

EL DERECHO AL RESPETO LA VIDA FAMILIAR DE
LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA
JURISPRUDENCIA DEL TEDH

*THE RIGHT TO RESPECT FOR FAMILY LIFE OF PEOPLE WITH
DISABILITIES IN THE LIGHT OF THE ECHR'S CASE LAW.*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17, ISSN: 2386-4567, pp. 498-513



Marta GÓMEZ
LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Los intereses que concurren en el ámbito del derecho al respeto a la vida familiar, no conciernen únicamente al individuo que ejerce su derecho, sino a aquellos con los que mantiene la relación fáctica que constituye la vida familiar. La resolución de las controversias donde el derecho al respeto a la vida familiar se encuentra afectado, implican que el Tribunal deberá de buscar un equilibrio de los intereses en conflicto: el interés parental y el interés superior del menor, lo cual es aún más delicado cuando son los derechos de las personas con discapacidad los que se pueden haber vulnerado.

PALABRAS CLAVE: Derecho al respeto a la vida familiar; interés superior del menor; discapacidad; Convenio Europeo de Derechos Humanos; apoyos.

ABSTRACT: *The interests that concur in the field of the right to respect for family life, not only concern the individual who exercises his right, but also those with whom it maintains the factual relationship that constitutes family life. The resolution of controversies where the right to respect for family life is affected, imply that the Court must seek a balance of the conflicting interests: the parental interest and the best interests of the child, which is more delicate when it is the rights of people with disabilities that may have infringed.*

KEY WORDS: *Right to respect for family life; the best interests of the child; disability; European Convention on Human Rights; supports.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR: EL ART. 8 CEDH.- 1.- El interés superior del menor: la doctrina de la separación paterno-filial.- III. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Los arts. 12 y 23 de la CNY.- 2.- La jurisprudencia del TEDH en el ámbito de la vida familiar de las personas con discapacidad.

I. INTRODUCCIÓN.

De entre los Derechos Humanos que consagra el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), el derecho al respeto de la vida familiar del arts. 8 es uno de los derechos en los que la exigencia de sensibilidad por parte de las autoridades para el tratamiento de los supuestos donde hay riesgo de vulneración, es mayor; ya que se trata del escenario donde el individuo se desarrolla personalmente y establece vínculos con sus familiares que son fundamentales para poder disfrutar del ejercicio del derecho.

Los Estados deben aplicar medidas que garanticen el ejercicio del derecho a la vida familiar -la cual se da entre dos o más personas, cuando existe una relación de hecho o vínculo por el que se denote la misma-, así como no intervenir en aquella, salvo que sea para preservar el interés superior del menor, conforme a la jurisprudencia del TEDH.

En los supuestos donde se ven afectadas personas con discapacidad, la vigilancia y control estatal deben ser más intensos, ya que, como consecuencia de la situación de vulnerabilidad, se producen mayores restricciones de derechos y deberes en pro de otros intereses. El TEDH lleva a cabo una ponderación de los intereses afectados en este tipo de conflictos, abogando en todo momento por un equilibrio entre el interés superior del menor y el derecho a la vida familiar de la persona con discapacidad, consagrando como regla general el mantenimiento de los vínculos familiares y, como excepción, la separación paterno-filial.

II. EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR: EL ART. 8 CEDH.

El CEDH¹, de 4 de noviembre de 1950, reconoce una serie de derechos que deben ser garantizados y respetados por los Estados adheridos, no solo respecto a

¹ España ratificó el Convenio el 4 de octubre de 1979 a través del Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE n° 243, de 10 de octubre de 1979.

