

Direitos autorais pertencentes ao programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS.

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Proibida a reprodução parcial ou total sem autorização dos editores.

Editoração Eletrônica: HS Editora Ltda.

Impressão no Brasil – *Printed in Brazil*

E-mail para remissão de artigos: [dijustica@hseditora.com.br](mailto:dijustica@hseditora.com.br)

DIREITOS FUNDAMENTAIS Er JUSTICA

Ano 3 – nº 6 – Jan./Mar. 2009

Periodicidade: Trimestral

ASSINATURAS:

Fone/Fax: (51) 3346.9222 – E-mail: [hseditora@hseditora.com.br](mailto:hseditora@hseditora.com.br)

Editada e distribuída por:

*WS Eceetovul, ,tda.*

Rua Almirante Barrow, 735 conj. 302

91220-021 – Porto Alegre – RS

Fone/Fax: (51) 3346.9222

e-mail: [hseditora@hseditora.com.br](mailto:hseditora@hseditora.com.br)

[www.hseditora.com.br](http://www.hseditora.com.br)

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS

Reitor: Joaquina Clotet

Vice-Reitor: &nazi() Teixeira

Pro-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação: Jorge Luis Nicolas Andy

Diretor da Faculdade de Direito: Pahl-lei° Dreyer de A vila Pozzebon

Vice-Diretor da Faculdade de Direito: Ricardo Lupion Garcia

Vice-Diretor da Faculdade de Direito: Carlos Alberto Molinaro

DIREITOS FUNDAMENTAIS ErJUSTICA

Editor: Henrique Francisco Schlossmacher

Coordenação Científica:

Ingo Wolfgang Sarlet

Carlos Alberto Molinaro

Conselho Editorial Interim:

Presidente: Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)

Araken de Assis (PUCRS)

Carlos Alberto Molinaro (PUCRS)

Denise Pires Fincato (PUCRS)

Fabio Sibencichler de Andrade (PUCRS)

Gilberto Stirmer (PUCRS)

Jose Maria Rosa Tesheiner (PUCRS)

Juarez Freitas (PUCRS)

Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira (PUCRS)

Regina Linden Ruaro (PUCRS)

Ricardo Aronne (PUCRS)

Thadeu Weber (PUCRS)

Consent<sup>o</sup> Editorial Nacional Externo:  
 Presidente: Gilmar Ferreira Mendes (UNB e IDP)  
 Andreas Joachim Krell (UFAL e UFPE)  
 Andre Ramos Tavares (PUCSP, CEU e Mackenzie)  
 Anna Candida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)  
 Antonio Celso Alves Pereira (UERJ, FDC e UGF)  
 Antonio Gomes Morcira Mattes (UFPA)  
 Claudia Lima Marques (UFRGS)  
 Clemerson Merlin Cleve (UFPR e UNIBRASIL)  
 Cristiane Derani (UNISANTOS e UEA)  
 Fernando Facury Scaff (UFPA)  
 Flavia Piovesan (PUCSP e PUCPR)  
 Gustavo Jose Mendes Tepedino (UERJ e FDC)  
 Heleno Taveira Torres (USP)  
 Jose Luis Bolzan de Moraes (UNISINOS)  
 Lenin Luiz Streck (UNISINOS e UNESA)  
 Loussia Penha Musse Felix (UNB)  
 Luis Roberto Barroso (UERJ)  
 Luiz Alberto David Arango (PUCSP e ITE)  
 Luiz Antonio Rizzatto Nunes (UNIMES)  
 Luiz Edson Fachin (UFPR e PUCPR)  
 Luiz GuiMenne Bittencourt Marinoni (UFPR)  
 Maria Celina Bodin de Moraes (PUCRJ e UERJ)  
 Rides Mezzaroba (UFSC)  
 Paulo Bonavides (UFC)  
 Ricardo Lobo Torres (UERJ, PUCRJ, UNIG e UGF)  
 Rogerio Gesta Leal (UNISC, FGV RJ e UNESA)  
 Sandra Regina Martini Vial (UNISINOS e UNISC)  
 Vicente de Paulo Barret() (UERJ e UNISA)

Consent<sup>o</sup> Editorial Internacional:  
 Presidente: Jose Joaquim Gomes Canotilho (Universidade de Coimbra, Portugal)  
 Alexander Graser (Hertie School of Governance, Berlin, Alemanha)  
 Bernd Schulte (Institute Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional, Munique, Alemanha)  
 Dieter Grimm (Universidade Humboldt de Berlin, Alemanha, Harvard Law School e Yale Law School, EUA)  
 Fernando Rey Martinez (Universidade de Valladolid, Espanha)  
 Francisco Balaguer Callejon (Universidade de Granada, Espanha)  
 Francisco Fernandez Segado (Universidade Complutense, Madrid, Espanha)  
 Heinrich Scholler (Universidade (le Munique, Hochschule für Politik, Munique, Alemanha)  
 JOnatas Eduardo Mendes Machado (Universidade de Coimbra, Portugal)  
 Jiirg Neuner (Universidade de Augsburg, Alemanha)  
 • Louis" J. Kotze (North West University, Africa do Sul)  
 Michael J. Perry (Faculdade de Direito da Emory University, EUA)  
 Miguel Angel Presno Linera (Universidade de Oviedo, Espanha)  
 Miguel Carbonell Sanchez (Universidade Nacional do Mexico, Mexico)  
 Ockert Dupper (Universidade de Stellenbosch, Africa do Sul)  
 Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto (Universidade de Coimbra, Portugal)  
 Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto, Portugal)  
 Peter Höberle (Universidades de St. Gallen, Suica, e Bayreuth, Alemanha)  
 Robert Cottrol (George Washington University, Washington-DC, EUA)  
 Rodolfo Arango Rivadeneira (Universidad de los Andes, Colombia)  
 Stefano Maria Ciconetti (Universidade de Roma Tre,  
 Stephan Kirste (Universidade de Heidelberg, Alemanha)  
 Vasco Pereira da Silva (Universidades de Lisboa e Católica Portuguesa, Lisboa, Portugal)  
 Winfried Bruggen (Universidade de Heidelberg, Alemanha)

## SUMARIO

NOTA EDITORIAL .....	9
DOCTRINA ESTRANGEIRA	
Ruolo del Giudice in Rapporto All'evoluzione del Sistema ed alla ..... lina Dell'ordinamento Giudiziario <i>Roberto Romboll</i> .....	Footi 13
Derechos Fundamentales, Derecho Europeo y Derecho de Familia: Nuevas Familias, Nuevos Derechos <i>Miguel Angel Presno Linera</i> .....	33
La ProtecciOn Juridica de la Vida Ante el Tribunal de Estrasburgo: Un Derecho en TransformaciOn y Expansion <i>Fernando Rey Martinez</i> .....	71
DOCTRINA TRADUZIDA	
Possibilidades e Limites da Reforma Constitucional na Espanha no Contexto do Estado AutonOmico Integrado na Uni5o Europeia <i>Francisco Balaguer Callejon</i> <i>Hugo C3sar AraUjo de Gusmeio (tradwor)</i> .....	100
DOCTRINA NACIONAL	
The Constitutional Debate on Stem Cell Research, Human Rights and Dignity: The Law and a Recent Court Ruling in Brazil <i>Luiz Edson Fachin</i> .....	131
A Relacilo Homoafetiva: Um Institute Civil-Constitucional e os Direitos Fundamentals <i>Suzani Andrade Ferraro</i> .....	150
ConsideracOes sobre o Desenvolvimento dos Direitos da Personalidade e sua Aplicacao as RelacOes do Trabalho <i>Fkbio Siebeneichler de Andrade</i> .....	162
CI■ise Capitalista, Duracao do Trabalho e Gestao Empresarial <i>Wilson Ramos Filho</i> .....	177

intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato".

A parte la difficoltà di determinare quando possa ritenersi che un magistrato non ha osservato le regole dell'art. 12 — il che, da un lato, viene a frustrare la finalità della "tipizzazione" dell'illecito disciplinare e, dall'altro, pare reintrodurre dalla finestra il divieto di interpretazione creativa — tutti coloro che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si sono riferiti alla suddetta disposizione hanno concordato nel ritenere la stessa una sorta di vecchio arnese ormai inutilizzabile, rilevando<sup>4)</sup> come il riferimento ai principi generali (quindi *in primis* quelli costituzionali) viene, con la Costituzione, a subire una trasformazione totale, passando da una posizione di *ultima ratio* a presupposto cui tutte le norme debbono uniformarsi oppure ritenendo al massimo valutabili come meri consigli quelli contenuti nell'art. 12. Belle preleggi e sottolineando come oggi, riferirsi a tale disposizione, significherebbe capire assai poco della giurisprudenza costituzionale oppure indurrebbe chi lo facesse a condannarla quasi in blocco<sup>5)</sup>.

