

1. Los preceptos protectores de la familia en el marco convencional

1.1. El art. 8 y el respeto de la vida privada y familiar

El art. 8 es el precepto que concede asiento convencional al *derecho al respeto de la vida privada y familiar* y tiene como objetivo esencial impedir la injerencia arbitraria de las autoridades públicas en la esfera personal y familiar del individuo. Sobre la interpretación de este dispositivo, considerando el Convenio un instrumento vivo que debe ser interpretado y aplicado a la luz de las concepciones actualmente existentes en el espacio europeo y acompañando las acentuadas mutaciones socio-culturales verificadas, con diferentes intensidades, en los cuadrantes familiares de las diversas sociedades occidentales, la instancia estrasburguesa inició un *movimiento de dilatación del concepto de “vida familiar*, de modo a comprender no apenas las relaciones familiares *de jure*, tradicionalmente fundadas en el matrimonio, sino también las relaciones familiares *de facto*, donde sus miembros conviven próximamente fuera del matrimonio². El Juez de Estrasburgo ha además demostrado que la mera existencia de lazo biológico podrá no ser suficiente para merecer la protección del art. 8 y, por otro lado, la ausencia de lazo biológico no excluye la existencia de vida familiar, desde que los criterios de la efectividad de los lazos interpersonales o de la apariencia de una familia se verifiquen.

De otro lado, el Juez Europeo inició un *movimiento de dilución del concepto de “vida familiar”*, en la medida en que la indefinición y la cohabitación de los conceptos de “vida privada” y de “vida familiar” condujeron al Tribunal a atenuar la frontera entre ambos, haciendo surgir, en muchos casos, un único derecho: el derecho al respeto de la vida privada y familiar³.

¹ Profesora de la Escuela Superior de Tecnología y Gestión del Instituto Politécnico de Leiria, Portugal (salmeida@estg.ipleiria.pt). El presente texto corresponde a la ponencia que proferimos, el 14 de mayo 2010, en el Curso *Cuestiones de Derecho Internacional Privado de Familia (REFJ1001)* promovido por la Red Europea de Formación Judicial, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.

² Cfr, *inter alia*, Sentencias Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979, A 31; Johnston y Otros c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, A 112; Kroon y Otros c. Países Bajos, de 27 de octubre de 1994, A 297-C; McMichael c. Reino Unido, de 24 de febrero de 1995, A 307-B. Las sentencias del TEDH y demás decisiones citadas *supra* y a continuación podrán ser consultadas en su dirección electrónica oficial en <http://www.echr.coe.int/>.

³ Es a través del recurso al concepto amplio de “vida privada y familiar” que la Corte de Estrasburgo ha encontrado protección en el art. 8 para derechos como el derecho a vivir en un medioambiente sano (v. g.,

Sin embargo, este dinamismo interpretativo, manifestación del designado “activismo jurisprudencial”, es refrenado por la *doctrina del margen de apreciación*, en la medida en que la existencia o ausencia de “consenso europeo” reduce o amplía, respectivamente, la “latitud” de deferencia reconocida a las soberanías nacionales⁴. Efectivamente, para que no sea ultrapasado el límite del ámbito del poder legislativo de revisión reconocido a los Estados contratantes, el Tribunal propende a realizar la designada interpretación consensual, que, consonante la geometría variable del margen de apreciación, podrá reforzar o limitar la protección del derecho.

1.2. El art. 12 y el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia

El art. 12 del Convenio reconoce al hombre y a la mujer, a partir de la edad núbil, y autónomamente, el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, defiriendo a las leyes nacionales correspondientes la regulación pormenorizada de su ejercicio.

Sobre el *ámbito de protección del derecho a contraer matrimonio*, podrá decirse que este dispositivo asegura a las personas divorciadas, en los casos en que el Estado contratante reconoce la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial a través del divorcio, el derecho a contraer nuevo matrimonio subsiguiente al divorcio sin restricciones poco razonables⁵. Además, este precepto no garantiza el derecho a la disolubilidad del vínculo matrimonial⁶ y tampoco incluye el derecho a contraer matrimonio póstumamente una persona muerta⁷. Referente a los *titulares de este derecho*, se estrenó un nuevo capítulo en materia de reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de los transexuales en las *Sentencias Christine Goodwin e I. c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002*, con el abandono del criterio del sexo biológico para definir el matrimonio, con la aceptación de que la inhabilidad para procrear no

Sentencias López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994, A 303-C), el derecho a la protección de datos personales referentes a la salud (v. g., Sentencia Z. c. Finlandia, de 25 de febrero de 1997, R97-I), el derecho al alojamiento de la familia (v. g., Sentencia Velosa Barreto c. Portugal, de 21 de noviembre de 1995), el derecho a la protección de modos de vida tradicionales de minorías étnicas (v. g., Sentencia Chapman c. Reino Unido, de 18 de enero de 2001, R01-I), el derecho a la historia personal (v. g., Sentencia Gaskin c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989, A 160), el derecho a recuperar el cuerpo muerto de una hija (v. g., Sentencia Pannullo y Forte c. Francia, de 30 de octubre de 2001, R01-X).

