

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA FAMILIA Y LAS PERSONAS DEPENDIENTES

SUSANA SANZ CABALLERO

Profesora de Derecho Internacional Público
Cátedra Jean Monnet Universidad Cardenal Herrera-CEU

INTRODUCCIÓN



FAMILIA y dependencia son dos términos que van de la mano. La familia es la célula primera y principal de acogida de las personas dependientes, sean éstos niños, ancianos o discapacitados. Y continúa siendo hoy día el centro básico de socialización del individuo, así como su primer referente desde el momento del nacimiento. En su seno se produce tradicionalmente la solidaridad necesaria para con las personas dependientes y más vulnerables de la sociedad.

Si bien el concepto clásico y convencional de familia en la civilización occidental (en tanto que institución formada por una pareja heterosexual, monogámica y estable, casada, con hijos y patriarcal) coexiste con otro tipo de estructuras familiares (familias monoparentales, parejas de hecho, familias de padres divorciados o separados que acumulan varios hijos de sus sucesivos matrimonios, parejas de transexuales u homosexuales con hijos adoptados o biológicos de alguno de ellos), no por ello esta

institución ha perdido su lugar destacado, e incluso principal, como unidad fundamental de la sociedad¹. Por esta amplitud del concepto en algunos medios se está empezando a hablar de «las familias» en lugar de «la familia»².

La familia desempeña un papel insustituible impulsando la solidaridad entre generaciones, las responsabilidades compartidas, la atención al más desvalido o dependiente, el compañerismo y la igualdad de derechos. La familia provee los cuidados básicos que necesitan los niños, los enfermos crónicos, los discapacitados, los mayores. Es la célula que primero desarrolla mecanismos para atender a los desempleados y luchar contra la exclusión social, la pobreza, las drogas... En este sentido, promueve valores básicos de la sociedad. Constituye la unidad encargada de la integración, la socialización y la educación primarios de la persona. De este modo, se convierte en la primera piedra (y la piedra clave, además) en la construcción de una sociedad.

Las autoridades públicas son conscientes de la importancia que reviste su respeto y protección de cara a la buena marcha de la sociedad. De ahí que todos los Estados promuevan políticas familiares que intentan, en mayor o menor medida según el grado de intervencionismo, preservar la unidad familiar invadiendo este ámbito privado lo menos posible, pero al mismo tiempo procurando su protección más activa en tiempos de crisis económica, creando las condiciones necesarias para lograr su autonomía y bienestar, proveyéndole de servicios sociales, médicos, educacionales y culturales y adoptando acciones positivas para cuidar especialmente de aquellos más vulnerables dentro de su seno (ancianos, niños, discapacitados, enfermos crónicos y, en ocasiones, la mujer).

También el Derecho internacional público se ocupa de su protección y promoción a través de la búsqueda de un consenso interestatal sobre aspectos básicos de la misma que permitan alcanzar una cota de bienestar familiar lo más alto posible dentro de los Estados. Es más, los Estados son conscientes de la función social insustituible que desempeña la familia con respecto a los miembros más vulnerables de la sociedad, sean éstos menores, enfermos, discapacitados o desempleados. Todas estas personas dependientes habitualmente forman parte de una familia que se ocupa de

¹ CALAIS-AULOY, M. T., «Pour une définition claire de l'institution familiale», en *Petites Affiches. La Loi*, 2000, núm. 60, pp. 4 y 5.

² HERLIHY, D., *Avances recientes de la demografía histórica y de la historia de la familia*, 1985, EUNSA, Pamplona, *passim*.

proveer sus necesidades materiales y emocionales. De ahí el interés de los Estados en potenciar, a través de organizaciones internacionales, las políticas familiares. Es, por tanto, en las organizaciones internacionales, como medio de cooperación institucionalizada y permanente de los Estados, donde de modo profundo y permanente se canalizan los esfuerzos para promover la estabilidad del núcleo familiar y garantizar su desarrollo armonioso.

Son varias las organizaciones internacionales que actúan en temas de política familiar y que adoptan resoluciones que afectan a la familia. Algunas veces, esas resoluciones suponen un complemento de las políticas nacionales. Otras, incluso, obligan a las autoridades nacionales. Aunque hoy día las políticas de familia continúan siendo campo de competencia estatal fundamentalmente (ya que la protección de la familia se articula primeramente sobre el derecho interno de los Estados, que es el que proporciona la mayoría de las normas de derecho material aplicables); no obstante, las exigencias que pueden ver impuestas los Estados por participar en organizaciones internacionales son relevantes porque sirven para homogeneizar el tratamiento de la materia y evitar excesivas incompatibilidades entre sus legislaciones. Por este motivo, resulta oportuno preguntarse qué tipo de medidas se adoptan en el ámbito internacional al objeto de proteger los intereses familiares, qué clase de iniciativas se promueven para que los Estados cumplan con sus obligaciones hacia la familia y las personas dependientes de sus sociedades.

En este trabajo analizaremos la labor realizada en el plano universal y en el europeo. En cuanto al ámbito universal, destaca la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Pero al hablar de la protección de la familia en el marco internacional no se puede olvidar de ningún modo que, junto a la visión universalista que aportan las Naciones Unidas, también está la labor, muchas veces mucho más progresista, emprendida por instituciones internacionales de ámbito regional. Entre las que operan en Europa y que se han ocupado, en mayor o menor medida, de promover y proteger los derechos de la familia, destaca el Consejo de Europa. La labor realizada en el seno del Consejo de Europa en favor de la familia ha sido hasta el momento muy avanzada, habiéndose establecido todo un sistema de protección judicial de los derechos fundamentales, en general, y de los de la familia, en particular, sin parangón en ninguna otra organización internacional, sea universal o regional.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA Y LAS PERSONAS DEPENDIENTES EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Lo primero que cabe señalar cuando se habla del concepto de familia en el ámbito de Naciones Unidas es que en esta organización no se maneja un contenido único para el término³. La ONU cuenta con 191 Estados miembros. Los Estados que forman parte de ella se caracterizan por su pluralidad, su origen multicultural, multirracial, multiétnico, multilingüístico, multiideológico. Está formada por Estados muy dispares entre sí: unos son democráticos, otros muchos son regímenes totalitarios. Unos son de corte capitalista, otros de economía dirigida desde el Estado. Unos son Estados desarrollados, pero la inmensa mayoría de ellos son Estados en desarrollo. Aúna en su seno Estados de diferentes civilizaciones, que se caracterizan más por su heterogeneidad que por su homogeneidad. La consecuencia que se deriva de la pluralidad de composición de la ONU es la amplitud, generosidad y falta de límites del concepto de familia que maneja. La ONU evita circunscribir el concepto a un modelo familiar determinado. Por el contrario, acepta múltiples realidades familiares (por ejemplo, familias monoparentales, las cuales van en aumento con el incremento de madres solteras y divorcios; familias intergeneracionales, cada vez más frecuentes en los países desarrollados, dada la baja tasa de mortalidad; familias con hijo único, en regímenes antinatalistas como el chino⁴; familias de abuelos y nietos, cada vez más frecuentes en Estados africanos debido a la plaga del SIDA⁵).

Es cierto que en algún documento se trasluce la idea de familia nuclear —como estructura con dos padres y uno o más hijos—, pero esto no es lo habitual⁶. Por lo general, los documentos, convenios o resoluciones del ámbito de las Naciones Unidas más que hablar de lo que es o no es esta institución

³ Sobre la familia y su protección en el ámbito internacional, consúltense DYER, A., «The Internationalization of Family Law», en *UC Davis Law Review*, 1997, vol. 30, p. 625; Lowe, N., y Gillian, D. (eds.), *Families accross Frontiers*, 1996, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya; BELEM-BAOGO, A., *The Family in International and Regional Human Rights Instruments*, 1999, Naciones Unidas, Nueva York, y Bainham, A. (ed.), *The International Survey of Family Law*, 2001, Bristol.

⁴ Si bien Naciones Unidas condena las prácticas antinatalistas impuestas por el Estado, no obstante respeta y protege a las familias que surgen de este tipo de régimen.

⁵ En África la tasa de SIDA es tan alta que alcanza dimensiones de pandemia y obliga a muchos ancianos a recoger en su hogar a los nietos de varios hijos a medida que éstos van muriendo.

⁶ Por ejemplo, el artículo 44.2 del Convenio sobre los trabajadores migrantes y sus familiares describe a la familia como dos cónyuges casados o dos personas que tengan una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzcan efectos equivalentes al matrimonio junto con sus hijos solteros menores de edad a su cargo.

suelen dar por hecho que el público sabe qué es y prefieren fijarse en la cuestión de cómo protegerla, cómo lograr acuerdos entre los Estados y puntos de contacto con el objetivo de alcanzar compromisos para lograr su estabilidad y bienestar. En conclusión, existe bastante tolerancia en Naciones Unidas sobre el concepto de familia. En lugar de una «familia modelo» se suele tomar como referencia «modelos de familia». No existe un enfoque unidireccional ni una definición estricta de la institución. La justificación es que, de otro modo, se correría el riesgo de prejuzgar alguna situación, excluyéndola del ámbito de las relaciones familiares y dejándola sin protección. De hecho, cualquier intento emprendido por la ONU con el fin de lograr un consenso sobre la definición y terminología aplicables a la familia o los hogares familiares se ha saldado siempre en un absoluto fracaso⁷. Sin embargo, esta amplitud en la forma de entender el término familia ha sido criticada desde distintas instancias, especialmente desde la Santa Sede.

UNICEF-España afirma que la familia es una institución cambiante y diversa, cuya forma ha variado mucho a lo largo de la historia dependiendo de las distintas culturas, desde las cada vez más abundantes familias monoparentales hasta las familias extensas que agrupan a varias generaciones, pasando por los clanes y grupos tribales en los que todos cuidan de todos. Lo importante es que, independientemente de la forma que adopte, constituye el núcleo mínimo de cualquier sociedad y en ella se tejen las redes básicas de la solidaridad, el aprendizaje, la economía, las relaciones interpersonales, el cuidado y sostén mutuo, amén de ser el medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros, especialmente de los niños⁸.

Tomaremos como documento de referencia la Declaración universal de derechos humanos adoptada por la Asamblea General en su resolución 217A (III) de 10 de diciembre de 1948. Adoptamos como punto de partida este acto por dos razones principalmente: *a)* porque es el único instrumento internacional mencionado expresamente en el artículo 10.2 de la Constitución española conforme al cual se interpretarán las normas relativas a derechos fundamentales, y *b)* porque las menciones que en esa resolución se hacen a la familia expresaron ya en el año 1948 la esencia de los derechos que ésta posee, habiendo sido posteriormente desarrollados en los siguientes documentos que se han ido adoptando. En este sentido, la relación familiar se deja ver en los siguientes artículos de la Declaración: artículo 12, sobre la

⁷ Véase el punto 4 del Informe del Secretario General de las Naciones Unidas al ECOSOC sobre las actividades complementarias del año internacional de la familia (E/CN.5/2001/1).

⁸ UNICEF-ESPAÑA, «Las familias, en el centro de las políticas públicas», en *Noticias de Unicef*, 2004, febrero, núm. 186, p.10.

vida privada y familiar; artículo 16, sobre el derecho a contraer matrimonio, el derecho a fundar una familia y la igualdad de derechos entre los cónyuges (y cuyo párrafo tercero incluso elogia el valor de la familia en la sociedad); el artículo 23, sobre el derecho de la persona a una remuneración justa que le asegure a él y su familia una vida digna; el artículo 25, sobre el derecho a un nivel de vida adecuado para toda persona y su familia que les asegure su salud, bienestar, alimento, vivienda, vestido, servicios sociales y derechos en caso de desempleo, vejez o viudedad, así como, en su tercer párrafo, la protección de la maternidad y la infancia, y, por último, el artículo 26.3, sobre el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que quieren dar a sus hijos. Estos artículos dispersos a lo largo de la Declaración compendian los aspectos que resultan clave en la protección de la familia.

Utilizando como modelo los derechos recogidos en la Declaración universal, analizaremos los distintos documentos que aluden a cualquiera de los aspectos o derechos tratados por ésta. Para ello agruparemos tales derechos de una manera dicotómica, según se refieran a la esencia de la familia (su concepto y fomento) o a los derechos de sus miembros.

1. La esencia de la familia

La familia figura en el ámbito de actuación y de preocupación de las Naciones Unidas. A su vez, la familia contribuye al desarrollo de los Estados. Los cuidados que en su seno se procuran a las personas dependientes que forman parte de la misma descargan a los servicios sociales de los Estados de lo que, de otro modo, sería una carga para los servicios sociales del Estado y para la sociedad. Las enseñanzas que reciban los niños en el seno de la familia serán una de las bases más importantes para una futura sociedad con cultura democrática o, por el contrario, sociedades que acepten regímenes dictatoriales. Los valores que la familia transmita serán uno de los elementos fundamentales que marcará asimismo la diferencia entre comunidades en las que se respeten los derechos humanos y las que no. Las Naciones Unidas saben lo que ganan o lo que pierden según sea su grado de estímulo y asistencia a la familia. Las Naciones Unidas son conscientes de la implicación que tienen los principios y valores que la familia normalmente transmite a la persona humana para lograr una cultura de paz⁹.

⁹ Sobre esta cultura de paz, véase CARDONA LLORÉNS, J., y SANZ CABALLERO, S., «La democracia, el desarrollo y los derechos humanos como fundamentos de la paz», en *Cultura de paz y medidas para garantizarla*, A. Colomer (coord.), Punto y Coma, 2001, pp. 99-136.

Por esto, de todas las iniciativas adoptadas en el seno de la ONU con miras a crear tanto en los gobiernos como en el público en general una mayor conciencia sobre el valor de la familia y a promover actividades en apoyo de la institución familiar, destaca la proclamación por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) del año 1989 como año internacional de la familia a través de su resolución 44/82, de 8 de diciembre de 1989. Esa celebración dio lugar a resultados importantes en todos los sentidos. Se logró crear una mayor conciencia de la función de la familia y de las cuestiones relativas a la misma, se trabajó el tema de la familia en el contexto del desarrollo, se pusieron en marcha proyectos a largo plazo en favor de la familia en todo el mundo, en particular en los planos local y nacional, se reforzaron los mecanismos para formular políticas en favor de la familia, se promovieron investigaciones sobre la misma, se movilizó una red mundial de colaboradores, particularmente ONG, y se reconoció que, pese a la diversidad de familias, sus problemas esenciales se repiten en todas las regiones del mundo y, por ello, la cooperación internacional en este campo resulta especialmente valiosa. Entre los problemas esenciales a los que se enfrenta la familia se destacó como uno de los más destacables la responsabilidad y cuidado de ancianos, menores y discapacitados.

A pesar de los logros conseguidos con la proclamación del año internacional de la familia, al concluir éste quedaron cuestiones importantes por resolver y bastantes deficiencias en la aplicación de las políticas familiares. Esto llevó a que la ONU decidiera hacer un seguimiento de dichas actividades y a que, con la vista puesta en la celebración el año 2004 del décimo aniversario del año internacional de la familia, se siguieran organizando cumbres, reuniones y conferencias sobre aspectos y cuestiones que atañen a la familia y su función de cohesión e integración social como parte de un enfoque integrado y global de desarrollo¹⁰.

En ese enfoque integrado y global cabe plantearse una primera pregunta que sería cómo delimita la ONU la institución familiar, esto es, cómo identifica su esencia, si es que lo hace. Junto a esto, cabe preguntarse también qué ámbitos de la familia son aquellos en los que más se ha centrado la acción de la ONU, cuáles son los aspectos que más se han fomentado de la institución social. Entre ellos descuellan la protección de la vida familiar, la atención y solidaridad con las personas dependientes, el derecho a la educa-

¹⁰ Véanse los documentos A/RES/50/142, de 1 de febrero de 1996, E/CN 5/2001/1, de 4 de diciembre de 2000, E/CN 5/2001/4, de 11 de enero de 2001, y E/CN 5/2001/6, de 24 de julio de 2001.

ción, y, en general, todas las acciones dirigidas a conseguir su bienestar económico y social.

