

LA FAMILIA, ¿UNA PREOCUPACIÓN EUROPEA?

SUMARIO: I. Premisas. II. El concepto de familia en la jurisprudencia del TEDH. II. 1. Sobre las familias monoparentales. II. 2. Sobre las familias intergeneracionales. II. 3. Sobre la familia basada en el matrimonio y la cohabitación. II. 4. Sobre la familia que no está basada en el matrimonio y la cohabitación. II. 5. Sobre los transexuales y homosexuales. II. 6. Sobre la familia que es objeto de protección por el CEDH. III. Conclusiones sobre la labor del Consejo de Europa hacia los derechos de la familia.

I. PREMISAS

1) El Derecho Internacional Público se ocupa de la familia sobre todo a través de la búsqueda de un consenso internacional sobre aspectos básicos de la misma. Este consenso se busca especialmente en el seno de las organizaciones internacionales como medio de cooperación institucionalizada y permanente de los Estados. Sin embargo, hoy día las políticas familiares siguen siendo un campo de competencia fundamentalmente estatal. La protección de la familia se articula primeramente sobre el derecho interno de los Estados.

2) En el ámbito regional europeo, la organización internacional que más se ha ocupado de promover el bienestar de la familia es la Organización del Consejo de Europa. La organización, creada en 1949, tiene como principal objetivo la instauración en

Europa de Estados de Derecho, que sean democracias pluralistas y respeten los derechos fundamentales (art. 3 del Estatuto del Consejo de Europa). La protección de los derechos fundamentales se ha convertido en su principal *leitmotiv*. Sus órganos adoptan actos, muchos de ellos no obligatorios, que se convierten en recomendaciones para los Estados miembros. En ocasiones, la organización auspicia la celebración de tratados sobre derechos fundamentales y establece mecanismos de control de la aplicación de los mismos. En la mayoría de dichos actos y tratados, el titular de los derechos es individual (la persona humana), incluso cuando sea evidente que en muchas ocasiones ese individuo formará parte de una unidad familiar. Sin embargo, los órganos del Consejo de Europa no han escatimado esfuerzos, siempre que les ha sido posible, para otorgar derechos en esos actos y tratados también a la familia.

3) De entre los convenios que auspicia la organización, destaca muy especialmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH). Del texto del CEDH, en el marco del derecho de familia, sobresalen dos disposiciones: la del art. 8 relativa al derecho a la vida privada y familiar y la del art. 12 sobre el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Este convenio ha creado a su vez un órgano de carácter judicial, el Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH). El TEDH tiene como función aplicar el CEDH en casos judiciales presentados por los Estados parte o por particulares sometidos a la jurisdicción de un Estado parte. Por la actividad que tiene asignada, es el órgano del Consejo de Europa que quizá más ha podido pronunciarse sobre la protección de la familia. Este órgano judicial con sus fallos ha podido ir estableciendo toda una doctrina sobre qué puede incluir el término familia y qué no.

II. EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El CEDH protege a la familia en su art. 8 pero no aclara qué significado tiene esta institución. Dicho artículo establece lo siguiente:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

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

Por su parte, el art. 12, que resulta complementario de éste, indica:

"A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho".

El TEDH no da en su jurisprudencia una definición de lo que significa la familia, aunque sí va proporcionando datos sobre qué cabe incluir dentro de este concepto y qué no. Y de esos datos se comprueba una evolución del órgano judicial a través de la adaptación del art. 8 y 12 CEDH a la realidad social de cada momento⁴²³. La indeterminación del CEDH, en el que se optó por

⁴²³ Sobre cómo la jurisprudencia del art. 8 CEDH se va adaptando a cada momento histórico, véase: LIDDY, J.: "Article 8: the pace of change", en *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2000, vol. 5, n. 3, pp. 397-416; FELDMAN, D.: "The developing scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights", en *European Human Rights Law Review*, 1997, n. 3, pp.265-274; NAISMITH, S.: "Private and family life, home and correspondence", en *The birth of European human rights law. Liber amicorum Carl Aage Norgaard*, 1998, Salvia, M.Y. Villiger, M. (eds.), Baden-Baden, Nomos, pp. 141-164; SANZ CABALLERO, S.: "El TEDH y las uniones de hecho", en *Repertorio Aranzadi*, 2003, n. 8, pp. 14-3; SANZ CABALLERO, S.: "Las uniones de hecho en la jurisprudencia

no definir el término familia, ha facilitado que el órgano de control del convenio haya podido aplicar su protección a un elevado número de situaciones demostrando la "plasticidad" de este instrumento jurídico⁴²⁴.

II. 1. SOBRE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES

EXISTE FAMILIA ENTRE UNA MADRE SOLTERA Y SU HIJA BIOLÓGICA DESDE EL MOMENTO DEL NACIMIENTO⁴²⁵

Un fallo clásico dentro del haber del TEDH y cuya resolución final obligó a Bélgica a reformar su legislación civil, es la sentencia MARCKX/BÉLGICA de 13 de Junio de 1979. En ella una madre denunciaba al Estado belga en el que nació porque éste exigía a toda madre soltera realizar un acto formal de reconocimiento del menor ante las autoridades. Además, este acto sólo creaba un vínculo entre madre e hija, pero no con la familia materna, lo que podía afectar al derecho del nieto a recibir bienes en testamento o donaciones. Para que el vínculo se crease con toda la familia de la madre, era necesario que ésta adoptase a su propio hijo. Obviamente esta legislación discriminaba a unos hijos y unas familias en razón del nacimiento. El TEDH declaró que la familia entre una madre y un hijo se crea *ipso iure* desde el momento del nacimiento sin necesidad de ningún otro requisito adicional. Por tanto, condenó a Bélgica por violación del art. 8 (respeto a la vida familiar) y 14 (no discriminación) del CEDH, reconociendo los derechos de las familias monoparentales.

Más recientemente, el TEDH se ha ocupado de la familia que también conforman una madre soltera y su hija en la sentencia

cia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *La ley valenciana de uniones de hecho. Estudios*, Martínez Sospedra, M. (ed.), 2003, ed. RGD, pp. 37-67.

⁴²⁴ COUSSIRAT-COUSTÈRE, V.: "Famille et CEDH", en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, 2000, Koln, Carl Heymanns Verlag, pp. 281-307.

⁴²⁵ Véase PILLITÙ, P.A.: "La tutela della famiglia naturale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo", en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1989, vol. 72, n. 4, pp. 793-824.

RODRIGUES DA SILVA Y HOOBKAMER/HOLANDA de 31 de Enero de 2006. Este asunto tenía como origen el derecho o no de una madre extranjera no comunitaria, y que vivía de manera ilegal en Holanda, a no ser expulsada del país por los vínculos que le unían a su hija, nacida en Holanda y de nacionalidad holandesa. Se da la circunstancia de que la señora RODRIGUES DA SILVA cumplía en su momento los requisitos para solicitar un permiso de residencia en Holanda pero no presentó la solicitud a las autoridades del país. El TEDH en su fallo parte de la base de que la señora RODRIGUES DA SILVA forma una familia con su hija y que tiene responsabilidades sobre ella porque aún es menor de edad. El TEDH también afirma que, en general, una persona que no cumple la legislación de un país en materia de inmigración y que se encuentra en el mismo como *fait accompli* no tiene derecho a reclamar de ese Estado un derecho de residencia. Sin embargo, el hecho de que esta mujer hubiera tenido la oportunidad y el derecho de solicitar la residencia legal y no lo hubiera aprovechado diferencia su caso de quien entra ilegalmente en un país y no tiene en ningún momento el derecho a solicitar un permiso de residencia. Teniendo en cuenta que la madre y la hija conforman una familia y que el bien superior de la menor es, en este caso, el poder gozar de la presencia de su madre, el TEDH concluye que Holanda violó el art. 8 CEDH al expulsar una residente ilegal sin tomar en consideración la ruptura familiar que eso significaba entre madre e hija (puntos 43 y 44).