⁴ Cfr., entre otras, Sentencias Rasmussen c. Dinamarca, de 28 de noviembre de 1984, A 87, § 40; T.P. y K.M. c. Reino Unido, de 10 de mayo de 2001, R01-V, § 71.

⁵ Cfr. Sentencia F. c. Suiza, de 18 de diciembre de 1987, A 128, § 33.

⁶ Cfr. Decisión de la Comisión de 5 de octubre de 1986, sobre la demanda n° 9057/80 de X. c. Suiza, DR 26, p. 207, p. 208; Sentencias Johnston y Otros c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, A 112, §§ 52-57; F. c. Suiza, de 18 de diciembre de 1987, A 128, § 38.

⁷ Cfr. Decisión de la Comisión de 13 de diciembre de 1984, sobre la demanda n° 10995/84 de M. c. Republica Federal de Alemania, DR 41, p. 259, máxime p. 261

puede, *per se*, ser vista como un obstáculo al matrimonio y, en consecuencia, con el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio al transexual⁸. En lo que atañe a las solicitudes homosexuales, la *volte face* realizada por las citadas sentencias parece denunciar la voluntad del Tribunal de Estrasburgo de abandonar la postura de *guardián del templo* del matrimonio tradicional y de poner esta institución al alcance de las parejas del mismo sexo. No obstante, más recientemente este órgano siguió proclamando categóricamente que el art. 12 acoge un concepto tradicional de matrimonio entre un hombre y una mujer y, de este modo, asumió de nuevo dicha postura⁹.

El art. 12, como apuntamos *supra*, remite a las leyes nacionales correspondientes la regulación relativa al derecho a contraer matrimonio, mayormente mediante la previsión de normas de fondo y de forma, concernientes a materias como la capacidad, el consentimiento, los impedimentos y la publicidad y solemnidad del matrimonio, así como la reglamentación de las consecuencias jurídicas del matrimonio o de los lazos familiares emergentes¹⁰. Referente a las *limitaciones procesales*, las instancias estrasburguesas consideran que el Estado podrá exigir el cumplimiento de requisitos formales previos al registro de la celebración matrimonial, por lo que el rechazo de las autoridades nacionales de registrar un matrimonio que no obedeció a las normas procesales prescritas por la ley interna no consustancia una violación del art. 12¹¹. En lo que atañe a las *limitaciones sustantivas*, es entendimiento de las mismas instancias que el Estado podrá efectivamente imponer limitaciones cuanto, *v.g.*, a la edad núbil¹², consanguinidad o afinidad¹³ y número de cónyuges¹⁴.

Con referencia al *derecho a fundar una familia* concebido a la luz del art. 12, este presupone la existencia del matrimonio¹⁵ y comporta el derecho que tiene el

⁸ Cfr. Sentencia Christine Goodwin c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002, R02-VI, § 100.

⁹ Cfr. Decisiones de inadmisibilidad de 28 de noviembre de 2006, sobre la demanda n° 42971/05 de Parry c. Reino Unido, y sobre la demanda n° 35748/05 de R. y F. c. Reino Unido.

¹⁰ A este particular, el Tribunal dictó, en la Sentencia F. Suiza, de 18 de diciembre de 1987, A 128, que “[e]n 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 respectan principalmente a la publicidad y solemnidad del matrimonio; las segundas a la capacidad, consentimiento y ciertos impedimentos” (§ 32).

¹¹ Cfr. Decisión de la Comisión de 18 de diciembre de 1974, sobre la demanda n° 6167/73 de X. c. República Federal de Alemania, DR 1, p. 64.

¹² Cfr. Decisión de 7 de julio de 1986, sobre la demanda n° 11579/85 de Khan c. Reino Unido.

¹³ Cfr. Sentencia B. y L. c. Reino Unido, de 13 de septiembre de 2005.

¹⁴ Cfr. Decisión de 22 de julio de 1970, sobre la demanda n° 3898/68 de X. c. Reino Unido.

¹⁵ Cfr., *inter alia*, Decisión de la Comisión de 10 de julio de 1975, sobre la demanda n° 6482/74 de X. c. Bélgica y Países Bajos, DR 7, p. 76, y Sentencia Rees c. Reino Unido, de 17 de octubre de 1986, A 106, § 49.

matrimonio a procrear y a tener hijos¹⁶, pero no incluye el derecho a tener nietos¹⁷ y tampoco abarca el derecho de un recluso casado a mantener relaciones conyugales en la prisión¹⁸.

Sobre el derecho a adoptar a la luz de este precepto, resulta claro de la jurisprudencia de los órganos estrasburgueses que ni el art. 12 ni cualquier otra disposición del Tratado de Roma protegen el derecho a adoptar o de otro modo integrar en una familia un niño que no es hijo natural de la pareja en causa¹⁹ y lo mismo podrá decirse cuanto a la reproducción asistida.

