

Familia (en derecho internacional y europeo)

Bibliografía: BAINHAM (ed.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, 2001; BELEMBAGO, *The Family in International and Regional Human Rights Instruments*, Nueva York, 1999; CALAIS-AULOY, *Pour une définition claire de l'institution familiale*, en *Petites affiches. La Loi*, 2000, n. 60, pp. 4-5; COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Famille et CEDH*, en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, 2000, Verlag, pp. 281-307; DOMÍNGUEZ LOZANO, *Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones more uxorio*, en *REEL*, 2006, n. 12, pp. 1-24; DYER, *The Internationalization of Family Law*, en *UC Davis Law Review*, 1997, vol. 30, p. 625; FELDMAN, *The developing scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, en *European Human Rights Law Review*, 1997, n. 3, pp. 265-274; HERLIHY, *Avances recientes de la demografía histórica y de la historia de la familia*, Pamplona, 1985; LEVINET, *La revendication transsexuelle et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, en *Rev. trim. des droits de l'homme*, 39, 1999, pp. 637-672; LIDDY, *Article 8: the pace of change*, en *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2000, vol. 5, n. 3, pp. 397-416; LOWE y GILLIAN (eds.), *Families accross Frontiers*, La Haya, 1996; NAISMITH, *Private and family life, home and correspondence*, en SALVIA y VILIGER (eds.), *The birth of European human rights law. Liber amicorum Carl Aage Norgaard*, 1998, Baden-Baden, pp. 141-164; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿la familia en crisis?*, Madrid, 2010; SANZ CABALLERO, *El TEDH y las uniones de hecho*, en *Repertorio Aranzadi*,

2003, n. 8, pp. 14-13; SANZ CABALLERO, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, 2006; SANZ CABALLERO, *Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en MARTÍNEZ SOSPEDRA (ed.), *La ley valenciana de uniones de hecho. Estudios*, RGD, Valencia, 2003, pp. 37-67.

1. Definición. La familia es el grupo de identidad y pertenencia en el que habitualmente nace, crece y se forma el individuo. Es la estructura básica de la sociedad porque es la célula fundamental de crecimiento, socialización, satisfacción de necesidades comunes, solidaridad intergeneracional y sostén mutuo. La familia es el primer espacio de desarrollo personal y de integración social, transmite cultura y valores, previene riesgos, procura cuidados a sus miembros, alivia situaciones de dependencia y/o vulnerabilidad y constituye la primera escuela de los niños. Por todo ello la familia es considerada no sólo como una institución fiable sino incluso como la primera institución social, definida esta última como estructura de normas donde se fija y mantiene un juego de roles sociales. Se trata del eje de procreación y socialización de nuevas generaciones. La familia puede ser entendida de dos formas. En primer lugar, en sentido amplio, como grupo de personas unidas por vínculos de parentesco (de sangre o adopción), sin

necesidad de que compartan el hogar. Pero lo más habitual es entenderla en sentido estricto como familia nuclear o núcleo social primario. En este último sentido, familia sería aquel grupo humano formado por los individuos que tienen vínculos sociales más fuertes, esto es, una pareja (casada o no) y sus hijos menores de edad, con exclusión del resto de parientes.

La familia es insustituible como institución de toda sociedad y por esta razón su regulación se produce de modo mayoritario en el interior de los Estados. La normativa nacional constituye el grueso de la regulación de la institución familiar. El derecho internacional público se ocupa de la familia través de la búsqueda de un consenso interestatal sobre aspectos básicos de la misma que permitan alcanzar una cota de bienestar familiar adecuado dentro de los Estados. Cumple únicamente las funciones de establecer límites que eviten los abusos de los Estados y de promover políticas que la ayuden a cumplir las funciones que tiene atribuidas en la sociedad. En este sentido, en el plano internacional es en el seno de las organizaciones internacionales, como medio de cooperación institucionalizada y permanente de los Estados, donde de modo más 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 y adoptan resoluciones que afectan a la familia. Algunas veces, esas resoluciones suponen un complemento de las políticas nacionales. Otras, obligan a las autoridades nacionales. Aunque hoy día las políticas de familia continúan siendo campo de competencia fundamentalmente estatal (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 se 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 y distorsiones entre

