembre de 2005 (Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another)<sup>38</sup> declaró que el concepto de matrimonio presente en el Common Law y en la Marriage Act son incompatibles con los artículos 9 y 10 de la Constitución (derecho a la igualdad y a la dignidad, respectivamente) pues no permiten que las parejas del mismo sexo disfruten del estatus, derechos y obligaciones concedidos a las parejas heterosexuales; para igualar las situaciones concedió un plazo de un año al Parlamento, que éste culminó con la aprobación de la Civil Union Act el 14 de noviembre de 2006<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> . <http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgiirsi/20080324073831/SIRSI/0/520/J-CCT60-04>.

<sup>39</sup> <http://www.info.gov.za/gazette/acts/2006/a17-06.pdf>.

## 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 Convenio Europeo de Derechos Humanos y ello como resultado de la interpretación «constructiva»<sup>40</sup> llevada a cabo por el Tribunal de Estrasburgo, que viene realizando una lectura conjunta del Convenio y, en particular, de los artículos 8 y 12.

<sup>40</sup> 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, pgs. 11 y ss.

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, 43).

Esta transformación no ha sido siempre bien recibida ni por las doctrinas iusprivatistas nacionales<sup>41</sup> ni, en ocasiones, por las iuspublicistas<sup>42</sup>, 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.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> Luis María Díez-PICAZO sostiene que la razón por la que se protege el matrimonio como derecho fundamental es que constituye el fundamento de la familia: si no hubiera familia no haría falta el matrimonio; véase su trabajo «En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo», *Indret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, núm. 2/2007, pg. 11, disponible en versión electrónica en [http://www.indret.com/pdf/420\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/420_es.pdf).

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 contra Bélgica, de 13 junio 1979, ap. 31), 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 contra 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 contra Reino Unido, de 28 mayo 1985, ap. 62), o incluso de una relación nacida de una adopción legal y no ficticia (asunto Pini y otros contra Rumania, ap. 148, TEDH 2004-V)» (asunto E. B. c. Francia, de 22 de enero de 2008, 41).

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 Tribunal 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 SUDRE<sup>43</sup>, 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»<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> «La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale», ob. cit., pg. 22.

<sup>44</sup> SUDRE/ MARGUENAUD/ ANDRIANTSIMBAZOVINA/ GOUTTENOIRE/ LEVINET, Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, ..., pg. 478.

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 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 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.

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 «el respeto a la vida familiar implica concretamente, según la opinión del Tribunal, 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha construido un derecho de familia que, de manera gráfica, ha sido calificado de «pedocéntrico»<sup>45</sup>, a pesar de que, como es bien conocido, dicho interés del menor no aparece mencionado de manera expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a diferencia de lo que sucede con el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

<sup>45</sup> 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*, ..., pg. 403.

«Los menores tendrán derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada 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».

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 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)<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> El artículo 24 de la Carta ha sido invocado también en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de febrero de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Koblenz-Alemania) -Dynamic Medien Vertriebs GmbH/Avides Media AG (Asunto C-244/06).

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, en el aspecto concreto que nos ocupa, ha señalado en fecha reciente (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. Como ya ha estipulado el Tribunal, esta consideración primordial puede suponer varios aspectos... El Tribunal suscribe en su totalidad a la filosofía subyacente de esta Convención» (66 y ss.).

Así pues, la regla que ha venido presidiendo la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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, como veremos con detalle más adelante, a adoptar medidas positivas, cuya inexistencia o incumplimiento llevará aparejada una infracción del Convenio.

Además, esa finalidad está presente en los trabajos del Tribunal a la hora de determinar la existencia de una auténtica vida familiar y para concluir que si bien la adopción no figura como tal entre los derechos garantizados por el Convenio, las relaciones entre adoptante y adoptado son, en principio, de la misma naturaleza que las protegidas por el artículo 8 (asunto Pini y Bertani y Manera y Atripaldi c. Rumania, de 22 de junio de 2004). Siendo así, «es legítimo que las autoridades se rodeen de todas las garantías para la eventual acogida de un niño en una familia. En consecuencia, puesto que el o la solicitante, aunque soltero/a, ya ha constituido un hogar con una pareja, la postura de esta última y el lugar que ocuparía necesariamente en el día a día junto al niño que irá a vivir al hogar ya formado exigen un examen específico, en el interés superior del niño. Asimismo, sería por lo menos sorprendente que las autoridades competentes, informadas de la existencia de una pareja "de hecho", fingiesen ignorar dicho dato en la evaluación de las condiciones de acogida y de vida futura de un niño en el seno de su nuevo hogar» (asunto E. B. c. Francia, de 22 de enero de 2008, 76).

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 Marcx 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:

«Al garantizar el derecho al respeto a la vida familiar de cada uno, el artículo 8 presupone la existencia de una familia. El Tribunal se muestra totalmente de acuerdo con la constante jurisprudencia de la Comisión en un punto capital: que el artículo 8 no distingue entre familia legítima e ilegítima. Tal distinción, por otra parte, no sería compatible con el término "todos", lo cual a su vez debe vincularse al artículo 14, que prohíbe en el ejercicio de los derechos y libertades consagrados por el Convenio cualquier discriminación fundada en el nacimiento. Además el Tribunal advierte que el Comité de Ministros del Consejo de Europa considera a la mujer soltera y su hijo como una familia más (resolución de 15 de mayo de 1970 sobre la protección social de las madres solteras y sus hijos, I, 10; II, 5, etc.).

De este modo, el artículo 8 debe aplicarse a la vida familiar de la familia ilegítima de igual forma que a la de la familia legítima. Pero por otra parte, no es discutible que Paula MARCKX asumió responsabilidades con respecto a su hija Alejandra desde el momento de su nacimiento en la medida en que cuidó constantemente de ella, de lo cual se deduce la existencia de una auténtica vida familiar entre ambas» (31).

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.

«El menor vivía con su madre desde su nacimiento y con su padre adoptivo desde los ocho meses... Este último participó en la educación de M. [el menor], que le consideraba su padre... Así, cuando el tribunal de distrito autorizó la adopción, en diciembre de 1989, existían lazos familiares de hecho entre el padre adoptivo y la madre desde hacía cinco años y medio..., y entre él y M...» (33).

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 asuntos y en otros, como el ya citado *Elsohlz c. Alemania*, 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 recuerda que «el concepto de familia con arreglo a este artículo puede englobar otras relaciones "familiares" factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio» y 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. En consecuencia, las sentencias posteriores que le negaban el derecho de visita se analizan como una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el párrafo 1 del artículo 8 del Convenio» (43 y 44).

Pero también se admite que una relación puede ser efectiva aunque no haya habido convivencia, especialmente en los supuestos en los que nos encontramos ante vínculos de descendencia: así lo ha admitido el Tribunal en el asunto *Lebbink c. Países Bajos*, de 1 de junio de 2004.

«Aunque, como norma, la cohabitación puede ser un requisito para tal relación, otros factores pueden servir también excepcionalmente para demostrar que una relación es lo suficientemente constante como para crear de facto "vínculos familiares"... La existencia o falta de existencia de "vida familiar" a efectos del artículo 8 es esencialmente una cuestión de hecho que depende de la existencia real en la práctica de vínculos personales estrechos... Cuando afecta a una potencial relación que se puede desarrollar entre un niño nacido fuera del matrimonio y su padre natural, los factores importantes incluyen la naturaleza de la relación entre los padres y el interés y el compromiso demostrables del padre con el hijo tanto antes como después de su nacimiento...

En este caso, el Tribunal señala que, a diferencia de la situación en los asuntos *Sahin contra Alemania* y *Sommerfeld contra Alemania*, el demandante no intentó reconocer a Amber y nunca ha formado una "unidad familiar" con Amber y su madre ya que nunca han vivido juntos. Por lo tanto, la cuestión que se plantea es si existen otros factores que demuestren que las relaciones del demandante con Amber tenían la suficiente constancia e importancia como para crear de facto "vínculos familiares". El Tribunal no está de acuerdo con el demandante en que el simple parentesco biológico, sin otros elementos legales o de hecho que indiquen la existencia de una relación personal estrecha, pueda ser considerado suficiente como para merecer la protección del artículo 8.

Sin embargo, en este caso, el Tribunal señala que Amber nació de una relación genuina entre el demandante y la señora B. que duró alrededor de tres años y que, hasta que este concepto fue abolido cuando Amber tenía unos siete meses, el demandante fue el tutor auxiliar de Amber. Observa que la relación del demandante con la señora B. finalizó en agosto de 1996, cuando Amber tenía dieciséis meses.

El Tribunal señala también que, aunque el demandante nunca vivió con la señora B. y con Amber, estuvo presente cuando Amber nació, que -desde el nacimiento de Amber hasta

agosto de 1996, cuando finalizó su relación con la madre de Amber- visitó a la señora B. y a Amber a intervalos regulares no especificados, que cambió varias veces los pañales de Amber y que la cuidó una o dos veces, y que mantuvo varios contactos con la señora B. en relación con el problema auditivo de Amber.

En estas circunstancias, el Tribunal llega a la conclusión de que, cuando la relación del demandante con la señora B. finalizó, existían, además del parentesco biológico, ciertos lazos entre el demandante y Amber que eran suficientes como para merecer la protección del artículo 8 del Convenio» (36 a 40; la cursiva es nuestra).

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, «al garantizar el derecho al respeto de la vida familiar, el artículo 8 "presupone la existencia de una familia" (Sentencia de 13 junio 1979 en el caso Marckx, serie A, núm. 31, pg. 14, apartado 31). Sin embargo, ello no implica que toda vida familiar proyectada quede enteramente excluida de su ámbito. Sea lo que fuere lo que la palabra "familia" pueda además significar, debe en todo caso incluir la relación nacida de un matrimonio legal y no ficticio, como el concluido entre el señor y la señora Abdulaziz y el señor y la señora Balkandali, incluso si una vida familiar del tipo al que el Gobierno se refiere no ha sido todavía plenamente establecida. Deben considerarse tales uniones como suficientes para merecer el respeto debido en virtud del artículo 8. Además, 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).

Esta conclusión debe extenderse a los casos de personas en situación de sujeción especial como los presos, pues ya 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.

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»<sup>47</sup>. 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); en palabras del Tribunal en el asunto Marckx: «la vida familiar según el significado del artículo 8 incluye al menos los vínculos con los parientes cercanos, tales como el de abuelos y nietos, en la medida en que aquéllos pueden jugar un importante papel en la vida familiar de éstos» (45; en el mismo sentido, asunto Pla y Puncernau c. Andorra, de 13 de

julio de 2004, 26).

<sup>47</sup> 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».

Es importante no olvidar la exigencia de que los parientes cercanos «jueguen un papel importante en la vida familiar» de los menores para que se entiendan incluidos en el concepto de familia, como se evidenció en el asunto Slivenko c. Letonia, de 9 de octubre de 2003.

Esta concepción amplia de la vida familiar es susceptible de ser restringida por las autoridades nacionales si concurren fines legítimos de protección de la seguridad y el 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 -núm. 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, del hecho de que confluyan la efectividad de la relación y la apariencia de la existencia de una familia.

La importancia de la efectividad se evidenció de manera paradigmática 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:

«Para determinar si una relación constituye una "vida familiar" puede ser conveniente tener en cuenta un determinado número de elementos, como el hecho de saber si los miembros de la pareja viven juntos y desde cuánto tiempo, si han tenido hijos en común, de manera natural o de otra forma, prueba de sus relaciones (véase, por ejemplo, el asunto Kroon...).

En este caso, el Tribunal constata que X es un transexual que ha tenido una intervención quirúrgica de cambio de sexo. Vive con Y desde 1979, asumiendo ante todos el rol de compañero masculino. La pareja ha solicitado y conseguido un tratamiento IAD que permitió a Y concebir un niño. X ha ayudado a Y durante este período y se comportó ante todos como "el padre" de Z desde su nacimiento. En estas condiciones, el Tribunal considera que los lazos familiares de facto unen a los tres demandantes» (36 y 37).

Como ya se apuntó en el apartado anterior, 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 SUDRE<sup>48</sup>, 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<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Ob. cit., pg. 23.

<sup>49</sup> Sobre esta cuestión, véanse los trabajos de Susana SANZ CABALLEROLA familia en perspectiva internacional y europea, ..., pgs. 35 y ss., y Paloma DURÁN Y LALAGUNA «Nuevas formas del derecho de familia. Una lectura desde Naciones Unidas» en Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo, Josefina ALVENTOSA DEL RÍO (directora)...., pgs. 519 y ss.

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, 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 28-2-94).

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...».

#### **D- La vida familiar como resultado de la combinación entre el parentesco y la voluntad contrariada de establecer una relación**

Ya se ha apuntado que 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, ya citado, 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, ya citado); 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, citado).

Por el contrario, como señala Adeline GOUTTENOIRE<sup>50</sup>, resulta evidente que no podrían invocar esta fórmula las personas que como « 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» (asunto Odièvre c. Francia, de 13 de febrero de 2003, 44).

<sup>50</sup> SUDRE/ MARGUENAUD/ ANDRIANTSIMBAZOVINA/ GOUTTENOIRE/ LEVINET, Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, ..., pg. 478.