1.3. Otros preceptos convencionales protectores de la familia

En la tutela de la familia y de la vida familiar los arts. 8 y 12 dividen esfuerzos ocasionalmente con otras normas del Convenio y de sus Protocolos adicionales, que protegen derechos interrelacionados y a veces coincidentes.

Desde luego, la cláusula de no discriminación insita en el art. 14 en relación con el art. 8 surge como un verdadero catalizador de protección de los derechos de los nuevos lazos familiares. De otro lado, el art. 14 en combinación con el art.1 del Protocolo n° 1, protector del derecho a la propiedad, reviste también especial importancia en la defensa de los derechos de las familias naturales y, en particular, de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

El art. 5 del Protocolo n° 7 consagra el principio de la igualdad entre los esposos y respecta a los derechos y responsabilidades de carácter civil, patrimoniales y personales, entre ellos y en las relaciones con sus hijos durante el matrimonio y en el momento de la disolución. Como se desprende del Informe Explicativo del Protocolo n° 7, la obligación de trato igualitario no se aplica a otros dominios del Derecho, así como el Derecho Administrativo, Fiscal, Penal, Eclesiástico, Social o del Trabajo²⁰. Además, este principio de igualdad de trato en el seno del matrimonio no se aplica a las personas unidas por lazos no matrimoniales o en otro tipo de relaciones personales (v.g., abuelos-

¹⁶ Cfr. Decisión de la Comisión de 15 de diciembre de 1977, sobre la demanda n° 7229/75 de X. e Y. c. Reino Unido, DR 12, p. 32, p. 34.

¹⁷ Cfr. Decisión de 6 de Marzo de 2003, sobre la demanda n° 67914/01 de Sijakova y Otros c. ex República Yugoslava de Macedonia.

¹⁸ Cfr. Decisión de 21 de mayo de 1975, sobre la demanda n° 6564/74 de X. c. Reino Unido, DR 2, p. 105, p. 106.

¹⁹ A modo de ejemplo, ver Decisión de 10 de julio de 1997, sobre la demanda n° 31924/96, de Di Lazzaro c. Italia, DR 90-A, p. 134; Sentencia Fretté c. Francia, de 26 de febrero de 2002, R02-I, § 32.

²⁰ Cfr. *Informe Explicativo del Protocolo n° 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, § 35, disponible para consulta en <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/117.htm>. En el mismo sentido, ver Decisión de 18 de enero de 1996, sobre la demanda n° 25053/94 de Klöpffer c. Suiza.

nietos). Añadimos aún que, en la opinión del Tribunal, no es posible sacar de la alusión la disolución del matrimonio la obligación que los Estados contratantes introduzcan en sus ordenamientos jurídicos internos la previsión de cualquier forma de disolución²¹.

En lo concerniente a la cuestión de la educación de los hijos, el art. 2 del Protocolo nº 1, hace pesar sobre los Estados contratantes la obligación de respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres, salvaguardando, de esta forma, el “pluralismo educativo, esencial para la preservación de la «sociedad democrática», tal como la concibe el Convenio”.

Por último, hay que referir el art. 6, que consagra el derecho a un proceso equitativo, y que desempeña un rol fundamental en la protección de las garantías procesales de los padres en asuntos concernientes al ejercicio de la patria potestad, ejecución de régimen de visitas y de sustracción y restitución de menores, haciendo el escrutinio sobre el defectivo funcionamiento de los servicios de la administración de justicia y sus – a veces – irremediables y nefastas consecuencias en la vida familiar.

2. Los nuevos modelos de familia

2.1. Las familias de hecho

El TEDH ha afirmado sin fisuras y en unísono que el art. 8 no distingue la familia *de jure* de la familia *de facto*, por lo que de aquel precepto, en combinación con el art. 14, debe transcurrir *igual protección para los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio*²². En este sentido, el Tribunal desprende del art. 8 las obligaciones positivas de colocar a los hijos “ilegítimos” “legal y socialmente en una situación cercana a la de un hijo legítimo” y elimina las diferencias de trato fundadas en el nacimiento insitas en las leyes nacionales²³. Y, además, aquella instancia condujo este principio para el plan de los derechos patrimoniales. De hecho, la “vida familiar no comprende sólo las relaciones de carácter social, moral o cultural”, sino también engloba “los intereses materiales”²⁴. Así, la igualdad de los derechos patrimoniales de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio implica que se les reconozcan derechos sucesorios, no solamente

²¹ Cfr. Sentencia Johnston y Otros c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, A 112, § 53.

²² Cfr., *inter alia*, Sentencias Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979, A 31, § 41; Inze c. Austria, de 28 de octubre de 1987, A 126, § 41; Mazurek c. Francia, de 1 de febrero de 2000, R00-II, § 52; Merger y Cros c. Francia, de 22 de diciembre de 2004, § 33.

²³ Cfr. Sentencia Johnston c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, A 112, § 74.