1.1 DELIMITACIÓN Y VALOR DE LA FAMILIA EN LA ONU

El análisis de los tratados internacionales y las resoluciones emitidas confirman la idea expresada anteriormente de que no se maneja una definición «oficial» de lo que es la familia. Distintos documentos se atreven a apuntar ideas sobre ella pero sin que osen circunscribir el concepto a determinadas realidades sociales con exclusión de otras. Más bien los distintos instrumentos ponen el acento en resaltar su importancia y su valor. Así, tanto el artículo 23.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 como el artículo 44 del Convenio sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares de 18 de diciembre de 1990 definen a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad con derecho a recibir protección por parte de la sociedad y el Estado. En la misma línea, el preámbulo del Convenio sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 lo califica como el grupo fundamental de la sociedad, así como el medio natural para el crecimiento y bienestar de todas las personas y, en particular, de los niños. También las normas de *soft law* hablan de ella como célula fundamental de la sociedad. Así, la Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios (Resolución 2018 (XX) de la AGNU de 1 de noviembre de 1965) la define como unidad central encargada de la integración social primaria del niño. En el mismo sentido se pronuncian las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Resolución 45/112 de la AGNU de 14 de diciembre de 1990).

Junto a estas recomendaciones conviene citar las que han sido emitidas por los órganos de aplicación creados por algunos convenios auspiciados por la ONU. Estas resoluciones se convierten en fuente de incalculable valor, dado que expresan la opinión e interpretación auténtica que sobre una materia da precisamente el órgano creado al efecto. En este sentido, conviene destacar tres documentos. En primer lugar, la Recomendación núm. 1 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 4 de febrero de 1994, órgano creado por el convenio del mismo nombre, que reconoce la disparidad del término familia el cual en absoluto debe ser circunscrito o limitado por Naciones Unidas. En el párrafo 13 de la citada recomendación se aclara que la forma y el concepto de familia varían de un

Estado a otro e incluso de una región a otra de un mismo Estado. Pero cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, la costumbre o la tradición del país, el tratamiento de la familia (tanto ante la ley como en privado) debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas. La misma recomendación reconoce que pueden surgir familias de matrimonios polígamos, aunque condena este tipo de práctica. El Comité, de este modo, pese a declarar sin ambages que el matrimonio polígamo infringe la necesaria igualdad entre hombre y mujer, así como que puede tener consecuencias emocionales y financieras graves, sin embargo protege a las familias que se deriven de este tipo de situación.

Por su parte, la Observación General núm. 5 sobre las personas con discapacidad, adoptada por el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 9 de diciembre de 1994, establece en su párrafo 30 la necesidad de proteger a la familia, indicando que este término debe interpretarse ampliamente y de conformidad con las costumbres sociales apropiadas. En esta observación se dice que debe velarse para que las leyes, prácticas y políticas sociales no impidan la realización de los derechos de esta institución. Por último, la Observación General núm. 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada del mismo Comité, emitida el día 12 de mayo de 1999, clarifica que cuando hablamos de la familia, ello no entraña ninguna limitación en cuanto a la aplicación del concepto a los individuos y hogares dirigidos por mujeres. Así, el Comité recuerda que pueden existir familias sin la figura clásica y tradicional del cabeza de familia paterno.

En definitiva y haciendo nuestras las palabras expresadas en el Plan de acción anexo a la Declaración sobre población y desarrollo que fue consensuado en El Cairo por los Estados miembros de las Naciones Unidas participantes en la conferencia mundial sobre población y desarrollo convocada por la ONU en septiembre de 1994: 1.º) Existe una gran pluralidad de formas y una gran diversidad en la estructura y en la composición de la familia según los distintos sistemas sociales, culturales, religiosos y políticos. 2.º) Pero independientemente de su forma, la familia continúa siendo la unidad básica de la sociedad y merece protección y asistencia por parte de los Estados a fin de lograr su estabilidad, bienestar y seguridad, especialmente en el caso de familias pobres, migrantes, monoparentales, viudas y huérfanos, desplazados, familias cuyos miembros sufren SIDA o violencia doméstica, las que son víctimas de guerras, desastres naturales o violencia étnica.

1.2 DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

El derecho a la vida familiar se menciona en la Declaración Universal, en su artículo 12. También se menciona en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10, y en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23. Asimismo, se recoge en documentos con valor político como la Declaración 2542 (XXIV) de la AGNU, de 11 de diciembre de 1969, sobre el progreso y desarrollo en lo social. En relación con este derecho se afirma en dichos documentos: 1.º) El derecho de los padres a elegir libremente el número de hijos y el espaciamiento entre ellos. A tal fin, se solicita a los Estados que ofrezcan a las familias métodos de planificación familiar, atención médica, ayudas y servicios sociales para que puedan asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad, aunque siempre sobre una base voluntaria y condenándose prácticas como la esterilización forzosa o el aborto inducido¹¹. 2.º) Se recomienda a los Estados que faciliten a la mujer el poder compaginar trabajo y familia mediante el establecimiento de facilidades, guarderías, horarios flexibles de trabajo, etc. En otras palabras, se pone el acento en facilitar la vida de familia mediante todas aquellas medidas de apoyo económico y de asistencia social que permitan su desarrollo armonioso¹². 3.º) Se ruega a los Estados que permitan la reunificación familiar de los trabajadores migrantes para que puedan continuar con su vida de familia en el Estado de acogida y así evitar la dispersión familiar¹³.

1.3 DERECHOS SOCIOECONÓMICOS

Los artículos 23 y 25 de la Declaración universal mencionan una serie de derechos con claro contenido socioeconómico. Se trata de los derechos a una vivienda digna, a la nutrición, al vestido, a unos medios de vida dignos y suficientes, a un salario que permita la subsistencia familiar, a la asistencia médica, a los servicios sociales y a las pensiones, entre otros.

Todos estos derechos aparecen, a su vez, recogidos y protegidos en el PIDESC, en sus artículos 7, 10.1 y 11, y con respecto a los trabajadores migrantes y sus familias en el Convenio de Naciones Unidas sobre la Pro-

¹¹ Artículo 4 de la Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social.

¹² Artículos 10-13 del Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1979.

¹³ Resolución 5/100 de la AGNU, de 1 de marzo de 2001, sobre el Respeto del Derecho a la Libertad Universal de Viajar e Importancia Vital de la Reunificación de las Familias.

tección de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares¹⁴. Pero en esta materia resultan especialmente clarificadoras las normas de *soft law*. En el marco de la ONU, destacan la Declaración 2542 (XXIV) de la AGNU sobre el progreso y el desarrollo en lo social de 11 de diciembre de 1969¹⁵, la Resolución 1999/24 de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación de 26 de abril de 1999¹⁶, la Resolución 1999/26 de la misma comisión sobre derechos humanos y extrema pobreza de 26 de abril de 1999¹⁷ y la 1999/25 sobre la realización en todos los Estados de los derechos económicos, sociales y culturales emitida en la misma fecha¹⁸. Junto a éstas, conviene también llamar la atención sobre las resoluciones del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o las del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Entre las primeras, véanse la Observación General núm. 4 de 13 de diciembre de 1991, consagrada al derecho a una vivienda adecuada, o la núm. 12 de 12 de mayo de 1999, sobre el derecho a una alimentación adecuada. Entre las segundas, destaca la Recomendación General núm. 21 de 4 de febrero de 1994 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares¹⁹.

Sin duda, la enunciación y exigencia de los derechos colectivos o de segunda generación a través de multitud de documentos por parte de los Estados miembros de la ONU supone un hito en la promoción de los derechos humanos. Los derechos colectivos resultan quizá más difíciles de

¹⁴ Los migrantes son un colectivo al que estos derechos le afectan especialmente por residir en un país extranjero.

¹⁵ Su artículo 10 establece el derecho a un salario mínimo y suficiente que asegure condiciones de vida decorosas. Incluso aboga por medidas como la provisión a las familias numerosas de viviendas y servicios comunales satisfactorios. Su artículo 11 alude a la exigencia de proveer de sistemas amplios de seguridad social y servicios de asistencia social, pensiones y ayudas a las familias que no puedan ganarse la vida, con especial atención a la maternidad, la concesión de permisos de maternidad, de subsidios mientras dure la baja y la garantía de conservación del puesto de trabajo.

¹⁶ Esta resolución introduce el dato de los 800 millones de familias pobres, que no tienen asegurada su nutrición diaria.

¹⁷ Esta resolución recuerda que una familia ha de tener sus mínimas necesidades garantizadas para que pueda asumir sus responsabilidades básicas (como educadora y como célula básica de socialización y solidaridad). Por ello insiste en que resulta intolerable que haya familias que no tengan asegurado el estándar de vida adecuado, la salud, alimentación, vestido, bienestar, cuidados médicos, servicios sociales, y pensiones de viudedad, incapacidad y enfermedad.

¹⁸ Esta resolución indica que para garantizar los derechos de segunda generación, esto es, los socioeconómicos, se precisa la adopción de medidas de acción positiva, pero ello sin duda depende del nivel económico del Estado, puesto que siempre estarán en mejor posición para llevar a cabo este tipo de políticas los Estados desarrollados.

¹⁹ En ella se recuerda que existen familias cuyo jefe o cabeza es una mujer (en muchas ocasiones por divorcio, soltería o viudedad). Estas mujeres tienen derecho a poder cumplir honorablemente su misión de sostener a su familia y deben tener garantizadas para ellas mismas y para sus familias la salud, abrigo, retribución, servicios sociales, etc.

garantizar que los civiles y políticos, también llamados de libertad o de primera generación. Para garantizar los de segunda generación (derecho al trabajo, a la vivienda, a la alimentación, etc.) se requiere una actuación positiva del Estado, un esfuerzo presupuestario y el desarrollo de unas políticas sociales. Por esta razón se suele decir que la dificultad para el reconocimiento real y no meramente teórico de estos derechos suele ser mayor.

De la interconexión que existe entre los derechos socioeconómicos dio cuenta la iniciativa de la ONU que tuvo lugar los días 3 a 14 de junio de 1996 con la convocatoria de la cumbre mundial sobre los asentamientos humanos en Estambul (Hábitat II). En la misma, más de cien jefes de Estado y de Gobierno aprobaron la Declaración de Estambul sobre los asentamientos humanos, en la que proclamaron como uno de sus objetivos fundamentales garantizar una vivienda adecuada para todos y lograr que los asentamientos humanos sean más seguros, salubres, habitables, sostenibles y productivos. De este modo, además de comprometerse a luchar por el derecho de todos a una vivienda digna, se comprometieron a luchar a favor del desarrollo del medio ambiente, la protección de las personas sin hogar y en contra de la pobreza, el desempleo, la exclusión social, la inestabilidad de la familia, la insuficiencia de recursos, infraestructuras y servicios básicos, la inseguridad, la violencia y la vulnerabilidad de la persona.

1.4 DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación guarda un vínculo claro con la familia: por una parte, implica el derecho de los niños (que normalmente son miembros de una familia) a ser formados. Por otro, cubre el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que quieren dar a sus hijos, incluida la enseñanza de una religión o lengua determinada. Este derecho ha sido reconocido en un sinnúmero de documentos de la ONU. También la dependencia guarda relación con el derecho a la educación. El derecho a la educación es un derecho principalmente de los niños, seres humanos especialmente vulnerables y dependientes. Y la educación ayuda a salir de esa vulnerabilidad.

En el ámbito de la ONU, el Convenio para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias alude a varias de las facetas en las que se descompone el derecho a la educación. En el artículo 30 se produce una referencia al acceso a la educación en igualdad de condiciones, así como al acceso a las escuelas públicas, incluso para los hijos de migrantes ilegales. Además, el artículo 12.4 se refiere a la libertad de los padres para hacer que

sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Resulta interesante la manera en que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer trata el derecho a la educación, ya que lo hace desde el punto de vista de la promoción de la igualdad de oportunidades entre sexos. Así, el artículo 5 establece que el derecho a la educación debe incluir la comprensión adecuada de la maternidad como función social e iguales derechos de padre y madre en la educación de los hijos.

Del mismo modo, la Convención sobre los Derechos del Niño analiza el derecho a la educación centrándolo en lo que son los beneficiarios de la convención (los niños), quienes, en cualquier caso, son los destinatarios habituales de este derecho. El artículo 28 reconoce el derecho del niño a la educación y para ello exige a todos los Estados implantar la enseñanza primaria obligatoria gratuita y fomentar la enseñanza secundaria.

En el PIDCP el artículo 18.4 habla del derecho de los padres a garantizar que sus hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Así como el PIDCP se ocupa del derecho a la educación desde la óptica de su comprensión como derecho individual (y por eso se centra en su conexión con la libertad de religión y conciencia) el PICESC enlaza ese mismo derecho con su perspectiva colectivista. En efecto, este Pacto lo analiza desde el punto de vista del derecho de los padres a escoger para sus hijos escuelas diferentes a las creadas por las autoridades públicas y desde el punto de vista del derecho a la enseñanza secundaria y superior progresivamente gratuitas (art. 13).

Las declaraciones de la AGNU también han hecho alusión al derecho a la educación y a distintos aspectos relacionados con éste. Destaca de modo muy especial la Resolución 36/55 denominada Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundada en la religión o las convicciones de 25 de noviembre de 1981. Su artículo 5 insiste en el derecho de los padres a organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión y, como consecuencia, se establece que a ningún niño se le obligará a instruirse en una religión en contra de los deseos de sus padres. Asimismo, se afirma que el niño estará protegido contra toda discriminación por motivos de religión y que se le educará en valores y en un espíritu de comprensión y tolerancia. Sin embargo, el artículo 5.5 indica un límite a la libre elección paterna: la práctica de una religión o convicción no debe perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral.

Otras resoluciones de la AGNU se refieren a la educación y las prácticas religiosas de menores problemáticos o de menores en situación de detención. Entre ellos, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, en sus puntos 38-43 y 48 (Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990); las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, en sus puntos 20 a 31 (Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990), y la Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos [Resolución 2037 (XX) de 7 de diciembre de 1965].

También algunos órganos (incluidos los creados para la aplicación de convenios) se han preocupado por el derecho a la educación y han profundizado en lo que éste implica. Así, la Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1999/25, de 26 de abril de 1999, sobre la realización de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración universal, o el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General núm. 13, de 8 de diciembre de 1999, sobre el derecho a la educación. En esta última el Comité estudia muy a fondo este derecho, que define como derecho humano intrínseco y medio indispensable para la realización de otros derechos. Es el derecho que permite la autonomía a las personas y, por tanto, les da la oportunidad para salir de la pobreza, emancipar a la mujer, proteger a los niños contra la explotación laboral, sexual y el trabajo peligroso, proteger el medio ambiente, promover la democracia y controlar el crecimiento demográfico. La Observación estructura el análisis del derecho en una serie de puntos: 1.º) objetivos de la educación y 2.º) necesidad de disponer de escuelas, que éstas sean accesibles geográficamente, asequibles económicamente y aceptables en términos pedagógicos. A lo largo de su exposición, la Observación se refiere a los distintos grados de enseñanza (primaria, secundaria, técnica y profesional y superior), al sistema escolar (becas, condiciones del cuerpo docente) y a las escuelas de enseñanza mixta y separada por sexos. Con respecto a la universalidad del derecho a la educación, la Observación hace hincapié en la necesidad de concienciar a los padres sobre la importancia de llevar a las niñas a la escuela, dado que en muchas civilizaciones sólo se escolariza a los hijos varones.

