

---

Dr. Ramiro Sánchez Correa\*

---

## *La protección de la familia en el espacio europeo. Estándares básicos. Proyecciones al ámbito interamericano.*<sup>\*\*</sup>

### SUMARIO:

**Sección introductoria:** *Propósitos y alcance de la investigación.* **Sección 1<sup>ra</sup>:** *Matrimonio y familia. Los derechos en evolución según el TEDH.* **Sección 2<sup>da</sup>:** *Familia y vida familiar a la luz de la jurisprudencia (TJUE, TEDH y TC).* **Sección 3<sup>ra</sup>:** *Las obligaciones positivas en resguardo de la vida familiar. Análisis de casos españoles.* **Sección 4<sup>a</sup>:** *La tutela de la familia en la Carta Social Europea.* **Sección 5<sup>a</sup>:** *La influencia del TEDH sobre la jurisdicción internacional americana.*

### **Sección introductoria: Propósitos y alcance de la investigación.**

---

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948, representa el primer intento de la comunidad internacional, tras los horrores de la II Guerra Mundial, de dar cobijo a un sistema de tutela de la familia en cuanto tal. Aunque tal vez no sea atinado referirla como un sujeto de derecho propiamente dicho, en los términos clásicos de la teoría jurídica, sí es posible sostener que se distinguió su papel trascendente como institución social y existió consenso respecto a la necesidad de ampararla mediante la imposición de ciertas obligaciones a los Estados.

\* Titular de la Defensoría Oficial CAyT N°2 de la CABA

\*\* Trabajo de investigación realizado en el marco de los XXXIII Cursos de Especialización en Derecho: *La tutela de los derechos constitucionales en las democracias actuales*, Universidad de Salamanca, España, junio de 2013.

En este sentido, con referencia al hito que tomamos como punto de partida, el artículo 16 incluye tanto un reconocimiento como “*el elemento natural y fundamental de la sociedad*”, cuanto una prerrogativa (el “*derecho*” prescribe este documento internacional) a ser protegido por “*la sociedad y del Estado*” (apartado 3°). A lo largo del texto encontramos, además, otras cláusulas que constituyen aplicaciones particulares de este apoderamiento que podría pensarse como un incipiente estatuto de tutela, aunque de amplio espectro ya que, como se sabe, este instrumento no hace distinciones entre categorías de derechos, separación que por diferentes razones —que no es del caso tratar aquí— entraría en juego en los años posteriores tanto a escala mundial como regional (europea y americana, sobre todo).<sup>1</sup>

Así, se encuentra una referencia importante en el artículo 12 en cuanto prohíbe las intromisiones arbitrarias en la vida familiar y el domicilio con el consiguiente derecho “a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Esta prescripción, en conjunto con otras incorporadas en términos semejantes en verdaderos instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados, habrá de cumplir en el curso de la evolución de los diferentes sistemas de protección de Derechos Humanos un papel absolutamente relevante en la imposición de obligaciones positivas a cargo de los Estados.

La protección en el plano social se desgaja en un conjunto de derechos que tienden a concretar algunos de los ideales contenidos en el Preámbulo vinculados con el derecho a vivir sin privaciones materiales. A más de otros derechos propios del plano laboral, en particu-

lar la retribución salarial<sup>2</sup> y de los relativos al ámbito de la seguridad social, en el sentido de las clásicas “contingencias sociales” (desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad)<sup>3</sup> la Declaración Universal contiene una cláusula genérica de satisfacción de derechos sociales de cuño prestacional reputados indispensables “para la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad” del ser humano. Complementariamente se consagra una previsión aún más específica que se define como “el derecho a un nivel de vida adecuado” y que debe asegurar a la familia “la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.<sup>4</sup>

Tras la aprobación de la Declaración Universal los esfuerzos destinados a plasmar esos derechos en normas jurídicas imperativas se desdobló. Y aunque en el plano discursivo la comunidad internacional buscó retomar la senda de su indivisibilidad e interdependencia, los tratados celebrados en la etapa inmediata posterior son fruto directo de la ideología de la dicotomía y separación entre derechos.<sup>5</sup>

2- Artículo 23.3: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

3- Artículos 22, primera parte, y 25.1 *in fine*.

4- Artículos 22, última parte, y 25.1 parte inicial.

5- A poco de redactados los pactos de Naciones Unidas de 1966 se celebró la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Teherán, 1968) la cual proclamó solemnemente la indivisibilidad de todos los Derechos Humanos (civiles y políticos y económicos, sociales y culturales). Esta postura fue recogida tiempo después por la Asamblea General de la Naciones Unidas en su Resolución 32/130 (105ª sesión plenaria, 16 de diciembre de 1977) en la cual se decidió que el enfoque de la labor futura dentro del sistema de esta organización internacional respecto de las cuestiones de

1- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, *Revista Lecciones y Ensayos*, vol. 69/71, 1997-1998, Buenos Aires, pp. 53-103.