²⁴ Cfr., *inter alia*, Sentencias Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979, A 31, § 52; Merger y Cros c. Francia, de 22 de diciembre de 2004, § 46.

relativamente a los padres, como sucedió en el caso Marckx²⁵, sino también respecto a otros familiares, como ocurrió en el caso Vermeire²⁶. La igualdad también exige que no se reduzca la cuota sucesoria, como se verificó en el caso Mazurek²⁷, o se establezca alguna preferencia, como se constató en el caso Inze²⁸, en función del nacimiento.

Por otro lado, por aplicación de los mismos preceptos, aquella instancia anunció un conjunto de principios atinentes a la *determinación de filiación*, presididos por la primordialidad del interés del niño y por un equilibrio entre la “verdad biológica” y la “verdad sociológica”. Así, es en el interés del niño que la filiación se debe determinar “desde el momento del nacimiento”²⁹ o “así que sea posible”³⁰. En el caso de la determinación de la maternidad, la ligación jurídica de filiación entre la madre y el hijo matrimonial o no matrimonial debe ocurrir en el momento del nacimiento y por ese mismo hecho, como dictaminó el Tribunal en el caso Marckx³¹. En lo que se refiere a la filiación paterna, debe garantizarse la posibilidad de determinar la paternidad por presunción, reconocimiento voluntario o sentencia firme. Efectivamente, si en el seno del matrimonio se puede establecer la paternidad por presunciones fundadas en el deber de la fidelidad, en la filiación paterna *de facto* o natural no se podrá asentar en los mismos presupuestos. No obstante, el Tribunal subrayó, en los casos Johnston, Keegan y Kroon, que sobre los Estados contratantes recae la obligación de crear garantías jurídicas que permitan integrar al niño en la familia desde el momento del nacimiento o lo más rápidamente posible, lo que puede suceder por reconocimiento voluntario o por sentencia firme³². Al respecto de las presunciones legales de paternidad, el Tribunal sostuvo en la sentencia Kroon que el derecho interno debe presentar un amplio abanico de mecanismos que permitan impugnar las presunciones legales de paternidad, mayormente la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*, en razón de que el respeto de la vida familiar exige que la verdad biológica debe prevalecer sobre una presunción legal³³. A pesar de lo expuesto, como puede constatarse en el caso Nylund, el interés del niño y de la familia en la cual se integra, pueda sobrepasar el interés del

²⁵ Cfr. Sentencia Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979, A 31.

²⁶ Cfr. Sentencia Vermeire c. Bélgica, de 29 de noviembre de 1991, A 214-C.

²⁷ Cfr. Sentencia Mazurek c. Francia, de 1 de febrero de 2000, R00-II.

²⁸ Cfr. Sentencia Inze c. Austria, de 28 de octubre de 1987, A 126.

²⁹ Cfr. Sentencia Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979, A 31, § 31.

³⁰ Cfr. Sentencia Kroon y Otros c. Países Bajos, de 27 de octubre de 1994, A 297-C, § 36.

³¹ Cfr. Sentencia Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979, A 31.

³² Cfr. Sentencias Johnston y Otros c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, A 112, § 72; Keegan c. Irlanda, de 26 de mayo de 1994, A 290, § 50; Kroon y Otros c. Países Bajos, de 27 de octubre de 1994, A 297-C, § 32.

³³ Cfr. Sentencia Kroon y Otros c. Países Bajos, de 27 de octubre de 1994, A 297-C, § 40.

demandante restaurar la verdad biológica y, en esta medida, impedir la impugnación de una presunción legal³⁴. En lo que se refiere al reconocimiento voluntario, la instancia de Estrasburgo preconizó que el respeto por la vida familiar, de un lado, no impide que se establezcan ciertas condiciones para el reconocimiento, como notamos en la sentencia Yousef³⁵, y, de otro, exige que se asegure el acceso directo al procedimiento legal tendente a la determinación da paternidad, como resulta de la sentencia Róžański³⁶. Se puede deducir todavía de la jurisprudencia de este órgano, máxime de la sentencia Mikulić, que, en el caso del derecho interno no estar dotado de medios procesales conducentes a la realización compulsoria de los testes de ADN, debe proveerse de “medios alternativos que permitan a una autoridad independiente decidir, con celeridad, la cuestión de la paternidad”³⁷.

Por otro lado también, en lo referente a los *derechos de los padres de hecho o naturales*, los órganos convencionales han defendido – a nuestro modo de ver, por cuanto todavía presos a una concepción desactualizada de padre natural desprendido y desinteresado de la familia de hecho – que el estatuto jurídico más frágil reconocido a estos últimos, en materia de patria potestad, se justifica por el grado variable de compromiso y de diversidad de la naturaleza de las relaciones que unen el padre natural y su hijo³⁸. Ya en los dominios del régimen de visitas del padre natural y de la adopción del niño sin asentimiento de aquel, el respeto de la vida familiar exige que el padre natural juegue, en el proceso de tomada de decisión, un papel importante, por lo que el art. 8 será respetado si los derechos procesales de los padres naturales son suficientemente salvaguardados por las instancias nacionales³⁹.