### III- Las obligaciones positivas para los Estados derivadas del respeto a la vida familiar

En el ámbito europeo del derecho de familia se ha puesto de relieve de manera reiterada la existencia de una dimensión objetiva de los derechos garantizados; es decir, y por utilizar unas palabras ya clásicas del Tribunal Constitucional Federal alemán [ BVerfGE 7, 198 (207)], junto a los derechos subjetivos tradicionales frente a los poderes públicos estatales, aparecen los derechos como normas objetivas que expresan un contenido que se irradia en todos los ámbitos del ordenamiento; este efecto de irradiación afecta las tres funciones del Estado: se extiende a la conformación material de prescripciones de Derecho por parte del legislador o normador, con lo que éstas toman en sí el contenido objetivo de los derechos fundamentales; a la actuación del ejecutivo en el ámbito de sus funciones y a la interpretación y aplicación de prescripciones por parte del juez<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Nos extendemos sobre estas cuestiones en «La estructura de las normas de derechos fundamentales», BASTIDA/ VILLAVERDE/ REQUEJO/ PRESNO/ ALÁEZ/ FERNÁNDEZ SARASOLA: Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, ..., pgs. 50 y ss.

Los derechos garantizados comportan un determinado contenido normativo que debe ser realizado por los poderes públicos, y la optimización de esa dimensión objetiva requiere actuaciones concretas que permitan el máximo desarrollo, jurídico y práctico, del haz de facultades comprendido en el derecho. El mandato al que nos estamos refiriendo incide en el contenido y el objeto de los derechos: respecto al contenido objetivo del derecho, el mandato impone, de un lado, que todo poder público tiene el deber positivo de proteger los derechos presentes en una determinada situación; de otro lado, le obliga a abstenerse de realizar cualquier acto que pueda resultar contrario al citado deber positivo. De este modo, y como resultado del mandato, los poderes públicos se erigen en garantes de los derechos, lo que cobra una especial relevancia en el caso de los órganos judiciales.

Que las obligaciones de los Estados no son puramente negativas, de no entorpecer o dificultar los derechos garantizados, sino que el Convenio impone obligaciones de hacer, lo ha reiterado el Tribunal de Estrasburgo desde la primera vez que tuvo que precisar el significado de las palabras «respeto a la vida familiar» (asunto Marckx c. Bélgica). En este caso emblemático, el TEDH proclamó que «el Estado no sólo debe abstenerse de tales interferencias, sino que, junto a tal obligación de carácter negativo, existen asimismo aquellas obligaciones positivas que el respeto efectivo a la vida familiar implica. Ello significa, entre otras cosas, que cuando el Estado establece en su ordenamiento jurídico interno el régimen aplicable a ciertos vínculos familiares, tales como los que existen entre una madre soltera y su hijo, debe actuar en todo caso de forma que los interesados puedan desarrollar una vida familiar normal. Tal como se concibe en el artículo 8, el respeto a la vida familiar implica concretamente, según la opinión del Tribunal, 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).

En esta línea, y aunque con frecuencia el TEDH no distingue con nitidez entre las

obligaciones positivas y negativas, se ha reconocido que forman parte de las primeras, entre otras, a) la adopción por las autoridades nacionales de las medidas apropiadas para reunir a los progenitores con sus descendientes (asuntos Hokkanen c. Finlandia, de 23 de septiembre de 1994, Ignaccolo-Zenide c. Rumania, de 25 de enero de 2000, y Kutzner c. Alemania); b) permitir la reagrupación con sus padres de un menor residente en otro país para favorecer su integración en la célula familiar (asunto Sen c. Países Bajos, de 21 de diciembre de 2001); c) articular los mecanismos que hagan posible el contacto entre los reclusos y sus familias, incluso para propiciar la inseminación artificial de una mujer cuyo esposo está en prisión (caso Dickson c. Reino Unido, núm. 2, sentencia de la Gran Sala de 4 de diciembre de 2007); d) poner a disposición de los padres afectados, incluso aunque no lo hayan solicitado, los elementos de prueba que se han tenido en cuenta para acordar el alejamiento de un menor (asunto T. P. y K. M. c. Reino Unido, sentencia de la Gran Sala de 10 de mayo de 2001); e) establecer los medios adecuados para que las demandas de paternidad se puedan resolver en un plazo temporal razonable (caso Mikulic c. Croacia, de 7 de febrero de 2002); f) la obligación por parte de las autoridades competentes, en particular los tribunales de menores, de supervisar la actuación de los servicios sociales con el objetivo de que no se desvirtúen las actuaciones de protección de los menores (caso Scozzari y Giunta c. Italia, de 13 de julio de 2000); g) permitir, al menos en determinadas circunstancias, que los transexuales puedan casarse (asuntos I. c. Reino Unido y Christine Goodwin c. Reino Unido), ...

#### IV- El derecho europeo a crear una familia

Es bien conocido que el Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza de manera separada los derechos a «contraer matrimonio y a fundar una familia» (artículo 12)<sup>52</sup> y el derecho «al respeto de la vida privada y familiar» (artículo 8)<sup>53</sup>. 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, poco 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).

<sup>52</sup> 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». El artículo 5 del Protocolo núm. 7 al Convenio 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».

<sup>53</sup> 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».

En el apartado anterior se recordaba, en palabras del TEDH, que «el derecho al respeto de una "vida familiar" no protege el mero deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia..., incluso como mínimo de una relación potencial que habría podido desarrollarse, por ejemplo, entre un padre natural y un hijo nacido fuera del matrimonio..., de una relación nacida de un matrimonio no ficticio, aunque todavía no se hubiese establecido plenamente una vida familiar..., o incluso de una relación nacida de una adopción legal y no ficticia» (asunto E. B. c. Francia, 41).

El derecho a fundar una familia está protegido por el artículo 12 del Convenio, que al tiempo reconoce el derecho a casarse, pero ambas libertades tienen autonomía propia. En palabras del Tribunal: «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» ( I. c. Reino Unido, 80).

Esta resolución tiene una especial relevancia, como se analizará con detalle más adelante, pues rompe con el criterio jurisprudencial anterior respecto al matrimonio de las personas transexuales, que parecía colocar el matrimonio como el objeto principal de protección del artículo 12, pues se afirmaba que el fin perseguido con ese precepto «consiste esencialmente en proteger el matrimonio en tanto que fundamento de la familia» (asunto Sheffield y Horsham c. Reino Unido, de 30 de julio de 1998, 66).

De todos modos, no parece del todo acertado el razonamiento del Tribunal en el asunto I. c. Reino Unido en lo que respecta a la aparente identificación del derecho a fundar una familia -«el segundo aspecto» que no es condición del primero- con la capacidad de «una pareja para concebir o criar un hijo», pues la familia no se reduce a la unión de personas con capacidad para procrear o criar hijos.

La familia cuya creación se protege es tanto la «familia de derecho» como la «de hecho», que en tiempos ya superados se denominaron «legítimas» e «ilegítimas»<sup>54</sup>. 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).

<sup>54</sup> 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».

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 Convenio Europeo de Derechos Humanos. 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 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 Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca»<sup>55</sup>. 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 impersonal.

<sup>55</sup> Explicaciones recogidas por Ricardo ALONSO GARCÍA y Daniel SARMIENTO en La Constitución Europea. Texto, antecedentes, explicaciones, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pg. 223.

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).

Si lo que sea una «familia de derecho», matrimonial o no, dependerá de lo que establezcan las legislaciones internas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 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, cit., 56), una mujer soltera y su hija (asunto Marckx c. Bélgica, cit., 31), un hombre y su hija extramatrimonial (asunto Keegan c. Irlanda, cit., 44), ...

Habría que añadir que si -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. Se trata de la primera vez que el Tribunal de Estrasburgo condena a uno de los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos por discriminar, a causa de su orientación sexual, a una persona -la ciudadana francesa E. B.-, en un trámite dirigido a obtener la acreditación necesaria para adoptar a un niño. Por tanto, se puede formar una familia entre una persona, heterosexual u homosexual, y un niño adoptado.

Y ello porque a diferencia de lo que ocurrió en el asunto Fretté c. Francia, de 26 de febrero de 2002, ahora la Gran Sala del TEDH <sup>56</sup> considera que ya no concurren los elementos constitutivos de la regla de decisión que permitía a los Estados excluir de la condición de adoptantes a las personas homosexuales: bien por la progresiva construcción de un consenso normativo europeo en la materia, por la naturaleza del derecho en juego (vida privada), por las obligaciones de los Estados en materia de adopción, por el fin superior de la protección del menor susceptible de ser adoptado, por la ausencia de circunstancias internas justificativas, ...

<sup>56</sup> Elementos definidos por Paul MAHORNEY en «Marvellous richness diversity or individual cultural relativism» en Human Rights Law Journal, vol. 19, núm. 1, 1998, pg. 5.

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 Checa, de 26 de octubre de 2006), «para un padre y su hijo, estar juntos representa un aspecto fundamental de la vida familiar (Kutzner c. Alemania, previamente citada, ap. 58) 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, ap. 51 ). 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, ap. 237)» (68). No lo es que una familia numerosa viva 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 respeto 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).

## V- El derecho europeo al matrimonio

Ya se ha dicho que el Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza en su artículo 12 el derecho a contraer matrimonio <sup>57</sup>. Además, en el ámbito convencional debe mencionarse el artículo 5 del Protocolo núm. 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».

<sup>57</sup> Véanse los análisis de M<sup>a</sup> Nieves ARRESE IRIONDO: «Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio», Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático, Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (Director), Thomson/Civitas-Gobierno Vasco, Madrid, 2004, pgs. 488 y ss., y Alejandro TORRES GUTIÉRREZ: «El derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH)», La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Javier GARCÍA ROCA/Pablo SANTOLAYA (Coords.), CEPCO, Madrid, 2005, pgs. 621 y ss. Nosotros lo estudiamos en «La garantía europea de los derechos a casarse y a fundar una familia», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 7/2007, pgs. 13 y ss.

Este Protocolo, aprobado el 22 de noviembre de 1984, entró en vigor el 1 de noviembre de 1988 y en el momento de escribir estas páginas (agosto de 2008) ha sido ratificado por 41 Estados; lo han firmado pero no ratificado, Alemania, Bélgica, España, Países Bajos y Turquía; no lo ha firmado Reino Unido. De acuerdo con el Informe explicativo <sup>58</sup>, la igualdad que debe ser protegida afecta a las relaciones entre los esposos, personales o patrimoniales, y a las relaciones con sus hijos y opera únicamente en el ámbito de los derechos y responsabilidades civiles. Las obligaciones respecto a los hijos no eximen a los Estados de adoptar las medidas necesarias en su interés, teniendo en cuenta la jurisprudencia relativa a los artículos 8 y 14 del Convenio. De ese artículo no se derivan obligaciones para los Estados en orden a prever la disolución del matrimonio.

<sup>58</sup> Disponible en francés e inglés en <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/117.htm> y en <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/117.htm>.

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.

Por lo que al derecho europeo en sentido estricto se refiere, desde 1970, cuando el Tribunal de Luxemburgo reconoció que los derechos fundamentales eran «principios generales del Derecho comunitario», tanto las Instituciones como los Estados que ejecutan sus obligaciones europeas se encontraron vinculados a ellos. Con el transcurso del tiempo, el Tribunal de Justicia fue creando un corpus jurisprudencial en el que prácticamente todos los derechos fundamentales asumieron vida propia en el espacio jurídico de las Comunidades Europeas y, por lo que aquí interesa, tomó carta de naturaleza el derecho a contraer matrimonio» (asunto K. B., de 7 de enero de 2004, C-117/01).

La doctrina del TEDH y el Convenio son objeto de invocación constante por el TJCEE en materia matrimonial; a título de ejemplo, en el asunto *Akrich*, de 23 de septiembre de 2003, se afirma:

«Cuando el matrimonio es auténtico y, en la fecha del regreso del ciudadano de la Unión al Estado miembro del que es nacional, su cónyuge, nacional de un país tercero y con el que convivía en el Estado miembro que abandona, no reside legalmente en el territorio de un Estado miembro, debe, no obstante, tenerse en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, "Convenio"), que forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, reafirmada, además, en el preámbulo del Acta Única Europea y en el artículo 6 UE, apartado 2, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

Aunque el Convenio no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del Convenio. Tal injerencia infringe el Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté "prevista por la ley" y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, "en una sociedad democrática, sea necesaria", es decir, que esté justificada por una necesidad social imperiosa y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida (sentencia de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, C-60/00, apartado 42).

Los límites de lo necesario "en una sociedad democrática", cuando el cónyuge ha cometido una infracción, fueron interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias *Boultif c. Suiza* de 2 de agosto de 2001 (§ 46 a 56) y *Amrollahi c. Dinamarca* de 11 de julio de 2002 (§ 33 a 44)».

#### **A- La edad mínima para contraer matrimonio y la exclusión del matrimonio póstumo**

El primer requisito que debe cumplir cualquier persona que quiera ejercer este derecho es el de tener una edad mínima, lo que el Convenio denomina «edad núbil». Esta exigencia, como es fácil concluir, tiene que ver con el disfrute de una determinada capacidad, que se presume por el cumplimiento de ciertos años, lo que resulta coherente con la consideración de la minoría de edad como un proceso durante el cual la psicología de la persona se va formando y, con ello, su capacidad de autodeterminación <sup>59</sup>.

<sup>59</sup> Sobre esta cuestión véase Benito ALÁEZ CORRAL: *Los derechos del menor*, Tecnos, Madrid, 2003.

En el caso del matrimonio, la edad mínima suele vincularse al momento en el que se presume que existe capacidad para contraerlo de manera libre, si bien la concreción de cuál es esa edad queda en manos de los legisladores nacionales, que pueden establecer la que estimen adecuada, siempre que no suponga «restringirlo o reducirlo de una forma o hasta un punto que lo vulneren en su sustancia misma» (asuntos *Rees c. Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986, 50, y *F. contra Suiza*, de 18 de diciembre de 1987, 32), exigiendo una edad claramente desproporcionada, lo que no ocurre por el mero hecho de que sea superior a la permitida por la religión que profesan los contrayentes (Decisión de la Comisión en el asunto *Janis Khan c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1986).