sus legislaciones. Pero pocas organizaciones internacionales se ocupan de la familia de modo general. La mayoría de ellas huyen de definirla, dando por hecho su composición y funciones. Sin embargo, la familia acusa los cambios sociales, políticos, económicos, culturales, morales, religiosos, etc., y en este sentido, es también una institución que es producto de la historia. La evolución que ha sufrido sobre todo en las últimas décadas hace que el derecho internacional público evite, hoy más que nunca, definir lo que es la institución familiar, su naturaleza jurídica, quiénes la componen, el sexo de los miembros que la fundan, etc., puesto que cada vez parece más permeable⁽¹⁾.

Al hablar de la protección de la familia en el marco internacional no se puede olvidar que, junto a la visión universalista que aportan las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, también está la labor, muchas veces más progresista, emprendida por instituciones internacionales de ámbito regional. De las organizaciones internacionales entre cuyas funciones se incluye la protección de la familia destaca, en el ámbito universal, la Organización de Naciones Unidas y, en el ámbito europeo, el Consejo de Europa. Ni en la Carta de Naciones Unidas ni en el Estatuto del Consejo de Europa se menciona expresamente y como tal esta misión. Sin embargo, ambas son organizaciones internacionales con fines generales en cuyos tratados constitutivos sí que se incluyen los objetivos de promover la cooperación internacional entre sus respectivos Estados miembros a fin de procurar el bienestar de sus pueblos y su desarrollo. En este sentido, dentro del mandato tanto de las Naciones Unidas como del Consejo de Europa entraría - y así lo han entendido ambas organizaciones -, la promoción y protección de políticas en favor de la familia, puesto que nada contribuye más al bienestar de los pueblos que procurar el bienestar de las familias que hay en su seno.

(1) CALAIS-AULOY, *Pour une définition claire de l'institution familiale*, en *Petites affiches. La loi*, 2000, n. 60, pp. 4-5; y HERLIHY, *Avances recientes de la demografía histórica y de la historia de la familia*, Pamplona, 1985, *passim*.

Conviene tener en cuenta que pese a que en los actos adoptados por estas organizaciones internacionales no se suele mencionar a la familia, ésta sale favorecida y reforzada cuando el acto aprobado por la organización atiende los derechos de sus miembros más vulnerables (personas con discapacidad, ancianos, niños). Igualmente, la situación familiar subyace en muchas resoluciones en las que se intentan paliar ciertos abusos, proteger a la persona frente a ciertos riesgos o establecer un mínimo de normas con respecto a temas como el alivio de la pobreza o la crisis económica, la vida carcelaria, la justicia de menores, el tráfico de niños, la violencia contra la mujer, la delincuencia juvenil o los inmigrantes. Asimismo, la familia es el tema recurrente en toda norma o acto aprobado en el seno de órganos de instituciones internacionales en los que se intenta promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo y, en concreto, el derecho a una vivienda digna, el derecho a una alimentación adecuada o el derecho a la educación. Todo esto hay que tenerlo en cuenta a la hora de buscar y analizar la documentación internacional que afecte a la familia⁽²⁾.

La institución familiar ha sufrido transformaciones con respecto al modelo tradicional definido por la unión estable de un padre y una madre (habitualmente casados) con sus hijos comunes. Lo que no han variado son las funciones o tareas que tiene asignada en la sociedad. La familia como constitución de una pareja sexual y de filiación intergeneracional ha ido adaptándose, entre otros, por cambios ideológicos sobre la distribución de roles entre sus miembros y por cambios demográficos relativos al tamaño y a la estructura de la misma. Antiguamente, la familia destacaba por su homogeneidad. Ahora encontramos más heterogeneidad. La familia es un fenómeno universal pero ya no hay un modelo universal de familia. Las relaciones en su seno han pasado de ser relaciones a perpetuidad a ser más temporales; de ordenarse jerárquicamente a ser más