2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos no escapó a esta tendencia. Sin embargo, principalmente a través de las previsiones de los artículos 8 y 12, se ha gestado un “paquete básico” que no se agota en una tutela negativa contra injerencias ilegales, abusivas o arbitrarias en el ámbito familiar, sino que concreta una salvaguarda estatal mediante un abanico de medidas positivas destinadas a fortalecerla y permitir su desarrollo en el seno de la comunidad. No dejamos de observar, no obstante, que muchos aspectos del tema se encuentran atravesados por duras polémicas, falta de sinceridad, prejuicios, tabúes y paradojas del más variado tenor por solo nombrar algunos tópicos difíciles<sup>6</sup> que dificultan su progreso en el ámbito de la teoría jurídica.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el artículo 12, en su desarrollo, permitirá mostrar cómo opera esta idea del Convenio Europeo como “instrumento vivo” lo que a su vez juega en conexión con las doctrinas del consenso entre los Estados y el margen de apreciación nacional. Estas últimas, a su vez, creemos que no necesariamente deben ser vistas como impeditivas de progresos para el reconocimiento de derechos, sino que también pueden operar como motor de cambios cuando, mediante su uso a título de contraste, pone de resalto una situación de fa-

lencia o atraso al interior del Estado cuyo comportamiento se encuentra bajo escrutinio en sede internacional.

El *case-law* sobre el precepto referido resulta ilustrativo de estas afirmaciones. Las ideas que Estrasburgo elaboró al respecto evidencian una expansión, un trato favorable de menos a más, cuyas consecuencias se desgajaron en dos vertientes. De una parte, se abrieron nuevas posibilidades de expansión al *derecho a casarse*, por ejemplo, al descalificar las posiciones de los Estados Partes que negaban la posibilidad de contraer matrimonio a personas transexuales. Y más allá de que no se ha seguido, por el momento, un temperamento semejante respecto de las parejas del mismo sexo, el modo en que se llevó a cabo ese reconocimiento, según las decisiones recientes en materia de matrimonio homosexual, podría dar a pensar que es solo una cuestión de tiempo para barrer con las cortapisas que todavía se le oponen, generalmente a partir de ideas de corte tradicional.

Desde la perspectiva del *derecho a fundar una familia* su desvinculación del matrimonio también puede ser visto como un avance en la medida en que permite ampliar el universo de vínculos y relaciones que se consideran comprendidos en tal concepto (el caso de las parejas homosexuales es un buen ejemplo aunque no el único). Aun cuando el repertorio de jurisprudencia de Estrasburgo sobre la *vida familiar* pareciera no haber echado en falta esa relación con el matrimonio —a la luz de la interpretación generosa del artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) que llevó a cabo el Tribunal Europeo desde sus primeras sentencias—, se dedicará una sección de este trabajo a dar cuenta del sentido de esta evolución, mostrando algunas debilidades e inconsistencias que se advirtieron en esa doctrina.

---

Derechos Humanos debería tener en cuenta ese concepto. Estas definiciones coincidían con posturas doctrinales de la época y se mantienen hasta el presente (véase al respecto CANÇADO TRINDADE, *La justiciabilidad de los derechos económicos...*, *op.cit.*, pp. 55-56, texto y nota 5; ALBANESE, S., “Indivisibilidad e interdependencia de los derechos”, *passim*, en *Economía, Constitución y Derechos Sociales*, Ediar, Buenos Aires, 1997).

6- Nos lo ilustra con meridiana claridad el trabajo de SÁNCHEZ MARTINEZ, M.O., “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 58, enero-abril 2000, pp. 45-69.

También se profundizará en el estudio de las obligaciones positivas que incumben a los Estados, con especial énfasis en aquellas que tienen por finalidad el fortalecimiento de la familia, a partir de algunas condenas pronunciadas contra el Estado español.

En cada oportunidad que el tema lo permita se verá cómo ha sido encarada la misma cuestión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, habida cuenta de los puentes que se han tendido entre ambos tribunales internacionales en materia de tutela de derechos fundamentales. Para completar el estudio sobre el campo europeo de protección de la familia se dedicarán unos breves párrafos a la normativa que tiene su punto de apoyo en la Carta Social Europea. En la sección final se establecerá cómo ha influenciado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### Sección 1<sup>ra</sup>: Matrimonio y Familia. Los derechos en evolución según el TEDH.