Como es sabido, en España, la edad mínima para hombres y mujeres es de 14 años; en concreto, el Código Civil dispone que «el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa o a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales, y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores» (artículo 48).

Cumplida esa edad mínima y salvadas, en su caso, las demás exigencias legales internas,

tanto «de forma» (publicidad y solemnidad del matrimonio) como de «fondo» (capacidad, consentimiento, impedimentos de parentesco, de matrimonio no disuelto, muerte dolosa del cónyuge anterior, cautelas frente a los matrimonios de conveniencia, ...), el hombre y la mujer vivos tienen derecho a casarse, lo que excluye el matrimonio póstumo del objeto del derecho protegido por el artículo 12 (asunto M. c. República Federal de Alemania, 13 de diciembre de 1984).

### **B- El derecho al matrimonio de los presos**

El derecho al matrimonio protege también 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 núm. 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 ( Ploski c. Polonia, de 12 de noviembre de 2002, X c. Reino Unido), ... del derecho a la práctica de su religión ( Poltoratski c. Ucrania, §§167-171 ), ... y del derecho a contraer matrimonio ( Hamer c. Reino Unido, de 13 de diciembre de 1979)...».

Incluso, y en ello se insistirá 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 en este caso 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).

En esta última resolución (81), el Tribunal excluye la existencia de un derecho a las visitas conyugales: «el Tribunal señala que la Sala estableció que más de la mitad de los Estados Contratantes autorizan las visitas conyugales a los presos (sin perjuicio de ciertas restricciones), lo que podría considerarse un medio de ahorrar a las autoridades la necesidad de prever la posibilidad de recurrir a la inseminación artificial. Sin embargo, si bien el Tribunal ha expresado su aprobación ante la evolución observada en varios países de Europa que tienden a introducir visitas conyugales, todavía no ha llegado a interpretar que el Convenio exija a los Estados Contratantes que organicen tales visitas (Sentencia Aliev, previamente citada, ap. 188)».

### **C- El matrimonio de las personas transexuales**

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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 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, cit., 85 y 103, respectivamente) <sup>60</sup>. En estas sentencias se estiman vulnerados

los artículos 8 y, lo que importa aquí, 12 del Convenio.

60 Al respecto, véanse los estudios de M<sup>a</sup> Cruz LLAMAZARES CALZADILLA/Paulino PARDO PRIETO: «Transexualidad y derecho a contraer matrimonio en España hoy: ¿una luz al final del túnel?», Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Adoración CASTRO JOVER (Ed.), Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2000, pgs. 563 y ss., y Susana SANZ CABALLERO «A propósito de las sentencias Goodwin e I. o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH», Revista Española de Derecho Internacional, vol. LV, núm. 1, 2003, pgs. 307 y ss.

Resulta conveniente detenerse en los «nuevos» argumentos del TEDH acogidos en la sentencia I. c. Reino Unido (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), en el que «pronunciándose sobre la cuestión planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) declara: El artículo 141 CE se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ..., que impide que una pareja como K. B. y R. cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro. Incumbe al juez nacional comprobar si, en un caso como el del litigio principal, una persona en la situación de K.B. puede invocar el artículo 141 CE para que se le reconozca el derecho a que su compañero pueda disfrutar de una pensión de supervivencia».

El TJCE recuerda «que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 (véase TEDH, sentencias Christine Goodwin c. Reino Unido e I. c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002, §97 a 104 y §77 a 84, respectivamente)» (33 y 36).

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.

#### D- El matrimonio de personas homosexuales

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 (casos de 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) <sup>61</sup>.

<sup>61</sup> 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, DOC 28-2-94) 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 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; ...» .

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).

Esta conclusión puede ser de especial relevancia en el caso español, pues la interpretación del artículo 32.1 de la Constitución («El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica») con auxilio del Convenio, obliga a entender que lo constitucional y convencionalmente garantizado -el matrimonio heterosexual- no agota lo constitucional y convencionalmente posible -el matrimonio entre dos personas, sean o no del mismo sexo <sup>62</sup>.

<sup>62</sup> Véase, en el mismo sentido, Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ: «Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio», Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 61, 2001, pgs. 49 y 50.

En el único caso en que el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre esta cuestión (Auto 222/1994, de 11 de julio), declaró que «la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera ope legis una pluralidad de derechos y

deberes (STC 184/1990). Este argumento viene avalado, además, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que opera aquí como canon de interpretación, al amparo de lo previsto en el art. 10.2 CE. En sendas Sentencias (caso Rees, de 17 de octubre de 1986 y caso Cossey, de 27 de septiembre de 1990) ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; y, que todo depende de la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante las leyes el ejercicio del derecho de casarse».

Hoy el Tribunal Constitucional ya no podría, refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, «apelar al concepto tradicional de matrimonio», sino más bien certificar la amplia «facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante las leyes el ejercicio del derecho de casarse».

### E- 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 <sup>63</sup>, si bien, como es obvio, «no deben restringirlo o reducirlo de una forma o hasta un punto que lo vulneren en su sustancia misma» (asuntos Rees c. Reino Unido, cit., 50, y F. contra Suiza, cit., 32).

<sup>63</sup> Luis JIMENA QUESADA recuerda que el Tribunal ha interpretado la remisión a las leyes nacionales de manera flexible, recogiendo tanto la versión continental como la anglosajona, lo que le ha llevado a no limitarlo a su significado formal de norma aprobada por el Parlamento, sino que lo ha extendido al common law, a la costumbre, a las normas deontológicas y al derecho internacional; véase su Sistema Europeo de Derechos Fundamentales, Colex, Madrid, 2006, pgs. 45 y ss.

«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; los segundos a la capacidad, consentimiento y ciertos impedimentos» ( F. contra Suiza, cit., 32).

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, 52).

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). Como ya se ha visto anteriormente, ha rechazado el matrimonio póstumo como parte del objeto protegido por el artículo 12 (asunto M. c. República Federal de Alemania).

El Tribunal de Justicia (asunto Akrich, sentencia de 23 de septiembre de 2003, asunto C-109/01) también ha concluido que no debe beneficiarse de las ventajas del matrimonio el que ha sido celebrado por razones de conveniencia: «El artículo 10 del Reglamento núm. 1612/68 no es aplicable si el nacional de un Estado miembro y el nacional de un país tercero han celebrado un matrimonio de conveniencia para eludir las disposiciones relativas a la entrada y a la residencia de los nacionales de países terceros».

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 volver a casar, como la de excluir el ejercicio del derecho durante 3 años ( F. c. Suiza, 33 y 38) <sup>64</sup>.

<sup>64</sup> 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 período 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 período puede ser extendido a tres años».

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:

«en este caso los demandantes vivían juntos y mantenían una relación permanente y de larga duración, pero no podían obtener el reconocimiento legal y social de esta relación mediante el matrimonio debido al impedimento de matrimonio entre padres e hijos políticos. El que ese matrimonio pueda tener lugar en caso de fallecimiento de los anteriores cónyuges de ambos, situación hipotética imposible de predecir y en conjunto poco probable ya que los hijos normalmente sobreviven a sus padres, no elimina el perjuicio a la esencia de su derecho. Tampoco lo hace la posibilidad de acudir al Parlamento ya que es un procedimiento excepcional y relativamente costoso que queda a la discreción total del legislativo y sujeto a normas o precedentes no perceptibles... De la información de que dispone el Tribunal se desprende que a personas en situación similar a la de estos demandantes se les ha permitido casarse: en el caso Monk, en el que también había menores en el hogar, se declaró que el impedimento al matrimonio no servía a un propósito útil de normas de actuación públicas. La inconsistencia entre los fines de la incapacidad que se afirman y la renuncia aplicada en algunos casos socava la racionalidad y la lógica de la medida.

El Gobierno ha alegado que la norma general sigue siendo válida ya que el procedimiento Parlamentario dispone un medio de garantizar que las excepciones tengan lugar únicamente cuando no se derive ningún daño. El Tribunal únicamente comentará que no existe indicación de ninguna investigación detallada sobre las circunstancias familiares en el procedimiento Parlamentario y que, en todo caso, un procedimiento pesado y caro de este tipo no parece ofrecer un mecanismo accesible prácticamente o efectivo para las personas que reivindican sus derechos. Contempla también con reserva un sistema que exige que una persona mayor de edad en posesión de sus facultades mentales, se someta a una investigación potencialmente invasora para evaluar si es apta para el matrimonio» (§35 y 40).

## F- 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 1986 <sup>65</sup>:

<sup>65</sup> 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.

«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 dos iguales 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 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, pg. 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).

#### **G- La eficacia civil de las resoluciones de los tribunales eclesiásticos**

Como es conocido, en España, Italia, Malta y Portugal se prevé la eficacia civil de las resoluciones de los tribunales eclesiásticos, lo que ha sido tenido en cuenta de manera expresa en el Reglamento núm. 1347/2000, de 29 de mayo, del Consejo de la Unión Europea, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes

legislación interna española regula esta cuestión en el artículo 778 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil <sup>67</sup>.

<sup>66</sup> El artículo 40 dispone: «1. El presente Reglamento será aplicable sin perjuicio del Tratado internacional (Concordato) celebrado entre la Santa Sede y Portugal, firmado en el Vaticano el 7 de mayo de 1940. 2. Cualquier resolución relativa a la nulidad de un matrimonio regulado por el Tratado indicado en el apartado 1 se reconocerá en los Estados miembros en las condiciones previstas en el capítulo III. 3. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 serán también aplicables a los siguientes Tratados (Concordatos) con la Santa Sede: a) Concordato lateranense, de 11 de febrero de 1929, entre Italia y la Santa Sede, modificado por el Acuerdo, con Protocolo adicional, firmado en Roma el 18 de febrero de 1984; b) Acuerdo entre la Santa Sede y España sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979. 4. El reconocimiento de las resoluciones a las que se refiere el apartado 2 podrá someterse en Italia o en España a los mismos procedimientos y comprobaciones aplicables a las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos con arreglo a los Tratados internacionales celebrados con la Santa Sede a los que se refiere el apartado 3. 5. Los Estados miembros afectados transmitirán a la Comisión: a) copia de los Tratados a que se refieren los apartados 1 y 3; b) toda denuncia o modificación de dichos Tratados». Al respecto, véase Rafael RODRÍGUEZ CHACÓN: «Unión Europea y eficacia civil de resoluciones matrimoniales canónicas. El artículo 40 del Reglamento núm. 1347/2000 del Consejo de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 1, Madrid, 2001, pgs. 137 y ss.

<sup>67</sup> «1. En las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, si no se pidiera la adopción o modificación de medidas, el tribunal dará audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y resolverá por medio de auto lo que resulte procedente sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica. 2. Cuando en la demanda se hubiere solicitado la adopción o modificación de medidas, se sustanciará la petición de eficacia civil de la resolución o decisión canónica conjuntamente con la relativa a las medidas, siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 770».

La eficacia civil de estas resoluciones ha suscitado numerosas controversias internas y una de ellas ha llegado al TEDH: el asunto Pellegrini c. Italia, de 20 de julio de 2001, cuyas conclusiones deben ser tenidas muy cuenta por los tribunales nacionales que se enfrenten a estos procesos.

En esa sentencia el precepto del Convenio invocado por la demandante no fue el artículo 12 sino el 6.1 («Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa... por un Tribunal... que decidirá... los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil»), alegando «que los tribunales italianos concedieron el exequatur a la declaración de nulidad de su matrimonio pronunciada por los tribunales eclesiásticos en un proceso en el que se vulneraron sus derechos de defensa» (33).

El Tribunal señaló que la declaración de nulidad del matrimonio de la demandante fue emitida por los tribunales del Vaticano, y posteriormente declarada ejecutoria por los tribunales italianos. Su tarea consistió no en examinar si el proceso que se desarrolló ante los tribunales eclesiásticos estaba de acuerdo con el artículo 6 del Convenio, sino si los tribunales italianos, con anterioridad a conceder el exequatur a dicha declaración de nulidad, verificaron debidamente que el proceso relativo a ella cumplía las exigencias del artículo 6; dicho control se impone cuando la decisión de la que es solicitado el exequatur emana de los tribunales de un país que no aplica el Convenio.

El Tribunal concluyó que «las instancias italianas no dieron demasiada importancia a la circunstancia de que la demandante no tuviera conocimiento de las pruebas presentadas por su ex marido y por los -supuestos- testigos. El Tribunal recuerda, por tanto, que el derecho a un proceso contradictorio, que es uno de los elementos de un proceso justo de acuerdo con el artículo 6.1, implica que cada una de las partes en un proceso, penal o civil, tenga la facultada para conocer y discutir cualquier documento o alegación presentada al juez con el fin de influir en su decisión... En estas circunstancias, el Tribunal señala que los tribunales italianos, previamente a conceder el exequatur a la sentencia de la Rota Romana, no cumplieron con su deber de asegurarse que la demandante se había beneficiado de un proceso justo en el marco del proceso eclesiástico... Ha habido, por tanto, violación del artículo 6.1 del Convenio» (44, 47 y 48).