En cambio, la mera paternidad biológica no entraña *ipso iure* la existencia de una familia entre padre e hijo. El TEDH se pronunció en estos términos en el asunto HAAS/HOLANDA de 13 de Enero de 2004. Ante la reclamación de un joven exigiendo el acceso a la herencia de su supuesto padre biológico (quien acababa de fallecer dejando una considerable fortuna) y exigiendo el reconocimiento de un vínculo familiar con el finado (con el que nunca convivió y quien nunca le reconoció como hijo) el TEDH declara que la mera paternidad biológica, si no va unida a otro tipo de indicios de vida familiar, no supone la formación

o creación de una familia entre padre e hijo. En cualquier caso, el TEDH aclara al joven que se equivoca en su reclamación exigiendo la aplicación del art. 8 CEDH a su situación. En realidad, el TEDH parece asesorar al joven sobre los pasos que debe tomar indicándole que lo que debe hacer es acudir a las instancias internas solicitando autorización judicial para la realización de un examen de ADN que establezca la paternidad. Si es hijo biológico del finado, tendrá acceso a la herencia de su padre independientemente de que formaran o no una familia en vida del padre (punto 43)⁴²⁶.

II. 2. SOBRE LAS FAMILIAS INTERGENERACIONALES

LA FAMILIA PUEDE INCLUIR A LOS ABUELOS

Para el TEDH la familia también puede estar conformada por unos abuelos y su nieto. La sentencia BRONDA/ITALIA de 9 de Junio de 1998 trata sobre una menor que vivía en un ambiente familiar conflictivo, con su madre enferma mental, el agresivo acompañante de ésta y los padres de la primera. Dadas las circunstancias, la niña fue apartada de su familia natural y fue dada en adopción por las autoridades competentes. Los abuelos de la niña reclamaron la vuelta de su nieta al hogar y ante la negativa de las autoridades (e incluso de la niña, que prefería el ambiente emocionalmente estable de su nuevo hogar) demandaron al Estado ante el TEDH una vez agotados sin éxito los recursos internos. El TEDH, pese a que reconoció que la familia también estaba conformada por los abuelos (ya que una de las dudas era si éstos podían ser considerados como víctimas a efecto de poder demandar) consideró que la medida estaba prevista por la ley, perseguía el fin legítimo de buscar el interés de la menor y había sido necesaria en una sociedad democrática para librarla

⁴²⁶ Curiosamente, también el TEDH ha indicado que viola el derecho a la vida familiar de un marido la decisión de las autoridades impidiéndole llevar a cabo un test de paternidad del hijo que ha tenido su mujer durante el matrimonio, pero el cual él no cree que sea suyo (MIZZI/MALTA de 12 de Enero de 2006).

en su desarrollo emocional e intelectual de un ambiente familiar hostil (puntos 48-60).

En la sentencia KUTZNER/ ALEMANIA de 26 de Febrero de 2002, en un asunto relativo a la legalidad de la decisión de los servicios sociales de colocar a unos hermanos en hogares sociales, el TEDH tuvo en cuenta la familia que formaban los padres, los abuelos y esos niños, todos los cuales residían en una granja hasta el momento de la traumática decisión de los servicios sociales. Incluso el TEDH alaba la vida familiar tan enriquecedora que puede desarrollar una familia intergeneracional.

Ello no significa que los abuelos siempre formen parte del núcleo familiar. Cabe señalar con LIDDY que no se puede concluir sin más que los ascendientes formen parte de la familia siempre y en todo caso. No es ésta la intención del TEDH. La conclusión más bien consiste en que podrá considerarse que forman parte de ella o no a la luz de las circunstancias particulares⁴²⁷. Esto es, no hay presunción de que exista vida familiar con ellos sino que, a la vista de las circunstancias de cada caso (comprobación de relaciones estrechas y reales de afectividad y dependencia, etc.) se establecerá si existe o no vida familiar con ellos⁴²⁸.

⁴²⁷ Esta idea también se desprende de la labor de otros órganos de la organización, como por ejemplo el *Informe de la Comisión de la Migraciones, los Refugiados y la Demografía* de 10 de Septiembre de 2001 sobre el derecho a vivir en familia de los inmigrantes y los refugiados. En él se indica que el concepto que maneja el Consejo de Europa de familia se ha ampliado en los últimos años hasta el punto de que, a efectos de reagrupación familiar, la Asamblea considera como tal a la "familia natural" (punto I.4) es decir, todos los miembros que pertenecen *de facto* a la misma (pareja de hecho, hijos no matrimoniales, huérfanos, hijos no comunes a la pareja, padres o abuelos ancianos, etc). Por último, la Comisión para la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres declara en su dictamen de 2 de Enero de 2002 que apoya en todos sus términos la concepción sobre la familia que propugna la Comisión de la Migraciones, los Refugiados y la Demografía.

⁴²⁸ LIDDY, Jane: "The Concept of Family Life under the ECHR", en *European Human Rights Law Review*, 1990, pp.15-25, p.16.

En el asunto SLIVENKO/LETONIA de 9 de Octubre de 2003, presentado al TEDH por una madre y una hija, se ve confirmada la idea de que hay que ir caso por caso para saber si los abuelos forman parte de una familia. Tras la independencia de Letonia de la ex URSS en 1992, Letonia y Rusia firman un tratado por el que las tropas rusas que permanecían en dicho territorio serán retiradas. En aplicación de esta medida, un oficial ruso, su mujer y su hija son obligados a regresar a Rusia. El oficial es de nacionalidad rusa, pero no así su mujer y su hija. Ambas eran hasta el momento nacionales de la ex URSS –al igual que la población letona– pero ahora el nuevo país les niega la nacionalidad letona por tener progenitores de origen ruso. Ante la alegación de madre e hija en el sentido de que su expulsión del país rompería los lazos familiares que les unen la una a sus padres, la otra a sus abuelos, el TEDH indica que no han quedado demostrados ni unos estrechos vínculos con los abuelos ni tampoco una dependencia económica mutua, indicando que los abuelos no pertenecen al “*core family*” (punto 97). Sin que en modo alguno dudemos que el tribunal, en su estudio exhaustivo de los antecedentes del caso, haya hecho lo correcto al considerar que los abuelos no formaban parte de la familia en este caso concreto, sin embargo, compartimos la opinión del juez KOVLER reflejada en su opinión disidente a esta sentencia. Para el juez KOVLER, el TEDH está adoptando un enfoque restrictivo y muy limitado de lo que es la familia, restringiéndolo a padres e hijos, si tener en cuenta la evolución que sufre la institución familiar en Europa, por no decir en África u otros continentes a los que no llega la jurisdicción del tribunal. En esta evolución, cobra cada vez más importancia el concepto de familia extensa⁴²⁹.