Por último, en lo que respeta a la protección convencional de la *unión de hecho*, los órganos de Estrasburgo han consentido el tratamiento diferenciado bajo el argumento de la protección del matrimonio y de la familia tradicional, procediendo, de este modo, a una explícita jerarquización de los modelos de vida conyugal, con la atribución de un estatuto privilegiado al matrimonio⁴⁰.

³⁴ Cfr. Decisión de 29 de junio de 1999, sobre la demanda n° 27110/95 de Nylund c. Finlandia, R99-VI.

³⁵ Cfr. Sentencia Yousef c. Países Bajos, de 5 de noviembre de 2002, R02-VIII.

³⁶ Cfr. Sentencia Róžański c. Polonia, de 18 de mayo de 2006, § 73.

³⁷ Cfr. Sentencia Mikulić c. Croacia, de 7 de febrero de 2002, R02-I, §§ 64-65.

³⁸ Cfr. Sentencia McMichael c. Reino Unido, de 24 de febrero de 1995, A 307-B, § 98.

³⁹ Cfr., *inter alia*, Sentencia Elsholz c. Alemania, de 13 de julio de 2000, R00-VIII, § 53.

⁴⁰ Véase, entre otras, Decisión de 4 de marzo de 1998, sobre la demanda n° 34615/97 de Quintana Zapata c. España, DR 92-A, p. 139; Decisión de 26 de enero de 1999, sobre la demanda n° 37784/97 de Saucedo Gomez c. España, p. 8.

2.2. Las familias monoparentales y las familias recompuestas

Con respecto a las *familias monoparentales*, de acuerdo con lo preconizado por los órganos de Estrasburgo, el derecho de constituir una familia de este tipo no está reconocido por el Convenio, una vez que una sola persona no beneficia de la tutela concedida, sea por el art. 8, o por el art. 12, para invocar el derecho a adoptar⁴¹.

En lo que atañe a la tutela de las *familias recompuestas*, apuramos que una relación existente entre un niño, hijo apenas de uno de los miembros de la pareja, y el otro miembro de la pareja puede calificarse como vida familiar, por recurso al criterio de la efectividad de los lazos interpersonales, y, por otro lado, que el interés superior del niño puede determinar la prevalencia de la paternidad “socio-afectiva” sobre la paternidad biológica⁴².

2.3. La transexualidad y el respeto de la vida privada y familiar

En esta temática, averiguamos que el juez de Estrasburgo accedió a los llamamientos del drama transexual e hizo dimanar del art. 8 el derecho al reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual del transexual sometido a cirugía de conversión sexual y le reconoció el derecho al matrimonio, plasmado en el art. 12⁴³. Nos queda aguardar por la regulación jurisprudencial de las “relaciones familiares sociales” que enlazan los miembros de una familia integrada por un transexual operado⁴⁴.

2.4. La homosexualidad y el respeto de la vida privada y familiar

Sobre el tema de la homosexualidad, nos deparamos con una jurisprudencia que, a pesar de que se muestre comprensiva con la causa homosexual, en la medida en que intentó erradicar de los sistemas jurídicos de los Estados contratantes la persecución penal de los actos homosexuales libres entre adultos⁴⁵, así como las discriminaciones fundadas en la orientación sexual, en materia de fijación legal de la edad para el

⁴¹ Consúltese, *inter alia*, Decisión de 10 de julio de 1997, sobre la demanda nº 31924/96, de Di Lazzaro c. Italia, DR 90-A, p. 134; Sentencia Fretté c. Francia, de 26 de febrero de 2002, R02-I, § 32.

⁴² Véase Sentencias Söderbäck c. Suecia, de 28 de octubre de 1998, R98-VII; K. y T. c. Finlandia, de 12 de julio de 2001, R01-VII; Decisión de 3 de diciembre de 2005, sobre la demanda nº 64848/01 de Kuijper c. Países Bajos, pp. 14-15; Sentencia Eski c. Austria, de 25 de enero de 2007.

⁴³ Cfr. Sentencias Christine Goodwin c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002, R02-VI; I. c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002.

⁴⁴ Al respecto ver Sentencia X., Y. y Z. c. Reino Unido, de 22 de Abril de 1997, R97-II.

⁴⁵ Cfr. Sentencia Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981, A 45.

consentimiento de actos homosexuales⁴⁶, en materia laboral⁴⁷, de ejercicio de la patria potestad⁴⁸, de derechos de alquiler⁴⁹, o de adopción⁵⁰, se revela, sin embargo, reservada cuanto a la calificación de las relaciones homosexuales estables como constitutivas de “vida familiar”⁵¹ y perseverante en la manutención del templo sagrado del matrimonio incólume. De hecho, a pesar que la denegación estrasburguesa del estatuto matrimonial a los homosexuales al abrigo del Convenio pareció vacilar con los argumentos alegados en las Sentencias *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, R02-VI e I. c. *Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, sonó categórica en las Decisiones de inadmisibilidad de 28 de noviembre de 2006, sobre la demanda nº 42971/05 de *Parry c. Reino Unido*, y sobre la demanda nº 35748/05 de *R. y F. c. Reino Unido*, ya que este órgano siguió proclamando que el art. 12 acoge un concepto tradicional de matrimonio entre un hombre y una mujer. En lo referente a la regulación del ejercicio de la patria potestad, una pareja homosexual no puede, a juicio de la Comisión, ser equiparada a una pareja heterosexual⁵².