3. En una serie de casos que fueron resueltos entre mediados de los años ochenta y principios de la década del noventa el Tribunal Europeo tuvo ocasión de interpretar el sentido y alcance del derecho a contraer matrimonio, reconocido en el artículo 12 del Convenio Europeo en los siguientes términos: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

Por ejemplo, en el asunto “*F. v. Suiza*”<sup>7</sup> se sostuvo que el ejercicio del derecho fundamen-

tal al matrimonio “conlleva consecuencias personales, sociales y jurídicas”. En consonancia con el texto de la norma, reiteró<sup>8</sup> que está “sometido a la Ley Nacional de las Partes Contratantes” y que las limitaciones a las que podría estar sujeto “no pueden restringir o reducir el derecho de manera que se desconozca su contenido esencial”. El Tribunal constata que en el ámbito del Consejo de Europa las restricciones operaban tanto en el plano de las normas procesales cuanto en el de las sustantivas. Las primeras, dice el TEDH, “aluden principalmente a la publicidad y a la configuración del matrimonio como acto solemne, mientras que las segundas se relacionan principalmente con la capacidad, el consentimiento y ciertos impedimentos”. Hay que tener en cuenta la fuerte presencia en esta construcción de una concepción del matrimonio como un campo “que está estrechamente ligado a las tradiciones culturales e históricas de cada sociedad y a sus ideas fuertemente arraigadas acerca de la unidad familiar”. Por ello, se reconoce al Estado un amplio margen de apreciación a la hora de disponer y aplicar sus regulaciones internas.<sup>9</sup>

Destacamos, en este sentido, dos esquemas de razonamiento del tribunal que se repiten en otros casos a los que haremos ulterior referencia. De un lado, el recurso a la observación de la legislación (e incluso las prácticas) sancionada por otros países miembros del Consejo de Europa, como un modo de verificar el estado del consenso sobre el tema bajo análisis. En estos primeros acercamientos, sin embargo, la deferencia al Estado es todavía muy grande. Por ello, aun cuan-

7- Sentencia del 18 de diciembre de 1987. Las citas se extraen de la obra *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, TEROL BECERRA, Manuel José, ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando y BARRERO ORTEGA, Abraham (compiladores y traductores), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 167-168.

8- La sentencia se apoya en un caso anterior, el asunto “*Rees*”, al que nos referiremos más adelante.

9- En el caso concreto se entendió que la medida objeto de discusión (período de espera entre matrimonios) afectaba el contenido esencial del derecho, por ser desproporcionada en relación con el fin legítimo perseguido.

do recuerde su jurisprudencia trascendente en torno a que “el Convenio debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”<sup>10</sup> no por ello deja de reconocer que “el hecho de que, tras una evolución gradual, un país se encuentre en una situación aislada en algún aspecto de su legislación no implica necesariamente que ese aspecto contradiga el Convenio”.

En segundo lugar, como argumento que sirve además para refutar la posición estatal en el caso, se esboza un estándar que pugna en sentido contrario y que en la materia puede ser considerado muy fructífero: si un Estado mediante su legislación otorga un derecho que no es reivindicable como tal a la luz del pacto, pero que tampoco está prohibido por él, la norma doméstica que amplía el campo de aplicación de la regla convencional no puede sujetarla o imponerle obstáculos que la dificulten más allá de lo razonable. El caso que tomamos como modelo para deducir esta directriz es “*Johnston y otros v. Irlanda*”<sup>11</sup> en el cual el TEDH, merced a una interpretación que hace pie no solamente en el texto del artículo sino también en los ante-

cedentes que se tuvieron en miras al tiempo de su redacción y reformas ulteriores, sostuvo que del artículo 12 del Convenio no se puede deducir un derecho al divorcio. Y tampoco podía derivárselo del derecho al respeto de la vida familiar que consagra el artículo 8<sup>12</sup> y menos aún que estos textos impongan al Estado una obligación de tipo positivo de adoptar medidas que permitan el divorcio y posibiliten la celebración de un nuevo matrimonio.<sup>13</sup>

12- Cuyo tenor literal es el 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 y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

13- Sostuvo el TEDH que “el sentido ordinario de las palabras ‘derecho a casarse’ es claro: se refieren al nacimiento de las relaciones conyugales y no a su disolución...”. Así sea que la prohibición del divorcio se califique como una restricción de la capacidad de contraer matrimonio “en una sociedad en la que impera el principio de monogamia no cabe que se califique dicha limitación como un ataque a la esencia del derecho garantizado por el artículo 12 [...] esta interpretación concuerda con el objeto y con la finalidad del artículo 12, según resulta de los trabajos preparatorios... [los cuales] no manifiestan ninguna intención de incluir en el artículo 12 cualquier garantía del derecho a la disolución del matrimonio por medio del divorcio”. Según el Tribunal el criterio de interpretación evolutiva del CEDH no presta apoyo en este caso ya que, en sus palabras, “no puede deducir de este Instrumento... un derecho que no se incluyó al principio”, menos si “la omisión fue intencionada”. Más adelante se verá que esta regla que parece ser terminante no lo es tanto. Sí destacamos ahora que nuevamente en este punto se advierte la apelación al estado del consenso de los Estados sobre la materia, esta vez con base en el Protocolo Nº 7 del Convenio, ocasión, dice el Tribunal, que no se aprovechó para regular esta cuestión y, por el contrario, se alertó expresamente en contra. En este sentido se resalta que en la exposición de este protocolo se dejó claro que “...las palabras ‘en el caso de disolución’, que aparecen en el artículo 5, ‘no implican ninguna obligación para el Estado de prever la disolución o los modos especiales de disolución del matrimonio’” (párrafos 52 y 53). El margen de apreciación se analiza con motivo del tratamiento del