⁴²⁹ En opinión del juez KOVLER en su opinión disidente a esta sentencia: “In my humble opinion, in paragraph 97 of its judgment the Court has narrowed the concept of “family life” by taking it to cover ties within the “core family” only. In other words, the Court has opted for the traditional concept of a family based on the conjugal covenant – that is to say, a conjugal family consisting of a father, a mother and their children below the age of majority, while adult children and grandparents are excluded from the circle. That might be correct within the strict legal meaning of the term as used by European countries in their civil legislation, but the manner in which the Court has

II. 3. SOBRE LA FAMILIA BASADA EN EL MATRIMONIO Y LA COHABITACIÓN

EXISTE FAMILIA ENTRE UNOS PADRES Y SU HIJO MATRIMONIAL DESDE EL MISMO MOMENTO DEL NACIMIENTO, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE LOS PROGENITORES CONVIVAN CON EL NIÑO

En el caso GÜL/SUIZA de 19 de Febrero de 1996 nos encontramos ante un súbdito turco que viaja a Suiza por motivos laborales dejando a su familia en su patria. Su mujer es posteriormente acogida en ese país por razones humanitarias, por ser epiléptica y haber sufrido un accidente doméstico que le causó quemaduras difícilmente curables en Turquía. Sin embargo, ambos quieren conseguir la reunificación familiar de sus hijos. Uno de ellos lo consigue también por motivos humanitarios dada su deficiencia mental. Sin embargo, en el caso de otro de ellos, un menor de 7 años, la reagrupación es rechazada por el gobierno suizo. Uno de los argumentos que defiende Suiza es que nada impide a los padres reanudar su vida familiar en Turquía, una vez sanada su esposa y eximido él de la obligación de trabajar

construed Article 8 § 1 in its case-law opens up other horizons by placing the emphasis on broader family ties.

In the actual text of the *Marckx* judgment cited in the instant case, the Court observed that “‘family life’, within the meaning of Article 8, includes at least the ties between near relatives, for instance those between grandparents and grandchildren, since such relatives may play a considerable part in family life” and concluded that “‘respect’ for a family life so understood implies an obligation for the State to act in a manner calculated to allow these ties to develop normally” (see *Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 21, § 45; see also *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 221, ECHR 2000-VIII). To put it another way, the Court could at least have made a more careful distinction between the “family” in the strict legal sense of the term and the broader concept of “family life” set out in the *Marckx* judgment.

Accordingly, the assertion in the present judgment that “the existence of ‘family life’ could not be relied on by the applicants in relation to the first applicant’s elderly parents, adults who did not belong to the core family” departs from the case-law referred to above and does not take into account the sociological and human aspects of contemporary European families (I am deliberately leaving aside Muslim and African families since my reasoning relates solely to the geographical area within the Court’s jurisdiction)”.

tras un accidente laboral que le dejó inválido. Pero además, el gobierno suizo alegaba que, en cualquier caso, dado los años que había pasado el señor GÜL en suelo suizo, ya no existía en realidad un vínculo familiar de los padres con el hijo, que había sido criado por unos tíos tras la marcha de la madre. Y aunque finalmente el TEDH consideró que Suiza no tenía porqué aceptar la reunificación familiar de toda la familia, sin embargo la sentencia sí que refleja el parecer del TEDH contrario a la interpretación suiza del término familia: los padres y el menor de edad constituyen una familia *ipso iure* desde el momento del nacimiento del último, independientemente de que vivan de modo separado.

II. 4. SOBRE LA FAMILIA QUE NO ESTÁ BASADA EN EL MATRIMONIO Y LA COHABITACIÓN

PUEDE EXISTIR FAMILIA SIN MATRIMONIO

El TEDH se ha tenido que ocupar en varias ocasiones de la vida familiar sin matrimonio. La primera en el caso KEEGAN/IRLANDA de 26 de Mayo de 1994, la segunda en la sentencia KROON/HOLANDA de 27 de Octubre del mismo año. Y ha llegado a la conclusión de que puede existir familia en el caso de padres no casados, incluso si no hay cohabitación entre los progenitores, si se dan otros factores que demuestren el compromiso mutuo. En KEEGAN, el objeto de debate era la decisión de una madre soltera de dar en adopción a su hijo recién nacido sin informar de ello al padre. El gobierno irlandés defendía la posición de la madre soltera, alegando que no había existido vínculo familiar entre el padre y el hijo. El problema resultaba de la propia legislación irlandesa, que no reconocía ningún derecho al padre biológico a menos que fuera designado legalmente tutor, extremo que desconocía éste por completo. En cualquier caso, el gobierno alegaba que este hijo era fruto de una relación esporádica, inestable y acabada. Pero la situación era realmente diferente: la pareja había convivido unos años. Habían decidido consciente y voluntariamente tener un hijo en

común y estaban ultimando los preparativos para su boda cuando discutieron y la relación acabó. Sin embargo el padre había mantenido el contacto con la futura madre e incluso había visitado a la mujer y al niño en la clínica tras el parto. En ninguno de esos momentos la madre había informado al padre sobre su determinación de dar al niño en adopción. Basándose en todos estos datos, el TEDH consideró que Irlanda había violado el art. 8 CEDH. El hecho de que las autoridades aceptaran la entrega en secreto del niño en adopción sin recabar el consentimiento del padre por el simple hecho de que no era un padre legítimo, supuso una injerencia en la vida familiar de éste. No en vano, el TEDH adopta una noción amplia del término "familia" no reduciéndola a las relaciones basadas en el matrimonio, sino que reconoce otros vínculos familiares *de facto* cuando las partes cohabitan o han cohabitado fuera del matrimonio (punto 44).

Así pues, el TEDH estableció que, cuando nace un niño de una relación extramatrimonial y consta que ha habido cierto grado de duración y compromiso en esa relación, aunque ésta ya haya acabado, existe una presunción, que solo puede ser rota en determinadas circunstancias, de que existe vida familiar entre el padre natural y su hijo⁴³⁰.

En el caso KROON los hechos que motivaron el litigio son los siguientes: la señora KROON, de nacionalidad holandesa, se casó con un marroquí del que se separó más tarde, desapareciendo éste en 1986. Al año siguiente tuvo un hijo al que inscribió como hijo del esposo en paradero desconocido. Posteriormente obtuvo el divorcio y tuvo otros tres hijos a los que inscribió como hijos de su nueva pareja. Su nuevo acompañante contribuía económicamente al sostenimiento de todos los niños y los visitaba con frecuencia, manteniendo una relación extramarital pero estable con la madre. Ni uno ni otro tenían la menor intención de legalizar su situación ni tan siquiera de vivir juntos. Un día, la pareja de la señora KROON decidió reconocer la paternidad del

⁴³⁰ LIDDY, *cit.*, p.24.

hijo mayor de la señora KROON, pero las autoridades le denegaron esta posibilidad, pese a la más que probable posibilidad de que fuera el verdadero padre del menor. El gobierno insistía en exigir que la pareja se casara y cohabitara para que esto fuera posible, algo que ambos rechazaban. Ante esta situación y llegado el asunto al TEDH, el tribunal reconoció que dado que ahí existía ya una vida familiar *de facto*, el gobierno holandés debía reconocer un vínculo legal con su hijo, independientemente de que los padres decidieran casarse, vivir juntos o vivir de un modo más libre y menos comprometido su relación. El respeto de la vida familiar exigía según el TEDH aceptar la realidad biológica y social y que ambas prevaleciesen sobre una presunción legal contraria frontalmente a los deseos de los implicados y que en nada beneficiaba al niño. De este modo, el TEDH se adapta a los nuevos tiempos, aceptando la existencia de familias no tradicionales y más allá de la estructura clásica de padres casados que conviven bajo un mismo techo (puntos 29 y 30).