3. La filiación

El Tribunal Europeo enfatiza a menudo que el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía constituye un elemento fundamental de la vida familiar⁵³. Además, este órgano pone de manifiesto que el derecho al respeto de la vida familiar a la luz del art. 8 hace pesar sobre los Estados miembros la obligación positiva de actuar de modo a permitir el normal desarrollo de los lazos familiares⁵⁴. De este modo, las medidas de restricción o exclusión del régimen de visitas, o asimismo la no garantía efectiva del régimen de visitas establecido⁵⁵ y, de otro lado, el acogimiento público de menores⁵⁶,

⁴⁶ Cfr. Sentencia *L. y V. c. Austria*, de 9 de enero de 2003, R03-I.

⁴⁷ Cfr. Sentencias *Lustig-Prean y Beckett, y Smith y Grady c. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1999.

⁴⁸ Cfr. Sentencia *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, R99-IX.

⁴⁹ Cfr. Sentencia *Karner c. Austria*, de 24 de julio de 2003, R03-IX.

⁵⁰ Cfr. Sentencia *E.B. c. Francia*, de 22 de enero de 2008.

⁵¹ Cfr., entre otras, Decisiones de 3 de mayo de 1983, sobre la demanda nº 9369/81, de *X. e Y. c. Reino Unido*, DR 32, p. 221; de 14 de mayo de 1986, sobre la demanda nº 11716/85 de *S. c. Reino Unido*, DR 47, p. 127; de 15 de mayo de 1996, sobre la demanda nº 28318/95 de *Röösli c. Alemania*, DR 85-A, p. 149.

⁵² Decisión de 19 de mayo de 1992, sobre la demanda nº 15666/89 de *Kerkhoven e Hinke c. Países Bajos*.

⁵³ Cfr., *inter alia*, Sentencias *Keegan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, A 290, § 50; *Margareta y Roger Andersson c. Suecia*, de 25 de febrero de 1992, A 226-A, § 72; *Elsholz c. Alemania*, de 13 de julio de 2000, R00-VIII, § 43; *Kutzner c. Alemania*, de 26 de febrero de 2002, R02-I, § 58.

⁵⁴ Cfr. Sentencias *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979, A 31, § 45; *Scozzari y Giunta c. Italia*, de 13 de julio de 2000, R00-VIII, § 221.

⁵⁵ Ver, entre otras, Decisión da Comisión, de 8 de marzo de 1982, sobre la demanda nº 8427/78 de *Hendriks c. Países Bajos*, DR 29, p. 5; Sentencias *Hokkanen c. Finlandia*, de 23 de septiembre de 1994, A

constituyen ingerencias en el respeto de su vida familiar, que podrán sin embargo ser legítimas al amparo del apdo. 2 del art. 8.

En lo que concierne a las medidas referentes a la *regulación del ejercicio de patria potestad, de restricción o exclusión del régimen de visitas, o la no garantía efectiva del régimen de visitas establecido*, por ejemplo, en casos de sustracción, no obstante se reconozca, en este ámbito, un amplio margen de apreciación a los Estados demandados, el Tribunal ha considerado que estas se encuentran justificadas al amparo del segundo segmento del art. 8, designadamente, si el principio de no discriminación entre los padres fundada en la religión⁵⁷ o en la orientación sexual⁵⁸ es respetado, si el Estado demandado promovió todos los esfuerzos adecuados y efectivos para entregar el niño al progenitor custodio⁵⁹ o para ejecutar el régimen de visitas del progenitor no custodio⁶⁰, en consonancia con la regulación del ejercicio de la patria potestad.

Con respecto al *acogimiento público de menores y a la restricción del contacto*, el margen de apreciación de los Estados miembros parece más restricto y el mejor interés del niño es la consideración soberana. En la valoración sobre la conformidad de estas medidas con el precepto convencional protector de la vida familiar, el Tribunal averigua, designadamente, si dichas medidas se fundaron en razones pertinentes y suficientes⁶¹, si las autoridades nacionales emplearon todos los esfuerzos hacia la reunión de la familia, ya que estas medidas deben ser contempladas como temporarias⁶², si fue respetado un justo equilibrio entre los intereses conflictivos⁶³, así como, si los derechos procesales de los padres fueron garantizados en el transcurso del proceso decisorio⁶⁴.

299-A, § 55; Elsholz c. Alemania, de 13 de julio de 2000, R00-VIII, § 44; Reigado Ramos c. Portugal, de 22 de noviembre de 2005, § 47.

⁵⁶ Ver, entre otras, Sentencias Johansen c. Noruega, de 7 de agosto de 1996, R96-III, § 52; K. y T. c. Finlandia, de 12 de julio de 2001, R01-VII, § 151.