• Marta Gómez López

Investigadora predoctoral. Departamento de Derecho civil de la Universidad de Valladolid. Correo electrónico: martagolo1@hotmail.com.

sus nacionales, también hacia las personas que se encuentren bajo su jurisdicción². Nos encontramos ante una pieza clave desde la perspectiva de la universalización de los Derechos Humanos, al habilitar un mecanismo de protección de los derechos y libertades, y un mecanismo de control supranacional sobre las vulneraciones que los Estados Contratantes pueden acometer.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es el encargado de ejercer las competencias jurisdiccionales que dimanan del CEDH, debiendo determinar cómo se debe interpretar y aplicar el Convenio y sus Protocolos. Su misión principal es asegurar únicamente el cumplimiento del mismo por parte de los Estados del Convenio, y no de los derechos contenidos en los ordenamientos jurídicos nacionales³, aunque estos deben diseñarse tomando como referencia el contenido del primero; así, no pueden ofrecer un canon de protección nacional menos favorable que colocara a los ciudadanos en una situación de perjuicio desde el punto de vista de los Derechos Humanos. La labor interpretativa del TEDH permite que la aplicación del CEDH se ajuste a las circunstancias sociales actuales, de forma que la protección de los derechos consagrados se continúe garantizando a través de las legislaciones estatales en consonancia con la evolución de la sociedad.

Para los Estados se derivan una serie de obligaciones: por un lado, aquellas de carácter positivo, por las que deben de garantizar el ejercicio y goce de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, sin que terceras personas puedan obstaculizarlos y, si la injerencia se llegara a producir, el Estado incurrirá en responsabilidad por incumplimiento de los deberes del Convenio; y, otro lado, aquellas de carácter negativo, en virtud de las cuales deben inhibirse y no interferir en el ejercicio efectivo de los derechos⁴.

Hay determinados derechos del Convenio cuya perspectiva jurídica ha variado por los cambios que ha experimentado el ámbito al que afectan, es el caso del arts. 8 CEDH, el cual reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar en su párrafo primero: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".

En los años cincuenta, la concepción de la familia se correspondía con la "familia tradicional": un hombre y una mujer unidos a través de un vínculo matrimonial, por ello el arts. 12 CEDH establece que: "A partir de la edad núbil, el hombre y

2 Art. 1 CEDH: "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio".

3 BILBAO UBILLOS, J. M.: "Las garantías de los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Constitucional II* (coord. P. BIGLINO CAMPOS), Aranzadi S.A.U., Navarra, 2018, p. 450.

4 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: "El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en AA.VV.: *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (dir. F. RUBIO LLORENTE), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 47-53.

la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”, no contemplando otra posibilidad diferente al matrimonio como vía para la fundación de un núcleo familiar. Con el paso del tiempo, el matrimonio entre un hombre y una mujer ha dejado de ser la única vía para la constitución de una familia, abriendo camino a otras clases de vínculos, lo que ha generado supuestos de discriminación por parte de los Estados al no adaptar sus ordenamientos jurídicos a las nuevas realidades⁵.

A pesar de la presencia de un derecho al respeto a la vida familiar en el contexto europeo, no existe una definición del concepto de “familia” al que podamos acudir para saber cuándo nos encontramos ante una vulneración del derecho. El CEDH no ofrece una definición, ni siquiera el TEDH a través de su labor jurisprudencial, aunque sí que podemos señalar que al realizar el análisis del supuesto concreto, comprueba si existe o no vida familiar; entendiendo que la familia no conlleva obligatoriamente vínculos biológicos, pero sí en la mayor parte de los casos, una relación de convivencia entre los integrantes de la misma⁶, aunque hay casos en los que aun no habiendo convivencia entre las partes, podemos determinar la existencia de vida familiar a través de otros elementos⁷. La vida familiar puede ser constatada en virtud de vínculos familiares de facto, aun cuando las partes no coexistan entre sí, pero concurren otros factores que denoten la existencia de vida familiar a los efectos del arts. 8 CEDH⁸.

Podemos deducir que el Tribunal comprende la vida familiar como una “relación de hecho bilateral constitutiva de la misma, bien entre dos adultos (relación matrimonial o no matrimonial, heterosexual u homosexual), bien entre un hijo y cada uno de sus padres, biológicos o no, o respecto de otros parientes⁹”.