Quizá quepa destacar que la vanguardista opinión del TEDH, muy proclive a aceptar nuevas fórmulas familiares, choca aún en algunos Estados. De ello son buena muestra las opiniones divergentes de los jueces MORENILLA y BONNICI. Ambos dan una opinión más tradicional de lo que es la familia. Para el primero, hay que velar por el respeto de valores como la estabilidad y la seguridad jurídica, dado que las nuevas formas de relación humana realmente tienen difícil la prueba de que estamos ante una vida familiar. Por su parte, el juez BONNICI afirma en el punto 3 de su opinión particular que la vida familiar necesariamente implica la cohabitación.

En nuestra opinión, la generosidad del TEDH a la hora de conceder el beneficio del reconocimiento de vida familiar a casos como éste de no cohabitación por falta de interés de los afectados, puede acabar vaciando de contenido a la propia expresión "vida familiar". En efecto: si bien es cierto que puede existir vida familiar sin cohabitación (imagínese el caso de una familia obligada a separarse por la lejanía del empleo de uno de los progeni-

tores) consideramos que una cosa es no poder convivir y otra muy diferente no querer hacerlo. Quien pudiendo cohabitar decide voluntariamente no hacerlo, poco está haciendo en favor de su vida familiar, según nuestra opinión que, como se ve, choca con la opinión mayoritaria del TEDH. Los jueces MORENILLA y BONNICI nos parecen mucho más acertados en su diagnóstico de la situación.

II. 5. SOBRE LOS TRANSEXUALES Y HOMOSEXUALES

PUEDE EXISTIR VIDA FAMILIAR ENTRE PERSONAS TRANSEXUALES

El TEDH ha intentado diferenciar dos cosas: si puede existir una familia y vida familiar entre transexuales, por un lado, y si existe obligación del Estado de dar un reconocimiento jurídico especial a esa relación, por otro⁴³¹. A la primera pregunta, el TEDH ha contestado positivamente, mientras que a la segunda, no. El asunto XYZ/REINO UNIDO de 22 de Abril de 1997 lo provocó la negativa de la autoridad británica a aceptar la inscripción de X como padre de Z en el Registro Civil siendo así que X era un transexual convertido del sexo femenino al sexo masculino mediante una operación quirúrgica y el cual convivía con una mujer (Y) que había quedado embarazada mediante una inseminación artificial de un donante anónimo. A lo largo del caso la argumentación del TEDH denota una posición bastante flexible en la materia, aunque sin llegar a encontrar elementos de juicio por los que pueda considerar que un Estado parte en el CEDH tenga, en virtud del art. 8, ninguna obligación de aceptar la inscripción en el registro como padre de una persona que ni está enteramente claro que pertenezca de forma absoluta al sexo masculino ni tampoco es biológicamente el progenitor. La conclusión del TEDH consiste en que el art. 8 CEDH no implica una concepción unitaria para todos los Estados del tratamiento que

⁴³¹ Sobre este fallo véase EVAIN, S.: "Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme (à propos de l'arrêt CEDH 22 avril 1997, aff. X, Y, Z c/ Royaume-Uni), en *La Semaine Juridique*, 1997, vol. 71, n. 51, pp. 523-528.

deban recibir los transexuales, mucho menos en el plano de la filiación (punto 44). Sin embargo, en lo que a nosotros nos interesa (el término "familia") el TEDH entiende que engloba no sólo a las familias fundadas sobre el matrimonio (punto 36), sino también a otras relaciones *de facto* en las que se comprueben datos como por ejemplo una vida en común, un compromiso estable, una atención mutua, etc. (requisitos que concurren en este asunto). El TEDH, de forma bastante liberal, insiste en que hay que adaptarse a la realidad social y que nada impide a X actuar como padre en el sentido social, así como dar apoyo emocional y económico a Z. Incluso nada impide darle su apellido (punto 50). En este sentido, el TEDH acepta que lo que aparentemente constituye una familia, pueda ser aceptado socialmente como tal, pero ello no implica la exigencia al Reino Unido de cambiar su legislación para aceptar la inscripción como padre de un transexual que ha sufrido una operación de cambio de sexo.

Así, el TEDH establece que una unidad formada por una pareja y un niño, que aparentemente no se distingue en nada de una familia tradicional, pero que realmente consiste en un transexual y el hijo de su pareja, puede en ciertas circunstancias constituir "vida familiar" en el sentido del art. 8 CEDH. En realidad, lo que hace el TEDH es distinguir entre lo que es la vida familiar en sentido social y lo que son las consecuencias jurídicas de esa vida familiar. Con lo primero el TEDH se muestra mucho más liberal que con lo segundo. No obstante, como afirma LIDDY, no queda claro si ese tipo de unión transexual podría recibir el reconocimiento de vida familiar cuando no exista un hijo de por medio⁴³².

En cambio, el tribunal no ha reconocido la vida familiar de tipo homosexual hasta el momento. El tribunal, al igual que los científicos, distingue entre el fenómeno de la transexualidad y el de la homosexualidad. Desde el momento de su pubertad, el transexual tiene la sensación de que vive encerrado en un cuer-

⁴³² LIDDY, *cit.*, p.25.

po que no es realmente el suyo. Se siente de sexo contrario a su sexo aparente. El homosexual tiene clara su identidad sexual, sabe que es hombre o mujer y no quiere dejar de serlo. Simplemente se siente atraído físicamente por personas de su mismo sexo. El transexual es coherente en su actuación y en sus reivindicaciones con el sexo que siente como propio, no con el que sus rasgos físicos le muestran de sí mismo. En este sentido, busca ansiosamente el reconocimiento social y la posibilidad de fundar una familia con una persona de sexo contrario al sexo que la conciencia le dicta que es el suyo⁴³³. Pues bien, así como el TEDH ha mostrado un talante tolerante hacia la vida familiar de quienes aparentemente parecen formar una pareja de hombre y mujer -pese a que desde el punto de vista cromosómico no sean una pareja heterosexual-, sin embargo ha preferido no pronunciarse sobre si puede existir vida familiar en la pareja que constituyen dos hombres o dos mujeres, respectivamente, cuando ninguno de ellos reniega de su identidad sexual. Esto quedó claro en la sentencia del TEDH al caso SALGUEIRO DA SILVA MOUTA/PORTUGAL de 21 de Diciembre de 1999.

Los antecedentes del caso son los siguientes: C y L son dos ciudadanos portugueses que contrajeron matrimonio. Fruto de esa relación, nació una hija. La esposa, C, decidió divorciarse. Los padres llegaron a un acuerdo amistoso durante el proceso

⁴³³ El juez MORENILLA lo ha expresado muy claramente: "La búsqueda de una identidad sexual reconocida públicamente no sólo se manifiesta en la demanda de aceptación social de las tendencias homosexuales frente a actos discriminatorios sino en aquellos casos en que el sujeto siente compulsivamente pertenecer al sexo opuesto no obstante presentar unos caracteres biológicos y cromosómicos que lo definen socialmente como hombre o mujer. Esto lleva a personas a tratamientos hormonales o quirúrgicos, con ablaciones de sus órganos o con implantes genitales incluso, para adaptar su sexo físico al psíquico, a manifestarse socialmente como del sexo opuesto y a reclamar la modificación de su estado civil, o a que se reconozca jurídicamente su relación con una pareja del mismo sexo biológico. Las dificultades que experimentan estas personas en su vida cotidiana, la complejidad de situaciones familiares y la determinación que muestran los afectados para obtener el reconocimiento jurídico de su situación..." (MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M.: "El Derecho al Respeto de la Esfera Privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 289-333, p. 308).

por el que la madre mantendría la custodia de la niña pero con un derecho de visita para el padre, L. Empero, la madre nunca respetó el derecho de visitas. Además, entregó su hija a sus abuelos maternos para que se hicieran cargo de su crianza y cuidado. Ante tal situación el padre, que había comenzado a convivir con otro varón, reclamó la custodia de la hija. El progenitor alegaba que estaba en mejores condiciones que su ex-esposa para proporcionar un hogar estable a la pequeña, y ello tanto en términos económicos como en términos de cuidado y tiempo de atención.