2. Derechos de los miembros más vulnerables de la familia

En el marco de Naciones Unidas, en numerosas ocasiones nos encontramos con documentos que se ocupan no tanto de la familia como unidad y

como sujeto de derechos, sino de los derechos de algunos de sus componentes más vulnerables (niños, impedidos, ancianos). El eventual riesgo de este tipo de planteamiento estriba en acabar entendiendo los derechos de los miembros de la familia como derechos tomados separadamente, lo cual podría llevar, en el caso más extremo, a negar a la familia como tal la capacidad para ser ella misma titular de derechos. Sin embargo, ambos planteamientos no tienen por qué estar reñidos entre sí. En efecto, puede ocurrir que se protejan los derechos de los más débiles y vulnerables de la familia al mismo tiempo que se garantizan los derechos de la familia como tal. Puede haber, y de hecho es deseable que haya, un interés de la ONU por ocuparse de los componentes más dependientes de la familia y que la adopción de este tipo de medidas repercuta al mismo tiempo en el bienestar de la misma. Dado que es la familia la institución que habitualmente se encarga del cuidado y atención principal de estas personas, las medidas individuales en favor de los más dependientes contribuyen a lograr el desarrollo y estabilidad familiar. Es en este sentido en el que hay que interpretar los documentos adoptados por la ONU sobre los derechos de los miembros de las familias: son unos derechos que suman y coadyuvan a la protección de la familia, no le restan a ésta protección.

2.1 DERECHOS DE LOS NIÑOS

Unos miembros especialmente vulnerables de la sociedad son los niños, cuyo grado de dependencia de los otros es total, especialmente en su primera infancia. Aquí nos interesa la situación de la infancia únicamente en tanto que los niños son parte integrante de una familia, natural o de acogida, no los derechos de los que puedan disfrutar de modo independiente.

El primer referente en la materia es sin lugar a dudas el Convenio de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. En él se reconoce que el niño, para lograr el desarrollo armonioso y pleno de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia en la medida de lo posible. De ahí se deriva el derecho a recibir una atención especial por parte de su familia e incluso del Estado. El convenio, en la mayor parte de sus disposiciones, aplica a los niños los derechos humanos básicos que reconoce la Declaración universal a cualquier persona (derecho a la vida privada y familiar, libertad de expresión, derecho a la vida, etc.). Destacan por su especificidad las menciones al derecho de los niños a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos en la medida en que esto sea posible (art. 7), el derecho a no ser separado de los padres contra la voluntad de éstos (art. 9), el derecho al res-

peto de las relaciones familiares sin injerencias (art. 8) y la obligación del Estado de respetar los derechos y deberes de los padres y de la familia extensa según la costumbre local (art. 5).

En las normas de *soft law* también se producen alusiones continuas a distintos aspectos de la relación del niño con su ámbito familiar. Así, la Resolución de la AGNU 36/55, de 25 de noviembre de 1981, denominada Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, afirma en su artículo 5 el derecho de los padres a organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión y moral. El límite, según la misma resolución, sería que la práctica de la religión no perjudique la salud de un niño ni su integridad mental.

Dedicadas de modo monográfico a los derechos de los niños, destacan la Resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, denominada Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional²⁰ y la Resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, denominada Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.

Con respecto a los adolescentes y jóvenes, también existe un buen número de resoluciones de la AGNU dedicadas a ellos, como la Resolución 2037 (XX), de 7 de diciembre de 1965, denominada Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos; la Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, denominada Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores; Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, denominada Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, y la Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, denominada Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Todas ellas repiten una y otra vez el papel que juega la familia en la integración y adaptación social de los menores que tienen problemas con la justicia, su responsabilidad y también sus derechos con respecto al menor. Igualmente, todas ellas denuncian la relación que

²⁰ Reconoce la existencia de instituciones valiosas al respecto, como la *kafala* islámica (una forma de atención sustitutiva de la familia cuando los niños no pueden ser criados por ésta). Con ello demuestra la multiplicidad y heterogeneidad que existe en Naciones Unidas. En ella se insiste en que el bienestar del niño depende del de su familia, y que sólo se podrá colocar en hogares de guarda o familias sustitutivas a aquellos niños que no puedan recibir atención por parte de su propia familia.

existe entre, por un lado, la pobreza y la situación de carencia de una familia y, por otro, la violencia dentro y fuera del hogar y el comportamiento anti-social de los jóvenes.

Curiosamente, el órgano creado por el propio convenio sobre los derechos del niño no ha tenido aún la ocasión para mencionar en sus recomendaciones el rol que desempeña la familia en el desarrollo y educación de los niños. En cambio, sí lo ha hecho el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus Observaciones Generales núm. 12, de 15 de mayo de 1999, sobre el derecho a una alimentación adecuada²¹, y la núm. 13, de 8 de diciembre de 1999, sobre el derecho a la educación²².

En último lugar nos referiremos a la Conferencia celebrada en El Cairo en Septiembre de 1994 sobre población y desarrollo. Su Plan de acción final también alude a la infancia, pero siempre condicionando y relacionando la problemática de los niños con lo que era el objetivo de la cumbre: lograr un desarrollo sostenible que evite los riesgos de la superpoblación del planeta. Este objetivo queda claro a lo largo de todos los capítulos, y muy especialmente en el punto dedicado a los niños. En él la idea conductora consiste en buscar una mayor calidad de vida de los niños (dentro de sus familias, a ser posible). Se establece como obligación primordial el que todo niño que nazca sea un niño deseado (punto 6.6). Para ello se urge a los Estados a impedir los matrimonios a una edad demasiado temprana. Al mismo tiempo, se recuerda a las familias y a los Estados sus deberes para con los niños en el ámbito de la salud, la educación e incluso el empleo. Pero queda patente en todo momento cuál es la premisa de la que parte la ONU: la constatación de que vivimos en un planeta superpoblado en el que, al ritmo de crecimiento actual, faltarán recursos naturales para la supervivencia de las generaciones futuras. Por tanto, la prioridad es que sólo nazcan los niños realmente deseados y que puedan ser mantenidos por sus familias.

2.2 DERECHOS DE LOS ANCIANOS

Otras personas especialmente dependientes dentro de la familia son los ancianos. Cada vez proliferan más las familias intergeneracionales. Los avances médicos han convertido a las personas en seres mucho más

²¹ En la misma se afirma que las carencias nutricionales repercuten mucho más en un niño que en un adulto porque afectarán a su calidad de vida futura –raquitismo, enfermedades óseas, etc.–. Por ello la Observación subraya la responsabilidad que tiene la familia y el Estado de atender adecuadamente a los niños en materia de alimentación.

²² En ella se hace alusión a la importancia que está llamada a tener la familia como primera escuela.

longevos. Este hecho repercute en el tamaño y responsabilidades de la familia y del Estado para con ellos porque, aunque también ha mejorado su calidad de vida y autonomía, los ancianos requieren muchas más atenciones y cuidados.

Y sin embargo, pese a que nuestras sociedades envejecen y a que ello exige una mayor atención a este sector de la población, la ONU no se había mostrado sensible hacia el mismo hasta hace bien poco. De hecho, en los últimos años las NU se han ocupado de los problemas y los derechos de las personas de edad más de lo que lo habían hecho a lo largo de los últimos cincuenta años. Hasta el año 2001 no contábamos con un solo documento en todo el sistema de NU dedicado específicamente a ellos. Diferentes instrumentos se ocupaban de los mayores, pero nunca en exclusiva sino como un punto más dentro de la resolución o la declaración. En ellos se intentaba promover la solidaridad intergeneracional, la convivencia de varias generaciones de una misma familia y la prestación de apoyo y servicios al creciente número de personas de edad. Las disposiciones de estos instrumentos tienen como fin evitar el abandono de los mayores por la sociedad y la familia. En este sentido, las resoluciones se refieren a la capacidad de estas personas para contribuir a la educación de los nietos, para inculcar valores, su aptitud para ayudar en las labores domésticas, su función como voluntarios. Igualmente se menciona, como contrapartida, la necesidad de conseguir su máxima calidad de vida en términos de aceptación familiar, social y en la vida pública. Se solicita a los Estados la promoción de servicios sociales adecuados que sean complementarios de las responsabilidades familiares hacia ellos, así como medidas para evitar que caigan en la depresión, el aislamiento, la pobreza o incluso que sean víctimas de malos tratos dada su especial dependencia y vulnerabilidad²³.

En cambio, los años 2001 y 2002 han sido los de mayor producción normativa con diferencia. Las NU declararon el año 2002 como el año internacional del envejecimiento y organizaron una conferencia internacional en Madrid. Con la vista puesta en esta celebración, distintos órganos de la organización fueron aprobando resoluciones que se ocupan ya de manera monográfica de los ancianos y sus derechos. Aún no se puede hablar de tratados o normas vinculantes en la materia *per se*, pero sí de interesantes y novedosas normas de *soft law* que contribuyen como normas *de lege ferenda* a la creación futura de normas vinculantes. Entre ellas se puede citar tres

²³ Entre las resoluciones que mencionan a los ancianos, figura la Declaración de la AGNU 2542 (XXIV) de 11 de diciembre de 1969 sobre el progreso y el desarrollo en lo social.

resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: la primera, de 17 de enero de 2001 (A/RES/55/58) sobre el seguimiento del año internacional de las personas de edad: segunda asamblea mundial sobre el envejecimiento; la segunda, de 18 de enero de 2002 (A/RES/56/118) sobre el fondo fiduciario de las Naciones Unidas para el envejecimiento; y la tercera, de 25 de enero de 2002 (A/RES/56/126) sobre la situación de la mujer de edad en la sociedad.

2.3 DERECHOS DE LOS DISCAPACITADOS

Los impedidos mentales y físicos son personas especialmente vulnerables y desprotegidas que requieren de una mayor atención, sobre todo, si ello es posible, dentro de sus familias. Al igual que ocurría con los ancianos, no existe un sólo convenio en el ámbito de la ONU, que se refiera de manera específica a ellos, aunque sí un proyecto de convenio que es analizado en esta misma obra en el trabajo de la profesora Amparo Sanjosé Gil. Hoy por hoy, con valor vinculante, únicamente se producen menciones específicas a los discapacitados en convenios generales. Sin embargo, al menos sí existen declaraciones dedicadas a ellos en exclusiva, esto es, normas de *soft law* –a diferencia de lo que ocurría con los ancianos²⁴.

Entre las resoluciones en las que se menciona a los impedidos destacan: la Declaración 2542 (XXIV) de la AGNU de 11 de diciembre de 1969 sobre el progreso y el desarrollo en lo social²⁵, la Declaración 3447 (XXX) de la AGNU de 9 de diciembre de 1975 sobre los derechos de los impedidos²⁶, la Declaración 2856 (XXVI) de la AGNU de 20 de diciembre de 1971 sobre los derechos del retrasado mental²⁷, la Resolución 46/119 de la AGNU de 17 de diciembre de 1991 sobre los principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental²⁸ y la Resolución 48/96 de la AGNU relativa a las normas uniformes

²⁴ CARDONA LLORÉNS, J., «La protección de los derechos de los discapacitados en Europa», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (eds.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, 2001, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, pp. 333 ss; CARDONA LLORÉNS, J., «Prologo» en *Código de Derecho Internacional Público en materia de discapacidad*, 2003, Paideia, A Coruña, pp. 6 y ss.

²⁵ En su artículo 11.c) esta declaración hace referencia a la protección de los derechos y la garantía del bienestar de los impedidos y la protección de las personas físicas o mentalmente desatendidas.

²⁶ En su punto 9 se alude al derecho del que goza el impedido de vivir en el seno de su familia o de un hogar que la sustituya.

²⁷ En su punto 4 se insiste en que, de ser posible, el retrasado mental debe residir con su familia o en un hogar que reemplace al propio. En ambos casos, ese hogar ha de recibir asistencia pública.

²⁸ En relación con la familia, su punto 4 se refiere a que los conflictos familiares en ningún caso constituirán un factor determinante del diagnóstico de una enfermedad mental. Asimismo, su

sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de 4 de marzo de 1994²⁹.

Pero quizá el documento más interesante en la materia, por lo específico y exhaustivo del tratamiento que realiza de la situación y derechos de los impedidos, es la Observación núm. 5 de 9 de diciembre de 1994 sobre las personas con discapacidad que fue aprobada por el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Éste es un amplio documento en el que el órgano emisor define lo que es la discapacidad en un sentido amplio, explica las obligaciones generales de los Estados en la materia, exige la eliminación de la discriminación por esta razón y declara una serie de derechos de los discapacitados (derechos relacionados con el trabajo y la seguridad social, derecho a un nivel de vida adecuado, al disfrute de la salud, a la educación y a la participación en la vida cultural). Pero, muy especialmente, se debe subrayar que se dedica una parte del texto al papel que desempeña el entorno familiar en el desarrollo y bienestar de los impedidos. En el caso de las personas con discapacidad, el requisito del PIDESC en el sentido de que se preste asistencia y protección a la familia implica que se ha de hacer todo lo posible para que vivan en familia, si así lo desean.

El Comité, en el artículo 10 de su Observación, interpreta el PIDESC en el sentido de que los discapacitados gozan del derecho a casarse y que está prohibida su esterilización forzosa sin su consentimiento con conocimiento de causa. Sin embargo y pese a la ausencia de matización o explicación del citado precepto por parte de los redactores de la Observación, creemos que el ejercicio de ambos derechos dependerá del grado de incapacitación de la persona y su posibilidad de discernir y decidir por sí misma. En efecto, el impedido (mental) que contraiga matrimonio debe hacerlo con conocimiento de qué significa esta institución. Su sometimiento a esterilización forzosa debe ser libremente consentida, siempre que esto sea posible. Pero habrá situaciones en las que el enfermo no goce de voluntad autónoma. En esos casos, serán sus representantes o familiares los que deberán sopesar y decidir sobre la necesidad de someterle a esterilización.

punto 7 alude a que cuando se tenga que internar a un enfermo psiquiátrico, el paciente tendrá que ser tratado, siempre que sea posible, cerca de sus familiares y tendrá derecho a regresar a su hogar cuanto antes posible.

²⁹ En sus puntos 2, 3 y 4 señala como medidas necesarias a fin de hacer efectiva la igualdad de trato de las personas *la atención médica, la rehabilitación y el establecimiento de servicios de apoyo*.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA EN LA ORGANIZACIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA

En la mayoría de los actos y tratados del ámbito de la organización del Consejo de Europa, el titular de los derechos es individual (la persona humana), incluso cuando sea evidente que en la mayoría de las 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. En el fondo, en la decisión de otorgar derechos a la persona o a la familia subyace una toma de posición con consecuencias. Teóricamente, se puede hacer la distinción entre una concepción del Estado de derecho y del Estado de bienestar basada en un principio individualista (en la que el bienestar personal es el objetivo) o, por el contrario, una concepción basada en el principio familiar como base de las políticas sociales y de derechos humanos. Sin embargo, el Consejo de Europa intenta superar esta distinción promoviendo en su seno tanto actos y tratados cuyo titular es la persona, como otros que sitúan en el centro de su atención a la familia como titular de derechos y prestaciones sociales³⁰.

Desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, el Consejo de Europa cuenta con dos tipos de órganos: los que no tienen competencia exclusiva en esta materia, sino que tratan por igual temas de derechos humanos o sobre cualquier otra cuestión que sea competencia de la organización y aquellos otros órganos que únicamente tienen competencia en materia de derechos fundamentales. Entre los primeros, destacan los órganos principales de la organización (Comité de Ministros, Asamblea Parlamentaria y Secretaría General) y otros creados por los anteriores como la Comisión Democracia a través del Derecho (*Democracy Through Law*), la Comisión de Cuestiones Sociales, de la Salud y la Familia y el Comité de Expertos en Derecho de Familia. Estos últimos órganos son en su mayoría extraestatutarios, creados por convenios auspiciados en el seno del Consejo de Europa. Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades

³⁰ Consúltense KURCZEWSKI, J. (ed.), *Family and family policy in the new Europe*, 1997, Aldershot, Dartmouth; HANTRAIS, L. y LETABLIER, M. T., *Families and family policies in 1996*, Londres, Longman; VEGA GUTIÉRREZ, A. M., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, 2002, Pamplona, Navarra gráfica ediciones; FLANQUER, L., *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, 2001, Colección Estudios Sociales, Fundación La Caixa; BERGER, B., *The family in the modern age: more than a lifestyle choice*, 2002, Londres, Transaction publishers; GOODY, J., *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*, 1986, Herder, Barcelona.