igualitarias; de constituirse formalmente (a través del matrimonio de los padres) a aceptarse formas de afectividad y vida en común de hecho; de basarse en la heterosexualidad de quienes fundan la familia a aceptarse en algunos lugares los hogares homoparentales⁽³⁾. La generalidad del modelo familiar se ha ido quebrando dentro de los ordenamientos internos. Hoy día convive el modelo de familia tradicional, que es regulado por los ordenamientos internos, con otras formas desreguladas de convivencia y afecto que cada vez se ven menos estigmatizadas y que se han convertido en auténtica alternativa y reto al modelo de vida familiar matrimonial y heterosexual definida por sus fines, como soporte necesario para la supervivencia y continuidad de la comunidad y como garantía de un recambio generacional ordenado⁽⁴⁾. Entre las alternativas que se convierten en nuevas opciones de vida destacan las uniones de hecho, las familias monoparentales, las uniones homosexuales, las familias reconstituidas que forman divorciados con hijos de sus matrimonios anteriores, etc. Los avances tecnológicos y biomédicos, la emigración, la sociedad de consumo, la cultura democrática, la libertad sexual, el mercado laboral flexible o el multiculturalismo han contribuido a la diversificación de las alternativas familiares. El riesgo actual es que se perciba más como una forma de desarrollo personal, como una opción de vida basada en la libertad o como una mera realidad social que como una auténtica institución social definida por sus fines (sostén mutuo, procreación y socialización de nuevas generaciones) con responsabilidades en la comunidad.

2. La protección de la familia en las Naciones Unidas. 2.1. Reconocimiento de la institución familiar.

Lo primero que cabe señalar del concepto de familia en el ámbito

⁽³⁾ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿la familia en crisis?*, Madrid, 2010.

⁽⁴⁾ DOMÍNGUEZ LOZANO, *Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones more uxorio*, en REEI, 2006, n. 12, pp. 1-24, y p. 3.

⁽²⁾ SANZ CABALLERO, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, 2006, p. 29.

de Naciones Unidas es que no se maneja un contenido único para el término⁽⁵⁾. La ONU aún en su seno Estados de todas las civilizaciones, lo cual la caracteriza por su heterogeneidad. La consecuencia que se deriva de la pluralidad en la composición de esta organización es la amplitud, generosidad y falta de límites del concepto de familia que maneja. La ONU evita circunscribir el concepto a un modelo determinado y no ha proporcionado una definición oficial del término familia. Por el contrario, se abre y acepta estructuras familiares no tradicionales (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 chino⁽⁶⁾; o familias formadas por los abuelos y sus nietos, cada vez más frecuentes en Estados africanos debido a la plaga del SIDA⁽⁷⁾).

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 habitual⁽⁸⁾. 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 suelen dar por hecho que el público sabe qué

⁽⁵⁾ DYER, *The Internationalization of Family Law*, en *UC Davis Law Review*, 1997, vol. 30, p. 625; LOWE y GILLIAN (eds.), *Families accross Frontiers*, La Haya, 1996; BELEMBAGO, *The Family in International and Regional Human Rights Instruments*, Nueva York, 1999; BAINHAM (edc.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, 2001.

⁽⁶⁾ Si bien NU condena las prácticas antinatalistas impuestas por el Estado, no obstante respeta y protege a las familias que surgen de este tipo de regímenes.

⁽⁷⁾ 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.

⁽⁸⁾ Por ejemplo el art. 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.

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 para ello 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 la terminología aplicable a la familia o los hogares familiares se ha saldado siempre en un absoluto fracaso⁽⁹⁾.

2.2. Interpretación de la institución familiar por los órganos de las Naciones Unidas. UNICEF 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. 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 y las relaciones interpersonales, amén de ser el medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros, especialmente de los niños⁽¹⁰⁾.

En el ámbito de las Naciones Unidas, se toma 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. La relación familiar se deja ver en los

⁽⁹⁾ Véase el punto 4 del Informe del Secretario General de las NU al ECOSOC sobre las Actividades Complementarias del Año Internacional de la Familia (E/CN.5/2001/1). Además, la Conferencia Mundial de la Mujer celebrada en Pekín en 1995 estuvo cerca del fracaso por la incapacidad de los estados miembros de las Naciones Unidas de consensuar una definición sobre la familia.