Con el fin de abortar la acción de reclamación de custodia de la hija, la madre acusó a C de haber abusado sexualmente de la hija. Tras los exámenes psicológicos y físicos pertinentes, quedó probado que la acusación era falsa y que había sido utilizada por C como arma arrojadiza contra su ex-marido. Los exámenes psicológicos sirvieron para demostrar que la niña no presentaba ningún tipo de anormalidad relacionado con su propia identidad sexual, ni con la de sus padres. En consecuencia, en primera instancia, los tribunales portugueses dieron la razón al demandante, al cual otorgaron la custodia de la hija. Sin embargo, llegado el caso a un tribunal superior en apelación, la custodia le fue retirada y devuelta a la madre.

Estimando L que se le había retirado la custodia por razón de su orientación sexual y descontento por el hecho de que, nuevamente, su hija vivía con sus abuelos en lugar de con su madre, presentó en 1996 la correspondiente demanda ante la instancia de Estrasburgo.

El TEDH comprendió que el litigio afectaba al derecho a la vida familiar del demandante (ya que ésta siempre queda afectada en casos de divorcio con hijos, según su punto 22) así como al derecho a la igualdad de trato sin distinción por razón de sexo (punto 23), esto es, al art. 8 en combinación con el art. 14 CEDH. En primer lugar, el TEDH constató que el tribunal de apelación de Lisboa había retirado la custodia al padre y se la había devuelto a la madre esgrimiendo como único argumento la

homosexualidad del padre y su convivencia continuada con otro hombre. Por tanto, se trataba de una decisión basada únicamente en el sexo (punto 27). Aunque el tribunal había dictado dicha sentencia pensando en el bienestar de la menor -y en esa medida era una decisión que perseguía un fin legítimo, puesto que la ley portuguesa suele dar preferencia a la madre en procesos por custodia de hijos- sin embargo no era en absoluto una medida razonable y proporcionada, ya que en ella pesó la homosexualidad paterna de modo determinante (punto 35).

En efecto, el fallo judicial del tribunal de apelación declaraba expresamente que la niña debía vivir en el seno de una familia tradicional portuguesa. Asimismo, se afirmaba en ella que los miembros del tribunal carecían de datos suficientes para saber si la homosexualidad era o no una enfermedad o una anomalía. En cualquier caso, no sería saludable que la niña creciera en un ambiente de estas características (punto 34). Visto el texto de la sentencia nacional, al TEDH no le cupo ninguna duda de que efectivamente había existido violación del art. 8 CEDH tomado en combinación con el art. 14 CEDH en la medida en que el fallo judicial portugués discriminaba al padre en sus derechos y no era proporcionado ni razonable.

Como conclusión a este caso se puede añadir que, en esencia, este litigio no versa sobre la posibilidad o la imposibilidad de existencia de vida familiar entre una pareja homosexual y la hija de uno de ellos. El TEDH no se centra realmente en esa cuestión, sino en una más general, a saber: si existe o no vida familiar entre un padre y su hija, independientemente de cuál sea la orientación sexual del progenitor.

De la sentencia parece desprenderse que el TEDH prefiere no pronunciarse sobre si puede existir una familia de tipo homosexual. Mientras que en el caso de transexuales el TEDH es más tolerante (porque se trata de personas que realmente piensan que su sexo aparente en el momento del nacimiento era equivocado y por tanto creen ser del sexo opuesto) en el caso de homo-

sexuales (con los que sólo se plantea un problema de orientación sexual, no de identidad sexual) el TEDH parece optar por la prudencia y prefiere no pronunciarse⁴³⁴.

El TEDH, en su sentencia al caso FRETTÉ/FRANCIA de 26 de Febrero de 2002 de nuevo evitó pronunciarse sobre una posible vida familiar homosexual. En concreto, justificó en el margen de apreciación del Estado la denegación a un homosexual del derecho a adoptar un niño. Aunque el TEDH mantiene que el CEDH es un instrumento vivo que se tiene que adaptar a los nuevos tiempos, entiende que el Estado es quien está en mejor situación para saber si esa adopción puede ofrecer un hogar estable al menor (cuyo interés superior prima sobre el del adoptante). El dictamen de los servicios sociales en el sentido de que el reclamante carecía de un modelo maternal estable, es suficiente motivo para proteger el objetivo legítimo de la salud y los derechos del posible niño adoptado (punto 38). Además, el TEDH se negó a considerar la vida familiar que el adoptante quiere tener con su eventual hijo o incluso su deseo obsesivo por fundar una familia. El tribunal considera que la vida familiar y la familia que protegen los artículos 8 y 12 CEDH son la vida familiar y la familia ya existentes, no la mera expectativa o deseo de formarlos (punto 32). De este modo, una vez más, el tribunal elude el espinoso tema de la relación entre familia y homosexualidad.

Los equilibrios que tiene que hacer el TEDH en su jurisprudencia para evitar referirse a un supuesto derecho a la vida familiar de los homosexuales queda patente de nuevo en el caso C./FINLANDIA de 9 de mayo de 2006. En este asunto, nos encontramos ante el matrimonio de un suizo y una finlandesa. Viven en Suiza, donde tiene a sus dos hijos. Se divorcian y llegan

⁴³⁴ Sobre la diferencia de tratamiento de las parejas homosexuales y transexuales, puede consultarse PALLARO, P.: *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani en el diritto comunitario*, en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 2000, n. 1, pp. 104-133, p. 121; WINTEMUTE, R.: "Lesbian and gay Britons, the two Europes and the Bill of Rights debate", en *European Human Rights Law Review*, 1997, n. 5, pp. 466-479.

al acuerdo de que los hijos vivirán con la madre en Finlandia. Allí, la madre empieza a convivir con una pareja de su mismo sexo. Ambas crían a los niños de la primera, pero años después, teniendo los hijos 12 y 10 años, la madre muere. Comienza la batalla entonces por la custodia de los niños entre la pareja de la madre y el padre de los niños. A ambos las autoridades los consideran capacitados para asumir el cuidado de los niños, pero la pareja de la madre pone a los niños en contra del padre. Los niños no quieren abandonar Finlandia, ni su entorno, ni su escuela, ni a la pareja de su madre, que ha sido su referente desde que tienen uso de razón. El Tribunal Supremo de Finlandia se pronunció en contra de la custodia paterna alegando para ello el interés superior del menor, que sería en su opinión permanecer en el entorno que conocían los niños y con la persona que los niños querían, que era la pareja de su madre. En cambio, el TEDH falla a favor del padre al considerar que los deseos de un niño no suponen siempre su mejor interés (punto 58). El TEDH añade que las autoridades finlandesas han permitido a la pareja de la fallecida manipular a los niños y que además, la decisión tomada les impedirá relacionarse con su padre. A lo largo de todo el pronunciamiento, queda claro en el lenguaje del tribunal la importancia que otorga a la vida familiar que quiere desarrollar el padre con sus hijos. También se refiere a la vida familiar que los niños tenían con la madre. Pero el TEDH se cuida de no mencionar una posible vida familiar de los niños con la madre y con la pareja de ésta. Y se percibe en la redacción de la sentencia que el tribunal tampoco quiere desarrollar el argumento de si existe vida familiar entre los niños y la pareja de la madre una vez que ésta última ha fallecido.