- 5 En este sentido, SALES I JARDÍ, M.: “La ampliación de los derechos contenidos en el derecho al respeto de la vida familiar”, en AA.VV.: *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la interpretación constructiva* (dir. M. SALES I JARDÍ), JM Bosch Editor, Barcelona, 2015, p. 20, indica que los ciudadanos han acudido al TEDH para denunciar las discriminaciones cometidas por los Estados por ser miembros de “familias no legítimas”, haciendo referencia a la supresión de la distinción entre familia legítima y familia natural a través de la STEDH 6833/74, de 13 de junio de 1979, por constituir una discriminación al entender que el art. 8 CEDH incluye en el término familia a otras relaciones diferentes a las matrimoniales, no solo a las matrimoniales.
- 6 STEDH 18 diciembre 1986, Johnston y otros c/ Irlanda considera que la convivencia durante 11 años de una pareja unida a través de un vínculo extramatrimonial, es un elemento suficiente para determinar que nos encontramos ante una “familia” a efectos del art. 8 CEDH, debiendo disfrutar de su protección.
- 7 STEDH 21 de junio 1988, Berrehab c/ Reino de los Países Bajos, determina que la vida en común no es una condición imprescindible para el desarrollo de la vida familiar entre los padres y los hijos menores, por ello el derecho de visitas del demandante respecto a su hija, consistente en cuatro encuentros por semana, es motivo suficiente para considerar la existencia de vida familiar entre aquellos.
- 8 SALES I JARDÍ, M.: “La ampliación de los derechos”, cit., p. 37.
- 9 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad”, en AA.VV. *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad* (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York) (dir. C. ROGEL VIDE y C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ), Reus, Madrid, 2019, pp. 216-217.

El arts. 8.2 CEDH establece una protección reforzada hacia el derecho al respeto a la vida familiar consistente en que toda intromisión estatal que afecte al ejercicio del derecho ha de tener un reflejo legal, siempre y cuando sea indispensable para garantizar una serie de fines legítimos, como la seguridad nacional, el orden público u otros derechos y libertades¹⁰. Además, dichas injerencias estatales no pueden constituir discriminaciones en el ejercicio al derecho a la vida familiar, en conformidad con lo establecido en el arts. 14 CEDH¹¹. El Convenio establece una serie de obligaciones a los Estados que han de cumplir para salvaguardar la vida familiar, bien pueden ser positivas, en relación con el respeto y habilitar un escenario adecuado para el desarrollo de la vida familiar, o bien negativas, en el sentido de que el Estado debe abstenerse de toda injerencia en el ejercicio del derecho, pero si se produjera la intervención de la autoridad pública para limitarlo, deberá de estar debidamente justificada en virtud de lo establecido en el párrafo segundo del arts. 8 CEDH¹²:

a) La injerencia estatal debe estar prevista en la ley¹³. La medida en cuestión no solo debe tener una base en derecho interno, sino que apunta también a la calidad de la Ley encausada: debe ser accesible y previsible, además de aportar seguridad jurídica.

b) El fin debe ser legítimo, para lo que es necesario que la injerencia se fundamente en uno de los objetivos del arts. 8.2 CEDH: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás¹⁴.

c) La medida tiene que ser necesaria en el contexto de una sociedad democrática, es decir, cuando su adopción sea en respuesta de “una necesidad social imperiosa

10 Art. 8.2 CEDH: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

11 Art. 14 CEDH: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

12 MILLOS, G.: “La protección de la familia del extranjero en el ámbito del Derecho internacional”, en AA.VV.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros* (dir. J. ROLDÁN BARBERO), Comares, Granada, 2021, p. 59.

13 La injerencia estatal debe estar prevista por la ley, lo cual implica que la medida inculpada ha de tener una base en una disposición de derecho interno, además de que la Ley en cuestión exigen la accesibilidad de esta para la persona implicada, que además debe poder prever las consecuencias para ella, y su compatibilidad con la preeminencia del derecho, en SSTEDH 25 de marzo 1998, asunto Kopp c/ Suiza; 16 febrero 2000, asunto Amman c/ Suiza.