10- A lo largo del texto nos vamos a referir en muchas ocasiones a este criterio de interpretación extensiva y evolutiva que figura bien arraigado en la jurisprudencia del TEDH. Su estudio lo encaramos a partir del texto de J. CASADEVALL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, capítulo 7, p. 135 y ss., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012. Recordamos también el texto del profesor A. Saiz Arnaiz donde señala que mediante esta interpretación dinámica el Tribunal garantiza la consecución del efecto útil del Convenio, que reclama derechos reales y efectivos —no teóricos e ilusorios—, y se muestra atento a las tendencias que en materia de Derechos Humanos se expresan en el contexto europeo (y mundial) reforzando los argumentos a favor de la aceptación de su propia jurisprudencia (*El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa*; material facilitado por el autor).

11- Sentencia del 18 de diciembre de 1986, párrafos 50-57, *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op.cit.* pp. 131/133.

Pues bien, volviendo al asunto “F.”, el Tribunal refuta el planteo de Suiza que pretendía aplicar *a fortiori* a su propia legislación la regla de ese caso: si la prohibición total y absoluta del divorcio no afecta el contenido esencial del derecho al matrimonio, tampoco lo hace una prohibición que es meramente temporal. La Corte le recuerda no solo la falta de similitud entre las situaciones fácticas de ambos casos, sino fundamentalmente que Suiza ya había concedido aquello que Irlanda negaba. Luego: “si la legislación nacional permite el divorcio, lo que no exige el Convenio, el artículo 12 asegura para las personas divorciadas el derecho a volverse a casar sin restricciones irrazonables”. Esta regla representa una advertencia fuerte a los Estados en punto a la responsabilidad con que deben encarar su producción legislativa en aras de mejorar o superar los estándares mínimos que impone el CEDH.

4. Los casos resueltos por el Tribunal Europeo respecto del derecho al matrimonio de personas transexuales involucran además otros aspectos de su vida privada y su integración social en la comunidad a la luz del artículo 8, aunque la atención se centrará en los puntos que permitan apreciar una viraje de la jurisprudencia de Estrasburgo hacia la autonomía de los derechos a casarse y fundar una familia previstos en el pacto europeo.

En sus grandes líneas, los asuntos llevados a la instancia internacional apelan a la exégesis textual de la norma así como la sitúan en su contexto histórico, fuentes e ideas que imperaban al tiempo en que se redactó el CEDH. Desde esta perspectiva parecería innegable que la génesis de la familia se situaba en el matrimonio y que éste era la unión de un hombre y una

mujer *entre sí*. La única referencia internacional existente para entonces era la Declaración Universal de Derechos Humanos y esas conexiones estaban igualmente presentes en el artículo 16, texto en el que abrevaron los redactores del convenio según ilustró el Tribunal en el asunto “*Johnston y otros*” ya comentado.

Comenzaremos por la trilogía “*Rees*” – “*Cossey*” – “*Sheffield y Horsham*”, tres casos resueltos por Estrasburgo en un lapso de doce años en los que personas transexuales demandan —ante la jurisdicción internacional— al Reino Unido alegando una lesión a derechos convencionales, producto de las restricciones y obstáculos legales que les impiden una integración plena en la vida social, situaciones todas que denunciaban como incompatibles con el respeto debido a su vida privada. Desde su primera decisión en 1986 el Tribunal negó esta posibilidad, aunque los votos disidentes en los dos últimos casos, lenta pero inexorablemente, prepararon el camino para el cambio de jurisprudencia que verá la luz en la diada “*Goodwin*” e “*I.*”, falladas el mismo día del año 2002.