Se è vero che rimarrà sempre una illusione quella del legislatore che voler disciplinare (e quindi limitare) con legge l'attività interpretativa del giudice, se non altro per il fatto che anche quella legge dovrà essere interpretata, resta comunque quasi incredibile che una legge del 2005 si riferisca ancora ad una disposizione che la dottrina da molti anni considera assolutamente superata, inservibile e persino clannosa.

Data la connessione, che ho cercato di ricordare, sussistente tra il 111010 assegnato al giudice dall'ordinamento e la disciplina dell'organizzazione giudiziaria, la modificazione della legge sull'ordinamento giudiziario può essere fatta per conformare quest'ultima alle trasformazioni che ha subito il primo oppure altro scopo di contrastare il ruolo che quelle trasformazioni hanno assegnato all'autorità giudiziaria.

Qualora l'obiettivo perseguito dalla legge 150/2005 fosse stato il primo, credo si possa dire che essa avrebbe fatto riferimento ad un giudice assai diverso da quello previsto dall'attuale ordinamento e molto simile a quello che esisteva in Italia oltre cinquanta anni fa. Se invece, come pare più probabile, la finalità è stata quella indicata per seconda, la legge pare contrastare con il modello di giudice e di ordinamento giudiziario che si è venuto realizzando in attuazione dei principi fissati dalla Costituzione italiana e del diritto comunitario e pertanto viene a porsi inevitabilmente in contrasto con gli uni e con l'altro.

Cfr., fra gli altri, NATOLI, *Alcune osservazioni su Costituzione cit.*, 280; PIZZORUSSO, *Principali fattori evolutivi del sistema delle fonti del diritto italiano*, in // *dialogo* / *Ira le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, a cura di Navarretta e Pertici, Pisa, 2004, 20 ss.

<sup>4)</sup> PALADIN, *Le fonti del diritto*, 104 ss.

<sup>5)</sup> Per attente riflessioni in ordine costituzionalità della disciplina ora contenuta nella l. 150/2005, v. ELIA, *La riforma dell'ordinamento: brevi considerazioni di un costituzionalista*, in *Questione giur.*, 2004, 625; DAL CANTO, ROMBOLI (cur.), *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino, 2004; BALBONI, *Ordinamento giudiziario e sistema costituzionale: alla ricerca del fondamento*, in *Questione giur.*, 2005, 671; SENESE, *Modulo di stato e riforma dell'ordinamento giudiziario*, ivi, 2005, 131.

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

MIGUEL ANGEL PRESNO LINERA\*\*

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

RESUMO: Nas páginas seguintes analisaremos direitos individuais ligados à família. Trataremos desses direitos em dois diferentes níveis ou contextos: 1.0 "Direito Europeu em um sentido amplo" que identificaremos com o direito gerado pelo Conselho Europeu e com as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte de Estrasburgo). 2.0 "Direito Europeu em sentido estrito" que estará conectado com o direito da União Europeia e as decisões da Corte de Justiça das Comunidades Europeias (Corte de Luxemburgo). O tipo de casos julgados por essas cortes europeias, especialmente a de Estrasburgo, é muito variado e amplo que temos na verdade um catálogo abrangente de decisões que estabelecem diferentes critérios e padrões em diversos campos como: o conceito de família, o interesse dos Estados-membros da UE, o direito de casar-se, igualdade entre todos os membros de uma família e o direito de ter descendentes, adoção, testes de paternidade, educação das crianças... Os princípios e regras de todas essas decisões afirmam o princípio de respeito à vida familiar. PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Direito europeu; Direito de família.

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

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

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo; mresno@tiniovi.es <http://presnolinera.worclpress.com>

SUMARIO: I. ApresentaçãO; II. O concei-° europeu de família; O dircito europeu a criar a família; IV. O direito europeu ao casamento; V. A igualdade de dircitos etas relacties familiares; VI. Existe o "dircito europeu" a ter, ou nAo. filhos?; VII. A adociio; VIII. As relacões paterno-filiais; IX. Os dircitos de visita e, conforme o caso, tie reagrupamento de uma família previamente separada; X. Os dircitos is investigacilo da paternidade e ao conhecimento de informacões sobre a infñcia e as origens familiares; XI. A educacão dos filhos.

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

SUMARIO: I. PresentaçãO; II. El eoncepto europeu de família; III. El derecho europeo a crear una família; IV. El derecho europeo al matrimonio; V. La igualdad de derechos en las relaciones familiares; VI. i, Existe el "derecho europeo" a tenet , o no. hijos?; VII. La adopción; VIII. Las relaciones paterno-filiales; IX. Los derechos de visita v, en su caso, de reagrupaciOn de una família previamente separada; X. Los derechos a la investigacão de la paternidad y al conocimiento de informaciones sobr e la infancia y los orígenes familiares; XI. La educacão de los hijos;

## L PRESENT'ACION.

El profesor Peter Hiiberle viene recordando desde hate tiempo la necesidad de que la doctrina constitucional del viejo continents preste mucha atenciOn al derecho europeo,, pues constituye una etapa de crecimiento del Estado constitucional europeo mismo<sup>1</sup>. En las paginas que siguen analizaremos los derechos de las personas vinculados a la família en el contexto tanto del "derecho europeo en sentido amplio", entendido como el derecho del Consejo de Europa articulado en el Convenio Europe() de Derechos Humanos (CEDH) y sus Protocolos, así como en las numcrosas sentencias del Tribunal Europe() de Derechos Humanos (TEDH, Tribunal de Estrasburgo), como del "derecho europeo en sentido restringido", concebido como el derecho de la Union y las Comunidades Europeas y la calla vez milis importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJCE, Tribunal de Luxemburgo)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Europiische Rechtskultur*, Baden-Baden, 1994, pags. 33 y sigs.

<sup>2</sup> Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Hu maims puede!) lcerse en lengua francesa c inglesa en la pagina del Tribunal (<http://www.echr.coe.int/echr/>); las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estzn disponibles en las diferentes lenguas comunitarias en <http://curia.europa.eu>.

Para un estudio sistematiko del Convenio Europeo de Derechos Humanos sigue siendo de referencia obligada la obra de Frowein/Peukert: *Europiische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, 2. Auflage, Kehl, 1996. En lengua inglesa, los trabajos doctrinales de referencia son las ohms de Blackburn y Polakiewicz, *Fundamental rights in Europe. The ECHR and its member states, 1950-2000*, Oxford University Press, Oxford, 2001; Harris/O'Boyle/Bates/Warbrick, *Law of the European Convention of /uman 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 toils destacados son los de G. Cohen-Jonathan, *La Convention*

La riqueza y variedad de asuntos que llegan a los Tribunales europeos, en especial al de Estrasburgo, es till que nos pet-mite contar ya con un exhaustivo catalog° de resoluciones jurisprudenciales en las que se plasman criterios sobre el concepto de família, el interes superior del menor y su integration familiar, el derecho a contract matrimonio, la igualdad de derechos de cOnyuges, padres c hijos, el abort() y el derecho a procrear, la adopciOn, la investigacão de la paternidad, la educacão de los hijos,... Los principios y reglas derivados de esta jurisprudencia constituycn el objeto de este estudio.

No nos ocuparemos con detalle ni de las norms estatales ni del debatido asunto de la unificacão del derecho privado europeu, singularmente del derecho de família<sup>3</sup>, por escapar ambas cuestiones al espacio disponible y, sobre todo, a nucstras capacidades.

## II. EL CONCEPTO EUROPEO DE FAMILIA.

La protection de la vida familiar constituye uno de los ambitos juriclicos en los que se ha producido una mayor transformacian desde su reconocimiento Initial en el CEDH y ello como resultado de la interpretaciOn "constructiva"<sup>4</sup> llevada a cabo poi- & Tribunal de Estrasburgo (TEDH), que viene realizando una lectura conjunta del Convenio y, en particular, de los articulos 8 y 12.

Esta mutacão ha supuesto el abandono de un concept° tradicional de "familiar", construido a partir del matrimonio y de unos derechos y obligaciones basados en la union conyugal, en arcs a un concept° moderno de "vida familiar" que, como realer& la Gran Sala del Tribunal, "no se circunscribe tnicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede incluir otras relaciones «familiares» facticas en las que las personas conviven fuera del matrimonio" (asunto *Elsholz c. Alemania*, de 13 de julio de 2000).

*Ettropeenne des Droits de Phomme*, Economica, Paris, 1989; J. P. Margm3naud, *La Cour ettropeenne des droits de rhomme*, Dalloz, Paris, 1997; F. Sudre, *La Convention europeenne des droits de rhomme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2002. Las ohms documentales de referencia siguen siendo V. Berger, *Jurisprudence de la Cour Ettropeenne des Droits de Phomme*, Sirey, Paris, 2000, y Sudre/Marguenaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Lcvinet, *Les glands arrets de la Cour europeenne des Droits de l'Ronne*, Presses Univcrsitaires de France, Paris, 2005.