No podemos menos que elogiar la prudencia del TEDH en este caso. El tribunal, sabedor de que el tema de la convivencia homosexual (sobre todo si hay hijos de por medio) es un tema que está lejos de ser pacífico entre los 49 Estados parte del CEDH, prefiere abstenerse de calificar si existe vida familiar digna de protección en situaciones que superan con mucho los

límites de la familia nuclear. Sin embargo, cada vez el margen de maniobra que le queda al TEDH es menor y algún día no podrá eludir más la cuestión. Baste imaginarse la situación en la que se hubiera encontrado el TEDH en este mismo caso si el Tribunal Supremo de Helsinki hubiera fallado en favor del padre y quien hubiera reclamado al TEDH hubiera sido la pareja de la madre. Si ésta hubiera alegado que la medida rompía los vínculos familiares que había desarrollado con los hijos de su compañera, el TEDH se hubiera encontrado en una situación comprometida.

En cambio, la Asamblea Parlamentaria ha mostrado en este tema su faceta más avanzada y rompedora. La Asamblea Parlamentaria, en la Recomendación 1470 (2000) de 30 de Junio de 2000 sobre los *gays* y lesbianas y sus parejas en materia de asilo e inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa, con el pretexto de tratar las condiciones de la petición de asilo por personas homosexuales, habla sin tapujos de "familias homosexuales"⁴³⁵ para las que pide el mismo tratamiento en cuanto a protección, prestaciones, derecho a la reagrupación familiar y derechos sociales que los que se otorgan a las familias heterosexuales: Estamos ante unas afirmaciones que entran en un terreno polémico como es el del reconocimiento de las relaciones homosexuales y la pretendida por algunos equiparación de la situación jurídica, económica y fiscal de las parejas homosexuales con las heterosexuales.

II. 6. SOBRE LA FAMILIA QUE ES OBJETO DE PROTECCIÓN POR EL CEDH

LA FAMILIA QUE RECIBE PROTECCIÓN ES AQUÉLLA EN LA QUE LOS HIJOS SON MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS O, SIENDO MAYORES DE EDAD, SUFREN ALGÚN TIPO DE DEFICIENCIA

Existe una saga de casos en los que los protagonistas son extranjeros no comunitarios que residen en territorio europeo.

⁴³⁵ Sin embargo, la recomendación obvia el tema de los posibles hijos de uno de los miembros de la pareja homosexual.

En la mayoría de los casos, se trata de inmigrantes de segunda generación. En todos ellos el país en el que residen procede a su expulsión por razones relacionadas con el orden público (delinquentes habituales, drogadictos con cargos penales a sus espaldas, etc.). Pero en ellos nos encontramos con otros datos relevantes: se trata de extranjeros que se trasladaron muy jóvenes a vivir a Europa junto con sus padres y hermanos, todos los cuales están perfectamente integrados en la nueva sociedad de acogida. Todos ellos han cursado sus estudios en el país de acogida y no conservan prácticamente ningún vínculo con el país de nacionalidad; ni siquiera son capaces de hablar otro idioma más que el del país de acogida. El Protocolo 4 al CEDH prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, así como de forma absoluta las de nacionales. Pero no existe ninguna prohibición a las expulsiones individuales de extranjeros basadas en motivos de seguridad nacional u orden público. Por ello, los causantes de estos asuntos judiciales sólo pueden invocar el art. 8 CEDH en su favor, a fin de intentar demostrar que forman parte de una familia establecida en el Estado europeo y que su vida familiar quedaría truncada si se les forzase a abandonar ese continente.

En relación con estos asuntos, no existe una única respuesta o línea jurisprudencial del TEDH. Por el contrario, siempre ha estudiado de modo totalmente casuístico los asuntos, comprobando sus antecedentes de hecho. Atendiendo a los mismos, a veces ha concluido que la expulsión violaba la vida familiar y en otros casos, no⁴³⁶. El TEDH, en un reciente caso, el asunto

⁴³⁶ La producción doctrinal es muy amplia en relación con la alegación por un extranjero del derecho a su vida familiar como modo de evitar la expulsión de un país. Se puede consultar los siguientes artículos: STOREY, H.: "The right to family life and immigration case law at Strasbourg", en *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, pp. 328-371 y VILLIGER, M.E.: "Expulsion and the right and respect for private and family life", en *Mélanges Wiarda*, 1990, Verlag, pp. 657-670; VAN MUYLDER, C.: "Le droit au respect de la vie privée des étrangers: une application novatrice de l'article 6 de la CEDH dans le contenu des étrangers", en *Revue Française de Droit Administratif*, 2001, n.4, pp.797-806; SAROLÉA, S.: "Quelles vies privée et familiale pour l'étranger?: pour une protection non discriminatoire de ces vies par l'article 8 de la CEDH", en *Revue Québécoise de Droit International*, 2001, numero spécial, pp.247-285;

SEZEN/HOLANDA de 31 de Enero de 2006, ha sistematizado los principios que le sirven al TEDH como guía para examinar si una expulsión es necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, a saber: 1) la naturaleza y gravedad del delito cometido; 2) el tiempo que llevaba la persona en el país de acogida antes de delinquir; 3) el tiempo transcurrido desde el delito así como la conducta de la persona durante el mismo; 4) la nacionalidad de las personas afectadas por al decisión de expulsión; 5) la situación familiar de la persona sobre la que pesa la orden de expulsión (si está casado, si tiene pareja efectiva, si hay niños); 6) en el caso de que la persona esté casada o conviva, si su pareja conocía el delito cometido; 7) las dificultades que tendría su esposo/a o hijos para seguirle al país de origen del expulsado (punto 42), etc.

HARVEY C.: "Protecting the marginalised: the role of the ECHR", en *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2000, vol. 51, n. 3, pp. 445-465; MILLET, J.F.: "Le droit à une vie familiale normale et les étrangers de la deuxième génération", en *Revue Française de Droit Administratif*, 2001, n. 4, pp. 807-812; DE SCHUTTER, O.: "La CEDH et l'asile", en *Revue du Droit des Étrangers*, 1994, n.80-81, pp. 469-477; DE SCHUTTER, O.: "La souveraineté de l'État et les droits de la personne immigrée", en *Revue du Droit des Étrangers*, 1995, n. 84, pp.261-270; DE SCHUTTER, O.: "La proportionnalité de l'éloignement d'étrangers pour motifs d'ordre public", en *Revue du Droit des Étrangers*, 1997, n. 93, pp.177-189; MENDEL-RICHE, F.: "L'éloignement des étrangers entre défense de l'ordre public et impératifs humanitaires", en *Cahiers du CREDHO*, 1999, n. 5, pp.135-145; LAMBERT, P.: "Extradition et expulsion d'étrangers dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" en *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, 1999, Bruylant, Bruselas, pp. 63-78; PALLARO, P.: "Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsioni e rispetto della via privata e familiare", en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1998, vol. 11, n. 2, pp. 453-462; CLÉMENT, H.: "La CEDH et l'éloignement des étrangers", en *Après-demain. Journal Mensuel de Documentation Politique*, 1998, n. 400, pp. 36-38; LEVINET, M.: "L'éloignement des étrangers et l'article 8 CEDH", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 10, n. 37, pp. 89-119; COROUGE, E.: "Le respect de la vie familiale. Expulsion des étrangers et l'article 8 CEDH", en *Revue Française de Droit Administratif*, 1997, vol. 13, n. 2, pp. 318-321; TURPIN, D.: "La jurisprudence du juge administratif français relative aux droits des étrangers, au regard de la CEDH", en *Le Courier Juridique des Finances*, 1997, numéro spécial, n. 81, pp. 13-15; MOCK, H.: "Selon que vous serez marié ou misérable... Eloignement des étrangers délinquants", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2002, n. 50, pp. 483-495; STOREY, H.: "Implications of incorporation of the ECHR in the immigration and asyly context: some challenge for judicial decision-making", en *European Human Rights Law Review*, 1998, vol. 4, pp. 452-475.