4.1. El asunto “*Rees v. Reino Unido*”<sup>14</sup> se origina ante la negativa de un registro civil inglés de modificar la partida de nacimiento del demandante, transexual nacido mujer que había adoptado, mediante tratamiento médico y quirúrgico financiado por el Servicio Nacional de Sanidad, un rol masculino desde su juventud y con el cual era públicamente conocido. La legislación nacional permitía expedir algunos documentos nuevos que reflejaran esa condición pero no ocurría lo mismo con respecto a la partida, en razón de las características y finalidades del sistema registral inglés. La solicitud del demandante se acompañó de un informe médico que sostenía que de los cuatro criterios del sexo

caso a la luz del artículo 8 del Convenio y no solamente se le acuerda al Estado sino que se lo califica además de “amplio” (párrafo 55.c).

14- Sentencia del 17 de octubre de 1986.

(cromosómico, gonadal, aparente y psicológico) el último era el más importante porque determinaba las actividades sociales de la persona y su papel cuando era adulto. Según este estudio, como el sexo psicológico del demandante era masculino debía considerársele varón. El Jefe del Registro Civil rechazó la solicitud de modificación de la inscripción ya que entendió que el informe pericial sobre el sexo psicológico del interesado no era decisivo, y ante la falta de uno similar sobre los demás criterios admitidos, no podía establecerse la existencia de un error al inscribir el nacimiento.<sup>15</sup>

El Tribunal analizará la demanda a la luz principalmente del artículo 8 del CEDH y concluirá que no existió violación por parte del Estado demandado. Lo propio habrá de decir respecto del artículo 12, según veremos más adelante. Interesa referir cuáles fueron los argumentos fuertes que motivaron esta decisión. A tal efecto, podríamos dividirlos en tres órdenes de razones.

A. Destacamos en primer término y una vez más la referencia al consenso respecto del tema en discusión. Por más que la jurisprudencia de Estrasburgo ya maneje la noción de obligaciones positivas en cabeza del Estado para el respeto efectivo de la vida familiar<sup>16</sup> no se considera

que, en sí mismo, el hecho denunciado como lesivo por el demandante pueda ser encuadrado como una *injerencia*. Ante esa circunstancia es necesario buscar otro camino para el análisis del caso. Como regla, es sabido, a menor nivel de coincidencia en las opiniones mayor es la deferencia que adopta ante la posición estatal.<sup>17</sup> El Tribunal constata que esa es la situación que se presenta de cara al transexualismo, tanto a nivel de Estados europeos como al interior mismo del país demandado y aun frente al estado de la ciencia en un momento dado. La Corte Europea tiene que admitir, en consecuencia, que “en su conjunto, parece que el Derecho se encuentra en una fase de transición” (*vid.* en particular párrafos 37, 38 y 39).<sup>18</sup> Por ende, estamos ante un escenario en donde el margen de apreciación es

---

*grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op. cit.*, p. 136 y ss.); la doctrina se remonta a precedentes aún más lejanos en el tiempo, todos coincidentes, además, en punto a la existencia de un margen de apreciación en cabeza del Estado. Por ejemplo, en la sentencia pronunciada en el asunto “*X. e Y. v. Países Bajos*” (del 26 de marzo de 1985; *op. cit.*, pp. 110-111) el TEDH sostuvo que “la elección de las medidas dirigidas a garantizar el respeto del artículo 8 en las relaciones interindividuales corresponde a la libertad de apreciación de los Estados Contratantes. Existen diferentes formas de asegurar el respeto a la vida privada y la naturaleza de la obligación del Estado dependerá del aspecto de la vida privada que se vea afectado”. La función de Estrasburgo no era “sustituir a las jurisdicciones internas en la interpretación del derecho nacional” sino verificar, en todo caso, si las medidas estatales eran suficientes o insuficientes para dispensar una protección concreta y efectiva.

17- CASADEVALL, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, *op.cit.*, p. 144 y ss. y sus citas.

18- Señala al respecto que “varios Estados, mediante su legislación, su jurisprudencia o sus usos administrativos, conceden a los transexuales la facultad de cambiar su estado civil para adaptarlo a la nueva identidad adquirida. Someten, sin embargo, esta posibilidad a requisitos más o menos severos y mantienen algunas reservas expresas (por ejemplo, en cuanto a las obligaciones anteriores). En otros Estados no existe —o no existe todavía— dicha facultad”. De aquí se deduce la ausencia de un criterio regulatorio coincidente en la materia (párrafo 37).

---

15- El párrafo 34 de la sentencia resume la posición del demandante: se queja, ante todo, de los obstáculos que se pusieron a su total integración en la vida social, consecuencia de que el Gobierno no tomara las medidas adecuadas para que se le reconociera legalmente su condición masculina a efectos de la clasificación de todos los ciudadanos en varones y mujeres. Crítica especialmente que se le expidiera un certificado de nacimiento —en el que sigue apareciendo como persona de sexo femenino— lo cual, en su opinión, es una prueba indiscutible de su sexo en cuantas ocasiones se plantea esta cuestión. Esta circunstancia lo humilla y mortifica en sus sentimientos en cada ocasión en que los usos sociales exigen la expedición de un certificado que pone de manifiesto la falta de concordancia entre su sexo aparente y el legal.