En Italia, Bartolc/Conforti/Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la nada (lei diritti dell'uomo e Belle libertr fondamentali*, Padua, 2001.

En Espana, Daniel Sarmiento/Javier Mieres/Miguel A. Presno: *Las sentencias bdsicas (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esludio y jurisprudencia*, Thomson, Madrid, 2007.

<sup>3</sup> En general, sobre la armonizaciOn del derecho de família en Europa veanse Katharine Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen/Oxford/New York, 2003; European Family Law Series, n° 4; Boele-Woelki/T. Svedrup (eds.) *European Challenges in Contempormy Family Law*, EFL Series, n° 19, Intersentia, Antwerpen, 2008; Nina Dettloff, "EuropZische Vereinhcitlichung des Familienrechts", *Archiv fir die civilistische Praxis*, Vol. 204, pags. 544-568, 2004; Maria Rosaria Marella, "L'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodo c objeitivi", *I diritti fOndamentali e le Corti in Europa...*, pags. 511 y sigs; tambdn "The Non-Subversive [Un]ction of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law" en *European Law* 301171(11), JzQuary 2006, Vol. 12 Issue 1, pags. 78-105, y Clare McGlynn, *Families and the European Union: Law, P6litics and Pluralism*, Cambridge University Press, 2006. Vease tambien la informacão que facilita la Commission on European Family Law cn su pzgina <http://www2.law.uu.nl/priWeef/>

Utiliza esta terminologfa Frederic Sudrc en "La construction par le jugs europeen du droit au respect de la vie fa mil laic", *Le droit au respect de la vie familiale ar sets de la Convention europeenne des (twits (le l'homme*, Frederic Sudrc (dir.), Ncmesis/Bruylant, Bruselas, 2002, pags. 11 y sign.

Esta transformación no ha sido siempre bien recibida ni por las doctrinas iusprivatistas nacionales<sup>5</sup> ni, en ocasiones, por las iuspublicistas, en particular por las de los países de tradición codificadora, que se han preguntado si la familia se ha fortalecido o, por el contrario, si bien ha resultado "minada" por esta filosofía de los derechos de la persona. En todo caso, es necesario delimitar, 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 *Marcia c. Belgica*, de 13 junio 1979), incluso como mínimo de una relación potencial que habría podido desarrollarse, por ejemplo, entre un padre natural y un hijo nacido fuera del matrimonio (decisión *Nyland c. Finlandia*), de una relación nacida de un matrimonio no ficticio, aunque todavía no se hubiese establecido plenamente una vida familiar (asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandati c. Reino Unido*, de 28 mayo 1985), o incluso de una relación nacida de una adopción legal y no ficticia (asunto *Pini y otros c. Rumania*)" (asunto *E. B. c. Francia*, de 22 de diciembre de 2008).

Se acaba de apuntar que la vida familiar alude tanto a la matrimonial como a otras relaciones de convivencia no matrimoniales. El Convenio no se ha pronunciado al respecto y en las sentencias del TEDII 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 Frederic Sudre<sup>6</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>7</sup>.

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

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

<sup>5</sup> Por ejemplo, Françoise Dekeuwer-Defossez en el prólogo al estudio de Fanny Vasseur-Lambry *La famille et la Convention européenne des Droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000.

<sup>6</sup> "La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale", *ob. cit.*, pág. 22.

<sup>7</sup> Sudre/Marguenaud/Andriantsimbizovina/Gouttenoire/Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, p. 478.

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

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

En cualquiera de las fórmulas que determinan la existencia de una vida familiar cobra una relevancia especial el objetivo de procurar la integración del menor en su familia desde el momento mismo del nacimiento y ya en la primera ocasión en la que el Tribunal se enfrentó a la necesidad de precisar "el significado de las palabras respeto a su vida familiar" (asunto *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979), manifestó que "implica la existencia en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado de ciertas garantías legales que permitan la integración del menor en su familia desde el momento mismo de su nacimiento" (31). Y es que una vez que se haya establecido una relación familiar con un menor, el Estado debe 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 *K1011 c. Palms Bajos*, de 27 de octubre de 1994, 32).

Pero el objetivo de la integración se condicionara 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 sea que su situación familiar de facto vuelve a cambiar de nuevo puede ser tan 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 TEDII-1 ha construido un derecho de familia que, de manera gráfica, ha sido calificado de "pedocéntrico"<sup>8</sup>, a pesar de que dicho interés del menor no aparece mencionado de manera expresa en el CEDH, a diferencia de lo que sucede con el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>9</sup>.

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

<sup>8</sup> Así lo califica Françoise Dekeuwer-Defossez en sus "Conclusions", *Le droit au respect de la vie familiale au sein de la Convention européenne des Droits de l'homme*,..., pág. 403.

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

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

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

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

La búsqueda del mejor interés para el menor se debe promover tanto en los supuestos de parentesco biológico como en los de parentesco jurídico, sin olvidar los casos de ausencia de parentesco pero con efectivas relaciones familiares de facto. Habrá, pues, que estar a las circunstancias del caso para decidir que 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 avala 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 *Gorgiili 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 *Soderbilck 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 *Marckx c. Bélgica*, el concepto de vida familiar que emplea el Tribunal es amplio y no se limita a la familia matrimonial, sino que es aplicable siempre que existan vínculos de parentesco dotados de efectividad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

orden p[ublicos] y de prevention de la comisiOn de delitos. Con estas premisas, el Tribunal considerO compatible con el articulo 8 del Convenio la restriction impuesta por las autoridades italianas a los contactos de los presos condenados por delitos de asociacion mafiosas con sus respectivas familias, permitiendolos 6nicamente 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 especifica del fen6meno de criminalidad organizada de tipo mafioso donde las relaciones familiares juegan a menudo un rol primordial" (asunto *Messina c. Italia* –nº 2-, de 28 de septiembre de 2000, 66).

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

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

La importancia de la efectividad se evidenci6 en el asunto *X, Y, Z. c. Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, donde el Tribunal amparO la relaciOn existente entre una persona transexual nacida mujer, su compariera y el hijo de esta concebido mechanic insemination artificial a partir de un donante anOnimo.

Corno ya se asunto, la efectividad no depende en exclusiva de la convivencia, pues "aunque como regla general la cohabitation puede constituir una condiciOn para la relaciOn, otros factores pueden servir, excepcionalmente, para demostrar quo una relaciOn hone la constancia suficiente para crear relaciones familiares de hecho" (asunto *Kro011 v otros c. Palives Bajos*, de 27 de octubre de 1994, 30).

En el asunto *X, Y, Z. c. Reino Unido* se advierte con claridad la importancia do que las relaciones facticas existentes esten acornpaliadas de una "apariencia" de vida familiar, pues no en vano se insiste en la asunciOn de un determinado rol y en los comportamientos que las personas desarrollan ante los demas; en este caso, X., no siendo padre biol6gico de Z., se comporta como tal desde su nacimiento. En el mas 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 Frederic Sudre<sup>11</sup>, la exigencia de la apariencia de familia enlazarfa con la doctrina del Comite de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que considera como familia en el sentido de los articulos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicas 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 basica de toda sociedad, no hay consenso para definirla ni para establecer que se considera familia en cada sociedad.

Si eso es asi, no debe olvidarse que la propia "apariencia de vida familiar" es algo sujeto a evolution juridica, histdrica y social y que, cada vez con mayor frecuencia, en los Estados miembros del Consejo de Europa dicha apariencia ya no esta condicionada,

<sup>11</sup> *Ob. cit.*, pag. 23.

en el caso de las parejas sin hijos, a su condition heterosexual. Esta tendencia es mas acenluada en el seno de la Union Europea, cuyo Parlamento aprob6 la ResoluciOn sobre la Igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (ResoluciOn A-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOC 28.02.94)12.

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

Puede hablarse de una tercera via para el reconocimiento de la existencia de la vida familiar, que ampararfa los supuestos en los que habiendo parentesco, como en la primera formula, no ha existido una relaciOn efectiva a pesar de la intencion clara y manifiesta de la persona que reclama dicho reconocimiento, cuya voluntad se ha visto contrariada por circunstancias o decisiones quo no le son imputables y es que "el articulo 8 no debe ser interpretado en el sentido de que protege tunicamente una <<vida familiar>> ya existente, sino que debe extenderse, cuando las circunstancias lo requieran, a la relaci6n que podria desarrollarse entre un Dino nacido fuera del matrimonio y su padre natural. En tal caso, los factores a terser en cuenta comprenden la naturaleza de la relaciOn entre los padres asi como el interes y el afectos manifestados por el padre respectº al menor antes y despues del nacimiento" (decisiones de la ComisiOn *M. B. c. Reino Unido*, de 6 de abril de 1994, y *Nylund c. Finlandia*, de 29 de junio de 1999).