14 El fin será legítimo siempre y cuando se requiera para el respeto de las exigencias del art. 8.2 CEDH “la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

y si los medios empleados son proporcionales a los fines perseguidos”, debiendo el Tribunal comprobar si se ha garantizado en todo momento el equilibrio entre los intereses de las personas afectadas por la injerencia estatal y los intereses de la sociedad.¹⁵

I. El interés superior del menor: la doctrina de la separación paternofamiliar.

Como hemos indicado anteriormente, el TEDH dota de gran relevancia los vínculos fácticos a la hora de determinar si nos encontramos ante la existencia de vida familiar; por ello el hecho de que los progenitores y sus hijos estén juntos, constituye un elemento fundamental de la vida familiar; y toda medida que obstaculice el mantenimiento de la relación, está interfiriendo en el ejercicio del derecho protegido por el arts. 8 CEDH¹⁶.

El interés superior del menor ocupa una posición prevalente en el concepto de vida familiar; las medidas que se adopten deberán de garantizar la salvaguarda de dicho interés, llegando incluso superponerse al interés de los progenitores¹⁷. La Convención de los Derechos del Niño (CDN) consagra en su arts. 3 el interés superior del niño, indicando que aquellas medidas que tomen las autoridades en las que los niños se vean implicados, deberán de tener en cuenta el interés superior del niño, velando los Estados por su bienestar y salvaguarda, tanto en las relaciones paternofamiliares, como sobre las instituciones, servicios y establecimientos que supervisen a los niños; por tanto, los Estados deben intervenir mediante un papel protector, en los supuestos donde la vida familiar de un menor constituya un perjuicio para él, procediendo en determinados casos a la ruptura de las relaciones familiares en pro de su interés superior. La idea de la intervención estatal para garantizar el cuidado del menor se reitera en el párrafo primero del arts. 9 CDN que consagra el derecho del niño a no ser separado de sus progenitores¹⁸, de forma que la separación solamente se producirá cuando las autoridades lo consideren necesario para el interés superior del menor. Cabe que dicha decisión sea revisada

15 En la STEDH 9 octubre 2003, asunto Slivenko c/ Letonia, el Tribunal indicó cuándo la actuación de las autoridades públicas estatales que constituye una injerencia en el ejercicio de los derechos consagrados en el arts. 8.1 del CEDH, se considerará “necesaria en una sociedad democrática”.

16 STEDH 24 febrero 1995, asunto McMichael c/ Reino Unido. Este pronunciamiento se observa en una gran cantidad de resoluciones del TEDH, como STEDH 8 julio 1987, asunto B. c/ Reino Unido; incluso cuando los progenitores hubieran roto sus relaciones, STEDH 5 diciembre 2002, asunto Hoppe c/ Alemania.

17 SALES I JARDÍ, M.: “La disolución del vínculo familiar”, en AA.VV.: *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la interpretación constructiva* (dir. M. SALES I JARDÍ), JM Bosch Editor, Barcelona, 2015, p. 186.

18 Art. 9.1 CDN: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

judicialmente, entendiendo que siempre y cuando la autoridad que la dictó no sea un órgano judicial, ya que en este caso la revisión no sería precisa¹⁹.

El interés superior del menor es la piedra angular sobre la que orbitan gran parte de sus derechos, entre ellos el derecho a no ser separado de sus padres, y aunque nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado del que no podemos ofrecer una definición precisa, lo que está claro, como indica Matía Portilla, es que “prefigura la privilegiada relevancia que debe darse al bienestar del menor en la ponderación que, en su caso, deba realizarse²⁰”.

En este ámbito, el TEDH definió en dos puntos la doctrina que aplica en los supuestos de separación paterno-filial: garantizar el desarrollo óptimo del menor en un entorno sano, y posibilitar el mantenimiento de las relaciones familiares, lo cual, no sucederá si se ha considerado a la familia como “particularmente indigna” por los comportamientos llevados a cabo²¹. Cuando se produce la separación, el TEDH debe valorar si la medida es necesaria y proporcional²² respecto a las circunstancias concretas. La separación paterno-filial constituye una medida que restringe de forma absoluta el elemento principal de la vida familiar: el mantenimiento de las relaciones entre padres e hijos, por ello los motivos por los que se adopte deben ser irreconciliables con el interés superior del menor, sin poder garantizar la salvaguarda de este último a través de otras soluciones que no supongan la ruptura de los vínculos familiares.

III. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

I. Los arts. 12 y 23 CNY.

El arts. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad²³ (CNY), reconoce a las personas con discapacidad como personas ante la ley, estableciendo el derecho a que les sea reconocida su personalidad jurídica²⁴, independientemente del lugar donde se encuentren, así como asumir derechos y contraer obligaciones en idénticas condiciones con las demás personas

19 MATÍA PORTILLA, F. J.: “¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida”, en AA.VV.: *De la intimidad de la vida privada y familiar. Un derecho en construcción* (dir. F. J. MATÍA PORTILLA y G. LÓPEZ DE LA FUENTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 233.

20 MATÍA PORTILLA, F. J.: “¿Los menores tienen un derecho?”, cit., p. 233.

21 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “El derecho a la vida familiar”, cit., p. 218.

22 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “El derecho a la vida familiar”, cit., p. 218.

23 España ratificó la Convención el 21 de abril de 2008 a través del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE nº 96 22 de abril de 2008.

24 Art. 12.1 CNY: “Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

en todos los ámbitos²⁵ y, en el caso de que tuvieran dificultades para ejercer su capacidad jurídica, el papel del *Estado garante* vuelve a aparecer a través de medidas de apoyo para llevar a cabo dicho ejercicio²⁶.

La CNY recoge un sistema de apoyos donde prima la voluntad, las prioridades y el respeto hacia la persona, las medidas de apoyo no deben constituir una sustitución de la autonomía de la persona con discapacidad, sino un complemento de la voluntad personal²⁷.

La intervención estatal se extiende al ámbito del respeto de la familia de la persona con discapacidad, el arts. 23 CNY establece que se llevará a cabo cualquier actuación que sea necesaria para luchar contra la discriminación que puedan sufrir en cuestiones relacionadas con la familia, como el derecho a contraer matrimonio, la fundación de una familia, la decisión de tener hijos, entre otras.

Como ya indicamos, principalmente la vida familiar es la relación fáctica que existe entre un progenitor y su hijo, en la que el primero es titular de una serie de derechos y obligaciones; si el progenitor fuera una persona con discapacidad, el Estado deberá de auxiliarle en todo lo que fuera preciso, siempre y cuando en el diseño del apoyo prime el interés superior del menor²⁸. La obligación negativa de los Estados de no injerencia en el ejercicio del derecho al respeto a la vida familiar del arts. 8.2 CEDH, se asemeja a los deberes que se recogen en los apartados 3,4,5 del arts. 23 CNY, no solo respecto a los progenitores con discapacidad, sino también respecto a los menores discapacitados: se ha de garantizar el ejercicio de los derechos del ámbito de la vida familiar, la separación paterno-filial llevada a cabo por las autoridades competentes se adoptará siempre que sea necesaria para la protección del niño o niña, y cuando previamente se hayan adoptado medidas para apoyar a los progenitores con o sin discapacidad y a los hijos con o sin discapacidad, sin que en ningún caso se produzca una separación en virtud de decisiones discriminatorias por razón de discapacidad, y no porque no se hubieran prestado todas las atenciones posibles.

25 Art. 12.2 CNY: "Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida".

26 Art. 12.3 CNY: "Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

27 CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, J. L.: "Cambio de paradigma del modelo de la discapacidad fruto de la Convención", en AA. VV.: *El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (coord. J. G. STORCH DE GRACIA Y ASENSIO), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2018, p. 37.

28 Art. 23.2 CNY.

2. La jurisprudencia del TEDH en el ámbito de la vida familiar de las personas con discapacidad.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, implica que son titulares de los derechos humanos y libertades fundamentales que figuran en el CEDH, es por ello por lo que la aplicación del tratamiento jurisprudencial que el TEDH ofrece sobre el derecho al respeto a la vida familiar, se extiende a los supuestos en los que se encuentran afectadas personas con discapacidad, con la única diferencia de que la labor de garante de los derechos del Tribunal, se refuerza en pro de los derechos de la vida familiar de aquellas, para garantizar que la discapacidad *per se* no sea el motivo por el que se adopten medidas restrictivas, ya que entonces estaríamos en presencia de una discriminación²⁹. Sobre la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad, Fulchiron pone de relieve la importante obligación que recae sobre los Estados de controlar de forma minuciosa las restricciones de los derechos y deberes parentales de las personas con discapacidad, con motivo de preservar el interés superior del menor³⁰.