⁵⁷ Cfr. Sentencia Hoffmann c. Austria, de 23 de junio de 1993, A255-C, §§ 30-36.

⁵⁸ Cfr. Sentencia Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de diciembre de 1999, R99-IX, § 36.

⁵⁹ Cfr., entre otras, Sentencias Ignaccolo-Zenide c. Rumanía, de 25 de enero de 2000, R00-I, § 113; Maire c. Portugal, de 26 de junio de 2003, R03-VII, § 77; Kříž c. República Checa, 9 de enero de 2007, §§ 89, 92, 93.

⁶⁰ Cfr., entre otras, Sentencias Hokkanen c. Finlandia, de 23 de septiembre de 1994, A 299-A, §§ 58-62; Sophia Gudrun Hansen c. Turquía, de 23 de septiembre de 2003, §§ 101-109.

⁶¹ Como malos tratos (v.g., Gnahoré c. Francia, de 19 de septiembre de 2000, R00-IX) o abusos sexuales (v.g., Covezzi y Morselli c. Italia, de 9 de mayo de 2003).

⁶² Cfr., entre otras, Sentencias K. y T. c. Finlandia, de 12 de julio de 2001, R01-VII, § 164; K.A. c. Finlandia, de 14 de enero de 2003, § 142.

⁶³ Cfr., entre otras, Sentencias Johansen c. Noruega, de 7 de agosto de 1996, R96-III, § 78; K. y T. c. Finlandia, de 12 de julio de 2001, R01-VII, § 156.

⁶⁴ Cfr., entre otras, Sentencias McMichael c. Reino Unido, de 24 de febrero de 1995, A 307-B, §§ 87-93; Moser c. Austria, de 21 de septiembre de 2006, § 72.

4. *La familia de los extranjeros*

Remisión a la ponencia a continuación.

5. *La familia de los reclusos*

La jurisprudencia estrasburguesa aboga que el derecho al respeto de la vida familiar de los reclusos incluye como parte esencial la obligación de los Estados miembros a asistirlos a establecer o mantener contactos con la familia y, en general, con el exterior de modo a facilitar su reintegración en la sociedad⁶⁵. Así, *las restricciones referentes al número de visitas del recluso o del número de personas que pueden visitarlo, las restricciones a la correspondencia, la interdicción o supervisión de dichas visitas o la sujeción del recluso a un régimen especial de visitas* constituyen injerencias en el respeto a la vida familiar del recluso, que sólo resultarán legítimas si encuentran justificación al amparo del apdo. 2 del art. 8⁶⁶. A este particular, la limitación del contacto debe estar prevista en provisiones domésticas publicadas, accesibles y suficientemente claras y detalladas⁶⁷. Además, dichas medidas deberán corresponder a una necesidad social apremiante y deberán ser proporcionales al fin anhelado⁶⁸. En el examen de la proporcionalidad de la injerencia, el Juez Europeo tiene en cuenta, designadamente, la duración y el alcance de las medidas⁶⁹, las razones que motivaron la detención⁷⁰ y la seriedad de lo que está en causa para el prisionero⁷¹. De todas formas, en la opinión de este órgano, la prohibición total de visitas sólo será justificable en circunstancias excepcionales⁷².

En lo que concierne las “*visitas conyugales*”, a pesar de conscientes de los movimientos de reforma tendentes a mejorar las condiciones de encarcelamiento hacia

⁶⁵ En este sentido, ver Decisiones de la Comisión de 8 de octubre de 1982, sobre la demanda nº 9054/80 de A. c. Reino Unido, p. 9; 9 de diciembre de 1992, sobre la demanda nº 18632/91 de McCotter c. Reino Unido; Sentencia Messina (nº 2) c. Italia, de 28 de septiembre de 2000, R00-X, § 61.

⁶⁶ Cfr. Sentencia Klamecki c. Polonia (nº 2), de 3 de abril de 2003, § 144.

⁶⁷ Cfr. Sentencia Gülmez c. Turquía, de 20 de mayo de 2008, §§ 50-55.

⁶⁸ En conformidad, ver Van der Ven c. Países Bajos, de 4 de febrero de 2003, R03-II, §§ 69-72.

⁶⁹ Véase la Sentencia Klamecki c. Polonia (nº 2), de 3 de abril de 2003, § 152, donde el Tribunal concluyó que, teniendo en cuenta la duración y la naturaleza de las restricciones de visitas relativamente a la esposa del recluso, que había sido igualmente detenida debido a un crimen relacionado, la prohibición absoluta de contacto entre ellos durante un año no era proporcional al fin perseguido.

⁷⁰ Véase la Sentencia Nowicka c. Polonia, de 3 de diciembre de 2002, §§ 73-77 (2002), donde el Tribunal consideró que la restricción de visitas a una al mes a la demandante, que había sido detenida por un período total de 83 días en un proceso de difamación a efectos de realización de testes psiquiátricos y donde esta no había contestado los motivos de la detención, constituía una violación del art. 8.