Se encontrarian 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 relaciOn familiar (asunto *Gorglilii c. Alemania*, en el quo el demandante pretende ejercer la patria potestad sobre un hijo cuya existencia ignoraba y quo la madre entreg6 en adopciOn sin comunicarselo); tambien los padres adoptivos que, cumpliendo los protocolos y exigencias previstos legalmente por el Estado domandado, por circunstancias ajenas a su voluntad no han podido convivir con los adoptados antes de la resolution sobre la adopciOn (asunto *Pini, Bertani, Manera y Atripaldi c. Rumania*); igualmente, esta f6rmula se aplicaria a los supuestos de matrimonios no ficticios que no han podido vivir juntos (asunto *Abdulaziq, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*).

Por el contrario, como sefiala Adeline Gouttenoireº, resulta evidente quo no podrian invocar esta f6rmula las personas que como <<la madre de la demandante nunca

En esta ResoluciOn se "pide a la ComisiOn que presente una propuesta de recomendaciOn sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales; 14. Opina que la recomendacion deberia, como tratar de poner fin: § A la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consent imiento necesario para mantener relaciones homosexuales. § A la persecution de la homosexualidad como un atentado contra el orden p[ublico] o las Buenas costumbres. § A toda forma de discriminacion en el derecho laboral y relativo a los servicios p[ublicos] y a la discriminaci6n en el derecho penal, civil, contractual y comercial. § Al illmacenamiento electr6nico de datos relativos a la orientation sexual de tin individuo sin su conocimiento y consentimiento, o a la di vulgaciOn no autorizada 0 al use indebido de dichos dams.

A la prohibition de contracr matrimonio o de acceder a reglmenes juridicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendaciOn deberia garantizar los plenos derechos y benclcios del Matrimonio, permitiendo la inscription de la convivencia..."

Sudrc/Margu6naud/Andriantsi mbazovi na/Gouttenoire/Levi net, *Les grand. arrets de la Cour europeenne des Droits de* p. 478.

visitO en la clfnica al bebe y por lo visto se separO de 61 con una indiferencia absoluta, y no se alega que posteriormente expresara el mcnor deseo de conocer a su hija" (asunto *Odievre c. Francia*, de 13 de febrero de 2003, 44).

### III. EL DERECHO EUROPEO A CREAR UNA FAMILIA.

El CEDH garantiza de manera separada los derechos a "contraer matrimonio y a fundar una familia" (artfculo 12)<sup>14</sup> y el derecho "al respeto de la vida privada y familiar" (articulo 8)<sup>15</sup>. Esta garantIa diferenciada es connin a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Union Europea, que proclama, primero, que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones» (articulo 11-67) y, despu6s, que «se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia segLin las leyes nacionales que regulen su ejercicio» (articulo 11-69).

En palabras del TEDH: "mediante el articulo 12 [del CEDH] se encuentra garantizado el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y fundar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condition del primero, y la incapacidad para una pareja de concebir o criar a un hijo no puede en si misma privarle del derecho citado por la primera parte de la disposition en cuestion" (*I. C. Reino Unido*, 80).

La familia cuya creation se protege es tanto la "familia de derecho" como la "de hecho"; la primera se articularfa a traves de un concreto instrumento juridic° mientras que la segunda resultaria de la existencia de una relation estable sin vnculos juridicos. Debe apuntarse tambian quo la creation de una "familia de derecho" no debe reducirse a la celebration de un matrimonio, puts cada vez en mayor nilmero de Estados parte del Convenio se contemplan uniones juridicas distintas a la matrimonial. Como manifest() 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 ntmero de Estados miembros han establecido, junto al matrimonio, regimenes legales que reconocen iuridicamente diversas formas de Lillian entre personas del mismo o de distinto sexo y que otorgan a dichas uniones determinados efectos jurfdicos identicos o comparables a los del matrimonio, tanto entre sus miembros como respecto a terceros" (35).

En sus explicaciones actualizadas a las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Union Europea, el *Praesidium* de la ConvenciOn, basandose en los comentarios del *Praesidium* de la primera ConvenciOn, afirma que oeste articulo (el 69) esta basado en el artfculo 12 del CEDH. La redaction de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los quo las legislaciones nacionales reconocen vfas distintas a la del matrimonio para fundar una familia. Este articulo ni prohíbe ni

<sup>14</sup> Articulo 12: "A partir de la Odad ntibil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia segIn las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho".

Articulo 8: "1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podra haber injerencia de la autoridad pUBLICa en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injOerencia este prevista por la ley y constituya una medida clue, en una sociedad democratica, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad ptblica el bienestar econOmico del pals, la defcnsa del orden y la prevention del delito, la protection de la salmi o de la moral, o la protection de los derechos y las libertades de los demas".

impone el que se conceda estatuto matrimonial a la uniOn de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo (auto similar al previsto por el CEDH, Pero su alcance puede ser mas amplio cuando la legislaciOn nacional asf lo establezca»<sup>16</sup>. Seguramente no es casual que el articulo 69 de la Carta ya no liable de hombre y la mujer comb titulares del derecho, sino que utilice una formula mas

Si lo quo sea una "familia de derecho", matrimonial o no, dependerd de lo que establezcan las legislaciones internas, el TEDH ha precisado algunos de los elementos que toma en consideration para determinar Si existe, O no, una "familia de hecho": "puede ser ittil tener en cuenta determinados elementos, como el hecho de si los miembros de la pareja viven juntos y despues de cuanto tiempo, si tienen hijos en contin, ..." (*X, Y y Z c. Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, 36). Parecc que debe acreditarse tambian la estabilidad de la relaciOn, si bien, como ya se ha analizado anteriormente, no debe de identificarse de forma necesaria con la convivencia.

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

Habrfa que aadir que si, como OCUTE en Alemania, Belgica, Dinamarca, Espana, Francia, Islandia, Noruega, Pafses Bajos, Reino Unido y Suecia- la adoption puede sec solicitada por una persona a tftulo individual, desde la sentencia E.B. c. Francia, de 22 de eller° de 2008, no esta amparada por el margen de apreciaciOn nacional su exclusion a causa de su orientaciOn sexual.

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

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

Explicaciones recogidas por Ricardo Alonso Garcia y Daniel Sarmiento en *La Constitucidn Europea. Texto, aniecedentes, explicaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pag. 223.

<sup>17</sup> En esta Linea, la Direct' va 2003/86 CE, de 22 de septiembre, relativa al "Derecho a la reagrupaciOn familiar" dispone (articulo 4.3) que "los Estados miembros podran decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato clue los cOnyuges respecto de la reagrupaciOn familiar". Y la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, sobre "Derecho de los ciudadanos de la Union y de los miembros de sus laminas a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros", define, en su articulo 2, como "miembro de la familia": a) el cOnyuge; b) la par\* con la que el ciudadano de la Union ha celebrado una uniOn registrada, con arreglo a la legislaciOn de un Estado miembro, si la legislaciOn del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas no trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislaciOn aplicable del Estado miembro de acogida; c) los descendientes directos meiores de 21 ahos o a cargo y los del cOnyuge O de la pareja definida en la tet' a b); (I) los ascendientes directos a cargo y los del cOnyuge o de la pareja definida en la letra b)".

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

En el mismo sentido, y también en relación con el artículo 8, el Tribunal ampara el mantenimiento de las relaciones con la familia como parte de los derechos de las personas encarceladas: "Es «esencial para el 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).

#### IV. EL DERECHO EUROPEO AL MATRIMONIO.

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

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

##### A). El derecho al matrimonio de los presos.

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

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

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

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

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

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

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

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

La primera frase alude expresamente al derecho para un hombre y una mujer a casarse. El Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda seguir admitiendo que estos términos impliquen que el sexo deba ser determinado según criterios puramente biológicos... Desde la adopción del Convenio, la institución del matrimonio se ha visto profundamente trastornada por la evolución de la sociedad, y los progresos de la medicina y de la ciencia han llevado consigo cambios radicales en el ámbito de la transexualidad. El Tribunal ha constatado que, 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 lino 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 minter° de países que autorizan cliche 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 sobre la cual los Estados parte &ban potter reglamentar totalmente la cuestión en el marco de su margen de apreciación. En elect°, 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 corresponde al Estado parte determinar, concretamente, las condiciones que debe reunir un transexual que reivindica el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que realmente ha habido un cambio de sexo y aquellas en las que un matrimonio anterior deja de ser válido(), o incluso las formalidades aplicables a un futuro matrimonio (por ejemplo, las informaciones a proporcionar a los futuros esposos), el Tribunal no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse..."

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

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

En cuanto al matrimonio de personas del mismo sexo, no se puede conducir este protegido por el artículo 12, pero si 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 interims que el matrimonio lo puedan contract- personas de sexo diferente o del mismo sexo (Países Bajos desde el año 2000, Bélgica desde el 2003, España desde el 2005 y Noruega desde 2008 aunque con entrada en vigor en 2009)Ib.