## VI- El posible trato diferenciado entre el matrimonio y las relaciones análogas no matrimoniales

En el asunto Marckx, de 1979, el Tribunal sostuvo «que el apoyo y fomento de la familia tradicional es por sí mismo legítimo e incluso elogiado» (40) y aunque las demandantes «interpretan el artículo 12 en el sentido de que todos los efectos legales que el matrimonio lleva consigo deberían aplicarse igualmente a aquellas situaciones comparables al matrimonio en muchos aspectos, el Tribunal no puede aceptar este razonamiento» (67).

En el asunto Johnston, de 1986, la opinión del Tribunal es más prudente, pues concluye que «no se puede interpretar el artículo 8 de manera que imponga la obligación de establecer un régimen especial para una clase determinada de parejas que no están casadas» (68). En el caso Mazurek c. Francia, de 1 de febrero de 2000, «el Tribunal considera que no se puede excluir que el fin invocado por el Gobierno, a saber la protección de la familia tradicional, pueda ser considerado como legítimo» (50).

Es decir, que el Tribunal ha pasado de una posición «elogiable» con el trato favorable a la «familia tradicional», léase matrimonial, a considerar que su protección es un «fin legítimo», lo que no excluye que también lo sea la equiparación entre ambos tipos de familias, si bien no existe una obligación estatal en ese sentido.

En su momento, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que «las diferencias de trato existentes en materia de pensiones a supervivientes entre cónyuges y uniones de hecho persiguen un fin legítimo y se fundan en una justificación objetiva y razonable, a saber la protección a la familia tradicional (ver, Sentencia Marckx contra Bélgica, previamente citada, ap. 40)» (asunto Fernanda Quintana Zapata c. España, decisión de 4 marzo de 1998).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sostenido que el estado civil y las prestaciones que de él dependen son materias comprendidas dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho comunitario no restringe<sup>68</sup> y ha avalado la existencia, en las legislaciones nacionales, de un trato jurídico distinto entre las parejas que están casadas y las que no lo están (asuntos D. c. Consejo, de 31 de mayo de 2001, C-122/99, y K. B., de 7 de enero de 2004, C-117/01).

<sup>68</sup> Véanse, por analogía, las sentencias de 16 de mayo de 2006, Watts, C-372/04, apartado 92, y de 19 de abril de 2007, Stamatelaki, C-444/05, apartado 23, y, en especial, la sentencia de la Gran Sala de 1 de abril de 2008 en el asunto C-267/06, entre Tadao Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, apartado 59.

En esta última sentencia se afirma, literalmente, que «el hecho de reservar determinadas ventajas a las parejas que hayan contraído matrimonio, excluyendo a todas aquellas que convivan sin estar casadas, obedece bien a la decisión del legislador o bien a la interpretación de las normas jurídicas de Derecho interno efectuada por los órganos jurisdiccionales nacionales, sin que los particulares puedan invocar discriminación alguna por razón de sexo prohibida por el Derecho comunitario» (28).

Pero lo que no ha admitido el Tribunal de Luxemburgo es que, primero, en el ejercicio de esa competencia se vulnere el Derecho comunitario, «en especial las disposiciones relativas al principio de no discriminación» (Sentencia de la Gran Sala de 1 de abril de 2008, asunto Tadao Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen) ni, segundo, que, invocando de manera expresa la jurisprudencia de Estrasburgo, se impida a las personas transexuales el ejercicio del derecho al matrimonio:

«Procede recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 (véase TEDH, sentencias Christine Goodwin c. Reino Unido e I. c. Reino Unido de 11 de julio de 2002, §97 a 104 y §77 a 84, respectivamente).

Una legislación como la controvertida en el litigio principal, que vulnera el CEDH y que impide que una pareja como K. B. y R cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro, debe considerarse, en principio, incompatible con las exigencias del artículo 141 CE...

El artículo 141 CE se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que impide que una pareja como K. B. y R cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro...» (asunto K. B., 33, 34 y decisión).

Finalmente, si, como ocurre en la República Federal de Alemania, en el Derecho nacional la institución de la pareja estable inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a una prestación de supervivencia, el artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, pg. 16), «se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge supérstite» (Sentencia Tadao Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, apartado 73).

La doctrina que considera que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida» ha venido siendo compartida por el Tribunal Constitucional español, desde la STC 184/1990, de 15 de noviembre, hasta la mucho más reciente STC 199/2004, de 15 de noviembre.

En la STC 184/1990 se sistematiza el criterio jurisprudencial de la siguiente forma (F. 4):

«Es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio... Es cierto que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea acreedora al mismo tratamiento... que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza...

Dicho lo que antecede, es cierto también que el legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad. Extensión que en modo alguno resulta vedada por el art. 14 ni contraría obstáculos en los arts. 32 y 39 de la Constitución... Pero que dicha extensión sea constitucionalmente admisible no implica que la opción contraria y en la actualidad vigente no lo sea...».

## VII- La igualdad de derechos entre los cónyuges

Como es bien conocido, el CEDH contiene una prohibición expresa y genérica de discriminación en el artículo 14<sup>69</sup>, 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 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.

<sup>69</sup> 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.

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 núm. 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».

Ya se ha apuntado que el Informe explicativo al Protocolo se insiste en que la igualdad asegurada opera tanto en las relaciones entre los esposos, personales y patrimoniales, y en las relaciones con sus hijos.

Como precedente y fundamento del Protocolo núm. 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».

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 <sup>70</sup>. 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.

<sup>70</sup> Véase el estudio de María de los Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA «Derecho al apellido: tradición, igualdad y ciudadanía europea. (A propósito de la STEDH de 16 de noviembre 2004, asunto Ünal Tekeli)», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 11/2005.

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

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 justifican 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».

«El Tribunal señala, asimismo, que Turquía no se encuentra fuera de la tendencia general de situar al hombre y a la mujer en pie de igualdad en la familia. Con anterioridad a las modificaciones legislativas en la materia, concretamente las de 22 de noviembre de 2001, el lugar del hombre en la familia era primordial. La manifestación de la unidad familiar mediante el apellido del esposo era conforme a la concepción tradicional de familia mantenida hasta esa fecha por el legislador turco. Ahora bien, las reformas de 22 de noviembre de 2001 tenían como finalidad situar a la mujer en igualdad de condiciones con su esposo en la representación de la pareja, las actividades económicas y las decisiones a tomar para la familia y los hijos. Entre otros, se suprimía el papel de cabeza de familia del esposo; cada uno de los esposos adquiría el poder de representar a la familia. Sin embargo, pese a la promulgación en 2001 del nuevo Código civil, las disposiciones relativas al apellido después del matrimonio, concretamente las que imponían que la mujer casada llevase obligatoriamente el apellido de su marido, permanecieron sin cambios.

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 <sup>71</sup>, asunto García Avelló, 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».

**71** Véanse los estudios de Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ «Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario», Diario La Ley, núm. 5876/2003, y Ana QUIÑONES ESCÁMEZ «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K. B. y García Avelló)», Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 18, 2004, pgs. 507 y ss.

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».

En todo caso, es importante recordar que el principio de igualdad entre los esposos no impedirá a «los Estados tomar las medidas necesarias en interés de los hijos». Sobre las relaciones paternofiliales y la aplicación del principio de igualdad se volverá con más detalle en las páginas siguientes. Ahora procede tener en cuenta, respecto a las obligaciones de los Estados parte, 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).

### VIII- La igualdad de derechos entre los padres

Es obligado traer de nuevo a colación lo previsto en el artículo 5 del Protocolo núm. 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 Tribunal de Estrasburgo aunque el artículo 5 del Protocolo 7 no haya sido invocado por las partes. 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 la orientación sexual de alguno de los progenitores.

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. En este marco, el Tribunal no se conforma con la constatación hecha por el Tribunal de apelación cuando señala que la demandante "no niega su pertenencia a los Testigos de Jehová ni tampoco el hecho de que los dos niños recibieran con ella una educación conforme a las prácticas de dicha religión"».

«Constata igualmente que el Tribunal de apelación no creyó deber acceder a la solicitud de la demandante de que se procediera a una investigación por los servicios sociales, práctica habitual en materia de tutela de menores; ahora bien, éste habría sin duda permitido reunir elementos concretos sobre la vida de los niños con uno u otros de los padres, y sobre las eventuales incidencias de la práctica religiosa de su madre sobre su vida y su educación, durante los años en que vivieron con ella tras la partida de su padre. El Tribunal considera, en consecuencia que, en este caso, el Tribunal de apelación se pronunció "in abstracto" y en función de consideraciones de carácter general, sin establecer vínculo entre las condiciones de vida de los niños junto a su madre y su interés real. Esta motivación, aunque pertinente, no parece suficiente en opinión del Tribunal» (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 sexual

72.

72 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».

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)».

Los pasajes «de la sentencia enjuiciada, lejos de constituir simples formulaciones torpes o desafortunadas, como sostiene el Gobierno, o simples "obiter dicta", hacen pensar, por el contrario, que la homosexualidad del demandante pesó de modo determinante en la decisión final. Esta conclusión está reforzada por el hecho de que el Tribunal de Apelación, al resolver sobre el derecho de visita del demandante, le disuadiera de mantener un comportamiento que permitiera a la niña, en los períodos de visita, comprender que su padre vivía con otro hombre en "condiciones similares a las de los cónyuges" ("ibidem").

Hay pues que constatar, en vista de lo que antecede, que el Tribunal de Apelación hizo una distinción llevado por consideraciones relativas a la orientación sexual del demandante, distinción que no se puede tolerar según el Convenio (ver, *mutatis mutandis* Sentencia Hoffman previamente citada, pg. 60, ap. 36). Por ello, el Tribunal no puede concluir con la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido; por lo tanto, ha habido violación del artículo 8 en relación al artículo 14» (35, 36).

Finalmente, como se deduce a contrario sensu de lo decidido en el asunto *Elsholz c. Alemania*, resuelto por la Gran Sala en sentencia de 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.

En el asunto Rasmussen se afirma (41) que

«El Tribunal ha considerado las circunstancias y el contexto general, sin olvidar el margen de apreciación del que deben beneficiarse las autoridades en la materia. En su opinión, éstas tenían derecho a pensar que la institución de los plazos para entablar una acción de investigación de la paternidad se justificaba por el deseo de garantizar la seguridad jurídica y proteger los intereses del niño. Sobre este punto, el derecho danés no se diferenciaba casi del de la mayor parte de los otros Estados contratantes. En cuanto a la desigualdad de tratamiento entre marido y mujer, se fundaba en la idea de que tales plazos se imponían en menor medida para ella que para él, porque los intereses de la madre coincidían generalmente con los del niño, pues en la mayoría de los casos de divorcio o de separación se le atribuía la custodia».

En el caso Petrovic, el TEDH sostiene que, en ese momento, existen todavía grandes diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales y son raros los que atribuyen la prestación también al padre, por lo que la actuación en el supuesto concreto de las autoridades austríacas no ha excedido de su margen de apreciación (42 y 43).

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).

## IX- La igualdad entre los hijos

Ya se ha mencionado que, de acuerdo con el artículo 14 del CEDH, «el disfrute 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 núm. 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»<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> En el momento de escribir estas líneas (agosto de 2008), este Protocolo ha sido ratificado por 17 Estados (Albania, Andorra, Armenia, Bosnia-Herzegovina, Chipre, Croacia, España, Finlandia, Georgia, Ex-República Yugoslava de Macedonia, Luxemburgo, Montenegro, Países Bajos, Rumania, San Marino, Serbia y Ucrania). Para España entró en Vigor el 1 de junio de 2008. 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>.

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 "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 febrero <sup>74</sup>, 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 adulterinos. 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 adulterino hechos que no le son imputables: sin embargo hay que constatar que el demandante, debido a su condición de hijo adulterino, se encontró penalizado en el reparto del caudal hereditario» (54).

<sup>74</sup> 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, ..., pg. 400.

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 adulterino y el Tribunal no encuentra ningún motivo capaz de justificar una discriminación basada en el nacimiento fuera

del matrimonio» (54).

En el caso español, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de proclamar, de manera rotunda (STC 200/2001, de 4 de octubre) que «al fundarse exclusivamente el diferente trato que dispensaba la norma en la filiación de los posibles beneficiarios de la prestación es evidente que la misma resulta contraria, no sólo al art. 14 CE, en cuanto utiliza como criterio de diferenciación una característica -la filiación- excluida como causa de discriminación por el mencionado precepto constitucional, al encuadrarse concretamente tal circunstancia en la expresa prohibición de discriminación por razón de nacimiento, sino también al mandato que el art. 39.2 CE impone a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, "iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación", pues... ambos preceptos constitucionales imponen un régimen igual entre las distintas modalidades de filiación en el plano de sus efectos o consecuencias jurídicas» (F. 7).

#### **X- ¿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 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 *Tysiak c. Polonia*, de 20 de marzo de 2007, resuelve una demanda de una ciudadana polaca por la denegación a practicarle un aborto terapéutico; finalmente, en 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, el caso trae causa 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 *Tysiak 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.

Más lejos parece llegar el Tribunal (al menos su Sección 4ª) en el asunto Tysiatic:

«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 Tysiatic 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 US 113, de 1973 <sup>75</sup>.

<sup>75</sup> Puede leerse en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=113>.

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.

En su voto particular en el caso Tysiatic, el Juez Borrego se muestra muy crítico con la decisión de la mayoría y la contrapone a la decisión de inadmisibilidad en el asunto D. c. Irlanda, de 27 de junio de 2006 <sup>76</sup>.

<sup>76</sup> Esta decisión no aparece en la página web del Tribunal; puede consultarse en <http://www.reproductiverights.org/pdf/D.inadmissibility.pdf>.