Al ser primordial que los padres y los hijos estén juntos para poder desarrollar su vida familiar, las medidas de apoyo que presten los servicios sociales a las personas con discapacidad, ya sea física o mental, deben de estar encaminadas al mantenimiento de la relación en la medida de lo posible.

En el asunto *Johansen contra Noruega*, de 7 de agosto de 1996³¹ se aprecia la adopción de medidas de carácter temporal encaminadas a la reconciliación de las relaciones paternofiliales y de medidas que suponen la ruptura de los vínculos entre la progenitora y su hija. El TEDH examinó la asunción de la tutela de la menor de forma provisional por una entidad y la suspensión de la patria potestad y del derecho de visitas con carácter definitivo de la demandante por razón de los problemas mentales que padecía no resueltos, los cuales incidían negativamente en sus aptitudes para cuidar de una menor. El desarrollo del caso estaba condicionado, no solo por la salud mental de la progenitora, sino por la difícil situación vivida con anterioridad respecto a su primer hijo, del que también una entidad asumió su tutela temporalmente para preservar su bienestar. Los servicios de protección del menor recomendaron para el beneficio del interés superior de la niña, a la que llevaron a un hogar de acogida con vistas a su adopción, que las autoridades debían suspender a la demandante de sus derechos parentales y del derecho de visitas.

29 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "El derecho a la vida familiar", cit., p. 219.

30 FULCHIRON, H.: "Exercice par les personnes handicapées mentales de eur responsabilité parentale", en AA. VV.: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 383, realiza un análisis de tres sentencias del TEDH: A.K. et L. c/ Croacia, Dimitriy Ryabov c/ Rusia y Kocherov et Sergeyeva c/ Rusia, sobre las responsabilidades que como progenitores les corresponden ejercer a las personas con discapacidad.

31 STEDH 7 agosto 1996, asunto Johansen c/ Noruega.

La demandante alegó ante el TEDH una vulneración del derecho al respeto de su vida familiar garantizado por el arts. 8 del Convenio provocada por la asunción de la tutela de su hija por la entidad pública, la privación de sus derechos parentales y la supresión de las visitas. Esta serie de medidas que adoptaron las autoridades constituyen una injerencia clara en el ámbito de la vida familiar que debe someterse al test del Tribunal: la medida estaba prevista en el Derecho interno noruego; el fin legítimo se basaban en motivos no solamente pertinentes sino igualmente suficientes a efectos del arts. 8.2 CEDH; y, por otro lado, la necesidad de la injerencia era dudosa si tenemos en cuenta que la suspensión de los derechos parentales y de visita de la madre respecto a su hija constituyen la ruptura de la relación familiar, y pudiendo habilitar otras alternativas menos restrictivas, las medidas adoptadas no estaban debidamente justificadas.

El Tribunal manifiesta la importancia de que un padre y un hijo permanezcan juntos como elemento fundamental de la vida familiar, es por ello por lo que todas las medidas que adopten las autoridades y los servicios sociales deben encaminarse a reunir a los progenitores con sus hijos, entendiendo que la asunción de la tutela de un menor como una medida temporal se suspenderá cuando la situación lo precise, es decir, cuando una vez realizada la ponderación entre el interés de la acogida del menor en pro de su protección y los intereses parentales, se mantuviera un equilibrio entre ambos, y en caso contrario, si prevaleciera el interés del menor las medidas continuarían vigentes, no se suspenderían porque estarían justificadas por determinadas circunstancias que perjudican el bienestar y protección del menor. Lo mismo ocurre respecto a las medidas privativas del derecho de visitas y los derechos parentales, sino se procedió a la adopción de medidas menos restrictivas del derecho al respeto de la vida familiar de la progenitora que sufre problemas mentales, que posibilitaran su ejercicio a la vez que se pudiera garantizar el interés superior del menor, la gravedad de la injerencia no estaría salvada ex arts. 8.2 CEDH. Como consecuencia de este razonamiento, en el caso concreto el TEDH declaró que se había vulnerado del derecho al respeto de la vida familiar del arts. 8 CEDH, en la medida en que privó a la demandante de visitar a su hija y de los derechos parentales con respecto a ésta.