<sup>18</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, D.O.C. 28.02.94) supuso el punto de partida en la lucha contra las discriminaciones que afectan a los homosexuales. En ella se "pile a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y

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

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

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

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

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

La Comisión también consideró ajustadas al Convenio las disposiciones internas dirigidas a evitar los matrimonios de conveniencia (asunto *Sanders c. Francia*, de 16 de octubre de 1996) y a declarar la nulidad de los mismos una vez celebrados (caso *Benes c. Austria*, de 6 de marzo de 1992). También ha rechazado el matrimonio postumo como parte del objeto protegido por el artículo 12 (asunto *M. c. República Federal de Alemania*). De la misma manera, el Tribunal de Justicia (asunto *Akrich*, sentencia de 23 de septiembre de 2003, asunto C-I 09/01) ha concluido que no debe beneficiarse de las ventajas del matrimonio el que ha sido celebrado por razones de conveniencia.

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

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

de los homosexuales; 14. Opine 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 consentimiento, o a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos. § A la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia;..."

a casar, coin° la de excluir el ejercicio del derecho durante 3 años" (*F. c. Suiza*, 33 y 38)<sup>19</sup>.

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

#### D). La separación y el divorcio.

En primer término, es oportuno recordar que, ya en 1979, el TEDH estimó que, en determinados casos, existe un deber para el legislador nacional de hacer efectivo el 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" (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>20</sup>:

"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 la 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 y sin ninguna restricción por causa de raza, nacionalidad o religión, tienen el derecho de casarse y de fundar una familia. Tienen los mismos derechos en relación al matrimonio, durante el matrimonio y a su disolución". El señor Teitgen, ponente de la Comisión de cuestiones jurídicas y administrativas, al explicar a la Asamblea Consultiva por qué el proyecto del futuro artículo 12 no recogía las palabras de la última frase del texto que acaba de transcribirse, decía: "Con referencia al artículo de la Declaración Universal, hemos utilizado solamente el fragmento del artículo que consagra el derecho

<sup>19</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 **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".

<sup>20</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.

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, pá. 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 número 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 proveer 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 volver a casarse. Sin restricciones poco razonables (asunto *F. c. Suiza*, 38). En segundo lugar, que la no conclusión de un procedimiento de divorcio dentro de un plazo de tiempo razonable podría encajar en el contenido protegido por el artículo 12 del Convenio (asunto *Aresti Charalambous c. Chipre*, de 19 de julio de 2007, 56).

#### V. LA IGUALDAD DE DERECHOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES.

El CEDH contiene una prohibición expresa y genérica de discriminación en el artículo 14<sup>21</sup>, lo que ha sido interpretado por el Tribunal (por ejemplo, en el asunto *Ahdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*) en el sentido de que una diferenciación

<sup>21</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 o otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

es discriminatoria si carece de justificaciOn objetiva y razonable; es decir, si no persigue Un fin legitimo o si no existe una relacion razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

Debe recordarse que la prohibicion de discriminaciOn por razOn de sexo ha servido para rechazar prestaciones diferenciadas para hombres y mujeres casados (asunto *Wessels-Bergervoet c. Passes 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. Recto Unido*) o para el valid<sup>o</sup> consentimiento en las relaciones sexuales (*L. y V. c. Austria*, de 9 de enero de 2003).

Ademas, en materia matrimonial, la igualdad entre los esposos viene exigida en el articulo 5 del Protocolo n<sup>o</sup> 7 al Convenio:

"Los cónyuges gozaran de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre si y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disoluciOn. El presente articulo no impedira a los Estados tomar las medidas necesarias en interes de los hijos".

Como precedente y fundament<sup>o</sup> del Protocolo n<sup>o</sup> 7 puede citarse el articulo 3 del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y politicos, que preve en su articulo 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 politicos que enuncia el presente Pacto", lo que se concreta en el articulo 23.4: "Los Estados parte en el presente Pacto tomara las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos respecto al matrimonio, durante el matrimonio y en su disolucion. En caso de disolucion, se tomara medidas a fin de asegurar a los hijos la protection necesaria".

En esta linea, la Convention sobre la eliminacion de toda forma de discriminaciOn respecto a las mujeres preve en su articulo 16, apartado 1.g:

"Los Estados parte toman todas las medidas necesarias para eliminar la discriminaciOn 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 referencias a la eleccion del apellido, de una profesion y de una ocupacion".

#### A). La no discriminaciOn de las mujeres casadas.

Uno de los ambitos en los que ha incidido la jurisprudencia europea a proposito de la igualdad de derechos es, precisamente, el del apellido de las mujeres que han contraido matrimonio. El TED lo hizo ya en el asunto *Burglitz c. Suiza*, de 22 de febrero de 1994, y ha insistido en ello en el mas reciente caso *Unal Tekeli c. Turquia*, de 16 de noviembre de 2004 donde la demandante alega que la negativa de las autoridades internas turcas a concederle la autorizaciOn para usar unicamente su

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

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

primer<sup>o</sup>, que aunque "el Estado y la sociedad tengan un interes en reglamentar so use el del apellido I no es suficiente para excluir la cuestiOn del apellido de una persona del ambito de la vida privada y familiar": en Segundo Lugar que "clue si bien los Estados Contratantes gozan, respecto al Convenio, de cierto margen de apreciacion en lo concerniente a las medidas a adoptar para manifestar la unidad de la familia, el articulo 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, Turquia es el Colic<sup>o</sup> pals que impone legalmente -inch's<sup>o</sup> si la pareja prove otra formula- el apellido del marido como apellido de la pareja, y en consecuencia la perdida automatica por la mujer de su apellido de origen al contraer matrimonio. La mujer casada en Turquia no puede utilizar unicamente su apellido de soltera, ni siquiera si existe on consentimiento 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 consideracion.

La primera cuestiOn que se plantea al Tribunal es la de si la tradiciOn de manifestar la unidad de la familia a traves del apellido del esposo puede considerarse un elemento determinante en el presente caso. Es cierto que esta tradiciOn tiene su origen en el papel primordial del hombre y el papel secundario de la mujer en la familia. Ahora bien, la prouesiOn hacia la igualdad de sexos en los Estados miembros del Consejo de Europa, incluida Turquia, y en particular la importancia que se concede al principio de la no discriminacion, impiden actualmente a los Estados imponer esta tradiciOn a las mujeres. En este context<sup>o</sup>, conviene recordar que si la unidad de la familia puede manifestarse por la eleccion del apellido del esposo como apellido de la familia, tambien podria manifestarse por la eleccion del de la esposa, o por un apellido comtin escogido por la pareja (Burghartz, anteriormente citada, op. 28).

La segunda cuestiOn a la que el Tribunal es invitado a responder es la de si la unidad de la familia debe manifestarse por un apellido de la pareja y, en caso de desacuerdo entre los esposos sobre este, si el apellido del esposo puede imponerse al otro. El Tribunal señala en este punto que, segun la practica de los Estados Contratantes, es perfectamente concebible que la unidad familiar se preserve y consolide cuando una pareja casada escoge no utilizar un apellido comtin. El cumplimiento de los sistemas aplicables en Europa no permite llegar a una constataciOn distinta. De hecho, el Gobierno no ha demostrado en el marco del presente caso que la falta de manifestacion de la unidad familiar por apellido comtin podria llevar consigo unas dificultades concretas o notables para los esposos y/o para terceras personas o atentar contra el interes publico. En estas circunstancias, el Tribunal considera que la obligacion 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 justificacion objetiva y razonable".

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sentencia del Pleno de 2 de octubre de 2003, asunto *García Avello*, senalo 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, estos, no obstante, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia", aliadiendo que "on sistema que permite la transmisiOn de elementos de los apellidos de los dos progenitores, lejos de provocar confusion sobre el vinculo de filiation de los hijos, puede, por el contrario, contribuir a reforzar el conocimiento de dicho vinculo en relation con ambos progenitores".

Como conclusion, respondiO que "los articulos 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 clue tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puecan llevar el apellido de que serfan titulares en virtud del Derecho y de la tradition del segundo Estado iniembro".

Finalmente, debe recordarse que el TEDH ha considerado que la diferencia de trato entre hombres casados y mujeres casadas en cuanto al derecho a beneficiarse de una pension de jubilacion para una persona casada no esta basada en ninguna justification objetiva y razonable (asunto *Wessels-Bergervoet c. Países Bajos*, de 4 de junio de 2002). Tampoco lo esta "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. Rein Unido*, de 11 de junio de 2002).

#### **B). La igualdad entre los progenitores.**

Es obligado traer de nuevo a colacion lo previsto en el articulo 5 del Protocolo n° 7 al Convenio que, por lo que ahora interesa, prescribe la igualdad "de derechos y de obligaciones civiles... en sus relaciones con sus hijos...".