16- El Tribunal cita aquí el caso “*Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido*” (sentencia del 28 de mayo de 1985; *Las*



amplio, a punto tal que ni siquiera un tema tan sensible a la intimidad genera para el Estado la obligación de legislar en un determinado sentido ni adecuar su régimen legal a semejanza de otros Estados cuya regulación se toma como modelo. Este último argumento, sustentado tanto por la parte interesada como por la Comisión, fue desestimado expresamente. Para el Tribunal la tesis que extrae obligaciones positivas del Convenio no puede llevarse tan lejos como para exigirle a un Estado Parte una conducta semejante ya que los gobiernos “al utilizar su margen de apreciación, tienen derecho indiscutible a tener en cuenta la situación de su patria para resolver qué medidas deben tomarse”. Señaló, además, que aunque la exigencia del equilibrio justo entre el interés general y el del individuo pudiese *quizás* pedir, en interés de este último, que se retocara el ordenamiento vigente “no quiere decir que el Reino Unido esté obligado a modificarlo fundamentalmente” (párrafos 41, 42.a y 44).

**B.** En segundo lugar, hace notar la Corte la existencia de una [cierta] voluntad del Estado demandado de contemplar la situación de las personas transexuales mediante el otorgamiento de algunas ventajas en determinados sectores de su ordenamiento jurídico, aunque no de forma total o plena.<sup>19</sup> “Aunque despacio y con cierto recelo”, expresan los jueces de Estrasburgo, el Reino Unido ha procurado acceder a las pretensiones del demandante en la medida que permitía su régimen legal. El paso siguiente (que es el que no se ha dado y por cuya omisión se imputa un incumplimiento del CEDH) importaría para el país, según el TEDH, una reforma sustancial “que tendría consecuencias administrativas importantes e impondría nuevas obligaciones a la población en general” (pá-

rrafos 42.b, 43 y 44). Si bien no está dicho con especial énfasis en el fallo, podría pensarse que en este balance que hace el Tribunal se deja traslucir que la situación de desventaja que se alega no es tan grave en el Reino Unido de cara a lo que ocurre en otros Estados. Una leve alusión se encuentra en la parte final del primer párrafo del punto 40, en cuanto señala ciertas características del régimen inglés en punto a la elección del nombre y la expedición de documentos como una “facultad que supone una importante ventaja en relación a los Estados en que todos los documentos públicos deben concordar con las inscripciones del estado civil”. La sentencia en el caso “*B. v. Francia*”<sup>20</sup> presta apoyo a esta hipótesis ya que en ese asunto, sin modificar las bases argumentales empleadas en “*Rees*”, se llega al convencimiento de que “los inconvenientes de los que se queja la demandante en el campo en cuestión alcanzan un grado de gravedad suficiente como para ser tenidos en cuenta a efectos del artículo 8 [...] ésta se encuentra cotidianamente colocada en una situación global incompatible con el respeto a la vida privada” (párrafos 62 y 63).

**C.** Finalmente, creemos advertir como tercer pilar de esta decisión un cierto convencimiento del Tribunal acerca de la necesidad de *dar tiempo al tiempo*, de permitirse esa expresión. Ante un estado de transición los Estados deben contar con la posibilidad de reflexionar con detenimiento los cambios que pueden introducir en sus respectivas legislaciones. Pero no es todo deferencia o potestad discrecional; también hay una advertencia (algo suave, si se quiere) de que el tema ya está en la agenda de la Corte. De allí que la redacción del párrafo que cierra el análisis del artículo 8 CEDH, previa conclusión de que no ha existido violación de la norma, con-

19- Sobre la situación legal favorable, párrafos 18-20 y 40. Respecto de las limitaciones, párrafos 21 a 29.

20- Sentencia del 25 de marzo de 1992; *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op.cit.*, pp. 125/129.



tenga esta finalidad propedéutica: “hay que dejar, *por el momento*, al correspondiente Estado la determinación de hasta qué punto puede tener en cuenta las restantes pretensiones de los transexuales. Sin embargo, el Tribunal comprende la gravedad de los problemas con que se tropiezan estas personas y la angustia que sufren. El Convenio se ha de interpretar y aplicar siempre a la vista de las circunstancias del momento [...] Por consiguiente, *la necesidad de medidas legales adecuadas debe traducirse en un estudio constante, teniendo en cuenta, especialmente, el desarrollo científico y social*” (énfasis añadido).