Se procederá a estudiar los casos más relevantes para conocer el concepto de familia que maneja el TEDH como digno de protección insistiendo en el esquema que habitualmente sigue el TEDH: primero comprobará si ha existido afectación de la vida familiar. Si tal es el caso, pasará a estudiar si la medida estaba prevista por la ley, si perseguía un fin legítimo y, en último lugar, si era necesaria en una sociedad democrática.

El primer caso que nos aporta enseñanzas sobre los criterios que maneja el TEDH es el caso MOUSTAQIM/BÉLGICA de 18 de Febrero de 1991. En él, un pequeño delincuente marroquí afincado en Lieja con sus padres desde que contaba dos años recibe una orden de expulsión por la comisión de 22 infracciones. El joven en cuestión es un menor de edad que mantiene sin duda sus lazos familiares con sus padres, con los que convive. El TEDH tiene en cuenta estos dos datos, especialmente el hecho de su minoría de edad, para concluir que Bélgica ha violado el art. 8 CEDH al alejarle del único entorno familiar que conoce y condenarle a volver a Marruecos, un país que no conoce y cuya cultura le resulta extraña. El TEDH mantiene la doctrina de que es desproporcionada la expulsión de un delincuente extranjero menor de edad en el caso JAKUPOVIC/AUSTRIA de 6 de Febrero de 2003. Dado que cuando se decretó su expulsión tenía solo 16 años, la medida interfiere con la vida familiar que desarrolla en el país de acogida con su madre y hermano.

Idéntica solución otorga el TEDH a los casos en los que el delincuente convicto, aun siendo mayor de edad, adolece de una discapacidad física o psíquica que le impide desarrollar una vida normal fuera del entorno familiar. Así se demostró en el caso NASRI/FRANCIA, en cuya sentencia de 13 de Julio de 1995, el TEDH estimó absolutamente desproporcionada la expulsión a Argelia de un pequeño delincuente sordomudo, mayor de edad pero cuya discapacidad sólo le permitía comunicarse con sus más allegados (padres y hermanos, con los que convivía) a través del lenguaje de los signos. El TEDH estimó que, pese a su mayoría de edad, la discapacidad del joven, su ínfimo vínculo con su país de

origen (el cual había abandonado a una temprana edad) así como el hecho de que viviera con sus padres y hermanos (que eran los únicos capaces de comprenderle y de comunicarse con él) convertían su expulsión en una violación desproporcionada del derecho a la vida familiar de NASRI con respecto al bien que se trataba de conseguir, la defensa del orden público.

En cambio, cuando el delincuente extranjero es mayor de edad y está emancipado de sus padres, el TEDH ya no considera obligado al Estado a respetar la vida familiar de esa persona sobre territorio extranjero. Esto queda claro en el caso BOUJALDI/FRANCIA de 26 de Septiembre de 1997, y en el caso BOUGHANEMI/FRANCIA de 24 de Abril de 1996, en el caso BOUJIFA/FRANCIA de 21 de Octubre de 1997. En el primero, nos encontramos ante un marroquí que vive en Francia desde los 7 años pero que una vez alcanzada la mayoría de edad, no reside en la vivienda familiar con sus padres aunque mantiene cierto contacto con ellos. En 1986 se cursa una orden de expulsión del territorio francés en su contra por actividades relacionadas con las drogas. Posteriormente y aprovechando que la orden aún no ha sido ejecutada, el Sr. BOUJALDI comienza a cohabitar con una francesa de la que tiene un hijo en 1993. Ante la inminente ejecución de la orden de expulsión, el Sr. BOUJALDI, agota los recursos internos sin éxito y posteriormente acude ante el TEDH. En su favor, invoca que la medida de expulsión viola su vida familiar por partida doble dado que él presupone que forma parte de dos familias más que de una sola. La medida afectaría a la familia que forma junto a sus padres, residentes legales en Francia, pero también a la familia que ha formado con su pareja y su hijo. El TEDH, sin embargo, fue bastante duro en su fallo: en su opinión, no cabe considerar sus relaciones con la primera familia por tratarse de un mayor de edad independiente. En segundo lugar, no cabe tomar en consideración sus relaciones con la segunda familia a la que hace referencia (la que forma con su pareja y su hijo) porque la supuesta violación del art. 8 CEDH hay que tenerla en cuenta con los datos que obra-

ban en el momento en el que se ordenó la expulsión (año 1986, no con los actuales de 1993). En otras palabras, si el Sr. BOUJALDI formó una nueva familia sobre territorio francés a sabiendas de que era inminente su expulsión del país, ello no es oponible a este Estado. El TEDH solo puede tener en cuenta las circunstancias del caso en el momento en el que la orden de expulsión se convirtió en definitiva y, en ese momento, era un varón mayor de edad que vivía independientemente de sus padres (punto 33).

Al mismo resultado llegó el tribunal en su fallo al asunto BOUGHANEMI por sus sospechas más que fundadas de que el demandante había establecido una relación de pareja con una francesa –a cuyo hijo reconoció formalmente pese a no ser su hijo biológico- como modo de evitar una orden de expulsión del país que ya estaba en curso. El tribunal, a la vista de que su convivencia en pareja y el reconocimiento del hijo de su compañera se habían producido con posterioridad a la adopción de la orden de expulsión, denegó la protección a BOUGHANEMI. Además, frente a las alegaciones en el sentido de que sus padres y 10 hermanos vivían en Francia, el tribunal replica que no le consta que exista la más mínima asistencia o relación entre el recurrente y su familia de sangre (punto 33).

Idéntica solución ha dado el TEDH al caso BOUJILFA/FRANCIA de 21 de Octubre de 1997. En este asunto, la familia que este pequeño delincuente mayor de 18 años pudiese formar con sus padres y hermanos residentes en suelo francés tampoco fue considerada por el TEDH en su análisis. Del mismo modo, tampoco tuvo en cuenta la convivencia que venía desarrollando con una mujer francesa dado que esa cohabitación databa de un momento posterior al pronunciamiento de la orden de deportación, cuando el recurrente ya era conocedor de su situación de precariedad en el país.

Quizá resulte un tanto llamativa la rigidez y cerrazón del TEDH al dar por hecho que nunca existe vida familiar entre un mayor de edad y sus padres y hermanos e inaplicar el concepto a

este tipo de situaciones. Ciertamente es que la independencia que da la mayoría de edad puede tender a alejar emocional y económicamente a un hijo de sus padres y hermanos, pero no tiene por qué ser siempre así. En determinados casos y circunstancias, quizá los vínculos afectivos sigan siendo estrechos. A menudo, la dependencia financiera del hijo con respecto a los progenitores continuará. La mayoría de las veces, la cohabitación persiste. Por tanto, quizá el TEDH debería estudiar este tipo de asuntos sobre relaciones de sangre desde una perspectiva más flexible y abierta⁴³⁷.