Este mandato general de igualdad entre los padres respecto a sus hijos ha sido aplicado en diversas ocasiones por el TEDH: ha servido para excluir diferencias de derechos y obligaciones entre los padres en el ejercicio de la patria potestad a partir de circunstancias como la religion profesada o su orientaciOn sexual. Es lo que °curd& por ejemplo, en el asunto *Hoffmann c. Austria*, de 23 de junio de 1993, con motivo de una demanda por discrimination originada en la retirada a la demandante de la patria potestad de sus hijos dada su condiciOn de testigo de Jehova. A la misma conclusion se llegO en el asunto *Palau-Martinez c. Francia*, de 16 de diciembre de 2003, al realizar un Tribunal de Apelacion Frances una diferencia de trato entre los padres basada en la religiOn de la demandante considerando "que las normas educativas impuestas por los Testigos de Jehova a los hijos de sus adeptos son esencialmente criticables debido a su dureza, su intolerancia y la obligation impuesta a los niños de practicar el proselitismo; considerando que el interes de los niños es escapar a las coacciones y prohibiciones impuestas por una religion estructurada como una secta...".

El TEDH estima clue si bien el fin perseguido, proteger el interes de los niños, es legitimo, "senala la ausencia de cualquier dato concreto y direct() que demuestre la influencia de la religiOn de la demandante sobre la education y la vida cotidiana de sus dos hijos y concretamente la mencion, que, en opinion del Gobierno, flan-aria en la Sentencia del Tribunal de apelacion, del hecho de que la demandante llevase consigo a sus hijos cuando trata de propagar su le" (42).

Especial relevancia ha tenido el asunto *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, en el quo el demandante reclamó contra la privation acordada por las autoridades portuguesas de la patria potestad de su hija a partir de su orientaciOn sexual<sup>22</sup>. Para el TEDH "hobo una diferencia de trato entre el demandante y la madre de M., basada en la orientaciOn sexual del demandante, notion que se contempla, sin duda, en el articulo 14 del Convenio. El Tribunal recuerda a este respecto que la lista que encierra dicho articulo tiene un caracter indicativo y no limitativo, como atestigua el adverbio «especialmente» (en ingles any ground such as) (ver, Sentencia Engel y otros contra Países Bajos de 8 junio 1976, ap. 72)".

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

En los casos anteriores no 'labia proporcionalidad en la diferencia de trato, pero el Tribunal de Estrasburgo si la ha encontrado en los supuestos de quo las legislaciones nacionales contemplan un plazo diferente para el ejercicio de las acciones de maternidad y paternidad (asunto *Rasmussen c. Dinamarca*, de 28 de noviembre de 1984), asi 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 antigijedad y que, a tenor de lo argumentado en las propias sentencias, especialmente en el caso Petrovic, quiza en la actualidad el resultado podria ser diferente.

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

#### **C). La igualdad entre los hijos.**

Ya se ha mencionado quo, de acuerdo con el articulo 14 del CEDH, "el disfrute

<sup>22</sup> En la sentencia interna de atribuciOn de la patria potestad se afirma: "Que el padre de la nifia, que reconoce ser homosexual, quiera vivir con otro hombre, es una realidad que hay que aceptar. Es notorio que la sociedad cada vez es mas tolerante con este tipo de situaciones. Sin embargo, no podriamos afirmar que un entomb de esta naturaleza sea el mas saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de sobre todo en el marco de un modelo dominante en nuestra sociedad, donde advierte con claridad la recurrente. La nifia debe vivir en el seno de una familia, de una familia tradicional portuguesa, que des& luego no es la que su padre ha decidido formar, ya que vive con otro hombre como si fueran marido y mujer. No es este lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientaciOn sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se esta en presencia de una anomalía y un niño no debe enter a la sombra de situaciones anormales".

de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de... nacimiento". Además, el artículo I del Protocolo Adicional a° 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 esta, que pretenda justificarse especialmente en los motivos mencionados en el párrafo 1"<sup>23</sup>.

El objeto adicional de protección que ofrece el artículo I 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 interims 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 *humerus 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

Los antecedentes y objetivos de este Protocolo han merecido un informe explicativo, que fue aprobado por el Comité de Ministros el 21 de junio de 2000; este texto puede consultarse en inglés en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/177.1am> y en francés en <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/177.1a.htm>.

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

No deja de sorprender que todavía en el año 2000 el TEDH se viera obligado a reiterar este criterio en el asunto *Mazurek c. Francia*, de 1 de febrero<sup>24</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, a su condición de hijo adulterino, se encontró penalizado en el reparto del caudal hereditario" (54).

La prohibición de discriminación entre los hijos ha tenido plenas consecuencias en las cuestiones patrimoniales y, de modo singular, en los derechos sucesorios, pues "la vida familiar no incluye únicamente relaciones sociales, morales o culturales en la esfera, por ejemplo, de la educación de los menores, sino que comprende también intereses de carácter material, como demuestra la existencia de obligaciones de alimentos o de reserva hereditaria, instituciones existentes en los ordenamientos jurídicos interims 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 testamento 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 *Mazurek*, "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).

## VI. ¿EXISTE EL "DERECHO EUROPEO" A TENER, O NO, HIJOS?

En los últimos años el TEDH se ha enfrentado a una serie de casos en los que de una u otra manera estaba presente el alcance del derecho al respeto de la decisión de tener, o no, hijos: siguiendo el orden cronológico de su resolución, en el asunto *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 al aborto que sufrió como consecuencia de un error médico; en el asunto *Evans c. Reino Unido*, resuelto primero por sentencia de la Sección 4<sup>a</sup> de 7 de marzo de 2006 y luego por la Gran

<sup>24</sup> Selinterroga sobre este retraso del legislador francés, Françoise Dckeuer-Defosse en sus "Conclusions", *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 400.

Sala en sentencia de 10 de abril de 2007, se trató de la demanda presentada por la denegación judicial del implante de los embriones congelados en tratamiento de fecundación *in vitro*, al haber retirado el 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, el asunto *Dickson c. Reino Unido*, resuelto en primera instancia de manera desestimatoria por sentencia de la Sección 4ª de 18 de abril de 2006 y estimado luego por sentencia de la Gran Sala de 4 de diciembre de 2007, que deriva de la demanda de dos ciudadanos británicos contra el Reino Unido por la negativa de las autoridades penitenciarias al acceso a las facilidades para la inseminación artificial de un interno y de su esposa, que está en libertad.

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

#### A). El aborto.

El Tribunal de Estrasburgo nunca se había pronunciado sobre el aborto hasta el año 2004 en el asunto *Vo c. Francia*, de 8 de julio; las reticencias sobre esta cuestión se mantienen en la actualidad, como se evidencia en el asunto *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 procure mantener abierto el tema y no fijar un criterio común para los Estados. A la vista de la diversidad de concepciones sobre cuando 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. Además, el Tribunal no ha resuelto aun la cuestión del principio del derecho «de toda persona a la vida», en el sentido de esta disposición, in 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 tendrá 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 *Tysiak*:

"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 sonata 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 ímicamente 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 embarazada y sus médicos o entre los propios médicos, como sobre la cuestión de saber si se reline!), 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 Lin ciclito en virtud del artículo 156.1 del Código Penal, puede tener un efecto disuasorio en los facultativos cuando deciden si se real= las condiciones para autorizar nn aborto legal en un caso particular. Las disposiciones que define!) las condiciones en las que es posible beneficiarse de un aborto legal deben formularse de forma que atemien 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 Organ() 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 prevale 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 ON 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 vienclo las consecuencias negativas que el embarazo y el parto podía] toner para su salud" (124). Por tanto, el Tribunal rechaza la excepción preliminar del Gobierno y declara que las autoridades no cumplieron con su obligación positiva de asegurar a la demandante el respeto efectivo de su vida privada (129).

Si bien es evidente que en el asunto *Tysiac* el TEDH no reconoce el derecho al aborto, parece que si establece las condiciones mínimas que debe reunir el sistema normativo estatal que prevea supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo y ello después de manifestar que "la legislación que regula la interrupción del embarazo afecta al 'ámbito de la vida privada'", coincidiendo por cierto con lo dicho por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, de 1973.

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 prevean el control a posteriori de las decisiones sobre la posibilidad de abortar legalmente no cumplen esta función; 8) la falta en la legislación de un procedimiento preventivo constituye un incumplimiento del Estado de sus obligaciones positivas a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio.

#### B). El derecho a procrear.

En las jurisprudencias nacionales la capacidad para decidir acerca de la procreación ha sido anudada a diferentes derechos, como la intimidad personal en el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (casos *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535<sup>26</sup>, de 1942, y *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113<sup>27</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).