## B- El derecho a procrear

En las jurisprudencias nacionales la capacidad para decidir acerca de la procreación ha sido anudada a diferentes derechos; por citar algunos, a la intimidad personal en el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (casos Skinner v. Oklahoma, 316 US 535 <sup>77</sup>, de 1942, y Roe v. Wade, 410 US 113 <sup>78</sup>, 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) <sup>79</sup>.

<sup>77</sup> <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=316&page=535>.

<sup>78</sup> <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=113>.

<sup>79</sup> Véanse, sobre esta cuestión, los estudios de Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ: El derecho a la reproducción humana, Marcial Pons, Madrid, 1994; Josep Tomàs SALÀS DARROCHA «Derecho a la reproducción humana», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 7/2002 (Estudio); Itziar ALKORTA IDIAKEZ: Regulación jurídica de la medicina reproductiva (derecho español y comparado), Thomson-Aranzadi, 2003, y «Nuevos límites del derecho de procrear», Derecho Privado y Constitución, núm. 20, 2006, pgs. 9 y ss.; Carlos LEMA AÑÓN: Antes de Beatriz: cuestiones de legitimidad y regulación jurídica en la selección de sexo, Comares, Granada, 2003; Mary WARNOCK Fabricando bebés: ¿existe un derecho a tener hijos?, Gedisa, 2004, y Encarna ROCA TRÍAS «Biotecnología y normas jurídicas» en Nuevos materiales de bioética y derecho, Coord. por María CASADO, Fontamara, Madrid, 2007, pgs. 91 y ss.

El Tribunal de Estrasburgo 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 <sup>80</sup>, se insiste en la necesidad de contar con el consentimiento actualizado de quienes pretendan ser padres en los casos de fertilización 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:

<sup>80</sup> Para un análisis más pormenorizado de estas sentencias, véanse los estudios de Esther FARNÓS AMORÓS: «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec. 4ª, de 7-3-2006», «Evans v. The UK», Indret, 1/2007, y «Evans v. The UK (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja. Nota breve a la STEDH, Gran Sala, de 10-4-2007», Indret, 2/2007, y Eleonora LAMM: «La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido», Revista catalana de dret públic, núm. 36, 2008, pgs. 195 y ss. Pueden consultarse, respectivamente, en <http://www.indret.com/es/> y [http://www10.gencat.net/eapc\\_revistadret](http://www10.gencat.net/eapc_revistadret).

«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 confiriendo, 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 Estrasburgo<sup>81</sup>; 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.

<sup>81</sup> 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, pgs. 29 y ss., que es citado por los demandantes en sus argumentos ante la Gran Sala. Véase también el comentario de Carmen QUESADA ALCALÁ: «Los límites de la prisión: fecundación in vitro y el derecho a la vida privada y familiar (Sentencia Dickson c. Reino Unido, Asunto núm. 44362/04, de 4 de diciembre de 2007)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 15, 2008.

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 [Sentencia E. L. H. y P. B. H. contra Reino Unido, previamente citada, Kalachnikov contra Rusia (dec.), núm. 47095/1999, Sentencias Aliev contra Ucrania, núm. 41220/1998, aps. 187-189, 29 abril 2003, y Evans contra Reino Unido (GS), aps. 71-72, 10 abril 2007]» (66).

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 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 finaliza estimando 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.

## XI- La adopción

Ya se ha apuntado que 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)<sup>82</sup> 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 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).

<sup>82</sup> Nos hemos ocupado de esta sentencia y de sus consecuencias en «La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 1/2008, pgs. 13 y ss.

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 opinión del Tribunal, el segundo motivo estimado por las autoridades internas, basado en el comportamiento de la compañera de la demandante, requiere un enfoque distinto. Aunque era la pareja estable y declarada de la demandante, la señora R. no se sentía implicada por la solicitud de adopción de su amiga. Las autoridades, que señalaron constantemente este punto, de forma expresa y motivada, dedujeron de ello que la demandante no ofrecía las garantías suficientes para acoger a un niño en el seno de su hogar. Cabe señalar ante todo que, contrariamente a lo que sostiene la demandante, la cuestión de la actitud de su compañera, con la que dice vivir una relación estable y duradera, no carece de interés y pertinencia en la valoración de su solicitud. Es legítimo que las autoridades se rodeen de todas las garantías para la eventual acogida de un niño en una familia. En consecuencia, puesto que el o la solicitante, aunque soltero/a, ya ha constituido un hogar con una pareja, la postura de esta última y el lugar que ocuparía necesariamente en el día a día junto al niño que irá a vivir al hogar ya formado exigen un examen específico, en el interés superior del niño. Asimismo, sería por lo menos sorprendente que las autoridades competentes, informadas de la existencia de una pareja "de hecho", fingiesen ignorar dicho dato en la evaluación de las condiciones de acogida y de vida futura de un niño en el seno de su nuevo hogar. El estatus jurídico de la peticionaria no es en efecto incompatible con un análisis de su situación real y la constatación subsiguiente de la presencia no de uno, sino de dos adultos en el hogar».

Antes de continuar es conveniente recordar que en el asunto *Fretté c. Francia* <sup>83</sup>, varias veces mencionado, la mayoría de la Sección Tercera del Tribunal (los jueces Costa, Kuris, Jungwiert y Traja) consideró

<sup>83</sup> Véase el comentario a esta sentencia de Manuel PULIDO QUECEDO: «Discriminación por razón de orientación sexual (El affaire *Fretté c. Francia*)», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 1, 2002, pgs. 1923 y ss.

«que la decisión cuestionada por el demandante se basaba de manera determinante en la homosexualidad declarada de éste. Aunque las autoridades competentes tuvieron en cuenta otras circunstancias, éstas parecen secundarias...

Sin embargo, los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación para

determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones en otros aspectos análogas, justifican una distinción de tratamiento jurídico... Aunque la mayoría de los Estados Contratantes no prevea explícitamente la exclusión de los homosexuales de la adopción cuando ésta está abierta a los solteros, sería en vano buscar, en el orden jurídico y social de los Estados contratantes, principios uniformes sobre estas cuestiones de sociedad sobre las que pueden razonablemente reinar profundas divergencias de opinión en un Estado democrático. El Tribunal considera normal que las autoridades nacionales, que deben también tener en cuenta dentro de los límites de sus competencias los intereses de la sociedad en su conjunto, disponen de una gran libertad cuando son llamadas a pronunciarse en estos ámbitos... Desde el momento en que las cuestiones delicadas planteadas en este caso afectan a ámbitos en los que no existe apenas comunión de opiniones entre los Estados miembros del Consejo de Europa y en los que, de forma general, el derecho parece atravesar una fase de transición, hay que dejar un amplio margen de apreciación a las autoridades de cada Estado» (pgs. 37, 40 y 41).

En consecuencia, y después de una aplicación generosa con el Estado francés del «margen de apreciación nacional»<sup>84</sup>, esta Sección concluyó que la diferencia de trato enjuiciada no era discriminatoria en el sentido del artículo 14 del Convenio.

<sup>84</sup> Es sabido que esta doctrina, basada en el principio de subsidiariedad, ha sido empleada con frecuencia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde 1976, singularmente desde el asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976; entre la abundante bibliografía sobre el origen y desarrollo de esta doctrina pueden verse los trabajos de Walter GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Le caractère "autonome" des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme», *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne* (Ed. Franz MATSCHER/Herbert PETZOLD), Berlín, 1988; Howard CHARLES YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer Law International, La Haya/Boston/Londres, 1996; el monográfico de *Human Rights Law Journal*, volumen 19, núm. 1; Eyal BENVENISTI, «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», *International Law and Politics*, vol. 31, pgs. 843 y ss., 1999; Steven GREER: *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2000; la monografía de Yutaka ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002; Frédéric SUDRE, «Le contrôle de la marge nationale d'appréciation», *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, ..., pgs. 70 y ss.; en la doctrina constitucional española, Javier GARCÍA ROCA, «El Prámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo», *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Javier GARCÍA ROCA/Pablo SANTOLAYA (Coords.), CEPCO, Madrid, 2005, pgs. 35 y ss., y, con más detalle, «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2008, pgs. 117 y ss.

En esta sentencia se incluyó un voto parcialmente discrepante de los jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens en el que, entre otras cosas, se decía que «la referencia a la ausencia de "denominador común" en los Estados contratantes o de «principios uniformes» en cuanto a la adopción por parte de homosexuales (apartado 41), abriendo una vía a un margen total de apreciación de los Estados, nos parece un despropósito, que menoscaba la jurisprudencia del Tribunal en el ámbito del artículo 14 del Convenio, y es susceptible de provocar una regresión en la protección de los derechos fundamentales».

En el asunto E. B. la sentencia es obra de la Gran Sala del Tribunal, en el que ya no están tres de los jueces (Kuris, Jungwiert y Traja) que votaron a favor en el caso *Fretté*, pero sí permanecen Bratza y Tulkens, que votaron con la mayoría que estimó el recurso de E. B., mientras que Costa formuló un voto particular discrepante. Y, como es sabido, la Gran Sala es la que tiene capacidad para fijar de manera definitiva la doctrina jurisprudencial del Tribunal en una determinada materia.

No obstante, parece que la mayoría que estima el recurso de E. B. quiere diferenciar su caso del asunto *Fretté* para lo que pone de manifiesto que las autoridades francesas no hicieron referencia expresa al «tipo de vida» de E. B.; han resaltado sus cualidades, así como sus aptitudes educativas y afectivas y se ha tenido en cuenta la actitud de la compañera de E.B. (pg. 71).

Sin embargo, más adelante, el Tribunal constata que «las orientaciones sexuales... no han

dejado de estar en el centro del debate... han estado omnipresentes en todos los niveles de los procedimientos administrativo y jurisdiccional» y «considera que la referencia a la homosexualidad de la demandante ha sido si no explícita al menos implícita. La influencia de la homosexualidad reconocida por la demandante sobre la valoración de su petición se ha comprobado, y teniendo en cuenta todo lo dicho, ha revestido un carácter decisivo, conducente a la decisión de rechazo de la autorización para adoptar» (véase, mutatis mutandis, Salgueiro da Silva Mouta, 35) (pgs. 88 y 89).

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; lo mismo, en esencia, que ocurrió en el asunto Fretté. Como sostiene en su voto particular discrepante, el Juez Loucaides, la decisión del «presente asunto constituye un cambio de jurisprudencia con relación a la decisión Fretté c. Francia. Los esfuerzos desplegados para distinguir el asunto presente de Fretté han fracasado y son superfluos dado que la cuestión clave en ambos asuntos... es en sustancia idéntica». Sobre el efecto revocador de esta jurisprudencia sobre lo decidido en Fretté se muestran también de acuerdo los Jueces Costa, Türmen, Ugrekhelidze y Jo\_ien\_.

Resulta llamativo, o quizás no si se analiza la oscilante jurisprudencia del TEDH <sup>85</sup>, que ahora no se haga mención alguna, salvo en los votos particulares discrepantes, al «margen de apreciación nacional». Y ello, debemos interpretar, se debe a que la Gran Sala considera que ya no concurren los elementos constitutivos de esa regla de decisión <sup>86</sup>: bien por la progresiva construcción de un consenso normativo europeo en la materia, por la naturaleza del derecho en juego (vida privada), por las obligaciones de los Estados en materia de adopción, por el fin superior de la protección del menor susceptible de ser adoptado, por la ausencia de circunstancias internas justificativas, ...

<sup>85</sup> Como hace Javier GARCÍA ROCA en «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración».

<sup>86</sup> Elementos definidos por Paul MAHORNEY en «Marvellous richness diversity or individual cultural relativism» en Human Rights Law Journal, vol. 19, núm. 1, 1998, pg. 5.

Habrà, 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.

## XII- 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 considera esencial que un padre pueda tener acceso a los datos alegados por las autoridades para poner bajo custodia a su hijo con el fin de protegerlo. Todo padre puede reivindicar un interés a ser informado de la naturaleza y el alcance de las acusaciones de abusos formuladas por su hijo. Es importante que esté en disposición no sólo de presentar los elementos de prueba tendentes a demostrar su capacidad para proporcionar al menor los cuidados y la protección adecuados, sino también a comprender y superar los hechos traumáticos que han constituido un impacto en toda la familia. Pueden no obstante existir casos en los que la divulgación de las declaraciones de un menor puede poner a éste en peligro. Un padre no puede por tanto tener un derecho absoluto a ver, por ejemplo, las cintas de vídeo de las entrevistas efectuadas por profesionales sanitarios...

La obligación positiva que pesa sobre los Estados contratantes de proteger los intereses de la familia exige que estos elementos de prueba sean puestos a disposición del padre afectado, incluso aunque no los solicite. Si existían dudas sobre si dicha entrega conllevaba un riesgo para el bienestar del niño, la autoridad local hubiera debido someter la cuestión al Juez en una fase lo más precoz posible del procedimiento para que éste pudiera pronunciarse sobre los problemas en juego.

El Tribunal concluye que la cuestión de la oportunidad de exhibir la grabación del vídeo de la entrevista y de su transcripción debió ser resuelta rápidamente, con el fin de dar a la primera demandante una posibilidad efectiva de responder a las acusaciones de que su hija no podía serle confiada de nuevo sin riesgos. Al abstenerse de llevar el asunto a los tribunales, la autoridad local privó a la interesada de una participación adecuada en el proceso de decisión relativo a la custodia de su hija y, por lo tanto, de la requerida protección de sus intereses. Por ello, se faltó al respeto de la vida familiar de las demandantes y hubo, por tanto, una violación del artículo 8 del Convenio» (asunto T. P. y K. M., 80, 82 y 83).