Situación similar se produjo en la STEDH de 8 de enero de 2013, en el asunto *A.K. y L contra Croacia*. A.K., con discapacidad intelectual, dio a luz a un bebé, respecto al que los servicios sociales procedieron a adoptar la medida de acogimiento familiar, para posteriormente iniciar un proceso de adopción. Se sometió a la madre a una privación de sus derechos y deberes parentales con razón de su discapacidad, lo cual, como hemos señalado anteriormente es discriminatorio; finalmente se produjo la separación entre madre e hijo, lo que el TEDH calificó como una vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar de la progenitora, por la ausencia del apoyo de los servicios sociales y la adopción de una medida

que estaba destinada a la separación, y no al mantenimiento de las relaciones paternofiliales.

Ni la falta de recursos económicos, ni cualquier motivo laboral, ni la discapacidad de un individuo, pueden constituir una razón privativa del ejercicio efectivo de sus derechos, en este caso, de los derechos parentales. Los Estados tienen el deber de intervenir en aquellos casos donde no exista un ambiente idóneo para el desarrollo de la vida familiar, debiendo prestar el apoyo y auxilio necesarios para asegurar el ejercicio de derechos fundamentales, así como el interés superior del menor. Constituye una discriminación toda adopción de medidas que impliquen restricciones y limitaciones a las personas con discapacidad por el mero hecho de tener una discapacidad.

En el asunto *Saviny contra Ucrania*³², las autoridades privaron del ejercicio de los derechos parentales de un matrimonio de ciegos respecto a sus hijos, mediante el inicio de un proceso de custodia, justificándose en que los progenitores no disponían de medios económicos suficientes, ni podían ofrecer a sus hijos unas condiciones de vida adecuadas para su desarrollo personal. La pareja manifestó que las actuaciones llevadas a cabo por los servicios sociales no tuvieron como objetivo principal la mejora de sus circunstancias familiares para poder ofrecer una mejor calidad de vida a sus hijos, de forma que se optó por adoptar medidas restrictivas de sus derechos parentales, antes que procurarles los apoyos necesarios para garantizar el respeto de su vida familiar, sin que se produjera discriminación por razón de su discapacidad, y es que es imprescindible que la actuación de las autoridades respete las capacidades de las personas con discapacidad, lo cual se consigue cuando se realizan los esfuerzos necesarios para complementar las carencias que puedan presentar; por ejemplo, en el caso que nos atañe habría sido positivo ofrecer asistencia en el hogar o ayudas financieras en correlación con sus necesidades.

Por ello, el TEDH solamente admite que se concluya un supuesto con la adopción de la separación paternofamiliar, cuando los progenitores se hayan mostrado particularmente indignos, sea contrario a la preservación del interés superior del menor el mantenimiento de los vínculos familiares, y las autoridades públicas hayan intervenido con la suficiente diligencia como para proveer al progenitor o progenitores concernidos por la medida, de todos los medios y recursos necesarios para desarrollar su vida familiar.

Este es el caso de *SS. contra Eslovenia*³³, en el que una mujer con discapacidad mental da a luz a un bebé que no es capaz de cuidar como consecuencia de

32 STEDH 18 diciembre 2008, asunto *Saviny c/ Ucrania*.

33 STEDH 30 de octubre 2018, asunto *SS. c/ Eslovenia*.

sus facultades, lo cual, fue comprobado por los servicios sociales a través de la realización de exámenes, resultando que, aunque es apreciable de forma clara la injerencia en la vida familiar, es contrario al interés del menor el ejercicio de la patria potestad por la progenitora. A lo anterior debemos de sumar las conductas que realizó la mujer respecto a su hijo constitutivas de desamparo (como, por ejemplo, dejar al menor al cuidado de su abuela, quien avisó a los servicios sociales para que intervinieran), ya que, si se hubiera procedido a la separación paterno filial únicamente teniendo en cuenta las consideraciones relativas a sus facultades, podríamos haber estado ante una vulneración del derecho a la vida familiar de la mujer discapacitada. El Tribunal señaló que cuando se descarta la reunificación familiar, y se procede a la autorización de medidas como la privación de la patria potestad y la adopción, será en respuesta a circunstancias excepcionales y únicamente se justificarán en necesidades que guarden relación con el interés superior del niño.