**D.** Es en el contexto antedicho que se inserta la interpretación del TEDH del artículo 12, lo que de algún modo preanuncia la solución a la que arriba. Tal vez podría pensarse que no era necesario llevar a cabo un análisis semejante en vista de la solución que le da al caso bajo el prisma del artículo 8. Aunque no se puede soslayar que una de las limitaciones más severas (aunque no la única) que padecía el demandante con motivo de la negativa a rectificar la partida de nacimiento era precisamente la imposibilidad de contraer matrimonio según el régimen inglés.<sup>21</sup>

Cualquiera sea la explicación, el punto es que igualmente se adentra en la exégesis de la norma y sin más apoyo que el método literal y

mediante un texto muy breve la Corte de Estrasburgo afirma que el artículo 12, al garantizar el derecho a casarse, “se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico”. La redacción de la norma, continúa, confirma que “la finalidad que se persigue es principalmente proteger el matrimonio como fundamento de la familia”. Recuerda, además, que el ejercicio de este derecho está sometido a las leyes nacionales con la única limitación de no restringirlo o reducirlo de tal manera, o hasta tal extremo, que afecte a su propia esencia. Sin más palabras (y por unanimidad)<sup>22</sup> concluye que “el obstáculo legal que impone el Reino Unido al matrimonio entre personas del mismo sexo biológico no se incluye en la expresada y vetada restricción” (párrafos 48 a 51). Llevará los siguientes tres lustros deconstruir esa relación.

**4.2.** El asunto “*Cossey v. Reino Unido*”<sup>23</sup> enfrenta nuevamente al pleno del Tribunal Europeo con un problema semejante e incluso con un mayor énfasis puesto en el análisis del artículo 12 ya que en el origen del caso se encontraba la imposibilidad de la demandante de contraer matrimonio. Más aún: el celebrado en su país natal fue declarado nulo con fundamento en que las partes contrayentes no eran del sexo contrario.<sup>24</sup>

El tratamiento del asunto siguió al pie de la letra el caso “*Rees*” en la opinión que conformó la mayoría, por más que intentó la demandante y la Comisión diferenciar las circunstancias

21- Según consta en los párrafos 26 a 28 de la sentencia, a la época de esa decisión, el derecho inglés definía el matrimonio como la unión voluntaria para toda la vida de un varón y una mujer, con exclusión de cualquier otra persona. La *Matrimonial Causes Act* de 1973 concedía plena eficacia legal a la norma del *common law* que establecía la nulidad *ab initio* de un matrimonio entre personas del mismo sexo. Además, según la resolución de la *High Court* en el asunto “*Corbett v. Corbett*” a los efectos de la celebración de un matrimonio válido se debía determinar el sexo mediante los criterios cromosómico, gonadal y genital si concordaban entre sí. La partida de nacimiento solo permitía la prueba de la identidad y el sexo del interesado y la inscripción que surgía del registro de nacimientos era un principio de prueba, que podía contradecirse por la prueba en contrario suficiente. Estaban previstas sanciones penales en caso de comprobarse una declaración de falsedad.

22- La opinión disidente de tres jueces se refiere al artículo 8 CEDH; en lo que respecta al 12 comparten la decisión de la mayoría.

23- Sentencia del 27 de septiembre de 1990.

24- La demandante nació varón y con tratamientos médicos y quirúrgicos adoptó un rol femenino. Su matrimonio anulado se había celebrado con un hombre (párrafos 9 a 14).

fácticas de ambos casos<sup>25</sup> o bien reclamar a la Corte el apartamiento de su anterior jurisprudencia y encarar un nuevo estudio del tema. Ambos planteos fueron desestimados. Pese al sentido de evolución que mencionaba en su anterior fallo, el TEDH señala que “no tiene noticia de ningún progreso científico importante en el intervalo” como así tampoco que se hubiese producido un cambio significativo en la orientación de las legislaciones europeas (mayor aceptación o permisividad, por ejemplo). En consecuencia, según el criterio de la mayoría de la Corte,<sup>26</sup> no existían buenas ni suficientes razones para apartarse de sus anteriores conclusiones en la materia.<sup>27</sup>

En particular sobre el artículo 12, además de repetir la doctrina del precedente (e incurrir en

25- En buena medida el planteo finca en el análisis abstracto que se hizo en “Rees” sobre el derecho a casarse. Por el contrario aquí no solo se había anulado un matrimonio sino que se alega que la demandante “tenía un novio dispuesto a casarse” con ella. Para el Tribunal la diferencia no es significativa, habida cuenta de que este derecho no depende de la existencia de un candidato y ni siquiera del deseo de celebrar un matrimonio, sino que se trata de establecer si los contrayentes reúnen o no los requisitos legales. También se dijo que era indistinto que el reclamante se considerase varón o mujer (párrafos 32 y 33).