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

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

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

"no los 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 presta a un tratamiento por FIV y, por otro lado, 110 se puede en principio mantener un equilibrio justo a menos que sea irrevocable el consentimiento del donante masculino. Si bien es cierto que tal tratamiento no requiere el mismo grado de compromiso por parte de los dos interesados, el Tribunal no comparte la idea de que los derechos del donante masculino en virtud del artículo 9 sean menos dignos de protección que los de la mujer afectada..." (66)

"El Tribunal reconoce que el Parlamento podría haber ponderado de forma diferente los intereses en juego confirmando, por ejemplo, al acuerdo del donante masculino un carácter irrevocable, o prohibiendo formalmente a este 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 concede cierto peso al hecho de que si, como ha constatado anteriormente, no existe un consenso internacional sobre la cuestión de hasta que 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 estos 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).

Revista particular inter el asunto *Dickson v. Reino Unido*, que como ya se ha apuntado, ha suscitado dos pronunciamientos no coincidentes del Tribunal de

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

<sup>26</sup> <http://caselaw.lplincilaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&No1=-316&page=535>

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

Estrasburgo<sup>28</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.

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

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

#### VII. La adopción.

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

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

Resulta especialmente recomendable la lectura del estudio de Helen Codd: "Regulating Reproduction: Prisoners' Families, Artificial Insemination and Human Rights", *European Human Rights Law Review*, vol. 1, 2006, págs. 29 y véase el citado por los demandantes en sus argumentos ante la Gran Sala.

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

Ahora bien, si el Estado parte va más allá de lo previsto en el Convenio y reconoce la adopción, no puede tomar medidas discriminatorias en el sentido del artículo 14. Por este motivo, el Tribunal concluye que el artículo 14 en relación con el 18 es aplicable al caso E. B. donde se enjuicia la actuación de las autoridades francesas en el procedimiento previsto en orden a obtener la acreditación necesaria para adoptar a un

En palabras del Tribunal, "las autoridades administrativas interims 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 interims 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 clue done 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 denen las personas solteras a solicitar la preceptiva autorización para adoptar, puesto que el presente caso no se refiere a una solicitud de autorización para la adopción presentada por una pareja, casada o no, sino por una persona soltera. En opinión del Tribunal tal motivo podría llevar a una negativa arbitraria y servir de pretexto para descartar la solicitud de la demandante debido a su homosexualidad.

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

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

#### VIII. LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.

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

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

judiciales competentes, puedan hacerse cargo de los menores cuando las circunstancias lo requieran. En tales supuestos, estas injerencias estatales deben cumplir tres requisitos: "estar previstas por la ley", "perseguir uno o mas fines legítimos" y que puedan "ser consideradas necesarias en una sociedad democratica" (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. Rein() Unido*, de 8 de julio de 1987). Y es que "las opiniones y los intereses de los padres naturales figuran necesariamente entre los elementos a sopesar por la autoridad local a la hora de tomar decisiones relativas a un niño al que ella asiste. El proceso de decisión debe ser adecuado entonces para garantizar que les sean comunicadas, que ella las tenga en cuenta y que los padres puedan ejercer a tiempo cualquier recurso() que se les ofrezca" (asunto *B.*, 64).

El Tribunal recuerda que no debe sustituir a las autoridades nacionales en materia de custodia y visitas y admite que dichas autoridades se encuentran ante una tarea extremadamente difícil cuando se pronuncian en un ámbito tan delicado. Prescribirles en cada caso un procedimiento rígido no haría sino **mas 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 *Gorgiilu c. Alemania*, de 26 de febrero de 2004).

Por estos motivos, y en segundo lugar, las medidas que adopten las autoridades interims 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  *y K.S.*, 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 el 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 una inoportunidad, es favorable para el interés del menor el mantenimiento de los lazos con su evitando así que rompa con sus raíces (asunto *Guahore c. Francia*, de 19 de septiembre de 2000).

Esta regla ni siquiera debe quebrar por el encarcelamiento del progenitor, pues "salvo 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 señala que si "la prohibición de ejercer la patria potestad se aplica automáticamente y de manera absoluta en concepto de pena accesoria a toda persona que cumple una pena de prisión, sin ningún control por parte de los tribunales y sin que se tengan en cuenta el tipo de infracción y el interés de los menores... constituye más bien una reprobación moral cuya finalidad es el castigo del condenado y no una medida de protección del niño" (48 y 49). Si se tienen en cuenta estas circunstancias, llega a la conclusión de que la privación en términos absolutos y por efecto de la Ley de la patria potestad no persigue un fin legítimo, a saber la protección de la salud, de la moral o de la educación de los menores, por lo que se produce una violación del artículo 8 del Convenio.

#### IX. LOS DERECHOS DE VISITA Y, EN SU CASO, DE REAGRUPACION 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 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. Einlanclia*, de 23 septiembre de 1994; *Johansen c. Noruega y 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 perturbar 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 pueden 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 constituiría 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 los 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*, num. 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 plena 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 vulneraran, corresponde a las autoridades nacionales velar por el equilibrio justo. En resumen, la cuestión decisiva consiste en saber si las autoridades nacionales realizaron, al llevar a cabo los preparativos necesarios para el reagrupamiento, los esfuerzos necesarios que en este caso se podía exigir de ellas.

Un problema que reviste especial gravedad en el contexto del reagrupamiento de los padres e hijos es el de la sustracción internacional de menores, donde el Tribunal ha recordado que "las obligaciones positivas que el artículo 8 del Convenio hace pesar sobre los Estados contratantes en materia de reunión de un padre con sus hijos, estas 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*, dc 29 de abril de 2003, 51). En esta sentencia se recuerda que:

"en sus artículos 3, 7, 12 y 13, la Convención de La Haya contiene todo un conjunto de medidas tendientes 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, en el presente, y con la ayuda de cualquier intermediario, deben adoptar todas las medidas adecuadas para localizar a un niño sustraído o retenido ilícitamente y asegurar la entrega del menor al padre titular del derecho de guarda. Para ello, en aplicación del artículo 11 de la Convención de La Haya, las autoridades judiciales o administrativas de cualquier Estado contratante deben proceder de urgencia de cara al regreso del niño. El Tribunal señala que estas medidas pueden ser ejecutadas de oficio por las autoridades internas competentes" (57 y 58).

## X. LOS DERECHOS A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y AL CONOCIMIENTO DE INFORMACIONES SOBRE LA INFANCIA Y LOS ORIGENES 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 alms O Palses Bajos*).

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

Los Estados Contratantes del Convenio tienen distintas soluciones al problema que surge cuando un supuesto padre se niega a cumplir con las Ordenes 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 Ordenes 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 Ordenes judiciales únicamente está en conformidad con el principio de proporcionalidad si dispone de un medio alternativo que posibilite a una autoridad independiente decidir sobre una demanda de paternidad rápidamente. Además, al decidir sobre una demanda de paternidad, los Tribunales deben tener en cuenta el principio básico del interés del niño (64 y 65).

El TEDH también ha considerado protegido por el Convenio el interés de las personas "en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia y sus años de formación" (asunto *Gaskin c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989). Aclara en esta misma sentencia que "hay que tener también en cuenta que el carácter reservado de los expedientes administrativos es muy importante si se quiere disponer de informaciones objetivas y merecedoras de crédito; y que, además, puede ser necesario para proteger a terceras personas. Desde este punto de vista, un sistema como el británico que subordina el acceso a los expedientes al consentimiento de los informantes puede considerarse en principio compatible con el artículo 8, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, cuando no se consigue entrar en relación con el informante o este niega abusivamente su conformidad, el sistema debe proteger los intereses de cualquiera que pretenda consultar los datos sobre su vida privada y familiar y solo 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 de 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 *Odierre c. Francia*, de 13 febrero de 2003): "la cuestión del acceso a sus orígenes y del conocimiento de la identidad de sus padres biológicos no es de igual naturaleza que la del acceso al expediente personal sobre un niño acogido o que la de la búsqueda de pruebas de una paternidad solicitada. El Tribunal se encuentra en este caso ante una persona dotada de una filiación adoptiva que busca a otra persona, su madre biológica, que la abandonó al nacer y que solicitó expresamente el secreto de dicho nacimiento:

"La expresión «data persona» del artículo 8 del Convenio se aplica también 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 de la 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 despreciables, no solamente para su propia madre, sino también para la familia adoptiva que la cría para su padre y sus hermanos biológicos, quienes tienen todos igualmente derecho al respeto de su vida privada y familiar. En estas condiciones, la cuestión a la que debe responder el Tribunal -el derecho a saber- significa la obligación de divulgar? - adquiere toda su dimensión respecto al margen de apreciación del Estado...

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

## XI. LA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS.

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

En el asunto *Kjeldsen, Busk Madsen, y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, el TEDH concluyó que "el artículo 2 forma un todo que comienza 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 instruccIOn se inserta el derecho enunciado por la segunda frase del articulo 2. Al cumplir un deber natural hacia sus hijos, de quienes les incumbe prioritariamente "asegurar (la) educaciOn y (la) enseianza", los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosOficas. Su derecho corresponde, plies, a una responsabilidad estrechamente ligada al goce y ejercicio del derecho a la instruccIOn. Por su parte, "las disposiciones del Convenio y del Protocolo deben ser consideradas como un todo". Por tanto, las dos frases del articulo han de ser leidas a la luz, no solamente la una de la otra, sino tambien en particular de los articulos 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 religion" y a "la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas" (52).