Fundamentales de 1950 creó la Comisión Europea de Derechos Humanos –hoy desaparecida– y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la Carta Social Europea de 1961 estableció un Comité de Expertos y el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos Inhumanos o Degradantes de 1987 creó el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura.

De estos órganos han surgido las resoluciones y decisiones que se han adoptado en el seno del Consejo de Europa en materia de familia. Los órganos de esta organización cuentan entre sus labores la de aprobar instrumentos jurídicos con valor recominatorio sobre distintas cuestiones, entre ellas, derechos fundamentales y derechos de la familia. Estas resoluciones, que se adoptan sobre todo en el ámbito del Comité de Ministros y en el de la Asamblea Parlamentaria, no son documentos que obliguen a los Estados –como sí ocurre con los convenios que suscriban– sino más bien meras guías de actuación para los Estados que éstos normalmente siguen. Lo que sí puede ocurrir –y de hecho ha ocurrido a menudo– es que esas recomendaciones se conviertan en la base de futuros convenios: en un primer momento los órganos del Consejo de Europa aprueban el documento en calidad de recomendación no obligatoria pero posteriormente los Estados interiorizan los contenidos de tal resolución y cuando se consideran preparados para obligarse por ella, toman su texto como base de discusión de un futuro tratado internacional sobre la materia. De este modo, lo que indirectamente no vinculaba a los Estados –una recomendación– se acaba transformando con el tiempo en un auténtico compromiso jurídico obligatorio.

Analizaremos las recomendaciones y los convenios auspiciados por el Consejo de Europa a lo largo de sus más de cinco décadas de existencia que incidan en cuestiones que afecten a los derechos de la familia. Serán mencionados incluso los casos de convenciones que aparentemente no versan sobre temas de familia, pero en las que indirectamente alguna de sus cláusulas le afecta o puede hacerlo. Así, por ejemplo, aunque no se refiera directamente a la familia, inciden en ella las medidas que se puedan adoptar sobre el cuidado de niños, enfermos, ancianos y discapacitados, los permisos parentales, los beneficios y exenciones fiscales, las políticas de vivienda, la educación, la asistencia social, las decisiones en materia de empleo, las prestaciones por desempleo, las pensiones de viudedad, orfandad, o discapacidad, etc. Sin embargo, con el fin de realizar esta labor del modo más sistemático y enriquecedor posible, la mención a las recomendaciones y a los convenios se llevará a cabo a lo largo del estudio jurisprudencial que se

va a emprender. Cada recomendación y cada convenio serán llevados al epígrafe correspondiente del estudio jurisprudencial. La razón de esta metodología es porque uno de los capítulos más importantes dentro de la labor acometida en el seno del Consejo de Europa en relación con la protección de la institución familiar y sus miembros más dependientes y vulnerables lo ha protagonizado sin duda el TEDH a través de una metódica y evolutiva jurisprudencia. Este tribunal ha ido desgranando e interpretando los derechos que mencionan el CEDH y sus protocolos, tanto los relativos a la familia como los que, aunque no tengan relación directa con ella, hayan afectado a la misma. A través de los asuntos que le han sido sometidos, el TEDH ha ido creando toda una teoría sobre los derechos fundamentales en general y sobre la protección de la familia en particular, una teoría centrada en la dignidad del ser humano y en el valor de la célula familiar. Se trata de una jurisprudencia que ha ido dando cuenta de la cambiante identidad de la familia, de la evolución que se está viviendo en su seno, del contenido incierto e imposible de augurar que revestirá en el futuro el derecho a la vida familiar a la luz de los vertiginosos cambios éticos y sociales que se están produciendo en la sociedad.

La jurisprudencia del TEDH es tan extensa en la materia que nos ocupa que no cabe otro tipo de estudio que no sea el sistemático. En su virtud, habrá que dividir la amplia cuestión del derecho de familia en distintos epígrafes que resuman el parecer del TEDH sobre distintos aspectos de la temática familiar³¹.

1. El concepto de familia en la jurisprudencia del TEDH

Lo primero que cabe preguntarse es qué sentido otorga el TEDH al término familia. No en vano, el CEDH dice protegerla en su artículo 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 neces-

³¹ La jurisprudencia del TEDH es accesible en la página web oficial del TEDH (www.echr.coe.int).

ria 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».

Tampoco el TEDH nos llega a dar nunca una definición teórica de lo que la familia significa, aunque sí va proporcionando datos sobre qué cabe incluir dentro de este concepto y qué no. Y de esos datos que nos va proporcionando, se comprueba una evolución del TEDH que acaba reflejando los cambios de la sociedad europea, una adaptación del artículo 8 CEDH a la realidad social de cada momento³². La indeterminación del CEDH, en el que se optó por no definir el término familia, es lo que precisamente 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 jurídico³³.

1.1 EXISTE FAMILIA ENTRE UNA MADRE SOLTERA Y SU HIJA NATURAL DESDE EL MOMENTO DEL NACIMIENTO³⁴

Un fallo clásico dentro del haber del TEDH y cuya resolución final obligó a Bélgica a reformar su legislación civil en cuanto al trato a los hijos naturales se refiere, 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. Esta legislación dis-

³² Sobre cómo la jurisprudencia del artículo 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, núm. 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, núm. 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, núm. 8, pp. 14-23; SANZ CABALLERO, S., «Las uniones de hecho en la jurisprudencia 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.

³³ 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.

³⁴ Véase PILLITU, P. A., «La tutela della famiglia naturale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo», en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1989, vol. 72, núm. 4, pp. 793-824.

criminaba en razón del nacimiento, de modo que el TEDH no tuvo excesiva duda en cuanto a la respuesta que debía dar al problema. 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 artículo 8 (respeto a la vida familiar) y 14 (no discriminación) del CEDH³⁵, reconociendo por añadidura los derechos de las familias monoparentales. Si el caso Marckx pudo producirse en Bélgica fue porque este Estado no era parte en el Convenio sobre el Status Jurídico de los Niños Nacidos Fuera del Matrimonio de 15 de octubre de 1975, cuyo único cometido es igualar en derechos a los hijos matrimoniales y a los no matrimoniales.

En cambio, la mera paternidad biológica no entraña *ipso iure* la existencia de una familia entre el padre y el 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 artículo 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 durante los años que el fallecido vivió (punto 43).

1.2 LA FAMILIA PUEDE INCLUIR A LOS ABUELOS

La lectura de la sentencia Bronda/Italia de 9 de junio de 1998 nos demuestra, igual que ya lo hacía indirectamente la sentencia Marckx, que

³⁵ Parece que esta concepción de la familia, que incluye a la de tipo monoparental —y esto desde el momento mismo del nacimiento del niño concebido fuera del matrimonio— es compartida por el resto de órganos del Consejo de Europa. Así se desprende del Dictamen de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos emitido el 24 de septiembre de 2001. En él se repite la idea de que la noción de familia no es uniforme entre los Estados miembros del Consejo de Europa. Por ello y en aras del principio de humanidad y del desarrollo de la sociedad, la comisión entiende que el concepto debería cubrir a la pareja, sus hijos naturales, los descendientes a cargo (incluso aunque sean mayores de edad) y los ascendientes a cargo pero también a las situaciones monoparentales.

para el TEDH la familia también puede estar conformada por unos abuelos y su nieto. La sentencia trataba 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 italiano 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 de un ambiente familiar hostil (puntos 48-60).

De lo que no cabe duda es de la sintonía de todos los órganos del Consejo de Europa, incluido el TEDH. Tanto la jurisprudencia del tribunal como las opiniones de los demás órganos de la organización realzan la figura de los abuelos dentro de la familia y evitan su exclusión del seno de la misma. La posición del Comité de Ministros con respecto a ellos se resume en una serie de puntos cuyo principio conductor consiste en valorar el papel que aún pueden desempeñar en la sociedad y en la familia. En lugar de considerarlos un estorbo y una carga, hay que fomentar su capacidad para transmitir experiencia y valores de solidaridad entre generaciones, la necesidad de posponer al máximo su dependencia de otros y fomentar su participación social, así como evitar su exclusión incluso en el seno de la familia³⁶.

Por su parte, 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.

Pero 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

³⁶ Recomendación del Comité de Ministros (94) 9 de 19 de octubre de 1994.

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 particulares³⁷. 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 ellos³⁸. Por tanto, el TEDH asume un concepto de familia restrictivo en el que tiene una importancia fundamental demostrar el grado de relación y dependencia entre los ancianos y sus descendientes.

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 en el sentido 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 exURSS 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 de origen ruso, su mujer y su hija son obligados a regresar a Rusia. El oficial es, tras la disolución de la URSS, de nacionalidad rusa, pero no así su mujer ni su hija, que habían nacido en Letonia. Ambas eran hasta el momento nacionales de la exURSS –al igual que la población letona– pero ahora el nuevo país les niega la nacionalidad letona. 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 opi-

³⁷ Esta idea también se desprende de la labor de otros órganos de la organización, como por ejemplo del Informe de la Comisión de las 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, y en general, personas dependientes a cargo). 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 las Migraciones, los Refugiados y la Demografía.

³⁸ LIDDY, Jane, «The Concept of Family Life under the ECHR», en *European Human Rights Law Review*, 1990, pp.15-25, p.16.

nión disidente a esta sentencia. Para el juez Kovler, el TEDH está adoptando un enfoque restrictivo y muy limitado de lo que es la familia, restringiéndola a padres e hijos, sin 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 extensa.

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

Esta aseveración fue puesta en duda por Suiza 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 siete 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 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.

1.4 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

Varias veces el TEDH se ha tenido que enfrentar con esta situación. 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 la tercera en Görgülü/Alemania de 26 de febrero de 2004. En la primera, 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 juntos. 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 artículo 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 sólo puede ser rota en determinadas circunstancias, de que existe vida familiar entre el padre natural y su hijo³⁹.

Similar es el caso Kroon, si no en cuanto a sus antecedentes de hecho, sí en cuanto al argumento utilizado por el TEDH. Los hechos que motivaron el litigio son los siguientes: la señora Kroon, de nacionalidad holandesa, se casó con un hombre 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

³⁹ LIDDY, *cit.*, p.24.

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 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, que se recogen al final de la sentencia. Ambos dan una opinión más bien conservadora y 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.

Por su parte, el asunto Görgülü nos devuelve otra vez al tema de los derechos de un padre biológico, interesado en ejercer de padre de su hijo, cuando la madre da el niño en adopción a sus espaldas. En este asunto, sin embargo, el TEDH no se centró como hizo en el caso Keegan en los indicios de incipiente vida familiar que había habido entre los miembros de la pareja (pese a que también aquí, la pareja planeaba casarse hasta que la mujer canceló la boda, y también aquí el hijo fuera deseado por parte del padre, quien se comprometió con la madre a hacerse cargo del niño tras su nacimiento, y también aquí el padre se interesara por la salud de la mujer embarazada y la telefonara a menudo). En cambio, el TEDH se centró en el hecho de que las autoridades se negaron en redondo a colaborar con el

reclamante para que pudiera recuperar a su hijo, entregado a los cuatro días de nacer a una familia adoptiva. El TEDH estima que hubo una violación del CEDH porque la desestimación del caso ante el tribunal competente quebró toda posibilidad de establecimiento de una vida familiar entre padre e hijo. Las autoridades abortaron esa vida familiar que el padre preveía y asumía.

1.5 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

Este epígrafe está conformado por una saga de casos en los que casi siempre los protagonistas son extranjeros que residen en territorio europeo como migrantes de segunda generación. En todos ellos el país en el que residen procede a su expulsión por razones relacionadas con el orden público (delincuentes habituales, drogadictos con cargos penales a sus espaldas, etc.). Pero en todos ellos nos encontramos con otros datos relevantes: se trata de extranjeros que se trasladaron muy jóvenes a vivir a Europa (principalmente a Francia y Bélgica) 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 la lengua del país de origen. El Protocolo 4 al CEDH prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, así como de forma absoluta la 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 magrebís causantes de estos asuntos judiciales sólo pueden invocar el artículo 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 medio. 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, no⁴⁰.

⁴⁰ 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, núm. 2, pp. 453-462; CLÉMENT, H., «La CEDH et l'éloignement des étrangers», en *Après-demain. Journal Mensuel de Documentation Politique*, 1998, núm. 400, pp. 36-38; LEVINET, M.,

Se procederá a estudiar los casos más relevantes 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 artículo 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 condenó a Francia por la expulsión de su territorio de un argelino sordomudo de nacimiento y residente en este país desde los 4 años junto a sus padres y a sus 9 hermanos. Nasri había cometido varios delitos, entre ellos una violación, pero el TEDH consideró excesiva y poco proporcionada la medida de expulsión de su súbdito teniendo en cuenta que adolecía de una frágil educación, no sabía leer ni escribir, no dominaba el lenguaje de los sordomudos y sólo se comunicaba de una forma muy rudimentaria mediante unos cuantos signos con las personas de su familia. Dada

«L'éloignement des étrangers et l'article 8 CEDH», en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 10, núm. 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, núm. 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, núm. 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, núm. 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.

su total dependencia familiar, su analfabetismo, su incapacidad para hacerse entender y, por supuesto, para ganarse la vida por sí mismo, el TEDH consideró su expulsión como un atentado a su vida familiar. Interesante resulta también la lectura parcialmente disidente del juez Morenilla, quien deplora el comportamiento egoísta de los Estados europeos que permiten la entrada de extranjeros en su territorio mientras sea en aras de la prosperidad económica del país y favorezca su desarrollo económico pero que, una vez instaladas sus familias con ellos y ya cuando existe toda una segunda generación integrada en el país, procede a expulsarles del mismo si delinquen. En su opinión, en tales casos el Estado de acogida debería aplicar las mismas medidas personales de rehabilitación que aplica a sus nacionales en lugar de optar por la vía de la expulsión.

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, que depende de él. Para el TEDH, en cambio, 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 artículo 8 CEDH hay que tenerla en cuenta con los datos que obraban en el momento en el que se ordenó la expulsión (año 1986, no con los actuales de 1993). 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 Esta-

do. El TEDH sólo 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 diez 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 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. Cierto 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 abierta⁴¹.

⁴¹ Algunos jueces del TEDH han llegado a criticar en sus opiniones particulares 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).

De hecho, parece que el propio tribunal se ha replanteado su posición en la materia 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 otra época, 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. El TEDH afirma que las relaciones entre adultos no se benefician necesariamente de la protección del artículo 8 CEDH a menos que se demuestre la existencia de elementos suplementarios de dependencia (aparte de los lazos afectivos normales) algo que reconoce que existe en este caso.

2. Los hijos en la jurisprudencia del TEDH

2.1 EL CONCEPTO DE HIJO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La enseñanza principal que se deduce de la jurisprudencia del TEDH en relación con el concepto de hijo no es otra que la necesaria igualdad que debe darse entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, incluso en el caso de hijos adulterinos. Esta igualdad implica la prohibición de discriminación indirecta en cuestiones de testamento y herencia.

Todas las sentencias se pronuncian en estos términos. Entre ellas, las sentencias Marckx y Keegan, citadas previamente. En la primera de ellas el TEDH comprobó hasta qué punto llegaba la discriminación de la legislación belga con relación a la situación legal de los hijos extramatrimoniales. La madre soltera no era acreedora de la conocida presunción legal «*mater semper certa est*» dado que para poder tener los mismos derechos con respecto a su hija que los que tiene cualquier pareja casada con respecto al suyo, debía o bien realizar un acto formal de reconocimiento o bien adoptarlo. Además, los derechos económicos del hijo natural en el momento de

la sucesión y del acceso a la herencia de sus abuelos también quedaban mer-
mados o incluso ignorados en caso de que no se realizara algún tipo de acto
formal (reconocimiento o adopción) que determinase la filiación y, que en
consecuencia, fijase la vinculación familiar del menor con los padres de la
madre soltera.