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

siguientes arts. de la Declaración: art. 12 sobre la vida privada y familiar; art. 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 art. 23 sobre el derecho de la persona a una remuneración justa que le asegure a él y su familia una vida digna; el art. 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 art. 26.3 sobre el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que quieren dar a sus hijos. Estos arts. dispersos a lo largo de la Declaración compendian los aspectos que resultan clave en la protección de la familia y que van a servir de modelo y referente a las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas a la hora de adoptar otros actos (sean convenios o resoluciones) en la materia. De todos ellos, destaca lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 16 porque en él se define a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y del Estado sin que, sin embargo, se haga referencia alguna a su eventual composición.

Obviamente, en 1948 cuando se redactó la Declaración Universal se tuvo en mente la familia tradicional, el matrimonio clásico y la concepción natural de los hijos. Ciertamente, la idea de la familia tradicional o nuclear se sigue trasluciendo en algunas resoluciones actuales de los órganos de la ONU. Entre ellas, la resolución de la Asamblea General titulada *Preparativos y celebración del 20 aniversario el Año Internacional de la familia*, en la que se reconoce el principio de que ambos padres comparten la responsabilidad de la educación y el desarrollo de los hijos⁽¹¹⁾. Sin embargo, otras resoluciones posteriores tanto de la Asamblea General como del Consejo Económico y Social de la ONU dejan ver la

apertura y tolerancia de la organización hacia otras formas familiares diferentes. Entre ellas, la Resolución del Consejo Económico y Social denominada *La Familia*, en la que se reconoce «la diversidad cada vez mayor que se observa en las formas de la institución de la familia»⁽¹²⁾ o la titulada *Función de la familia en el proceso de desarrollo*, en la que se reconoce que «la institución de la familia adopta muchas formas y está experimentando importantes transformaciones en el proceso de desarrollo social». El reconocimiento de modos poliformes de vida de tipo familiar no obsta a que este órgano se muestre también «inquieto por las repercusiones de los cambios en la trama social y las relaciones de solidaridad»⁽¹³⁾.

Tanto el art. 23.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de Diciembre de 1966 como el art. 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 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. *La Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios* la define como unidad central encargada de la integración social primaria del niño⁽¹⁴⁾. En el mismo sentido se pronuncian las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*⁽¹⁵⁾.

Junto a estas recomendaciones conviene ci-

⁽¹²⁾ Res. ECOSOC E/RES/1985/29 de 29 de mayo de 1985.

⁽¹³⁾ Res. ECOSOC E/1983/83/23 de 26 de mayo de 1983.

⁽¹⁴⁾ Resolución 2018 (XX) de la AGNU de 1 de noviembre de 1965.

⁽¹⁵⁾ Resolución 45/112 de la AGNU de 14 de diciembre de 1990.

⁽¹¹⁾ Res. AGNU A/RES/66/126 de 19 de diciembre de 2011.

tar las que han sido emitidas por los órganos de aplicación creados por algunos convenios auspiciados por la ONU. En este sentido, conviene destacar varios documentos. En primer lugar, el Comité de Derechos Humanos, órgano de aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobó la Observación General n. 19. En ella afirma que la tutela de la familia exige el reconocimiento de diferentes tipos de organización familiar, razón por la que estima difícil dar una definición uniforme del concepto. Asimismo, añade que si un grupo de personas es considerado como familia a efectos de la legislación interna de un Estado, deberá ser objeto de protección en virtud del art. 23 de ese Pacto. En esta misma Observación cita expresamente como familias las familias monoparentales y las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos.

En segundo lugar, la Recomendación n. 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, reconoce la disparidad del término familia, razón por la 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, 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.

En la misma línea, la Observación General n. 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 n. 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 afirma que pueden existir familias sin la figura clásica de un cabeza de familia paterno⁽¹⁶⁾. Sin embargo, la mejor prueba de la tolerancia que muestra la ONU hacia formas de vida familiar no tradicionales se encuentra en la propia política administrativa que aplica esta organización. En 2004 el Secretario General de la ONU aprobó su Boletín sobre *Family status for purposes of United Nations entitlements*, en el que deja entrever su decisión de aceptar la diversidad cultural, social y religiosa que predica la organización en su política de personal, al admitir que los asuntos sobre el status personal del funcionariado de la organización se determinen de acuerdo con la ley de nacionalidad de tal funcionario. De esa forma, si el matrimonio (u otro tipo de unión) de un funcionario se celebra válidamente según el Derecho del Estado del que