El TEDH lleva a cabo una ponderación adecuada de los intereses afectados en este tipo de conflictos, abogando en todo momento por un equilibrio entre el interés superior del menor y el derecho a la vida familiar de la persona discapacitada, debiendo los servicios sociales apoyar en todo momento el ejercicio de ese derecho a los progenitores, a la vez que velan por el desarrollo del menor en un ambiente estable; consagrando como regla general el mantenimiento de los vínculos familiares, y como excepción, la separación paterno filial.

BIBLIOGRAFÍA

BILBAO UBILLOS, J. M.: "Las garantías de los derechos fundamentales", en AA. VV.: *Lecciones de Derechos Constitucional II* (coord. P. BIGLINO CAMPOS), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2018, p. 431-458.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, J. L.: "Cambio de paradigma del modelo de la discapacidad fruto de la Convención", en AA. VV.: *El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (coord. J. G. STORCH DE GRACIA Y ASENSIO), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2018, pp. 29-40.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: "El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en AA.VV.: *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (dir. F. RUBIO LLORENTE), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 43-56.

FULCHIRON, H.: "Exercice par les personnes handicapées mentales de eur responsabilité parentale", en AA. VV.: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 383-398.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad* (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York) (dir. C. ROGEL VIDE y C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ), Reus, Madrid, 2019, pp. 215-265.

MATÍA PORTILLA, F. J.: "¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida", en AA.VV.: *De la intimidad de la vida privada y familiar. Un derecho en construcción* (dir. F. J. MATÍA PORTILLA y G. LÓPEZ DE LA FUENTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 231-282.

MILIOS, G.: "La protección de la familia del extranjero en el ámbito del Derecho internacional", en AA.VV.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros* (dir. J. ROLDÁN BARBERO), Comares, Granada, 2021, pp. 21-71.

SALES I JARDÍ, M.: "La ampliación de los derechos contenidos en el derecho al respeto de la vida familiar", AA.VV.: *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la interpretación constructiva* (dir. M. SALES I JARDÍ), JM Bosch Editor, Barcelona, 2015, pp. 19-59.

- “La disolución del vínculo familiar”, en A.A.VV.: *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la interpretación constructiva* (dir. M. SALES I JARDI), JM Bosch Editor, Barcelona, 2015, pp. 185-200.

RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS:

STEDH 18 diciembre 1986, Johnston y otros c/ Irlanda, nº 9697/82.

STEDH 8 julio 1987, asunto B. c/ Reino Unido, nº 9840/82.

STEDH 21 de junio 1988, Berrehab c/ Reino de los Países Bajos, nº 10730/84.

STEDH 24 febrero 1995, asunto McMichael c/ Reino Unido, nº 16424/90.

STEDH 7 agosto 1996, asunto Johansen c/ Noruega, nº 17383/90.

STEDH 25 de marzo 1998, asunto Kopp c/ Suiza, nº 23224/94.

STEDH 16 febrero 2000, asunto Amann c/ Suiza, nº 27798/95.

STEDH 5 diciembre 2002, asunto Hoppe c/ Alemania, nº 28422/95.

STEDH 9 octubre 2003, asunto Slivenko c/ Letonia, nº 69405/01.

STEDH 18 diciembre 2008, asunto Saviny c/ Ucrania, nº 39948/06.

STEDH de 8 de enero de 2013, en el asunto A.K. y L contra Croacia, nº 37956/1.

STEDH de 30 de octubre de 2018, asunto SS c/ Eslovenia, nº 40938/16.