El TEDH descartó por discriminatoria la argumentación del gobierno
belga, quien justificaba el tratamiento diferenciado de los hijos naturales y
los nacidos dentro del matrimonio por la creencia de que en el caso de un
hijo legítimo, ambos padres se responsabilizan mutuamente de alimentarlo,
criarlo y educarlo, cosa de la que no había certeza, en su opinión, en el caso
de los hijos no matrimoniales. Una madre soltera quizá no tenga ningún
interés en ocuparse de su hijo. Por eso, en opinión de Bélgica, era mejor
darle la oportunidad de decidir responsabilizarse de su cuidado mediante un
acto formal o bien disociarse de él (punto 39). El TEDH no puede compartir
este criterio en absoluto. Por ello concluye que la ley belga no debe favore-
cer a las familias tradicionales en detrimento de las monoparentales y que
los hijos matrimoniales y los naturales han de ser tratados por la ley en pie
de igualdad (punto 40). Esta exigencia también se aplica a los derechos
patrimoniales de los hijos extramatrimoniales. Por ello, el sistema legal
belga, que exigía una serie de requisitos y trámites para que un hijo de
madre soltera pudiera recibir bienes de sus familiares en donaciones *inter
vivos* o a través de la sucesión intestada, contravenía de manera rotunda el
derecho a la igualdad de los hijos e impediría una vida familiar normal
(puntos 49 y 60).

Siguiendo con los casos de igualdad de derechos de los hijos naturales
y matrimoniales a efectos de testamento y herencia, conviene tener en cuen-
ta el caso Vermeire/Bélgica de 29 de noviembre de 1991. Este caso demues-
tra que, desgraciadamente, años después de la emisión de la sentencia
Marckx, Bélgica no había cumplido totalmente su obligación de reformar la
legislación en cuanto al tratamiento que reciben los hijos no matrimoniales
a efectos patrimoniales. En efecto, una hija natural es excluida de la heren-
cia de sus abuelos al fallecer éstos sin haber hecho testamento pese a que,
para más escarnio de la situación, ambos se habían hecho cargo de la educa-
ción de su nieta tras la muerte de su propia hija y madre de la niña. En con-
secuencia, el Estado belga otorgó la herencia a los primos de la niña, que sí
eran hijos matrimoniales de otro hijo de los finados. Ante tal situación, el
TEDH reprueba de nuevo la actitud belga a la luz del caso Marckx. Para
ello alega que fundar la sucesión en el carácter «natural» del vínculo matri-

monial es discriminatorio, por lo que exige el reparto inmediato de la herencia entre todos los nietos.

En relación con los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales, cabe mencionar el asunto Camp y Bourimi/Holanda de 3 de octubre de 2000 en el que se planteó el problema de la muerte por accidente de un hombre que cohabitaba con su novia (Srta. Camp) y de la que iba a tener un hijo. La muerte del padre impidió que éste pudiera reconocer al hijo y además, generó la lucha por la herencia con los padres y hermanos del fallecido. Es más, los padres del fallecido se mudaron a la casa en la que, hasta la muerte de su hijo, habían vivido éste y su novia porque la misma estaba a nombre del fallecido, con lo cual provocaron la expulsión del hogar de la mujer y su hijo. Ante estos hechos que, de alguna manera, eran provocados por la legislación del país (que exigía el reconocimiento del hijo natural por su padre a efectos de poder gozar de los mismos derechos que un niño matrimonial) el TEDH entendió que la legislación holandesa discriminaba al hijo natural con respecto al matrimonial e, incluso, llegó más lejos indicando que también discriminaba al hijo natural no reconocido con respecto al hijo natural reconocido (punto 38). Ante las alegaciones del gobierno en el sentido de que el objetivo de la norma nacional era proteger los intereses legítimos de los otros herederos (punto 32), el TEDH indicó que «... *very weighty reasons need to be put forward before a difference in treatment on the ground of birth out of the wedlock can be regarded as compatible with the Convention*» (punto 38).

La sentencia Keegan, por su parte, nos ayuda a entender que también el padre de niños naturales tiene derechos sobre sus hijos, no solo la madre. En efecto, el TEDH condenó al Estado irlandés por permitir a la madre dar en adopción a su hijo sin informar de este hecho al padre, siendo así que la filiación paterna estaba totalmente determinada.

Sobre similar temática (la de los hijos no matrimoniales) puede consultarse la sentencia Elsholz/Alemania de 13 de julio de 2000. En ella se plantea la posible discriminación de un padre de hijo natural con respecto a un padre divorciado en relación con los derechos de visita de ambos. La sentencia versa sobre la situación de un padre de un hijo natural que había reconocido su paternidad pero a quien la madre niega el acceso al menor. El TEDH, fiel a su tradición, se ocupa en primer lugar de comprobar si los contactos entre padre e hijo benefician en este caso al menor. Pero al hilo de su argumentación, se ocupa de otra cuestión: la referente a si el código civil alemán discrimina al padre de hijos no matrimoniales con respecto al

padre divorciado. Aunque el TEDH consideró que en este caso la legislación alemana trataba de modo igual al progenitor divorciado y al padre de hijos naturales, quizá resulte interesante mencionar que en su decisión previa sobre este caso la Comisión Europea de Derechos Humanos sí había detectado una discriminación hacia el padre que no había contraído matrimonio. Para la Comisión, cuyo parecer compartimos, había existido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 CEDH porque la legislación alemana, partiendo de la base viciada de entender que el padre divorciado siempre va a querer mantener el contacto con su hijo pero sin embargo el padre natural no, concede el derecho de visitas al padre divorciado a menos que se demuestre que ese acceso perjudica al menor, mientras que, en principio, deniega el derecho de visitas al padre de un hijo no matrimonial a menos que se demuestre que dicho contacto va en beneficio del menor.

De lo anterior creemos que se colige una diferencia de trato injusta hacia el padre del hijo no matrimonial que el TEDH no supo detectar en ese momento pero que claramente perjudica a este tipo de progenitores. La legislación alemana se basaba en un prejuicio consistente en asumir que los padres de hijos naturales por lo general no van a mostrar interés en su hijo. Afortunadamente, el TEDH ha tenido ocasión de superar su jurisprudencia en la materia en sus pronunciamientos a los casos Sommerfeld/Alemania, Hoffman/Alemania y Sahin/Alemania, emitidos en la misma fecha, el 11 de octubre de 2001. En tres asuntos con idéntica temática a la del caso Elsholz, el TEDH esta vez sí supo ver que existía una diferencia de trato injusta hacia los padres de hijos naturales con respecto a los padres divorciados (punto 58 de la sentencia Sommerfeld, punto 60 de la sentencia Hoffman y punto 61 de la sentencia Sahin). En la sentencia Sommerfeld el TEDH justifica su cambio jurisprudencial aludiendo a las circunstancias concretas que afectaron al caso de autos, consistentes en que los padres del niño no matrimonial habían convivido durante más de cinco años y el padre siempre había mostrado una gran dedicación por su hijo. Por tanto, según el TEDH, la legislación alemana –que presuponía que, en principio, el padre no matrimonial no tendría interés en mantener el contacto con su hijo tras abandonar su convivencia con la madre– suponía aplicar un falso prejuicio. Es más, dado el interés demostrado por el padre con respecto al hijo, sin duda alguna iría en beneficio del último seguir manteniendo el contacto con el primero. En la sentencia Hoffman el cambio jurisprudencial se debió al hecho de que la actitud de la madre impidiendo inicialmente el contacto entre padre e hijo y su influencia sobre el menor fueron determinantes para que posterior-

mente el menor rechazara a su progenitor y, efectivamente, fuera en interés del menor dejar de verlo. En la última de ellas, la sentencia Sahin, el cambio jurisprudencial con respecto al asunto Elsholz se debió a que el TEDH comprobó que realmente este padre tenía interés en seguir viendo a su hijo y en contribuir a su educación (de lo cual era prueba que había convivido con la madre y el menor desde su nacimiento, que había reconocido su paternidad y pasaba pensión de alimentos al niño, así como que había mantenido el contacto con el mismo después de la ruptura de su relación de pareja). En conclusión: las diferentes razones alegadas por el tribunal en estas tres sentencias para justificar su giro jurisprudencial lo único que evidencian es que el tribunal ha asumido el error de su sentencia Elsholz y ha querido rectificar. Claramente, una norma nacional que, a la hora de otorgar derechos de visita, distingue entre la situación del padre que estuvo casado con la madre de sus hijos y el que no, es discriminatoria. Partir de la base de que un padre de hijo natural no va a querer ver a su hijo cuando rompe su relación con la madre es un prejuicio que discrimina a dichos padres y, obviamente, a sus hijos.

Por su parte, la sentencia Mazurek/Francia de 1 de febrero de 2000 nos enfrenta a un problema especial: la eventual discriminación que puede subsistir en algunas legislaciones nacionales con respecto a los hijos adulterinos. En ciertos Estados, superadas ya las diferencias de trato injustificadas entre hijos matrimoniales y naturales, se mantiene sin embargo una desigualdad en lo que atañe a los hijos de un progenitor casado pero que son fruto de una relación no matrimonial y sus hijos matrimoniales. En concreto, el litigio lo planteó el hijo adulterino de una mujer que acababa de morir cuando se dio cuenta de que su medio-hermano (hijo matrimonial de la madre) pretendía quedarse con el grueso de la herencia. Mazurek reclamaba idénticos derechos sucesorios que su hermanastro mientras que el Estado francés alegaba razones de protección de la familia legítima para defender el mantenimiento en su código civil de una cláusula que beneficia a los hijos matrimoniales. El TEDH, aunque hace un alegato en favor de la familia tradicional en su fallo, justificando que la defensa de la misma puede efectivamente constituir un fin legítimo para un Estado (punto 50), sin embargo considera que ello no debe llevar a perjudicar a quien no es culpable de que la madre incumpliera sus deberes conyugales, esto es, su hijo adulterino (punto 54). Desde este punto de vista, la penalización que sufre el mismo en el reparto de la herencia afecta a su derecho a la propiedad.

2.1 LA CUSTODIA DE HIJOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El Consejo de Europa ha auspiciado el Convenio Europeo sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Niños y Restablecimiento de la Custodia de Hijos de 20 de mayo de 1980. El objetivo principal es procurar el interés del niño pero también el de los padres, permitiendo un régimen de visitas adecuado –siempre que ello sea posible y no perjudique el bienestar del menor– en los casos de entrega de un niño de forma temporal a una institución pública o a una familia de acogida.

Este convenio, pese a su evidente interés e importancia en el ámbito europeo, sin embargo no crea ningún órgano de aplicación de sus disposiciones, ni jurisdiccional ni no jurisdiccional. Tampoco el Convenio Europeo sobre Contactos en relación con los Niños de 15 de mayo de 2003, que complementa al anterior tratado, crea órganos de aplicación⁴². Por esto, las únicas referencias jurisprudenciales que existen en materia de custodia de menores nos las proporciona el TEDH. El CEDH no contiene ninguna cláusula específica sobre custodia de niños, pero su artículo 8 sobre el derecho a la vida privada y familiar da mucho de sí en ésta, como en otras materias relacionadas con la familia. De la interpretación de este artículo se deriva toda la jurisprudencia del TEDH sobre custodia de hijos, tanto en casos de divorcio o separación de cónyuges, como en el de padres naturales cuando uno de ellos tiene atribuida en exclusiva la custodia del menor, o incluso en caso de entrega de menores a familias de acogida o adoptivas⁴³.

Sin duda son ya muchas las sentencias citadas en epígrafes anteriores relativas a temas de custodia de hijos. Así, se puede citar la sentencia Bronda, en la que se optó por la retirada de la custodia de una niña tanto a su madre y al compañero de ésta como a los abuelos por tratarse de un entorno conflictivo y poco recomendable para la menor; o las sentencias Keegan y Görgülü, en las que se concluyó que se había violado el derecho de un padre soltero al haberse entregado en adopción a su hijo a sus espaldas y solo con el consentimiento de su antigua compañera.

Sin embargo este es un tema prolífico y recurrente ante el TEDH, que ha dado lugar a otras sentencias igualmente relevantes. En todas ellas sin embargo, se trata idéntico tema: bien los problemas que ocasiona la ruptura

⁴² Existe una resolución de la Asamblea Parlamentaria de 26 de junio de 2002 1291 (2002) sobre el secuestro de niños por unos de sus padres.

⁴³ Véase BRENA SESMA, I., *Intervención del Estado en la tutela de menores*, 1994, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

familiar al tener que adjudicar la custodia de los hijos a uno de los ex cónyuges, bien los que plantea la entrega en adopción de un menor cuando la familia es incapaz de hacerse cargo de él adecuadamente. Vamos a estudiar algunos de ellos:

El asunto O/Reino Unido de 8 de julio de 1987 nos sitúa ante un matrimonio que inflige malos tratos a sus hijos, razón por la cual se les retira la custodia de los niños, los cuales son puestos en manos de familias adoptivas. Se establece un régimen de visitas pero, ante la alteración que sufren los hijos cada vez que ven a sus padres naturales, se opta por cancelarlo. Los padres recurren la decisión de los servicios sociales pero, en razón de las circunstancias que concurren en el caso (malos tratos, rechazo de los hijos a seguir viendo a sus padres, satisfacción de los niños en su nuevo entorno) lo que prima es el interés de los menores y por tanto no ha habido violación del derecho a la vida familiar de los recurrentes.

Idéntico resultado se produce en el asunto H/Reino Unido de 8 de julio de 1987. Una pareja se conoce estando ambos ingresados bajo tratamiento por consumo reiterado de drogas. La autoridades sociales advierten el ambiente tan insano en el que va a crecer el hijo de ambos, por lo que retiran la custodia de los padres y lo entregan a una institución pública, denegándose el derecho a visitas en pro del bien del menor. Los padres rechazan la decisión pero El TEDH no estima que exista violación del artículo 8 CEDH porque todas estas medidas se adoptaron a favor de un menor desprotegido.

En el caso Olsson/Suecia de 27 de noviembre de 1992 nos hallamos ante unos padres cuyos hijos son enviados a distintos hogares de acogida debido a la información contenida en un informe pericial en el que se indicaba que presentaban un cuadro de infancia traumática y síntomas de retraso en el desarrollo y angustia. Además, se restringió el acceso de los padres a los hijos, negándoseles el derecho a visitarlos. El TEDH entendió que la retirada de la custodia era una medida legal y justificada en interés de los menores. No ocurre lo mismo con la denegación de las visitas, que el TEDH sí considera que supuso para los progenitores una injerencia en su derecho a mantener una vida familiar con sus hijos mediante un contacto periódico.

El caso Rieme/Suecia de 22 de abril de 1992 nos sitúa ante unos padres con problemas de alcoholismo. La custodia de la menor la tenía la madre pero, dadas las circunstancias familiares, los servicios sociales se hicieron cargo de ella y finalmente la entregaron en adopción. El padre solicitó que se anulase esa orden y que, en cambio, le entregaran la custodia a él pero los informes periciales lo desaconsejaron. La niña se integró perfecta-

mente en su nuevo hogar, considerando a sus padres adoptivos como sus verdaderos padres y a los hijos de éstos como sus hermanos. Sin embargo el padre biológico siguió con su personal cruzada a fin de obtener la custodia. El TEDH consideró que, dadas las circunstancias que envolvían el caso (dependencia del alcohol del padre con algún episodio de alteración en sus facultades) las autoridades públicas habían actuado de la mejor manera posible. Por ello confirmaron el mantenimiento de la niña en su nuevo hogar.