⁷¹ Ver la Sentencia Ploski c. Polonia, de 12 de noviembre de 2002, §§ 36-39, donde el Tribunal entendió que el rechazo de permiso temporario de salida para acudir al funeral de sus padres violaba el art. 8.

⁷² Cfr. Lavents c. Letonia, de 28 de noviembre de 2002, § 141.

la permisión de dichas visitas⁷³, las instancias estrasburguesas estiman que el derecho a fundar una familia no abarca el derecho de un recluso casado a mantener relaciones conyugales en la prisión, por lo que el rechazo de visitas a un recluso casado con fines procreativos no constituye una violación del art. 12⁷⁴. En efecto, la denegación de visitas conyugales al cónyuge privado de libertad, aunque constituya una interferencia en el respeto de la vida familiar, podrá “por el momento”⁷⁵ considerarse justificada, al amparo del apdo. 2 del art. 8, por razones de defensa de la orden y prevención del crimen y, en consecuencia, no podrá en simultáneo ser vulneradora del art. 12⁷⁶.

6. Conclusiones

Esta incursión jurisprudencial nos ha permitido comprobar que las líneas básicas que más extraemos de ella, no son más que el reflejo de las coordenadas de los Derechos de familia vigentes en el espacio europeo: igualdad y pedocentrismo. El derecho jurisprudencial de Estrasburgo es, efectivamente, un derecho igualitario y no discriminatorio, centrado enteramente en el mejor interés del niño. En ciertos dominios, sin embargo, el juez de Estrasburgo suspende la fidelidad al principio de la igualdad bajo el argumento de la protección del matrimonio y de la familia tradicional, lo que trasparece la inspiración cristiana de esta organización. De todas maneras, teniendo en cuenta en definitiva la sensibilidad a los nuevos modelos de familia testimoniada – con salvedad de la permisión del tratamiento diferenciado de las parejas de hecho y el no reconocimiento de las relaciones homosexuales estables como “vida familiar” –, creemos que el Derecho de Familia estrasburgués se puede tildar actualmente de poco conservador.

⁷³ Cfr., *inter alia*, Decisiones de la Comisión de 3 de octubre de 1978, sobre la demanda n° 8166/78 de X. e Y. c. Suiza, DR 13, p. 241, p. 243; y de 22 de octubre de 1997, sobre las demandas n°s 32094/96 y 32568/96 de E.L. H. y P.B. H. c. Reino Unido, DR 91-B, p. 61, máxime p. 64; Sentencia Aliev c. Ucrania, de 29 de abril de 2003, § 188. Incluso en la Sentencia Dickson c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2007, del Tribunal Pleno, esta formación colectiva nota que más de mitad de los Estados miembros consiente visitas conyugales a los reclusos (§ 81).

⁷⁴ Cfr. Decisión de 21 de mayo de 1975, sobre la demanda n° 6564/74 de X. c. Reino Unido, DR 2, p. 105, p. 106.

⁷⁵ Expresión empleada por el Tribunal en la Sentencia Aliev c. Ucrania, de 29 de abril de 2003 (§ 188) y que sugiere que este órgano parece estar dispuesto a revisar esta postura en el futuro.

⁷⁶ Cfr. Decisiones de la Comisión de 3 de octubre de 1978, sobre la demanda n° 8166/78 de X. e Y. c. Suiza, DR 13, p. 241, pp. 243 y 244; y de 22 de octubre de 1997, sobre las demandas n°s 32094/96 y 32568/96 de E.L. H. y P.B. H. c. Reino Unido, DR 91-B, p. 61, máxime p. 64. Véase asimismo, aunque solamente se invoque y examine el pleito bajo el ángulo del art. 8, la Decisión del TEDH de 18 de septiembre de 2001, sobre la demanda n° 47095/99 de Kalashnikov c. Rusia, R01-XI; y la Sentencia Aliev c. Ucrania, de 29 de abril de 2003, §§ 188-190.

Bibliografía

- ALMEIDA, S., *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- ARRIAGA IRABURU, I., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Pamplona, EUNSA, 2003.
- BARRETO, I. Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., *El convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- DIJK, P. van / HOOF, G. J. H. van / RIJN, Arjen van / ZWAAK, Leo, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 2006.
- GARCÍA ROCA, J. / SANTOLAYA, P. (Coord.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- HARRIS, D.J. / O'BOYLE, M. / WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, USA, Oxford University Press, 2009.
- KRENC F. / PUÉCHAVY, M. (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2008.
- NYS, M., *L'immigration familiale à l'épreuve du droit: le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale: de l'existence d'un principe général de droit à sa reconnaissance*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- OVEY, C. / WHITE, R., *Jacobs and White, the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- RUSSO, C. / QUANI, P. M., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, Giuffrè Editore, 2006.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.
- SANZ CABALLERO, S., *La protección internacional y europea de la familia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006.
- SUDRE, F. (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2006.
- SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.
- SUDRE, F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2002.
- VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2000.