En un caso que data ya de P aace cuarenta altos, el asunto *relativo a ciertos aspectos del regimen lingüístico de la enseianza en Belgica*, de 23 de julio de 1968, el TEDH se ocupO del regimen lingüístico en la educaciOn y constatO "el caracter no arbitrario y, por ende no discriminatorio, de las medidas que tienden a garantizar, en las regiones unilingües que la lengua de enseianza de las escuelas oficiales o subvencionadas sea exclusivamente la de la region. Estas medidas no impiden a los padres francOfonos que lo deseen proporcionar a sus hijos una instruccIOn en frances ya sea en escuelas privadas no subvencionadas, ya en una escuela de la region unilingüe francesa o de Bruselas capital". Pero el TEDH si estimó contraria al Convenio la prevision "que impide a ciertos por el solo hecho de residencia de -sus padres, acceder a las escuelas de lengua francesa existentes en los seis municipios".

Los castigos corporates en la escuela (asunto *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982), han entrado en la categorla de "tratos degradantes" prohibidos por el Convenio, que con caracter general son los capaces de "crear un sentimiento de miedo, angustia e inferioridad, susceptibles de humillar, de envilecer y, eventualmente, de quebrar la resistencia fisica o moral". En este asunto el TEDH consider() una vulneraciOn del Convenio la expulsion temporal del hijo de una de las demandantes por la oposiciOn suya y de sus padres a sufrir castigos corporates.

En otro ambito especialmente importante, el TEDH concluy(), en contra de la demanda presentada por varios padres de familia daneses, que la obligatoriedad de la educaciOn sexual en la escuela no vulnera el derecho a la educaciOn (asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c.i Dina, narca*, ya citado).

En esta importante resolucien, se recuerda que "la definiciOn y la elaboracion del programa de estudios son, en principio, competencia de los Estados contratantes. Se trata, en amplia medida, de un problema de oportunidad, sobre el coal el Tribunal no tiene que pronunciarse y cuya soluciOn puede legitimamente variar, segün los paises y las apocas. En particular, la segunda frase del articulo 2 del Protocolo no impide a los Estados difundir, mediante la enseianza o la educacin, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, caracter religioso o Mosaic°. No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integracion de tal enseianza o educaciOn en el programa escolar, sin lo coal cualquier enseianza institucionalizada correria el riesgo de

mostrarse impracticable. Parece, en efecto, muy difcil que cierto ntimero de asignaturas enseliadas en el colegio no tengan, de cerca o de lejos, un time o incidencia de car(icter I ose5fi co. Lo mismo ocurre con el canicter se tiene en cuenta la existencia de religiones que forman un conjunto clogmatico y moral muy vasto, que tiene o puede teller respuestas a toda cuestian de orden filosOfico, cosmolegico o etico.

La segunda frase del articulo 2 implica, por el contrario, que el Estado, al cumplir las funciones por el asumidas en materia de educaciOn y enseianza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean di fundidas de mancrta objetiva, critica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filoseficas de los padres. Aqui se encuentra el I finite que no debe ser sobrepasado" (53).

Debe insistirse en la diferencia clue traza el Tribunal entre la educaciOn sexual y las clases de religiOn: los padres consideraban discriminatoria la posibilidad de exenciOn a la segunda y no a la primera; para el TEDH la diferencia esta justificada pees en un caso se transmiten creencias y en el otro conocimientos objetivos. En terminos literates: "el Tribunal constata, al igual que la ComisiOn, que existe una diferencia de naturaleza entre la instruccIOn religiosa y la educaciOn 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 distincIOn denunciada por los demandantes se apoya sobre elementos de hecho difrentes y encaja con las exigencias del articulo 14" (56).

Estos conflictos se han vuelto a plantear en los recientes asuntos *Folgero y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007, y *Hamm y Eylem Zengin c. Turquia*, de 9 de octubre de 2007. El asunto *Folgero*, resuelto por la Gran Sala del Tribunal, trae causa trata de las quejas presentadas por unos padres que no profesan la religiOn cristiana respect° a la negativa de las autoridades internas a conceder a sus hijos una exenciOn total de una asignatura que figura imperativamente en el programa de enseianza obligatoria en Noruega, cuyo contenido es el estudio del cristianismo, la religiOn y la filosofia ("la asignatura de KRL") y denuncian una discriminaciOn contraria a los articulo 14 y 8 del Convenio.

En su fundamentaciOn juridica, el TEDH analiza, por to que aquf importa, los contenidos de la "asignatura KRL" y la mancrta en la que se imparte, y concluye que Noruega no ha respetado el derecho de los padres del articulo 2 en tanto no ha asegurado que las informaciones y conocimientos del programa de la asignatura sean difundidos de manera objetiva, critica y pluralista. Destacan varios motivos: la asignatura posee una vocaciOn cristiana, que se evidencia en la mayor intensidad cuantitativa y cualitativa con la que deben enseiarse los conocimientos relativos a e\$ta religiOn en comparaciOn con las demos; en segundo lugar, se contemplan la r alizaciOn de actividades como rezos, canticos religiosos, interiorizaciOn de los tpxtos religiosos, etc... Todo ell() ya supone la posible injerencia en las convicciones rOgias o filosOficas de los padres y, por tanto, la necesidad de que el Estado \*y ea mecanismos que garanticen su respeto. Y ahi es donde el TEDH considera

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

Por lo que respecta al ámbito de la Unión Europea, las cuestiones educativas han venido vinculadas a la condición de hijo de nacional comunitario o extracomunitario; en el primer caso el TJCE ha estimado que no cabe exigir requisitos adicionales a los hijos de residentes comunitarios (por ejemplo, una tasa adicional de matrícula), cosa que si 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).

DOCTRINA ESTRANGEIRA

## LA PROTECCION JURIDICA DE LA VIDA ANTE EL TRIBUNAL DE Estrasburgo: UN DERECHO EN TRANSFORMACION Y EXPANSION

FERNANDO REY MARTINEZ'

RESUMO: A interpretação do artigo 2 do Tratado de Roma tem passado, especialmente na última década, por uma transformação, partindo de uma simples cláusula de apoio, sob condições específicas, da pena de morte, e tornando-se um instrumento para evitar a ação estatal excessiva no combate ao terrorismo. A Corte Europeia de Direitos Humanos, em sua jurisprudência, apoiou particularmente a proteção jurídica da vida interpretando restritivamente os limites e avançando ao máximo os parâmetros de proteção, como a identificação da dimensão processual do direito.

Ao mesmo tempo, a Corte tem achado novas dimensões para proteger o direito à vida, alargando as já utilizadas ao considerar violado o artigo 2 não apenas em casos de "ação estatal" mas, também, face à omissão do Estado em razão de determinados riscos à vida dos cidadãos.

Por outro lado, também durante o período de aprovação do Tratado de Roma, era muito forte a noção da indisponibilidade privada da vida, mas foi permitida uma abertura (sob limitações específicas, claro) à disponibilização pública da vida (sob a perspectiva do Estado), desde a década de 80 estamos observando uma abertura a uma tendência a considerar a vida cada vez menos disponível ao Estado (por meio da abolição da pena de morte e de uma compreensão restritiva das limitações ao direito à vida, etc) O ponto de partida do debate sobre a disponibilidade particular da vida continuava. O Tribunal Europeu, no caso *Pretty*, não quis, no entanto, encerrar o debate antes que este se iniciasse em cada um dos sistemas legais dos Estados-membros da União Europeia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Vida; Tratado de Roma; Corte Europeia de Direitos Humanos.

ABSTRACT: The interpretation of article 2 of the Rome's Treaty have experienced, especially in the last decade, a transformation from a simple endorsement's clause under specific conditions of the death penalty becoming an instrument to avoid excessive state actions in the fight against terrorism. The Court in its jurisprudence have particularly endorsed life's legal protection interpreting in a narrow way the boundaries, and advancing to the maximum the protection's standards, such as the identification of the procedural dimension of the right.

At the same time, the Court have been finding new dimensions to protect the right to life, broaden the usual ones when considers violated the article 2, not only based on "state actions" but, also on the state's omission facing determined kind of risks to the citizens' life.

On the other hand, as well as during approval's period of the Rome's Treaty, it was strong the idea of private's unavailability of life, but was allowed an opening (under specific

---

Doutorado em Direito pela Universidade de Valladolid, Espanha, com Especialização em Bioética. Professor do Departamento de Direito Constitucional, Direito Eclesiástico e Processual na mesma Universidade. Membro da Associação Espanhola de Direito Constitucional e da Associação Espanhola de Constitucionalistas.