En la sentencia del caso Hokkanen/Finlandia de 23 de septiembre de 1994 se describe la situación de un padre que, a la muerte de su esposa, dejó temporalmente a su hija al cuidado de sus abuelos maternos mientras resolvía los problemas relacionados con la herencia. Cuando fue a recogerla, los abuelos se negaron a entregársela, iniciándose un largo y penoso procedimiento ante las autoridades internas del país (servicios sociales, tribunales) en el que el padre reclamaba la custodia de la hija. Incomprendiblemente, los servicios sociales y los tribunales, pese a darle la razón al progenitor, no adoptaban medidas tendentes a ejecutar la decisión o bien se mostraban excesivamente blandos con los abuelos, quienes no solo se negaban a devolver a su nieta, sino que además a menudo impedían que fuera visitada por su padre, ocultándola y cambiando de domicilio para evitar ser localizados por éste. El TEDH entendió que Finlandia había incumplido el derecho al respeto a la vida privada y familiar en la persona del señor Hokkanen. En efecto, aunque no fueran las autoridades las que hubieran apartado al menor del cuidado paterno, sí habían contribuido con su connivencia y su pasividad a que la situación se perpetuase en el tiempo durante tantos años que finalmente la niña ya no conocía al padre y prefería quedarse con los abuelos. Por tanto, Finlandia había incumplido su deber de hacer respetar la vida familiar del padre y la hija al no haber realizado los esfuerzos razonables necesarios para facilitar la reunión de ambos (puntos 55-61).

Seguidamente, el asunto Buscemi/Italia de 16 de septiembre de 1999 nos vuelve a demostrar que para el TEDH lo prioritario en caso de retirada de tutela es siempre el interés superior del menor. De nuevo nos encontramos ante dos padres incapaces de asumir la responsabilidad de criar a su hija. La niña padeció malos tratos psíquicos y físicos en el hogar familiar. Sin embargo el padre insiste en recuperar su custodia alegando que el hogar en el que su hija ha sido colocada no le puede asegurar un ambiente familiar. El TEDH consideró que todas las medidas de alejamiento de la niña con respecto a sus padres se hicieron en interés de la menor, con datos obje-

tivos que demostraban el perjuicio que le ocasionaba la convivencia bajo el mismo techo que sus progenitores.

Similares antecedentes y resultado concurren en el fallo al asunto L./Finlandia de 27 de abril de 2000, en el que nos encontramos con dos niñas que son colocadas en hogares de acogida en contra de la opinión del padre y de los abuelos paternos pero con la autorización de la madre, consciente ésta última de sufrir trastornos mentales. Hasta ese momento la familia había convivido bajo el mismo techo, incluidos los abuelos paternos. Tanto el padre como el abuelo paterno eran sospechosos de haber abusado sexualmente de la hija mayor. El padre y los abuelos nunca aceptaron la retirada de la tutela e insistían en que las niñas debían volver al hogar familiar. Por eso intentaban influir negativamente en la opinión que las niñas tenían sobre su familia de acogida. El padre comenzó un proceso exigiendo la reunificación familiar. Sin embargo, entretanto, se divorció de la mujer. Por tanto, la reunificación exigida se refería a que las niñas volvieran a la casa que compartía el demandante con sus padres. Cuando el asunto llegó ante el TEDH, éste entendió que, en primer lugar, el divorcio de los padres hacía imposible la reunificación familiar. Además, la separación de las niñas, aunque había afectado a la vida familiar, era legítima, estaba plenamente justificada y era necesaria en una sociedad democrática para proteger los derechos de las pequeñas y la moral. Así, de nuevo nos encontramos que en casos de retirada de tutela, el valor principal para el TEDH es el interés del menor, nunca el de los padres. Es más, en este caso la solución fue tanto más fácil cuanto que la opinión de los padres no era unánime en la materia y ni siquiera compartían ya el hogar en el que habían vivido con las niñas.

La sentencia K. Y T./Finlandia de 13 de julio de 2001 fue dictada por la Gran Sala del tribunal después de que el gobierno finlandés pidiera la revisión de la sentencia emitida en su contra por una de las salas. En este litigio nos encontramos con una situación familiar difícil: una madre soltera de dos hijos de distinto padre que comienza a convivir con un nuevo hombre. La madre padece trastornos psicológicos que llevan a su internamiento en diversas ocasiones. Los hijos reciben insuficiente atención, desarrollan comportamientos agresivos y reproducen en sus juegos escenas de contenido sexual impropios de su edad. Por todo ello, a la madre se le retira la custodia y son colocados en familias de acogida en contra de la opinión de la progenitora. La mujer vuelve a quedar embarazada mientras su comportamiento se va volviendo cada vez más psicoide. Las autoridades llegan a la conclusión de que el nuevo bebé tampoco recibirá la atención suficiente en un hogar tan inestable en el que hay continuas peleas, agresividad a flor de

piel, escasos recursos económicos y actitudes enfermizas por parte de los dos miembros de la pareja. Por todo ello se coloca al bebé en un hogar de acogida. Temporalmente y ante la insistencia del padre, este tercer hijo fue devuelto al hogar familiar. Pero tras una nueva crisis de la pareja y ante la evidencia de que el niño estaba en una situación de peligro, las autoridades lo devolvieron al hogar de acogida. Tras dar a luz a su cuarto hijo, la mujer trata de huir del hospital con él. Era su manera de intentar evitar que lo entregaran a una familia de acogida, medida que, sin embargo, no consiguió evitar. Las autoridades finesas siempre permitieron unos contactos –muy restringidos, eso sí– entre los demandantes y los niños. Sin embargo, partieron de la base de que la situación familiar era irreversible y no pusieron los medios para procurar que los niños pudieran volver a convivir con K. y T.

El TEDH, tras estudiar atentamente los antecedentes del caso, llegó a la conclusión de que las autoridades habían actuado en todo momento pensando en el interés superior de los menores, que se habían criado finalmente en ambientes estables y adecuados. Para ello habían sacrificado los deseos de los padres. La Gran Sala entendió que todas las medidas de emergencia adoptadas habían sido proporcionadas y tenían su justificación. Sólo halló un incumplimiento de las autoridades finlandesas por el hecho de que en ningún momento intentaran el reagrupamiento familiar y que ni siquiera se lo plantearan. La colocación de menores en hogares de acogida debe ser temporal, en tanto en cuanto los padres no se encuentren capacitados para hacerse cargo de los hijos. Sin embargo Finlandia nunca revisó el caso y dejó que la situación temporal se convirtiera en la práctica en definitiva, permitiendo que los niños se criaran en hogares de acogida. La ausencia de entrevistas o de pases de tests psicológicos a los padres por parte de los servicios sociales para comprobar si la capacidad para asumir su paternidad había mejorado tras la terapia emprendida por ambos y si la enfermedad de la madre había remitido, impidieron todo tipo de reunificación familiar.

Por último, en la sentencia Buchberger/Austria de 20 de diciembre de 2001 el TEDH falló a favor de una madre en un litigio en el que los servicios sociales austriacos pretendían retirarle la custodia de sus hijos. En opinión de los servicios sociales la madre, que no convivía con el padre de los hijos, tenía un estilo de vida caótico y no tenía tiempo para sus hijos ya que trabajaba fuera de casa. En una ocasión, los vecinos llegaron a ver a los niños solos por la calle de noche en pleno invierno. Sin embargo, tanto la madre como el padre –quien no podía ocuparse de los niños– querían que los niños estuvieran con la madre. Ésta localizó a dos

personas que se comprometieron a hacerse cargo de sus hijos los días que ella saliera tarde de trabajar. Sin embargo, el tribunal regional, en contra del criterio del tribunal de primera instancia, estimó que los argumentos de los servicios sociales eran de peso y decidió retirarle la custodia. En cambio el TEDH estimó que la medida de retirada de custodia había sido desproporcionada y que se podía haber adoptado alguna medida alternativa menos drástica, como por ejemplo que el Estado contribuyera a la educación de los niños o que dispusiera algún tipo de cuidador durante el tiempo que la madre permaneciera en su lugar de trabajo. En conclusión, el tribunal opta por no sacrificar la convivencia familiar de la madre y sus hijos, exigiendo la puesta a disposición para la madre de ayuda complementaria que le permita ausentarse de casa para trabajar mientras alguien se responsabiliza de sus hijos.

Todos estos casos revelan que, con independencia de que el TEDH falle a favor o en contra del demandante, el tribunal siempre tiene en cuenta en primer lugar cuál es el interés superior del menor, por su situación de dependencia. Si el bienestar del menor sólo se puede alcanzar alejándole de los padres, el TEDH fallará a favor del Estado demandado. Pero si considera que el interés del menor puede alcanzarse junto a sus padres, siempre será mejor que el menor permanezca con los mismos. Las decisiones de los servicios sociales colocando a un niño bajo la tutela de las autoridades públicas casi siempre invade la vida familiar, puesto que el disfrute de la compañía mutua entre padres e hijos forma parte intrínseca de la misma, es decir, siempre supone una interferencia en el derecho protegido en el párrafo primero del artículo 8 CEDH. Sin embargo, antes de concluir si existe violación del CEDH habrá que examinar si la medida está prevista por la ley (cosa que casi siempre ocurre, puesto que los servicios sociales suelen adoptar sus decisiones en aplicación de la normativa vigente), si tiene un objetivo legítimo (lo cual también suele concurrir, porque suele adoptarse para proteger los derechos de otros, en este caso, de los niños, así como su salud y moral) y, en último lugar, si es necesaria en una sociedad democrática. Este requisito final es el que resulta más difícil de demostrar: ¿realmente no existía una alternativa a la retirada de custodia? Además, es el requisito que, en un mayor número de ocasiones, el TEDH entiende que los servicios sociales han interpretado de forma excesivamente amplia.

Esta conclusión de la jurisprudencia del TEDH sobre custodia de hijos de dar prioridad en todo lugar al interés del menor es la que también subyace en el Convenio Europeo sobre el Reconocimiento y la Ejecución de

Decisiones en Materia de Custodia de Niños y Restablecimiento de la Custodia de Hijos. Si el interés del menor se protege en compañía de sus padres o de alguno de ellos, el niño quedará bajo su custodia. Si está mejor servido alejándolo de sus progenitores, así lo hará. Y si éste es el caso, el TEDH sancionará los posibles quebrantamientos del régimen de visitas cuando dichos contactos vayan en interés del menor.

3. Alcance del derecho a la vida privada y familiar

El artículo 8 CEDH garantiza el respeto al derecho a la vida privada y familiar sin que quepan más restricciones al mismo que las que estén previstas por la ley, estén justificadas por razones de orden público u otra causa de interés general y sean necesarias en una sociedad democrática. El TEDH se ha ocupado abundantemente de indagar en lo que esta cláusula significa e implica. Se trata de un derecho sobre el que el TEDH ha mantenido una línea clara de protección. Desglosamos su estudio en una serie de epígrafes según cuál sea el aspecto de la vida familiar que haya sido abordado en el TEDH en cada caso.

3.1 NO ATENTA CONTRA LA VIDA FAMILIAR LA EXPULSIÓN DE UN EXTRANJERO SI ÉSTE PUEDE LLEVAR CONSIGO A SU HIJO QUE, DEBIDO A SU CORTA EDAD, AÚN NO ESTÁ INTEGRADO EN ESA SOCIEDAD

En los datos de la sentencia Dalia/Francia de 18 de febrero de 1998 figura la expulsión de una ciudadana argelina residente en Francia desde los dieciocho años y acusada de varios delitos de tráfico de drogas, quien recibe la orden de expulsión del país. Antes de que esta orden se ejecute, concibe un hijo que nace en Francia. En el momento en el que va a procederse a la ejecución de la medida, alega que la expulsión interfiere en el desarrollo de la vida familiar con su pequeño. Sin embargo el TEDH es claro: Francia tiene derecho a controlar la entrada y residencia de extranjeros sobre su territorio. Máxime si el extranjero delinque en ese Estado y pone en peligro el orden público. En cuanto a si la medida le impide llevar a cabo su vida familiar con normalidad, el TEDH es rotundo en su negativa: cuando se aprobó la medida de expulsión, Dalia aún no era madre. Además, nada impide a esta argelina llevarse consigo a su hijo, que tiene doble nacionalidad, hasta su país de origen. La temprana edad del menor le permite adaptarse a cualquier sociedad porque aún no tiene ningún tipo de arraigo en el seno de la sociedad francesa.

Esta doctrina del TEDH es tributaria de la que también mantenía la Comisión Europea de Derechos Humanos antes de su desaparición. En su informe de 21 de febrero de 1995 al caso MC/Bélgica⁴⁴ la Comisión concluyó que no suponía una violación desproporcionada del derecho a la vida familiar del CEDH la expulsión de un delincuente marroquí mayor de edad pese a que, desde el divorcio de su mujer, éste conviviera con su hijo de corta edad (al que su ex esposa había abandonado) en casa de su madre y hermanas. Aunque entre todas las mujeres y él mismo cuidaban y educaban al menor, la Comisión consideró que no había impedimento para que MC llevase a su hijo a Marruecos y trasladase allí su vida familiar⁴⁵.

3.2 LA VIDA FAMILIAR PUEDE CONTINUAR PESE AL DIVORCIO DE LOS PADRES SI HAY HIJOS COMUNES

El caso Berrehab/Países Bajos de 21 de junio de 1988 nos sitúa frente a un marroquí casado con una holandesa con la que tenía una hija. Decidieron divorciarse, pero continuaron manteniendo una relación fluida gracias a la cual no hubo ningún problema con respecto al régimen de visitas del padre. El Sr. Berrehab era un padre responsable y solícito que compartía los gastos de crianza de su hija con la madre. Sin embargo, las autoridades holandesas le denegaron la renovación del permiso de residencia al no convivir ya con la ciudadana europea. A partir de ahí, se le denegó la prolongación de su permiso de trabajo y fue despedido. Ante esta situación, el demandante acudió primero a la Comisión Europea de Derechos Humanos y después al TEDH, por considerar que la expulsión del país era una medida que colisionaba frontalmente con su derecho a llevar una vida familiar con su hija. Las autoridades administrativas del país defendían la legalidad de su decisión: ya no existía matrimonio, tampoco cohabitación; luego, en su opinión, tampoco existía vida familiar. Los jueces del TEDH fueron de otra opinión. La medida de expulsión era totalmente desproporcionada teniendo en cuenta los antecedentes del demandante. Además, la cohabitación no era un requisito *sine qua non* para demostrar la existencia de vida familiar (punto 21). El Sr. Berrehab y su ex esposa habían protagonizado un matrimonio auténtico, fruto del cual nació una niña que *ipso iure* entró a formar parte de esa relación familiar. El hecho de que los padres ya no vivan en común no impide que esa relación pueda continuar con su hija. En algún

⁴⁴ Demanda núm. 21794/93.

⁴⁵ Idéntica situación se refleja en la decisión de admisibilidad del caso Chorfi/Bélgica 27 de junio de 1994, demanda núm. 21794/93.

caso puede ocurrir que el divorcio acabe con una vida familiar, pero no necesariamente. Y en este caso concreto, obviamente no fue así. El Sr. Berrehab no se desentendió de la atención, cuidado y educación de su hija. Por todo ello, una medida comprensible en el plano abstracto como pueda ser la opción por una política de inmigración de contención y restrictiva, choca e interfiere en la vida privada de este padre y su hija (punto 28).

El tribunal ha contado con la oportunidad para confirmar estos argumentos en la sentencia al asunto Ciliz/Holanda de 11 de julio de 2000. En la misma el órgano judicial estimó que se había violado el derecho a la vida familiar de un padre de nacionalidad turca con respecto a su hija por el hecho de que éste perdió el derecho a vivir en suelo holandés al divorciarse de su esposa, de nacionalidad holandesa. Dado que la madre alegaba que en realidad el padre ya no mantenía contacto con su hija y por tanto no podía justificar su permanencia sobre suelo europeo en aras de una vida familiar que en su opinión era inexistente, el TEDH tuvo que estudiar este extremo. El TEDH llegó a la conclusión de que si bien era cierto que los contactos entre padre e hija habían disminuido mucho desde el divorcio de los padres, la razón de ello no era otra que la falta de armonía y diálogo que existía entre los antiguos cónyuges ya que la niña había quedado bajo la custodia de la madre. No obstante, el TEDH llega a la conclusión de que la relación natural entre padre e hija no había llegado a romperse, algo que inevitablemente ocurriría si no se procediera a la renovación del permiso de residencia de esa persona (puntos 60-64).