⁽¹⁶⁾ No obstante, desgraciadamente, éste aún constituye un objetivo a conseguir en otros lugares del mundo como en Afganistán, en el que hasta hace poco el régimen político dirigido por los talibanes prohibía salir del hogar a las mujeres si no era acompañadas por un varón adulto de la familia. Del mismo modo, sólo les estaba permitido acceder al trabajo a los hombres. Todo ello condena a la miseria y al hambre los hogares formados por una viuda y sus hijos menores de edad. Estas prácticas se reproducen con mayor o menor intensidad en otras partes del mundo hoy día.

es nacional, dicho matrimonio o unión será reconocido por la ONU a efectos de otorgar los pertinentes derechos laborales a esa persona. De ese modo, el órgano administrativo de Naciones Unidas aceptaría nuevas formas familiares (parejas registradas, matrimonio homosexual) cuando la legislación del país del que provenga su funcionario acepte ese tipo de situación⁽¹⁷⁾, mientras que seguiría considerando como soltero al funcionario cuyo Estado de origen no reconozca status legal a su convivencia.

3. La protección de la familia en el Consejo de Europa. 3.1. Protección de la institución familiar.

En el marco del Consejo de Europa, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 como la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, se refieren a la familia. El primero lo hace en sus arts. 8 (protección de la vida privada y familiar) y 12 (sobre el derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia). La segunda lo hace en sus arts. 4 (derecho del trabajador a una remuneración suficiente que le asegure a él y su familia un nivel de vida decoroso), 16 (que define a la familia como célula fundamental de la sociedad, razón por la cual tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica), art. 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia) y 27 (derecho a la conciliación profesional y familiar).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cuya jurisprudencia ha servido para interpretar el articulado del Convenio. En su jurisprudencia se comprueba cómo, pese a que la familia que se protegía originalmente en el Convenio era la familia clásica - basada en la heterosexualidad biológica de los cónyuges casados más sus hijos naturales -, el Convenio Europeo de Derechos Humanos es un instrumento «vivo», que debe ser interpretado a la luz del momento histórico en el que deba ser inter-

pretado, razón por la cual se ha ido ampliando paulatinamente el concepto de lo que es familia y de cómo se puede fundar una familia en Europa.

3.2. Interpretación de la institución familiar por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El TEDH no nos llega a dar 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 art. 8 y del art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la realidad social de cada momento⁽¹⁸⁾. La indeterminación del Convenio, cuyos redactores optaron 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 jurídico⁽¹⁹⁾. El TEDH ha reconocido tradicionalmente un amplio margen de apreciación a los Estados en relación al derecho de familia. Sin embargo, a medida que va encontrando un consenso mayor entre los Estados miembros del Consejo de Europa en alguna cuestión jurídica relativa a la protección de la familia, va considerado que el margen de apreciación se ve limitado. Así,

⁽¹⁸⁾ Sobrecómo la jurisprudencia sobre la familia se va adaptando a cadamomento histórico, véase: LIDDY, *Article 8: the pace of change, in Northern Ireland Legal Quarterly*, 2000, vol. 5, n. 3, pp. 397-416; FELDMAN, *The developing scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, en *European Human Rights Law Review*, 1997, n. 3, pp. 265-274; NAISMITH, *Private and family life, home and correspondence, in The birth of European human rights law. Liber amicorum Carl Aage Norgaard*, 1998, SALVIA y VILLIGER (edic.), Baden-Baden, pp. 141-164; SANZ CABALLERO, *El TEDH y las uniones de hecho, en Repertorio Aranzadi*, 2003, n. 8, p. 14-3; SANZ CABALLERO, *Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en MARTÍNEZ SOSPEDRA (edic.), *La ley valenciana de uniones de hecho. Estudios*, RGD, Valencia, 2003, pp. 37-67.

⁽¹⁹⁾ COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Famille et CEDH, en Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, 2000, Verlag, pp. 281-307.