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, el Tribunal 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.

### **XIII- 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 (ver, *mutatis mutandis*, la Sentencia Powell y Rayner contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1990, ap. 41). 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.

Corresponde al Tribunal controlar el cumplimiento de esta obligación por dichas autoridades, no sin reservarles un cierto margen de apreciación, ya que debe fundarse en el expediente, mientras que ellas han mantenido una relación directa con todos los interesados» (91).

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)<sup>87</sup>. En esta sentencia se recuerda que:

<sup>87</sup> Véase la «Tribuna» sobre esta sentencia de Manuel PULIDO QUECEDO en el Repertorio Aranzadi del

Tribunal Constitucional, núm. 4/2003.

«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).

#### **XIV- 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» (55).

En este mismo caso el Tribunal 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 Tribunal 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)<sup>88</sup>: «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:

<sup>88</sup> Véase el exhaustivo estudio sobre esta materia de Ramón DURÁN RIVACOBÁ «El anonimato en el progenitor» en el núm. 3/2004 de Aranzadi Civil.

"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...

La legislación francesa trata así de lograr un equilibrio y una proporcionalidad suficiente entre los intereses en cuestión. El Tribunal señala a este respecto, 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 familiar existente y de los padres adoptivos..." (43 a 49)».

## XV- 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 si 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 religioso 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<sup>89</sup>. 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 artículo 14 y 8 del Convenio.

<sup>89</sup> Véase al respecto el exhaustivo comentario de Benito ALÁEZ CORRAL «Caso *Folgerø* y respeto a las convicciones morales de los padres en materia educativa», *Aranzadi Tribunal Constitucional*, 3/2008, pgs. 13 y ss. Este trabajo tiene un especial interés para resolver del modo constitucionalmente adecuado la polémica jurídica sobre la asignatura Educación para la ciudadanía.

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. Como se ha señalado con acierto<sup>90</sup>, 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.

<sup>90</sup> Benito ALÁEZ CORRAL, *supra*, pg. 17.

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).

En el asunto *Bernini*, el TJCE recordó que «los miembros de la familia a su cargo son beneficiarios indirectos del trato nacional concedido al trabajador migrante. Por consiguiente, ya que la concesión de la financiación al hijo de un trabajador migrante constituye para este último una ventaja social, el hijo puede invocar por sí mismo el apartado 2 del artículo 7 para obtener esta financiación si, conforme al Derecho nacional, ésta se concede directamente al estudiante» y que «una financiación de estudios concedida por un Estado miembro a los hijos de los trabajadores constituye una ventaja social para un trabajador migrante cuando el trabajador continúe sufragando los gastos de manutención del hijo. En tal caso, el hijo puede obtener la financiación de los estudios en las mismas condiciones que se aplican a los hijos de los trabajadores nacionales y, en particular, sin que pueda imponérsele una condición suplementaria de residencia».

#### **XVI- La vida familiar de los extranjeros y su incidencia en los casos de reagrupación familiar y expulsión**

El enunciado del artículo 1 del Convenio («Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio») es de una claridad meridiana y atribuye a toda persona los derechos y libertades en él reconocidos. En esta línea abundan el artículo 14 del propio Convenio y el artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 12.

En consecuencia, existe un amplio grupo de derechos, entre ellos los reconocidos en los artículos 8 y 12, en los que la nacionalidad del individuo carece de trascendencia desde el punto de vista de su titularidad, puesto que, al constituir el imprescindible reflejo de la dignidad de la persona, han sido enunciados con fórmulas genéricas como «toda persona» (derecho a la vida privada y familiar), «el hombre y la mujer» (derecho a casarse y a fundar una familia), etcétera.

No obstante, el propio Convenio (artículo 16) autoriza a los Estados parte a «imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros» en relación con los derechos y libertades «de los artículos 10, 11 y 14». Como toda limitación, también ésta debe ser interpretada de manera restrictiva, criterio en el que incide el artículo 18: («las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas»).

Como resultado de lo anterior, las limitaciones mencionadas en el artículo 16 únicamente afectarán a la «actividad política de los extranjeros», como ha venido a reconocer el propio Tribunal, en materia de derecho de reunión, al amparar el derecho «de protestar pacíficamente contra una legislación que alguien infringe» (asunto *Cisse c. Francia*, de 9 de abril de 2002, 50, donde se enjuició la desocupación por la policía de un grupo de 200 extranjeros de la iglesia de San Bernardo, en París, después de 56 días).

Centrándonos en la cuestión de la residencia y el reagrupamiento familiar, debe recordarse

que es jurisprudencia constante del Tribunal de Estrasburgo que el Convenio no garantiza el derecho de una persona a entrar o residir en un Estado del que no es ciudadana o del que ha sido expulsada, de modo que los Estados Contratantes tienen derecho a controlar, en virtud de un principio de derecho internacional bien establecido, la entrada, la permanencia y el alejamiento de los no nacionales. Sin embargo, a través del derecho al respeto a la vida familiar, el Tribunal ha ido produciendo una rica jurisprudencia sobre los derechos de los extranjeros en relación con supuestos de reagrupación familiar (asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, de 28 de mayo de 1985) o de ruptura de la vida familiar derivada de las medidas de expulsión o no renovación de permiso de residencia (asuntos Boujlifa c. Francia, de 21 de octubre de 1997; Dalia c. Francia, de 19 de febrero de 1998; Baghli c. Francia, de 30 de noviembre de 1999; Ciliz c. Países Bajos, de 11 de julio de 2000; Ezzhoudi c. Francia, de 13 de febrero de 2001, y Üner c. Países Bajos, de 18 de octubre de 2006)

91

<sup>91</sup> Sobre estas cuestiones, véase el estudio de Pablo SANTOLAYA MACHETTIEI *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

El TEDH ha dicho, en primer lugar, que «aunque algunos aspectos del derecho a entrar en un país se rigen por el Protocolo número 4 en los Estados obligados por tal instrumento, no debe excluirse que medidas adoptadas en el campo de la inmigración puedan afectar al derecho al respeto a la vida familiar, garantizado por el artículo 8» (asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali).

Sin embargo, en ese mismo caso se advierte que «el alcance de la obligación de un Estado de admitir en su territorio a parientes de inmigrantes depende de las singulares circunstancias del interesado. Además, ... conforme a un principio de Derecho internacional firmemente establecido, los Estados tienen el derecho, sin perjuicio de los compromisos que deriven de los Tratados, de controlar la entrada de los no nacionales en su territorio» (67). «No puede entenderse que el artículo 8 imponga a un Estado Parte la obligación general de respetar la elección por parejas casadas del país de su residencia matrimonial y de aceptar el establecimiento en tal Estado de los cónyuges no nacionales» (68).

«En todo caso, el Tribunal no está convencido de que la diferencia que, no obstante, pueda existir entre el impacto de los hombres y el de las mujeres en el mercado nacional de trabajo sea tan importante que justifique la diferencia de trato, ..., respecto de la posibilidad para una persona establecida en el Reino Unido de que se reúna con ella su cónyuge» (79). En suma, son admisibles las limitaciones al reagrupamiento familiar de los extranjeros, pero no cuando se establece como causa de las mismas un trato diferenciado en atención a circunstancias previstas en el Convenio.

En el asunto Gül c. Suiza, de 19 de febrero de 1996, el TEDH estimó que la vida en común no es una condición indispensable para la vida familiar entre los padres y los hijos menores, por lo que la denegación a un matrimonio que vive en Suiza de manera legal pero sin permiso de residencia permanente del reagrupamiento de un hijo menor, que ha vivido siempre en Turquía y que ha crecido en el entorno cultural y lingüístico de su país, no vulnera el Convenio.

En esta línea, en el caso Ahmut c. Países Bajos, de 28 de noviembre de 1996, se insiste en que el artículo 8 no garantiza el derecho a elegir el medio más apropiado para desarrollar una vida familiar; en este caso entre una persona con doble nacionalidad de los Países Bajos y Marruecos y dos de sus hijos que residen en Marruecos.

En el asunto Sen c. Países Bajos, de 21 de diciembre de 2001, el TEDH resume su jurisprudencia sobre el particular, avanzada en los casos antes mencionados:

a) El alcance de la obligación por parte de un Estado de admitir en su territorio a los padres de inmigrantes depende de la situación de los interesados y del interés general.

b) Según un principio de derecho internacional, los Estados tienen el derecho, sin perjuicio de los compromisos que se derivan para ellos de los tratados, a controlar la entrada de no

nacionales en su territorio.

c) En materia de inmigración, el artículo 8 no podría interpretarse como una imposición a un Estado de la obligación general de respetar la elección, por parejas casadas, de su residencia común y de permitir el reagrupamiento familiar en su territorio» (35).

Sin embargo, contrariamente a lo que consideró en el asunto Ahmut, el Tribunal estimó la demanda en el caso Sen: los padres viven legalmente desde hace varios años en los Países Bajos y allí nacieron su segundo y tercer hijo; los dos niños vivieron siempre en los Países Bajos y en el entorno cultural de este país era donde estaban escolarizados. Por ello, el único vínculo con su país de origen era la nacionalidad y, por tanto, existían obstáculos para trasladar su vida familiar a Turquía. En estas condiciones, la llegada de su primer hijo a los Países Bajos constituía el medio más adecuado para desarrollar una vida familiar, ya que, teniendo en cuenta su edad, había que favorecer su integración en la célula familiar de sus padres, aptos y dispuestos a ocuparse de ella. Es cierto que éstos eligieron, después de que pasara los tres primeros años de su vida con su madre, dejar a su hija mayor en Turquía cuando la segunda demandante se reunió con su marido en los Países Bajos. Pero, al dejar a los dos primeros demandantes únicamente la elección de abandonar la situación que obtuvieron en los Países Bajos o renunciar a la compañía de su hija mayor en Turquía, el Estado demandado ignoró el equilibrio justo que debe reinar entre, por un lado, los intereses de los demandantes y, por otro, su propio interés por controlar la inmigración (39 y 40).

Por lo que respecta a la eventual ruptura de la vida familiar derivada de las medidas de expulsión o no renovación de permiso de residencia, el TEDH declaró en el asunto Boultif c. Suiza, de 2 de agosto de 2001, que «expulsar a una persona de un país donde estén viviendo miembros cercanos de su familia puede llegar a vulnerar el derecho al respeto de la vida familiar tal como se garantiza en el artículo 8.1 del Convenio» (39).

También que cuando la expulsión se derive de un acto delictivo «es necesario establecer unos principios orientativos para examinar si la medida era necesaria en una sociedad democrática»; el TEDH concreta a continuación los criterios a tener en cuenta:

«la naturaleza y gravedad del delito cometido por el demandante;

la duración de la estancia del demandante en el país de donde va a ser expulsado;

el tiempo transcurrido desde que el delito fue cometido, así como la conducta del demandante en ese período;

las nacionalidades de las personas implicadas;

la situación familiar del demandante, así como el tiempo que el matrimonio lleva junto y otros factores que expresen la realidad de la vida familiar de la pareja;

si el cónyuge sabía del delito en el momento en que entró en la relación familiar;

y si hay niños en el matrimonio, y si es así, su edad.

El Tribunal examinará también la gravedad de las dificultades que el cónyuge probablemente encontrará en el país de origen del otro cónyuge, aunque el mero hecho de que una persona deba enfrentarse a ciertas dificultades al acompañar a su cónyuge no puede en sí mismo excluir la expulsión» (48).

En el asunto Üner c. Países Bajos, de 18 de octubre de 2006, la Gran Sala del Tribunal concretó dos criterios que, a su juicio, están implícitamente incluidos en los reconocidos en el asunto Boultif: el interés y el bienestar de los menores y, en particular, la gravedad de las dificultades a las que se enfrentarán en el país al que se realizará la expulsión y la solidez de las relaciones sociales, culturales y culturales entre el país en el que se encuentran y el país al que se irán en el supuesto de expulsión (58).

En el ámbito del derecho europeo en sentido estricto deben destacarse dos cosas: en primer lugar, la presencia de los textos europeos de referencia, en vigor y como soft law, como inspiradores de la normativa reguladora de la reagrupación familiar; así, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, declara que «las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional. La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

A la Carta de los Derechos Fundamentales se refiere también 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. En esta Directiva también se recuerda que «la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia. Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado».

Precisamente, y en segundo lugar, debe recordarse la muy reciente doctrina establecida a partir de la sentencia de 25 de julio de 2008 de la Gran Sala del Tribunal de Justicia en el asunto C-127/08 *Metock* y otros c. *Minister for Justice, Equality and Law Reform*. En esta sentencia se resolvió la cuestión de la conformidad de la normativa irlandesa con la Directiva 2004/38/CE que se acaba de mencionar (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).

El problema de fondo eran cuatro supuestos de nacionales de terceros países que entraron en Irlanda y solicitaron asilo político. En todos los casos, se denegó la solicitud. Durante su estancia en Irlanda, esos cuatro nacionales contrajeron matrimonio con ciudadanos de la Unión que no tenían la nacionalidad irlandesa, pero residían en Irlanda. Ninguno de esos matrimonios es un matrimonio de conveniencia. Tras el matrimonio, cada uno de los cónyuges no comunitarios solicitó una tarjeta de residencia como cónyuge de un ciudadano de la Unión. Dichas solicitudes fueron denegadas por el *Minister for Justice* por considerar que el cónyuge no reunía el requisito de residencia legal previa en otro Estado miembro. Los interesados interpusieron recursos contra esas resoluciones ante la *High Court*, que plantea al Tribunal de Justicia la cuestión de si ese requisito de residencia legal previa en otro Estado miembro es conforme con la Directiva y si las circunstancias del matrimonio y el modo en que el cónyuge no comunitario de un ciudadano de la Unión entró en el Estado miembro de que se trate tienen consecuencias para la aplicación de la Directiva.