De hecho, parece que el propio tribunal se ha replanteado su posición en la materia en los últimos tiempos a juzgar por el contenido del fallo al caso EZZOUHDI/FRANCIA de 13 de Febrero de 2001, en el que los antecedentes de hecho son muy similares a los de otros asuntos previamente juzgados por el TEDH (magrebí mayor de edad que delinque en el país en el que ha sido criado, Francia, pero que es soltero y no tiene hijos, aunque sí madre y hermanos en dicho país). En cambio, los argumentos de derecho y el fallo final no coinciden con los de los casos anteriores. En otras épocas, el TEDH hubiera despachado el asunto con bastante facilidad y hubiera concluido afirmando la inexistencia de vida familiar entre el demandante y su madre y hermanos. Sin embargo, el TEDH parece más sensible en esta ocasión puesto que estudia la relación entre adultos y llega a la conclusión de que sí constituye vida familiar. Establecido este extremo, y a la vista de que la medida de expulsión se ordenó por la comisión de un delito al que se atribuye en Francia una pena muy leve, el tribunal declara que la medida resulta desproporcionada.

⁴³⁷ Algunos miembros del TEDH han llegado a criticar en sus opiniones disidentes la "severidad" con la que el TEDH afronta este tipo de casos, en los que no tiene nunca en cuenta que estamos tratando de inmigrantes de segunda generación, que son "cuasi-franceses", o "cuasi-belgas", cuyos referentes familiares, sociales, profesionales y culturales se encuentran en el país de acogida (véase la opinión disidente de los jueces COSTA y TULKENS al caso BAGHLI/FRANCIA de 30 de Noviembre de 1999).

III. CONCLUSIONES SOBRE LA LABOR DEL CONSEJO DE EUROPA HACIA LOS DERECHOS DE LA FAMILIA

La principal conclusión del análisis anterior es el talante humanista que inspira a la Organización del Consejo de Europa. Se trata de una organización centrada en el valor de la persona, antropocéntrica, con sus luces y sus sombras, pero que fue creada por y para proteger a la persona humana. La organización no se fija en una única dimensión de la persona humana, ni se ocupa únicamente de una faceta de la actividad humana como hacen otras organizaciones internacionales, que pretenden la cooperación de los Estados para mejorar la vida de las personas en el terreno, por ejemplo, económico, social o cultural. El Consejo de Europa tiene una visión de la cooperación amplia, multiforme y omnicomprendensiva. Y cualquier tipo de cooperación que impulse, sea en la materia que sea, siempre lo hará en favor de la persona, teniendo como único *leitmotiv* el ponerse al servicio del ser humano y procurar su bienestar. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales y su protección ocupan el lugar central dentro de todo el edificio creado por el Consejo de Europa, su piedra angular. Se trata de proteger los derechos de la persona física frente a los abusos estatales. El tiempo y la historia se han encargado de demostrar que los Estados violan los derechos de las personas y que se hace necesario establecer instrumentos de promoción y codificación que ayuden a evitar que tales abusos se produzcan así como mecanismos de control y sanción para el caso de incumplimiento.

Éste es el talante con el que todos los órganos del Consejo de Europa, y muy en especial el TEDH, se aproximan a los derechos fundamentales y, como colofón, también a aquellos derechos fundamentales que tienen a la familia como víctima de los abusos. Un talante humanista y antropocéntrico, en el que el respeto de los derechos fundamentales no constituye un medio para conseguir otros objetivos (ni económicos ni políticos) sino un fin en sí mismo. Y, dentro del talante humanista, es de ins-

piración cristiana. Pero una inspiración cristiana en sentido amplio. Esto no resulta extraño tampoco. Al fin y al cabo, los países de Europa occidental que fundaron esta organización (y la mayoría de los que se adhirieron a ella hasta el momento de la entrada de los países ex comunistas) son de tradición cristiana. Ello implica una misma –o al menos similar– comprensión del lugar que ocupa la persona en el mundo, de sus valores, de sus derechos y obligaciones. Esto incluso se puede también aplicar a los nuevos países recién salidos del comunismo y que se han adherido últimamente a la organización. Porque incluso si es cierto que décadas de comunismo dejaron en hibernación el concepto de persona individual como el ente central que debe ser objeto de protección para sustituirlo por el valor de la sociedad, la tradición cristiana subsistió latente en estos Estados y ha rebrotado en sus nuevos regímenes. En efecto, los antiguos Estados ex comunistas recuperan el discurso de los derechos de la persona, tanto los derechos de primera como los de segunda generación y proclaman su respeto por los derechos individuales, no solo los colectivos

En conclusión, tanto las resoluciones y recomendaciones como las sentencias que, de una u otra manera, han surgido en el seno del Consejo de Europa son de orientación cristiana en el sentido de protectoras de la persona humana, de su dignidad, de la vida privada, de la familia como la célula más fundamental de la sociedad. En definitiva: la persona como centro de la preocupación, mucho más que la comunidad social o política.

Pero esta inspiración humanista y cristiana también es liberal. En efecto, el Consejo de Europa está abierto a los cambios y transformaciones que se producen en la persona humana, en la sociedad, en la familia. Con mayor o menor dificultad, tanto los órganos políticos como judiciales se van adaptado a nuevos fenómenos con los que convivimos. El Consejo de Europa en general y el TEDH en particular consideran que la realidad social que es evolutiva y que cada vez con más frecuencia nos

presenta nuevas situaciones. La aceptación de la separación, del divorcio, la tolerancia hacia nuevas formas de familia –por ejemplo las formadas por transexuales que conviven con niños-, la protección de las familias monoparentales: todo ello testimonia que el Consejo es sensible a los nuevos fenómenos que envuelven a la familia y no ha querido o quizá no ha podido mantener una postura firme de defensa de la familia nuclear con exclusión de las demás. Por eso, junto a la defensa clara y decidida de la familia tradicional, va aceptando y haciendo suya paulatinamente la defensa de otro tipo de familia menos convencional. Ello no implica que se acepte sin más cualquier situación nueva, sino que esas situaciones nuevas serán estudiadas pormenorizadamente y se juzgará la pertinencia y bondad de su protección. En este sentido, la reticencia de los Estados puede hacer que alguna situación sea tratada de modo diferente en cada uno de los Estados parte del Consejo de Europa. Si no llegan a un consenso, en principio nada podrá imponer ninguno de los órganos de la organización a esos Estados. De hecho, en no pocas ocasiones el TEDH prefiere eludir el tema que le es propuesto cuando es excesivamente polémico o cuando no existe una opinión unánime entre los Estados parte. En tales casos, a veces el tribunal europeo da muestras de prudencia a la espera de que se produzcan más datos en la realidad social que le permitan conformar su criterio en la materia. Sin embargo, en general, nos encontramos con un talante excesivamente liberal y permisivo.

El Consejo de Europa, con mayor o menor acierto, huye de patrimonializar o identificar la familia con cierta forma o fórmula concreta, ni siquiera con su forma más clásica, la de la familia nuclear. Por eso dice proteger a la familia “natural”, es decir, las formas familiares *de facto* aunque no esté legalizadas. En palabras del Secretario General de la Organización del Consejo de Europa: *“Family normally represents a safe unit providing affection and protection... Families tend less to the patriarchal model, and have become more democratic and participative, which has*

SUSANA SANZ CABALLERO

both advantages and risks. On the other hand, adolescents live a wide variety of family structures, influenced by family breakdown, single parenthood, the growth of cohabitation, and various new relationships (step-families, etc.)⁴³⁸".

Susana Sanz Caballero
Cátedra Jean Monnet
Universidad CEU-Cardenal Herrera

⁴³⁸ Párrafo 8 del Informe del Secretario General a la conferencia de ministros europeos responsables de asuntos familiares, Viena 16-18 de Junio de 1997, doc. CM(97)137.