En conclusión: hay que ir al caso concreto para saber si los divorciados tienen vida familiar con respecto a los hijos que han quedado bajo custodia del otro progenitor. No se puede establecer en abstracto que gocen de esa presunción de vida familiar. Todo dependerá de las circunstancias del caso concreto y de la intensidad de la relación paterno-filial.

3.3 LA VIDA FAMILIAR NO TERMINA POR EL HECHO DE QUE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS ASUMAN LA TUTELA DE UN MENOR

Dos sentencias relativas a la custodia de hijos nos ilustran sobre qué incluye la vida familiar y sobre si se debe dar ésta por terminada cuando los padres no pueden asumir la responsabilidad de criar a sus hijos y se les retira la custodia. Se trata de las sentencias W/Reino Unido de 8 de julio 1987 y Eriksson/Suecia de 26 de junio de 1989. En ambos asuntos nos encontramos con padres incapaces de hacerse cargo del cuidado de sus hijos, bien sea por problemas psiquiátricos o de drogas. Ante tal situación, en ambos

las autoridades se hacen cargo de ellos, colocándolos en instituciones públicas o en familias de acogida. También en los dos los servicios sociales obstaculizaron el establecimiento de un régimen de visitas regular de los padres a los niños, llegando a negarles los encuentros. Por esa razón el TEDH entiende que en ambos casos se ha violado el derecho de los padres a seguir manteniendo el contacto con sus hijos y, como consecuencia, su vida familiar. En opinión del TEDH, el disfrute de la compañía mutua entre padre e hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar. Por lo tanto, la relación natural de familia no termina por el hecho de que la autoridad pública asuma la tutela del menor (punto 59 de la sentencia W y 58 de la sentencia Eriksson). El hecho de que se haya retirado la custodia o la patria potestad a los padres no implica *ipso iure* el fin de la vida familiar.

4. **Derecho a la educación de los hijos, en general, y a la educación religiosa, en particular**

La preocupación del Consejo de Europa por el derecho a la educación no es privativa del TEDH. Son muchos los órganos de la organización y muchos los documentos emitidos en el seno de la misma que se han ocupado de garantizar este derecho en el interior de todo Estado miembro. Entre los actos aprobados sobre la educación de los niños, destacan algunas resoluciones de la Asamblea Parlamentaria, como la Resolución 874 (1987) adoptada el 30 de enero de 1987 relativa a la eficacia de la enseñanza escolar, en la que se aconseja una serie de medidas (en las que juega una baza importante la familia) que aseguren que el derecho a la educación de los niños se realice adecuadamente y con el menor riesgo de fracaso escolar. Durante el año 2001 aparecen otras dos referencias al derecho de familia en la producción de la Asamblea. Una, en la Recomendación 1501 (2001) sobre la responsabilidad de los padres y los profesores en la educación de los niños de 26 de enero de 2001, en la que la Asamblea exhorta al Comité de Ministros a examinar la cuestión de las responsabilidades respectivas de los padres y los educadores en la instrucción de los niños en un mundo en el que se da una confusión creciente entre los roles que deben jugar los padres en la escuela y en la educación de los jóvenes. La segunda, en la Recomendación 1532 (2001) sobre una política social dinámica a favor de los niños y los adolescentes en el medio urbano de 24 de septiembre de 2001. En la misma se pide a los miembros del Consejo de Europa la puesta a punto de una política social dinámica que incluya programas de apoyo a los padres y a las familias en su rol educativo. En 2002, la Asam-

blea sigue insistiendo en la importancia de fomentar una buena educación de los niños así como programas de formación profesional en su recomendación 1551 (2002) de 26 de marzo de 2002 sobre la construcción de una sociedad del siglo XXI por y para los niños.

Por su parte, también el Comité de Ministros ha emitido la Recomendación (2003) 20 de 24 de septiembre de 2003 sobre nuevas formas de hacer frente a la delincuencia juvenil en la que el Comité de Ministros recuerda el papel tan importante de la escuela en la prevención de la delincuencia de menores.

Junto a las resoluciones previamente citadas, también algunos de los tratados cuya celebración ha sido auspiciada por el Consejo de Europa dedican parte de su articulado a la educación. Entre ellos destaca el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, que fue adoptado en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995 que, entre otros muchos asuntos, trata sobre la promoción de la cultura y señas de identidad de las minorías (art. 5), el derecho a la educación en general y a la investigación para promover el mejor conocimiento de su cultura, historia, lengua o religión (art. 12) y el derecho a gestionar sus propios centros de enseñanza y formación (art. 13)

En segundo lugar, existe un convenio que trata de un aspecto concreto dentro del derecho a la educación como es el acceso a las becas de estudio. En concreto, se trata del Convenio sobre el Mantenimiento del Pago de Becas a los Estudiantes que sigan sus Estudios en el Extranjero, firmado en París el 12 de diciembre de 1969.

Pero, de entre todos los convenios de la organización, sin duda destaca el CEDH. El artículo 2 del Prot.1 CEDH está dedicado al derecho a la instrucción, en general, y el derecho de los padres a que sus hijos sean educados conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, en particular. Puesto que el TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre ambos extremos, éstos serán tratados separadamente aunque sin perder de vista la unidad del precepto, que dice lo siguiente:

«A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

Los fallos del TEDH se pueden subdividir según afecten a la instrucción en general o a la instrucción de acuerdo con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres:

4.1 DERECHO A LA INSTRUCCIÓN

4.1.1 *El derecho a la instrucción queda desvirtuado si se discrimina a los alumnos por razón de su idioma*

Un caso clásico y recurrente en el haber del TEDH es el caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica de 23 de julio de 1968. El Estado demandado fue Bélgica y lo que se puso en cuestión fue su régimen jurídico en relación con la enseñanza. Varios padres de familia francófonos protestaron en nombre de sus hijos menores de edad en contra de lo que estimaban una discriminación con respecto a los escolares belgas de origen flamenco. En concreto, reclamaron al constatar que así como a los niños flamencos que residían en la parte francesa de Bélgica se les permitía el acceso a las escuelas flamencas de las regiones vecinas, en cambio no ocurría lo mismo con los niños francófonos residentes en la zona holandesa, que tenían vedado el acceso a las escuelas francófonas de regiones vecinas. El régimen lingüístico belga les trataba de manera diferente en razón de su lengua materna y con ello negaba el derecho a la instrucción de sus hijos. El gobierno, sin embargo, rechazaba de plano tal argumentación, porque consideraba que a nadie le era negado el derecho a la escolarización en Bélgica. En opinión del gobierno demandado, lo que no podía deducirse del artículo 2 Prot. 1 CEDH era el derecho a ser educado en la lengua materna de cada uno.

El TEDH estuvo de acuerdo en que el derecho a la instrucción no engloba las preferencias lingüísticas de los padres. Pero dicho esto, entendió que lo que no cabe es defender una diferencia de trato injustificada entre un colectivo de niños a los que sí se les facilita el acceso a la enseñanza en su lengua materna y otro al que se le niega. La diferencia podría ser legítima en caso de que persiguiese unos objetivos determinados, tuviese una justificación objetiva y no fuera desproporcionada. Pero nada de ello ocurre en este caso, razón por la que el TEDH condenó a Bélgica.

4.1.2 *La sanción física en la escuela afecta al derecho al respeto de la vida familiar*

En el caso Costello-Roberts/Reino Unido de 25 de marzo de 1993 unos padres protestaban contra lo que consideraban como malos tratos infligidos a su hijo en la escuela. Ello iba, en su opinión, no solo contra el derecho del niño a la instrucción sino que también atentaba contra su vida fami-

liar. En su opinión, son los padres los únicos con potestad para decidir el modo de aplicar disciplina a sus hijos y los profesores no pueden sustituir a los progenitores en esta función. El gobierno británico discrepaba y además esgrimía el argumento de que los padres habían escogido para su hijo un colegio privado reputado por su fuerte disciplina, cuando hubieran podido optar por una escuela pública. Por ello no podían protestar.

El TEDH consideró que era irrelevante el carácter público o privado de la escuela. También consideró que, efectivamente, una medida de castigo corporal no solo afectaba al niño, sino a éste dentro de su núcleo familiar y por tanto se resentía el derecho al respeto a la vida familiar. Pero de ambos razonamientos no extrae como consecuencia la condena al Reino Unido. Aunque sin querer dar la impresión de que aprueba en modo alguno los castigos escolares, no obstante considera que en el caso de autos el castigo recibido no fue tan grave como para suponer una infracción de los arts.8 CEDH ni 2 Prot.1 CEDH. Como podemos comprobar, se trata de una sentencia polémica porque el TEDH parece distinguir en razón de la intensidad a la hora de decidir si un castigo físico atenta o no contra el derecho a la instrucción del alumno⁴⁶.

4.2 DERECHO A LA EDUCACIÓN DE ACUERDO CON LAS CONVICCIONES RELIGIOSAS Y FILOSÓFICAS DE LOS PADRES

El TEDH ha estudiado de modo más específico la segunda frase del artículo 2 Prot.1 CEDH relativa al derecho de los padres a que sus hijos sean educados sin que se resientan las ideas morales o religiosas de la familia. De ellos se extrae la conclusión de que la obligatoriedad de la educación sexual en la escuela no viola el derecho a la educación:

En Dinamarca, varios padres acudieron a los tribunales, y posteriormente a las instancias de Estrasburgo, alegando que la ley sobre educación sexual obligatoria e integrada en las escuelas públicas de enseñanza primaria atentaba contra sus convicciones cristianas y violaba el artículo 2 Prot.1 CEDH. El caso que presentaron se conoce como asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen/Dinamarca y el fallo del TEDH se emitió el 7 de diciembre de 1976. El gobierno danés había promulgado esta ley ante la frecuencia y precocidad cada vez mayores de embarazos no deseados entre escolares (punto 20). Sin embargo, algunos padres creían que sus hijos no

⁴⁶ Sobre similar temática, véase el caso Campbell/Reino Unido de 25 de febrero de 1982 y la sentencia Y/Reino Unido de 29 de octubre de 1992.

tenían una edad suficientemente madura para recibir este tipo de instrucción. Algunos incluso pensaban que ese tipo de enseñanza no debían recibirla en la escuela sino en sus hogares y solo en el momento en que sus padres lo considerasen apropiado. Basaban estas opiniones en la necesidad de respetar sus ideas religiosas. Atentaba contra todo ello algunos de los contenidos de la asignatura de educación sexual tal y como ésta se impartía (punto 29).

El asunto llegó hasta el TEDH. Éste estimó que el objetivo perseguido por la legislación danesa era legítimo y de interés general. En opinión del tribunal cada Estado tiene un amplio margen de apreciación para establecer las líneas curriculares en sus escuelas sobre todo atendiendo al hecho indiscutible de que son las autoridades estatales quienes mejor conocen la mentalidad y nivel de desarrollo de esa sociedad (punto 53). En este sentido, aunque reconoce que la educación sexual en Dinamarca estaba muy avanzada, sin embargo la defendió por ser pluralista y limitarse a impartir conocimientos biológicos y objetivos sin realmente pronunciarse sobre cuestiones de moral. Concluye el TEDH que difícilmente este tipo de instrucción puede atentar contra las convicciones religiosas de los padres ya que se trata simplemente de impartir conocimientos objetivos de manera no partidista. En cualquier caso, entiende que existen dos alternativas que pone a su disposición el Estado danés para aquellos padres a los que repugne la idea de que sus hijos adquieran estos conocimientos: o bien educar a sus hijos en un colegio privado o bien responsabilizarse de su educación en el propio hogar mediante el recurso a profesores particulares (punto 54).

De la sentencia se extrae otra lección, a saber, que el TEDH justifica una diferencia de trato entre la asignatura de religión y la de educación sexual. En efecto, ante la alegación de algunos padres de fe cristiana en el sentido de que les parecía injusto que sus hijos no pudieran ser eximidos de la obligación de ir a clase de educación sexual cuando sin embargo las escuelas sí permiten eximir a un alumno de las de religión, el TEDH responde que se trata de dos tipos de conocimiento diferentes. Así como en las clases sobre religión lo que se imparte son creencias –y por tanto, conocimientos subjetivos– sin embargo en las de educación sexual lo que se imparte son conocimientos biológicos –y por tanto objetivos (punto 56). Por ello, en su opinión, la diferencia de trato está justificada.

5. Protección de la infancia

Los menores constituyen y siempre constituirán uno de los grupos de personas necesitado de mayor atención, tanto en el nivel internacional como

por parte de las instituciones y autoridades nacionales. Son unos miembros de la familia especialmente vulnerables. El ejercicio de sus derechos –de los cuales ellos, en la mayoría de los casos, no son conscientes– depende no sólo del celo e interés del Estado, sino en buena medida de sus tutores –que son, en un alto porcentaje de ocasiones, sus padres. Esta vulnerabilidad y dependencia han llevado a la organización del Consejo de Europa a ocuparse de modo preferente de la protección de los niños, tanto a través de resoluciones no vinculantes, como de convenios obligatorios para quienes los suscriban y a través, por último, de la jurisprudencia del TEDH.

La preocupación por los asuntos que atañen a la infancia es una constante en la Asamblea Parlamentaria. Así, el 23 de marzo de 1988, la Asamblea aprobó la resolución 1071 (1988) relativa a la protección de la infancia. En ella mantiene que la sociedad y el Estado han de procurar una ayuda al niño complementaria de la que le otorga su propia familia. Para ello insta al Comité de Ministros que solicite a los Estados el aumento de los créditos que éstos consagran a las familias con hijos así como que aseguren la gratuidad de la enseñanza. Mención aparte merece el informe adoptado por la Asamblea el 20 de abril de 1998 sobre malos tratos infligidos a niños en el que este órgano se hace eco del número galopante de casos de violencia en el hogar contra los más débiles. La Asamblea ha aprobado la recomendación 543 (1998) en la que intenta concienciar a los Estados sobre la necesidad de controlar las mafias existentes de tráfico de recién nacidos a efectos de adopción, lo cual normalmente repercute en las familias que viven en condiciones de extrema miseria, que se ven compelidas a vender a sus hijos a tales grupos, o incluso en muchos casos, ven como son secuestrados y desaparecen para ser colocados en el mercado ilegal de la adopción. Por último, en su recomendación 1601 (2003) de 2 de abril de 2003 sobre la mejora de la situación de los niños abandonados en instituciones, la Asamblea valora el papel que desempeñan las instituciones públicas en el caso de que la familia biológica abandone a su hijo pero al mismo tiempo aboga, por el bien del menor, por la búsqueda de una familia sustitutiva donde el niño pueda restablecer lazos familiares.

En cuanto al Comité de Ministros, éste también ha mostrado su preocupación por la violencia en el hogar, y muy especialmente contra los niños y ancianos. Lo hizo a través de su recomendación (90) 2 de 15 de enero de 1990 sobre medidas sociales relativas a la violencia en el seno de la familia. Haciéndose eco del creciente número de casos de malos tratos domésticos en todos los Estados miembros, el órgano solicita que los Estados mejoren su legislación a fin de prevenir y erradicar esta inaceptable

práctica que afecta sobre todo a ancianos y niños. Para ello, sugiere a los Estados que faciliten la labor de denuncia de los casos así como que creen centros de ayuda y terapia para toda la familia, incluido el causante. Además, el 9 de septiembre de 1991 este órgano, alarmado por los numerosos casos de uso de menores con propósitos sexuales, adoptó su recomendación (91) 11 sobre explotación sexual, pornografía, prostitución y tráfico de menores y jóvenes en la que solicita de los Estados colaboración para promover medidas que sean tanto de prevención (especialmente medidas de concienciación social, educación e información), como de detección, de asistencia a la víctima de abusos y medidas penales contra los culpables. Asimismo, a través de su resolución (92) 11 de 22 de junio de 1992 se ocupó de la integración social y profesional de los jóvenes, dado que la exclusión del mercado laboral de este grupo tan vulnerable repercute en los niveles de delincuencia, en el uso de drogas, en el grado de tensión familiar así como en su propia insatisfacción al no poder plantearse proyectos de crear su propia familia. Por último, en su recomendación (2003) 20 de 24 de septiembre de 2003 sobre nuevas formas de hacer frente a la delincuencia juvenil, el Comité sugiere medidas preventivas que impidan que los menores delincan.