El Tribunal de Justicia declara que, por lo que se refiere a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, la aplicación de la Directiva no está supeditada al requisito de que hayan residido previamente en un Estado miembro. La Directiva se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se traslada o reside en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, así como a los miembros de su familia que le acompañen o se reúnan con él en ese Estado miembro. La definición de los miembros de la familia que figura en la Directiva no establece distinción alguna en función de si dichos miembros ya han residido o no legalmente en otro Estado miembro. Esta interpretación es confirmada por varios artículos de la Directiva y avalada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La Gran Sala considera que debe reconsiderarse su sentencia *Akrich*, de 23 de septiembre de 2003, en la que declaró que, para poder disfrutar de los derechos de entrada y de residencia en un Estado miembro, el cónyuge no comunitario de un ciudadano de la Unión debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se desplace, en compañía de un

ciudadano de la Unión, a otro Estado miembro. El ejercicio de tales derechos no debe depender de una residencia legal previa del cónyuge en otro Estado miembro.

El Tribunal de Justicia subraya que, si no se permitiera a los ciudadanos de la Unión llevar una vida familiar normal en el Estado miembro de acogida, el ejercicio de las libertades que el Tratado les garantiza se vería seriamente comprometido, puesto que se les disuadiría de ejercitar sus derechos de entrada y de residencia en ese Estado miembro.

Frente a las alegaciones del Minister for Justice y de varios Estados miembros según las cuales una interpretación de la Directiva en el sentido adoptado por el Tribunal de Justicia tendría graves consecuencias al suponer un aumento enorme del número de personas que podrían disfrutar de un derecho de residencia en la Comunidad, la Gran Sala responde que sólo los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho de libre circulación pueden disfrutar de los derechos de entrada y de residencia según la Directiva.

Además, los Estados miembros pueden denegar la entrada y la residencia por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, basando dicha denegación en un examen individual de cada caso. Añade que los Estados miembros pueden también denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la Directiva, en caso de abuso de Derecho o fraude de ley, como los matrimonios de conveniencia.

Por último, el Tribunal de Justicia declara que un cónyuge no comunitario de un ciudadano de la Unión que acompaña o se reúne con ese ciudadano puede acogerse a la Directiva independientemente del lugar y la fecha en que contrajo matrimonio y del modo en que el citado cónyuge entró en el Estado miembro de acogida.

La Gran Sala precisa que la Directiva no exige que el ciudadano de la Unión haya fundado ya una familia en el momento en que se desplaza, para que los miembros de su familia, nacionales de un tercer país, puedan disfrutar de los derechos que dicha Directiva les reconoce.

Además, el Tribunal de Justicia considera que es irrelevante que los nacionales de un tercer país, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, hayan entrado en el Estado miembro de acogida antes o después de pasar a ser miembros de la familia de ese ciudadano, sin perjuicio del derecho del Estado miembro de acogida de sancionar, dentro del respeto a la Directiva, la entrada y la residencia en su territorio que se hayan producido infringiendo las normas nacionales en materia de inmigración.

## **XVII- Conclusión: los principios y reglas europeos sobre el derecho al matrimonio y la creación de una familia**

De lo analizado en las páginas precedentes se puede concluir, en primer lugar y con carácter general, que el sistema europeo de garantía de derechos en relación con la familia ha acogido un modelo mixto de principios y reglas, si bien, con carácter general, responde más al modelo de las normas de principio, pues los derechos y su interpretación jurisprudencial se presentan en la mayoría de los casos como enunciados que no establecen las reglas jurídicas precisas atinentes a la conducta o conductas protegidas y a los instrumentos de su protección; más bien lo que hacen es ordenar a los poderes públicos internos y, de manera especial, al legislador que proteja una determinada libertad en la mayor medida posible, fijando reglas precisas que concreten la forma, el espacio y el tiempo del régimen jurídico que el derecho ha previsto para la conducta de la persona, de los poderes públicos y de otros particulares afectados.

Y esta configuración como «normas de principio» se observa con especial intensidad cuando nos enfrentamos ante una situación vital en la que se produce un conflicto entre diversos comportamientos que pretenden ampararse en un derecho. Es en estos supuestos donde, con el respaldo del principio de proporcionalidad despliega toda su eficacia el carácter del derecho como norma de principio, pues la respuesta al conflicto seguramente no la

encontraremos de manera directa en el enunciado jurídico, sino luego de un proceso de concreción del objeto, contenido y límites del derecho en las precisas circunstancias de que se trate.

Dicho lo anterior, se puede recordar que la europeización del derecho de familia ha originado los siguientes principios y reglas:

a) 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 Convenio Europeo de Derechos Humanos y ello como resultado de la interpretación «constructiva» llevada a cabo por el Tribunal de Estrasburgo, 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 «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».

La familia cuya creación se protege es tanto la «familia de derecho» como la «de hecho», que en tiempos ya superados se denominaron «legítimas» e «ilegítimas». 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. La creación de una «familia de derecho» no se reduce a la celebración de un matrimonio, pues cada vez en mayor número de Estados se contemplan uniones jurídicas distintas a la matrimonial.

b) 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. 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.

c) 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: 1) primar la efectividad y apariencia de familia, a pesar de la ausencia de parentesco jurídico y biológico; 2) atender el parentesco biológico o jurídico si la ausencia de relación efectiva se ha producido en contra de la voluntad del progenitor; 3) elegir entre la filiación biológica o la adoptiva en los supuestos en que ambas puedan coincidir; ...

d) 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 a su vez exige que haya existido una convivencia prolongada en el tiempo. No obstante, también se admite que una relación puede ser efectiva aunque no haya habido convivencia, especialmente en los supuestos de vínculos de descendencia.

La existencia de una vida familiar puede provenir también, aunque no existan relaciones de parentesco entre todos los miembros, del hecho de que confluyan la efectividad de la relación y la apariencia de la existencia de una familia.

Una tercera vía para el reconocimiento de la existencia de la vida familiar ampara los supuestos en los que habiendo parentesco 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. 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; 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; igualmente, esta fórmula se aplicaría a los supuestos de matrimonios no ficticios que no han podido vivir juntos.

e) La relación de parentesco comprende las vinculaciones paterno-filiales, tanto matrimoniales como extramatrimoniales. Pero el círculo de las relaciones familiares es más amplio, incluyendo las existentes entre abuelos y nietos y entre tíos y sobrinos. Esta concepción amplia de la vida familiar es susceptible de ser restringida por las autoridades nacionales si concurren fines legítimos de protección de la seguridad y el orden públicos y de prevención de la comisión de delitos.

f) En el ámbito europeo del derecho de familia se ha puesto de relieve de manera reiterada la existencia de una dimensión objetiva de los derechos garantizados, que impone a los Estados obligaciones de hacer; entre otras, 1) la adopción de las medidas apropiadas para reunir a los progenitores con sus descendientes; 2) permitir la reagrupación con sus padres de un menor residente en otro país para favorecer su integración en la célula familiar; 3) articular los mecanismos que hagan posible el contacto entre los reclusos y sus familias, incluso para propiciar la inseminación artificial de una mujer cuyo esposo está en prisión; 4) poner a disposición de los padres afectados, incluso aunque no lo hayan solicitado, los elementos de prueba que se han tenido en cuenta para acordar el alejamiento de un menor; 5) establecer los medios adecuados para que las demandas de paternidad se puedan resolver en un plazo temporal razonable; 6) supervisar la actuación de los servicios sociales con el objetivo de que no se desvirtúen las actuaciones de protección de los menores; 7) permitir, al menos en determinadas circunstancias, que los transexuales puedan casarse,...

g) En lo que respecta al matrimonio, el primer requisito que debe cumplir cualquier persona que quiera ejercer este derecho es el de tener una edad mínima, cuya concreción queda en manos de los legisladores nacionales, que pueden establecer la que estimen adecuada, siempre que no suponga restringirlo o reducirlo de una forma o hasta un punto que lo vulneren en su sustancia misma exigiendo una edad claramente desproporcionada, lo que no ocurre por el mero hecho de que sea superior a la permitida por la religión que profesan los contrayentes.

No se debe impedir su ejercicio a las personas presas, prohibiendo la celebración de matrimonios en las cárceles o la salida temporal de los internos para celebrarlos fuera.

El matrimonio no puede estar condicionado a la capacidad de procrear y no puede estar prohibido en todo caso a las personas transexuales. Dependerá de las legislaciones internas que el matrimonio lo puedan contraer personas de sexo diferente o del mismo sexo.

Los Estados pueden exigir que el matrimonio sea monógamo, aprobar disposiciones dirigidas a evitar los matrimonios de conveniencia, prohibir el matrimonio póstumo o imponer 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.

Los Estados no pueden imponer restricciones «poco razonables» para que las personas divorciadas puedan volver a casar, como la de excluir el ejercicio del derecho durante 3 años, ni condicionar el matrimonio entre quienes hayan sido padres e hijos políticos a una autorización por ley personal del Parlamento.

h) Existe un deber para el legislador nacional de hacer efectivo el derecho 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.

Respecto a la eficacia de las resoluciones eclesiásticas, los Estados deben asegurarse de

que se ha desarrollado un proceso justo.

Si nos atenemos a la jurisprudencia expresa sobre el divorcio, la conclusión es que no está protegido por el artículo 12 del CEDH. A lo más que se ha llegado es a admitir que si las legislaciones nacionales permiten el divorcio, se asegura a las personas divorciadas el derecho a volverse a casar sin restricciones poco razonables y 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.

i) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sostenido que el estado civil y las prestaciones que de él dependen son materias comprendidas dentro de la competencia de los Estados miembros y ha avalado la existencia, en las legislaciones nacionales, de un trato jurídico distinto entre las parejas que están casadas y las que no lo están. Pero lo que no ha admitido es que, primero, en el ejercicio de esa competencia se vulnere el Derecho comunitario, en especial las disposiciones relativas al principio de no discriminación ni, segundo, que, invocando de manera expresa la jurisprudencia de Estrasburgo, se impida a las personas transexuales el ejercicio del derecho al matrimonio.

Si en el Derecho nacional la institución de la pareja estable inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a una prestación de supervivencia, el artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, «se opone a una normativa en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge supérstite».

j) El rechazo a la discriminación por razón de sexo ha servido para rechazar prestaciones de jubilación diferenciadas para hombres y mujeres casados, en materia de viudedad, para el reagrupamiento familiar de los extranjeros o para el válido consentimiento en las relaciones sexuales. En todo caso, el principio de igualdad entre los esposos no impedirá a «los Estados tomar las medidas necesarias en interés de los hijos».

k) El mandato general de igualdad entre los padres respecto a sus hijos ha servido para excluir diferencias de derechos y obligaciones en el ejercicio de la patria potestad a partir de circunstancias como la religión profesada o la orientación sexual de alguno de los progenitores. 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. Sí caben plazos diferentes para el ejercicio de las acciones de maternidad y paternidad y diferencias en el disfrute de las ayudas de paternidad y maternidad.

l) La prohibición de discriminación entre los hijos es de carácter general y 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, sino que comprende también intereses de carácter material, como lo demuestra la existencia de obligaciones de alimentos o de reserva hereditaria.

m) 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.

Los sistemas normativos estatales que prevean supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo deben respetar unas condiciones: 1) las disposiciones legales aplicables deben 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 el posible 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.

n) Es necesario contar con el consentimiento actualizado de quienes pretendan ser padres en los casos de fertilización in vitro. El TEDH, admitiendo que puede haber otras regulaciones, avala las legislaciones que autorizan a mujeres y hombres que se someten a un tratamiento de fertilización in vitro 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.

ñ) Cuando está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de una persona como la elección de ser padre genético, el margen de apreciación del Estado es por lo general restringido. Por este motivo no se puede impedir a los padres que lo deseen concebir un hijo aunque el futuro progenitor esté en prisión, más aún cuando la madre potencial está en libertad y puede, hasta la liberación del padre, cuidar de su hijo.

o) 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.

Tampoco el Tribunal se ha sentido llamado a resolver la cuestión de si el derecho a adoptar debe o no entrar en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio contemplado aisladamente. 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.

p) Para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar. 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».

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.

En todo caso no debe olvidarse 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, 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; 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.

q) El mantenimiento de las relaciones entre el menor y su familia 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.

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. 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.

Por lo que respecta a la reagrupación de las familias que han estado separadas, el TEDH ha reconocido que el artículo 8 garantiza a los padres biológicos el derecho a medidas apropiadas al retorno de sus hijos y obliga a las autoridades nacionales a adoptarlas.

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 hacen pesar sobre los Estados contratantes en materia de reunión de un padre con sus hijos, 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.

r) Los Estados pueden adoptar 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 la filiación. 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.

En todo caso, deben asegurarse los intereses de la persona que busca el esclarecimiento de la paternidad cuando 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.

s) El Tribunal 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.

No forma parte del contenido protegido por el artículo el eventual interés en conocer la identidad de la madre biológica si ésta solicitó expresamente el secreto del nacimiento de conformidad con la ley, que lo permitía con el fin de evitar abandonos y proteger la vida de los recién nacidos.

t) Es jurisprudencia constante del Tribunal de Estrasburgo que el Convenio no garantiza el derecho de una persona a entrar o residir en un Estado del que no es ciudadana o del que ha sido expulsada, de modo que los Estados tienen derecho a controlar, en virtud de un principio de derecho internacional bien establecido, la entrada, la permanencia y el alejamiento de los no nacionales.