⁽¹⁷⁾ ST/SGB/2004/4 de 29 de enero de 2004 y ST/SGB/2004/13 de 24 de septiembre de 2004.

en sucesivas demandas contra los Estados partes del CEDH y en las que se alegaba la violación de los arts. 8 o 12 del Convenio, el TEDH ha afirmado que la madre soltera y su hijo constituyen familia desde el mismo momento del nacimiento del segundo⁽²⁰⁾. El mismo Tribunal atribuye vida familiar a una pareja estable en la que la mujer sea inseminada artificialmente de común acuerdo entre los dos miembros de la pareja⁽²¹⁾. También ha admitido que el derecho a fundar una familia no puede ser interpretado en el sentido de que sólo puedan contraer matrimonio personas con capacidad para procrear o personas que mantengan relaciones sexuales de tipo tradicional. Ha aceptado que pueda constituir vida familiar una unión de hecho estable con o sin hijos⁽²²⁾. Ha aceptado que se pueda fundar una familia con hijos concebidos de forma no natural y, por supuesto, con hijos adoptados⁽²³⁾. También ha reconocido que para contraer matrimonio no constituye una condición *sine qua non* ni la capacidad física para procrear ni tampoco la posibilidad física de mantener relaciones sexuales⁽²⁴⁾. Y ha reconocido el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia de una persona transexual con otra de su mismo sexo biológico pero distinto sexo aparente⁽²⁵⁾. Últimamente ha aceptado que pueda existir vida familiar entre los miembros de una pareja homosexual, pero sin que por ello se pueda exigir a los Estados partes del Convenio que tengan

que aceptar el matrimonio homosexual⁽²⁶⁾. El TEDH ha entendido que así como a día de hoy existe en Europa un consenso muy extenso para aceptar el matrimonio de transexuales, no ocurre lo mismo con el de homosexuales. Sólo 6 de los 47 Estados partes del CEDH aceptan el matrimonio de personas del mismo sexo y, por ello, hay razones para preservar la institución del matrimonio tal como aparece en el art. 12 CEDH, como la unión entre un hombre y una mujer. Sin perjuicio de que algún Estado pueda ir más allá de esta lectura, tampoco se puede obligar a los demás a cambiar su legislación a fin de aceptar el matrimonio homosexual. De este modo, el TEDH diferencia entre la transexualidad y la homosexualidad como fenómenos radicalmente diferentes y opta por una interpretación del art. 12 del CEDH que asimila el transexual a una persona heterosexual en cuanto a su derecho a contraer matrimonio.

4. Conclusiones. Aunque se trata de una institución que a lo largo de siglos e incluso milenios ha mostrado su fortaleza, la familia adolece en estos momentos de cierta fragilidad. La crisis actual de la familia se deriva del hecho, por un lado, de que se rehúya definir el concepto y, por otro, que sea considerada más como una comunidad de afecto que como institución que personifica la garantía de la estabilidad social y de un ordenado recambio generacional. En este escenario, el derecho internacional público parece también optar por la permeabilidad del concepto y por la admisión de formas familiares no tradicionales, muchas de ellas antaño estigmatizadas y/o algunas otras derivadas de avances biomédicos impensables hasta hace poco.

Susana Sanz Caballero

⁽²⁰⁾ Tribunal CEDH, *Marckx v. Bélgica*, en *E.Ct.H.R.*, 13 junio 1979.

⁽²¹⁾ LEVINET, *La Revendication Transsexuelle et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, en *Rev. trim. droits de l'homme*, 39, 1999, pp. 637-672, y p. 648.

⁽²²⁾ Tribunal CEDH, *Saucedo Gómez v. España*, en *E.Ct.H.R.*, n. 37784/97, 8 julio 1998.

⁽²³⁾ Tribunal CEDH, *Rieme v. Suecia*, en *E.Ct.H.R.*, 22 abril 1992, Serie A, n. 226-B.

⁽²⁴⁾ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1 de marzo de 1979 al asunto *Van Oosterwijck*, cit., párrafo 59.

⁽²⁵⁾ Tribunal CEDH, *Goodwin v. Reino Unido*, en *E.Ct.H.R.*, 11 julio 2002. Véase SANZ CABALLERO, *A propósito de las sentencias Goodwin ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Rev. española de derecho internacional*, LV, 2003, pp. 307-315.

⁽²⁶⁾ Tribunal CEDH, *Schalk&Koph v. Austria*, en *E.Ct.H.R.*, n. 30141/04, 24 junio 2010.