Por su parte, los tratados auspiciados por la organización del Consejo de Europa sobre la protección de la infancia pretenden concienciar a los Estados contratantes de que no siempre la familia puede o quiere hacerse cargo de la protección del menor y que, en cualquier caso, el Estado debe asumir y propiciar ciertas medidas que garanticen el desarrollo completo, feliz y saludable del niño dentro de la sociedad en la que vive. Entre los convenios que ha auspiciado la organización, los hay que tratan sobre aspectos específicos que afectan a la infancia y otros más generales que pretenden dar una visión global a los Estados de cuales son sus deberes hacia este colectivo. En orden cronológico, destacamos los siguientes:

En primer lugar, el Convenio de Estrasburgo de 24 de abril de 1967 sobre la Adopción de Niños. El Consejo de Europa no ignora que la legislación de los Estados miembros contiene ya normativa sobre esta materia. Muy al contrario, son precisamente las divergencias constatadas en la legislación de los Estados lo que le ha llevado a proponer un convenio por el que los Estados se comprometan a ir unificando sus disposiciones basándose en una serie de requisitos o principios mínimos, como son la necesidad del consentimiento de los padres en caso de entrega de un niño en adopción (art. 5) o la exigencia a la autoridad competente de que proceda a autorizar la adopción únicamente en los casos en los que compruebe que esta medida

asegurará el bienestar del menor y le procurará un hogar estable y armonioso (art. 8).

El 15 de octubre de 1975, los Estados del Consejo de Europa firmaron el Convenio sobre el Status Jurídico de los Niños Nacidos Fuera del Matrimonio, cuyo cometido es igualar en derechos a los hijos matrimoniales y los no matrimoniales.

Quizá el convenio que más vele por asegurar los derechos del niño ante la autoridad judicial sea el Convenio sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, que fue firmado en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. En él, aun reconociéndose la trascendencia que reviste la figura de los padres en la promoción de los intereses del niño, se constata que no pocas veces las autoridades han de actuar en caso de desviación en las funciones y responsabilidades parentales. En tal caso, las autoridades judiciales han de velar por el interés del menor. Para que la tutela judicial de los niños se realice en las mejores condiciones posibles, los Estados parte en el convenio se comprometen a dar unas garantías mínimas. Entre ellas: derecho del menor a ser informado, a ser consultado y a dar su opinión si su edad y capacidad de raciocinio lo permiten (art. 3), derecho a solicitar la designación de un representante especial (art. 4) y obligación del tribunal de actuar con prontitud (art. 7). Además de estas medidas, aplicables todas ellas en caso de que el asunto llegue a los tribunales, el Consejo de Europa anima a los Estados a que instauren en su territorio métodos de resolución de conflictos alternativos al judicial y que resulten menos traumáticos y más cercanos para el menor, como pueda ser la mediación.

Con respecto al convenio más emblemático de la organización, muchas de las disposiciones del CEDH y de sus protocolos pueden afectar a derechos de los niños (derecho a la vida privada y familiar, derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o tortura, derecho a la vida, derecho a la educación, etc.). Sin embargo, muchas son ya las resoluciones judiciales del TEDH en las que, directa o indirectamente, se trata el tema de la protección de la infancia (Costello-Roberts, O, B, Rasmussen, etc). Empero, resulta útil dedicar un epígrafe a esta cuestión dado que existe un número de fallos en los que se alude muy especialmente a la necesidad de proteger a los más vulnerables dentro de la familia. Se trata de las sentencias a los casos A/Reino Unido de 23 de septiembre de 1998, K.A./Finlandia de 14 de enero de 2003, Kutzner (ya citada previamente) y HaasE/Alemania de 8 de abril de 2004.

En la primera de ellas se nos sitúa ante el artículo 3 CEDH, que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes («*Nadie podrá ser some-*

tido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes»). Se trata del caso A/Reino Unido de 23 de septiembre de 1998. La víctima de estos malos tratos fue un menor que los sufrió a manos de su padrastro. El asunto fue llevado a juicio pero el demandado fue absuelto al aplicarse una ley británica que admitía el posible castigo físico de los pequeños por parte de sus familiares siempre que éste fuera moderado y razonable, recayendo sobre la parte acusadora la prueba de que el castigo fue desproporcionado. Dada la impotencia que producía esta legislación permisiva de los malos tratos contra menores, el asunto fue elevado al TEDH ante la eventual responsabilidad del Estado por la ausencia de medidas legales efectivas para prevenir el maltrato físico del menor. El TEDH consideró que el maltrato sufrido por el menor había constituido una violación del artículo 3 CEDH ante la cual el Estado no había sabido reaccionar. Entendió además que las altas partes contratantes deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que bajo su jurisdicción los individuos, tanto más cuanto si se trata de niños, no sufran daños físicos a manos de otras personas, incluso si los perpetradores son otros particulares. En consecuencia la persona y especialmente los colectivos más vulnerables, tienen derecho a la protección estatal ante los atentados graves contra su integridad física. En el caso de autos, la ley que permitió la absolución del padrastro había llevado a la desprotección del menor.

En K.A. nos encontramos ante un hogar en el que los padres beben y descuidan a sus hijos pero sobre el que, sobre todo, recaen sospechas de abusos sexuales sobre los hijos. Los servicios sociales albergan sospechas más que fundadas basadas en la propia evidencia de los menores de que la madre abusa sexualmente de los menores ante la pasividad del padre. Por esta razón, las autoridades toman la decisión como medida de emergencia de separarlos de los padres y llevarlos a una institución social pública. Los padres consideran que la medida se ha adoptado por prejuicios, puesto que sólo han sido entrevistados una vez por los servicios sociales y los trabajadores sociales prácticamente no se han tomado la molestia de examinar las condiciones de vida de la familia. Alegan la violación del artículo 8 CEDH tanto por el hecho de la adopción de la medida de alejamiento como por la falta de revisión posterior de la misma.

El TEDH afirma que el mutuo disfrute de la compañía entre padres e hijos es un elemento fundamental de la vida familiar, de modo que cualquier medida de intromisión o invasiva debe justificarse muy escrupulosamente. El mero hecho de que los niños podrían estar en un ambiente más beneficioso o estimulante no es motivo suficiente para adoptar una medida

de alejamiento. Deben darse otras circunstancias añadidas que justifiquen la «necesidad» de la interferencia en el derecho a la vida familiar. El TEDH declara que, en cualquier medida que se adopte, debe primar el interés superior del menor (punto 92). En este sentido, el TEDH analiza en primer lugar la emergencia real de una medida tan drástica y llega a la conclusión que la gravedad de la situación justificaba la separación de los hijos. Tratándose de posibles abusos, no cabía una mera asistencia domiciliaria a la familia, como reclamaban los padres (punto 99). Desde este punto de vista, no hubo violación del CEDH en la decisión de colocar a los niños bajo la responsabilidad de las instituciones públicas. En cambio, el TEDH sí considera que viola el derecho a la vida familiar la pasividad de las autoridades finlandesas una vez separados padres e hijos. Toda medida de alejamiento es drástica y debe tener una vocación temporal (punto 138). Las autoridades tienen la obligación de investigar si las condiciones del hogar han variado, si han mejorado la situación y los problemas de los padres, a efecto de una eventual reunificación familiar. Pues bien, el hecho de que los servicios sociales dieran por definitivo el alejamiento de los hijos del hogar familiar y no se tomaran la molestia de indagar sobre una posible mejora o asunción de sus responsabilidades por parte de los padres, supuso una violación del CEDH (punto 146).

El contrapunto a esta sentencia lo constituyen los fallos del TEDH en los casos Kutzner y Haase. En Kutzner nos encontramos también con una familia cuyas tres generaciones conviven en una granja, dedicándose a las tareas agrícolas los progenitores y los abuelos. Los servicios sociales advierten que las dos niñas sufren un notable retraso escolar provocado por el bajo nivel intelectual de sus mayores y su falta de autoridad. Las autoridades deciden colocar a las niñas en hogares de acogida con las consiguientes protestas de los padres. El TEDH entiende que la medida no fue proporcionada, puesto que no había información sobre malos tratos, abusos ni negligencia, sino solamente un ambiente poco estimulante desde el punto de vista intelectual. La mera constatación de que las niñas podrían desarrollar más sus capacidades en otro tipo de hogar no basta para romper unos lazos familiares bien establecidos y evidentes. La separación supuso una interferencia en la vida familiar que, aunque estuviese prevista por la ley, no era necesaria. Unas simples medidas de apoyo educativo para las niñas con un profesor particular y un seguimiento de los servicios sociales hubiesen bastado para promover un mayor nivel intelectual en las menores (punto 75). Además, la restricción de visitas a las que los padres se vieron sometidos, la cancelación por los servicios sociales de encuentros programados entre los

padres y las niñas así como la negativa a dar datos sobre la localización del nuevo hogar de las pequeñas supusieron una nueva violación del CEDH puesto que muestran la falta de interés de las autoridades en que la separación durara lo estrictamente necesario y las niñas retornaran al hogar familiar (punto 78).

Asimismo, en Haase el TEDH declara que la decisión judicial de apartar a unos padres de sus doce hijos y colocarlos en diferentes casas de acogida, violó el derecho a la vida familiar de todos ellos y no estaba justificada como medida de protección de la infancia. La separación de unos padres de sus hijos porque los servicios sociales consideren que los primeros no pueden garantizar a los segundos ni unos medios económicos y ni un desarrollo intelectual adecuados, no es una medida proporcionada. Máxime cuando a los padres no se les oyó en el proceso ni se garantizó sus intereses. La medida no era tampoco urgente, especialmente con respecto a la hija recién nacida de los demandantes, a la que nunca llegó a conocer la madre puesto que, en el mismo hospital y sin el conocimiento de los padres, fue trasladada a otro lugar por los servicios sociales. La separación de un bebé y su madre es una acción especialmente dura y radical cuya supuesta urgencia debe estar muy justificada porque priva al recién nacido del contacto y el calor materno que tanto necesita. Pero incluso con respecto a los otros once hijos, la medida de alejamiento de sus padres tampoco fue proporcional aunque pretendiera justificarse en lo que era mejor para los niños puesto que, tiempo después de la privación de la mutua compañía, los niños pedían volver con sus padres biológicos y mandaban cartas a sus padres. Así pues, la decisión de las autoridades había roto una vida familiar y el paso del tiempo no iba a hacer sino dificultar cada vez más la reunificación de la familia (punto 104).

CONCLUSIONES

1. **Conclusión sobre el tratamiento que reciben en la ONU la familia y las personas dependientes**

El análisis de la documentación sobre el tratamiento que recibe la familia en el ámbito de la ONU nos lleva a varias reflexiones. La primera de ellas sería el reconocimiento de la amplitud y variedad de puntos de vista y perspectivas desde los que se aborda el tema de la familia (derechos de sus miembros; derechos de la familia en sí; responsabilidades de la propia fami-

lia y de sus miembros, etc.). Se trata de un sector ampliamente tratado por NU, tanto a través de menciones concretas en instrumentos jurídicamente vinculantes (convenios) como, sobre todo, como guías de orientación a través de normas de *soft law*. Prácticamente todos los documentos de carácter universal relativos a derechos humanos mencionan de una u otra manera a la familia y la necesidad de protegerla.

La segunda reflexión, muy relacionada con la inmediatamente expuesta, consiste en que la mayoría de las veces en las que se menciona a la familia es a través de actos con valor puramente recomendatorio para los Estados, no mediante normas vinculantes. Estos actos constituyen guías de orientación para el comportamiento de los Estados con el fin de que éstos puedan diseñar sus políticas en la materia, pero dejándose bien claro que estamos en un terreno de actuación y competencia estatal. Sólo aquellos convenios ratificados por un Estado y que hayan entrado en vigor pueden obligarlo a fijar su conducta al patrón establecido en el tratado. La ONU no podrá obligar a los Estados miembros a través de sus actos a menos que éstos adopten la forma de un convenio internacional.

La tercera conclusión que se extrae consiste en la vaguedad del contenido del concepto aunque parece que la carencia es deliberada y voluntaria. Las NU prefieren no limitar el contenido de la familia a un determinado modelo de estructura familiar proveniente de alguna civilización concreta. En este sentido, las NU adoptan un sentido de familia amplio, casi omnicomprendivo, que no encasilla ni define. Si las NU hubieran aceptado algún modo de vida o modelo familiar como único tipo de familia que mereciera protección como tal, habría dejado fuera muchas categorías de situaciones familiares que quizá se apliquen en algún lugar del mundo. Las NU, quizá por precaución, evitan igualmente referirse a casos extremos, no ortodoxos o tradicionales de convivencia (parejas transexuales, homosexuales, etc.). Realmente, en algunos documentos se deja traslucir la idea de que la familia es una estructura formada por dos padres heterosexuales y sus hijos y ascendientes a cargo, es decir, la familia nuclear, cuyos integrantes dependen en mayor o menor medida los unos de los otros, pero esto es algo que se deja inferir o se intuye, no algo que se diga en ningún momento de modo expreso.

En el ámbito de NU se reconoce a la familia como titular de derechos. Al margen de los derechos que se puedan predicar de los miembros de la familia, la propia familia aparece como entidad poseedora de derechos.

La ONU reconoce y apoya la inestimable labor de sostén que realiza la familia con respecto a las personas dependientes. La familia destaca por

encima de toda entidad o institución –y tanto en cantidad como en calidad– en la labor de cuidado con las personas dependientes, muy especialmente las personas dependientes a las que unen lazos de sangre. Las Naciones Unidas son conscientes de la insustituible función solidaria que se ejerce en su seno, incluso en el caso de personas dependientes a causa del desempleo. En cantidad, porque es la institución que porcentualmente se ocupa en mayor número de casos de la atención y asistencia a las personas dependientes, muy por encima de las instituciones de asistencia pública de la administración, el voluntariado o las ONGs. En calidad, porque la atención humana que reciben estas personas en su seno no tiene parangón con la que puedan recibir en otro tipo de institución. Por esta razón las Naciones Unidas insisten en que los Estados deben promover políticas sociales activas de apoyo a la familia.

2. **Conclusión sobre el tratamiento que reciben en el Consejo de Europa la familia y las personas**

La principal conclusión sobre el tipo de atención y protección que recibe del Consejo de Europa la familia y las personas dependientes de la familia, es el talante humanista que inspira a la organización. 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. Pero la organización no se fija en una única dimensión de la persona humana. El Consejo de Europa tiene una visión de la cooperación amplia, multiforme y omnicomprensiva. 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. Éste es el talante con el que todos los órganos del Consejo de Europa se aproximan a los derechos fundamentales y, como colofón, también a aquellos derechos fundamentales que tienen a la familia como protagonista o, a lo peor, 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 sino un fin en sí mismo. En conclusión, tanto las resoluciones y recomendaciones como las sentencias y las convenciones que, de una u otra manera, han surgido en el seno del Consejo de Europa son protectoras de la

persona humana, de su dignidad, de la vida privada, de la familia como la célula más fundamental de la sociedad, de las personas dependientes por la dignidad y atención que merece todo ser humano, especialmente si no puede valerse por sí mismo. En definitiva: la persona como centro de la preocupación.

Pero esta inspiración humanista 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 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, 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. Junto a la defensa clara y decidida por la familia tradicional, se 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. 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 estén 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 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.)*⁴⁷».

⁴⁷ 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.