No puede entenderse que el artículo 8 imponga a un Estado Parte la obligación general de respetar la elección por parejas casadas del país de su residencia matrimonial y de aceptar el establecimiento en tal Estado de los cónyuges no nacionales. El alcance de la obligación por

parte de un Estado de admitir en su territorio a los padres de inmigrantes depende de la situación de los interesados y del interés general.

Cuando se trate de decidir sobre la expulsión de un extranjero condenado por hechos delictivos las autoridades tendrán en cuenta los siguientes criterios: la naturaleza y gravedad del delito cometido por el demandante; la duración de la estancia del demandante en el país de donde va a ser expulsado; el tiempo transcurrido desde que el delito fue cometido, así como la conducta del demandante en ese período; las nacionalidades de las personas implicadas; la situación familiar del demandante, así como el tiempo que el matrimonio lleva junto y otros factores que expresen la realidad de la vida familiar de la pareja; si el cónyuge sabía del delito en el momento en que entró en la relación familiar; y si hay niños en el matrimonio, y si es así, su edad. Se examinará también la gravedad de las dificultades que el cónyuge probablemente encontrará en el país de origen del otro cónyuge, aunque el mero hecho de que una persona deba enfrentarse a ciertas dificultades al acompañar a su cónyuge no puede en sí mismo excluir la expulsión.

u) En lo que respecta al ámbito de la educación de los hijos, la definición y la elaboración del programa de estudios son, en principio, competencia de los Estados contratantes, que pueden difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, carácter religioso o filosófico. El Convenio 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.

El Estado, al cumplir las funciones 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

v) El Tribunal de Luxemburgo, en la sentencia *Metock*, de 25 de julio de 2008, ha revocado la doctrina del caso *Akrich*, de 23 de septiembre de 2003, en la que declaró que, para poder disfrutar de los derechos de entrada y de residencia en un Estado miembro, el cónyuge no comunitario de un ciudadano de la Unión debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se desplace, en compañía de un ciudadano de la Unión, a otro Estado miembro.

Ahora el criterio a seguir es que el ejercicio de tales derechos no debe depender de una residencia legal previa del cónyuge en otro Estado miembro. Si no se permitiera a los ciudadanos de la Unión llevar una vida familiar normal en el Estado miembro de acogida, el ejercicio de las libertades que el Tratado les garantiza se vería seriamente comprometido, puesto que se les disuadiría de ejercitar sus derechos de entrada y de residencia en ese Estado miembro.

Además, los Estados miembros pueden denegar la entrada y la residencia por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, basando dicha denegación en un examen individual de cada caso. Pueden también denegar, extinguir o retirar cualquier derecho en caso de abuso de Derecho o fraude de ley, como los matrimonios de conveniencia.

El cónyuge no comunitario de un ciudadano de la Unión que acompaña o se reúne con ese ciudadano puede acogerse a la Directiva independientemente del lugar y la fecha en que contrajo matrimonio y del modo en que el citado cónyuge entró en el Estado miembro de acogida.

Es irrelevante que los nacionales de un tercer país, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, hayan entrado en el Estado miembro de acogida antes o después de pasar a ser miembros de la familia de ese ciudadano, sin perjuicio del derecho del Estado miembro de

acogida de sancionar, dentro del respeto a la Directiva, la entrada y la residencia en su territorio que se hayan producido infringiendo las normas nacionales en materia de inmigración.

**- Jurisprudencia citada**

Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comisión Europea de Derechos Humanos  
Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, de 28 de mayo de 1985.  
Ahmut c. Países Bajos, de 28 de noviembre de 1996.  
Airey c. Irlanda, de 9 de octubre de 1979.  
Aresti Charalambous c. Chipre, de 19 de julio de 2007.  
B. y L. c. Reino Unido, de 13 de septiembre de 2005.  
Baghli c. Francia, de 30 de noviembre de 1999.  
Benes c. Austria, de 6 de enero de 1992.  
Bosphorus Hava Yollary Turizm ve Ticaret Anonim \_irketi c. Irlanda, de 30 de junio de 2005.  
Boujlifa c. Francia, de 21 de octubre de 1997.  
Boultif c. Suiza, de 2 de agosto de 2001.  
Boyle c. Reino Unido, de 28 de febrero de 1994.  
Bronza c. Italia, de 9 de junio de 1998.  
Buckley c. Reino Unido, de 25 de septiembre de 1996.  
Burghartz c. Suiza, de 22 de febrero de 1994.  
Buscemi c. Italia, de 16 de septiembre de 1999.  
Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982.  
Christine Goodwin c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002.  
Ciliz c. Países Bajos, de 11 de julio de 2000.  
Cisse c. Francia, de 9 de abril de 2002.  
Cossey c. Reino Unido, de 27 de septiembre de 1990.  
D. c. Irlanda, de 27 de junio de 2006.  
Dalia c. Francia, de 19 de febrero de 1998.  
Dickson c. Reino Unido, de 18 de abril de 2006.  
Dickson c. Reino Unido, núm. 2, de 4 de diciembre de 2007.  
Draper c. Reino Unido, de 10 de julio de 1980.  
Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981.  
E. B. c. Francia, de 22 de enero de 2008.  
E. P. c. Italia, de 16 de noviembre de 1999.  
Ezzouhdi c. Francia, de 13 de febrero de 2001.

Elsholz contra Alemania, de 13 de julio de 2000.

Evans c. Reino Unido, de 7 de marzo de 2006.

Evans c. Reino Unido, núm. 2, de 10 de abril de 2007.

Ezzouhdi c. Francia, de 13 de febrero de 2001.

F. c. Suiza, de 18 diciembre de 1987.

Fernanda Quintana Zapata c. España, de 4 marzo de 1998.

Folgerø y otros c. Noruega, de 29 de junio de 2007.

Fretté c. Francia, de 26 de febrero de 2002.

Gaskin c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989.

Gnahoré c. Francia, de 19 de septiembre de 2000.

Gorgülü c. Alemania, de 26 de febrero de 2004.

Gül c. Suiza, de 19 de febrero de 1996.

Haas c. Países Bajos, de 13 de enero de 2004.

Hamer c. Reino Unido, de 13 de octubre de 1977.

Hasam y Eylem Zengin c. Turquía, de 9 de octubre de 2007.

Hirst c. Reino Unido (núm. 2), de 6 de octubre de 2005.

Hoffmann c. Austria, de 23 de junio de 1993.

Hokkanen c. Finlandia, de 23 de septiembre de 1994.

I. c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002.

Iglesias Gil y A. U. I. c. España, de 29 de abril de 2003.

Ignaccolo-Zenide c. Rumania, de 25 de enero de 2000.

Janis Khan c. Reino Unido, de 7 de julio de 1986.

Johansen c. Noruega, de 7 de agosto de 1996.

Johnston y otros c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986.

K. T. c. Finlandia, de 12 de julio de 2001.

Keegan c. Irlanda, de 26 de mayo de 1994.

Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976.

Kroon c. Países Bajos, de 27 de octubre de 1994.

Kutzner c. República Federal de Alemania, de 26 de febrero de 2002.

L. y V. c. Austria, de 9 de enero de 2003.

Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido, de 19 de febrero de 1997.

Lebbink c. Países Bajos, de 1 de junio de 2004.

M. c. República Federal de Alemania, de 13 de diciembre de 1984.

M. B. c. Reino Unido, de 6 de abril de 1994.

Maumousseau y Washington c. Francia, de 6 de diciembre de 2007.

Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979.

Mazureck c. Francia, de 1 de febrero de 2000.

Mikulic c. Croacia, de 7 de febrero de 2002.

Niemitz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992.

Nylund c. Finlandia, de 29 de junio de 1999.

Odièvre c. Francia, de 13 de febrero de 2003.

Olsson c. Suecia, de 24 de marzo de 1988.

Olsson c. Suecia, núm. 2, de 27 de noviembre de 1992.

Palau-Martinez c. Francia, de 16 de diciembre de 2003.

Pellegrini c. Italia, de 20 de julio de 2001.

Petrovic c. Austria, de 27 de marzo de 1998.

Pini y Bertani y Manera y Atripaldi c. Rumania, de 22 de junio de 2004.

Pla y Puncernau c. Andorra, de 13 de julio de 2004.

Ploski c. Polonia, de 12 de noviembre de 2002.

Pretty c. Reino Unido, de 29 de abril de 2002.

Rasmussen c. Dinamarca, de 28 de noviembre de 1984.

Rees c. Reino Unido, de 17 de octubre de 1986.

Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, de 23 de julio de 1968.

Sabou y Pircalab c. Rumania, de 28 de septiembre de 2004.

Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de diciembre de 1999.

Sanders c. Francia, de 16 de octubre de 1996.

Scozzari y Giunta c. Italia, de 13 de julio de 2000.

Schemkamper c. Francia, de 18 octubre de 2005.

Sen c. Países Bajos, de 21 de diciembre de 2001.

Sheffield y Horshman c. Reino Unido, de 30 de julio de 1998.

Slivenko c. Letonia, de 9 de octubre de 2003.

Söderbäck c. Suecia, de 28 de octubre de 1998.

Sorensen c. Dinamarca, de 11 de enero de 2006.

T. P. y K. M. c. Reino Unido, de 10 de mayo de 2001.

Tysiac c. Polonia, de 20 de marzo de 2007.

Ünal Tekeli c. Turquía, de 16 de noviembre de 2004.

Üner c. Países Bajos, de 13 de octubre de 2006.

Van Oosterwijck c. Bélgica, de 1 de marzo de 1979.  
Vermeire c. Bélgica, de 29 de noviembre de 1991.  
Vo c. Francia, de 8 de julio de 2004.  
W. c. Reino Unido, de 8 de julio de 1987.  
Wallová y Walla c. República Checa, de 26 de octubre de 2006.  
Wagner y J. M. W. L. c. Luxemburgo, de 28 junio de 2007.  
Wessels-Bergervoet c. Países Bajos, de 4 de junio de 2002.  
Willis c. Reino Unido, de 11 de junio de 2002.  
X. c. República Federal de Alemania, de 18 de diciembre de 1974.  
X., Y. y Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Sentencia Internationale Handelsgesellschaft, de 17 de diciembre de 1970.  
Sentencia Nold, de 14 de mayo de 1974.  
Sentencia Rutili, de 28 de octubre de 1975.  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso Diatta, de 13 de febrero de 1985, (C-267/83).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso Françoise Gravier, de 13 de febrero de 1985, (C-293/83).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso Estado Belga, de 27 de septiembre de 1988, (C-263/86).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso Bernini, de 26 de febrero de 1992, (C-3/90).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso Meyers, de 13 de julio de 1995, (C-116/94).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso Cirotti de 2 de octubre de 1997, (C-144/96).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso Meeusen, de 8 de junio de 1999, (C-337/97).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso Sezgin Ergat, de 16 de marzo de 2000, (C-329/97).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso D. y Reino de Suecia c. Consejo, de 31 de mayo de 2001 (C-122/99).  
Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002 (C-459/99).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso Akrich, de 23 de septiembre de 2003, asunto C-109/01).  
Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de septiembre de 2003 (C-109/01).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso García Avello, de 2 de octubre de 2003 C-148/02.  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso K. B., de 7 de enero de 2004 (C-117/01).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso Watts, de 16 de mayo de 2006, (C-372/04).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión, de 27 de junio de 2006 (C-540/03).  
Sentencia del Tribunal de Justicia caso Stamatelaki, de 19 de abril de 2007, (C-444/05).

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de mayo de 2007 (C-303/05).

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007 (C-341/05).

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de enero de 2008 (C-275/06).

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2008 (C-244/06).

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2008 (C-450/06).

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) caso Tadao Maruko, de 1 de abril de 2008 (C-267/06).

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) caso Metock y otros c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, de 25 de julio de 2008 (C-127/08).

#### Tribunal Constitucional español

STC 184/1990, de 15 de noviembre.

STC 215/1994, de 14 de julio.

STC 292/2000, de 30 de noviembre.

STC 200/2001, de 4 de octubre.

STC 53/2002, de 27 de febrero.

STC 199/2004, de 15 de noviembre.

STC 138/2005, de 26 de mayo.

STC 273/2005, de 27 de octubre.

STC 17/2006, de 30 de enero.

STC 41/2006, de 13 de febrero.

Auto 222/1994, de 11 de julio.

#### Otros tribunales

##### Europa

Sentencia de la Corte Costituzionale italiana de 24 de octubre de 2002.

Sentencias de la Cámara de los Lores de Gran Bretaña en los asuntos Sepet, de 20 de marzo de 2003, y Bellinger, de 10 de abril de 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 11 de marzo de 2004 (BVerfGE, 317 [318 y ss.]).

##### Estados Unidos y Canadá

Sentencia del Tribunal Supremo federal de Canadá de 9 de diciembre de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos Skinner v. Oklahoma, 316 US 535, de 1 de junio de 1942.

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos Loving v. Virginia, 388 US 1, de 12 de junio de 1967.

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos Roe v. Wade, 410 US 113, de 22 de enero de 1973.

Sentencia del Tribunal Supremo de California Perez v. Sharp, de 1 de octubre de 1948.

Sentencia del Tribunal Supremo de California de 15 de mayo de 2008.

Sentencia del Tribunal Supremo de Massachussets Hillary Goodrige & others v. Department of Public Health, de 18 de noviembre de 2003.

#### África

Sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Anot.