26- La argumentación se contiene en los párrafos 36 a 41 con un párrafo final a continuación similar al de “Rees” que en esta ocasión y por la economía de los argumentos del TEDH pierde, en nuestra opinión, el sentido positivo que se le atribuyó antes. Ahora parece estar mucho más cerca de una versión voluntarista del margen estatal de apreciación que tantas críticas ha cosechado en la literatura especializada (M. IGLESIAS VILA, *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional*, materiales del curso). Se comparte, en este sentido, la opinión disidente de los jueces MacDonald y Spielmann en punto a que representa tan solo un “menguado consuelo para los interesados en la cuestión”.

27- Las disidencias son profundas de todos modos y solo se llegó a ese resultado por una ajustada mayoría (diez votos contra ocho).

lo que podría suponerse que es un exabrupto)<sup>28</sup> se refugia en la falta de consenso para reputar válido un matrimonio semejante e insistir en su interpretación acerca del “concepto *tradicional* de esta institución”. Dado que los Estados Miembros no han abandonado este criterio, apunta el Tribunal, tampoco él puede variar de actitud al interpretar la norma. Y añade que con respecto a una noción de este tipo “es un motivo suficiente para continuar aplicando los criterios biológicos al determinar el sexo de una persona a los efectos del matrimonio, dependiendo como depende esta materia de la facultad que disfrutaban los Estados Contratantes de regular por sus leyes el ejercicio del derecho de casarse”(párrafo 46).

El problema que enfrenta ahora la Corte es que esta postura ya no es unánime como en el asunto “Rees” sino que es resistida por cuatro de los jueces que integraron el pleno del Tribunal. En tanto los argumentos son similares a los que se esgrimieron en las opiniones disidentes del caso “*Sheffield y Horsham v. Reino Unido*”<sup>29</sup>, haremos un tratamiento conjunto en el párrafo siguiente.

4. 3. Los problemas que trae a colación este último asunto son, en sustancia, los mismos: “la persistencia de las autoridades del país demandado en determinar el sexo exclusivamente según criterios biológicos y en proclamar la inmutabilidad de las informaciones relativas al sexo una vez que éstas se anotan en el registro de nacimiento” (así lo resume el Tribunal en la parte final de párrafo 53). Si bien han pasado ocho años desde “*Cossey*” y varios más lo separan de “Rees”, el razonamiento del TEDH se mantiene

28- No de otro modo puede calificarse el argumento que señala que ningún obstáculo legal se oponía a que la demandante se casara con una persona de sexo opuesto al de su nacimiento (párrafo 45). Solo años más tarde se dejará de lado esta posición.

29- Sentencia del 30 de julio de 1998.

inmutable. Hay que tener en cuenta —a su favor—, que los precedentes más cercanos en el tiempo sobre el nudo de la cuestión, son otros. El año anterior había resuelto el caso de “X., Y. y Z. v. Reino Unido”,<sup>30</sup> y con posterioridad a “Cossey” conoció el asunto “B. v. Francia”.

Con ambos antecedentes en mente es que considera, en esta nueva intervención, que no se han aportado evidencias nuevas en los planos de la medicina y del derecho que fueren el cambio de jurisprudencia. La postura es ciertamente rígida (sobre todo desde el punto de vista del demandante y la carga procesal que le impone) y en cierto modo se aleja de los estándares de progreso aludidos en los casos previos. Principalmente, porque en forma inmediata y a continuación señala que ni aun en presencia de esa evolución científica y jurídica necesariamente rectificaría su posición ni sería factible concluir “que el Estado demandado ya no puede invocar su margen de apreciación para defender su persistente negativa a reconocer jurídicamente el nuevo sexo de los transexuales operados. Para el Tribunal, el transexualismo sigue planteando cuestiones complejas de naturaleza científica, jurídica, moral y social que no son objeto de un enfoque generalmente coherente en los Estados contratantes”. En ese contexto, las demandas se resuelven, como en el asunto “B.”, ante la prueba de la existencia en la vida cotidiana de *inconvenientes de gravedad suficiente* o de *perjuicios desproporcionados*, lo que no se apreció en concreto respecto de los demandantes (párrafos 58 y 59).

Como una suerte de argumento pretendidamente justificatorio, la Corte Europea reconoce que el Reino Unido “no ha adoptado

30- Sentencia del 22 de abril de 1997. En brevísima síntesis, el caso trata sobre la negativa del Estado demandado a registrar a un transexual como padre de una niña concebida artificialmente con el esperma de un donante anónimo y al que no le unen lazos de sangre con aquélla.

ninguna medida” y aquellas que permanentemente invoca para referirse a la consideración que el país tiene, en el plano jurídico, hacia los transexuales no constituyen ya ninguna novedad en tanto ya existían a la época del asunto “Rees”. Tampoco puede negar que desde “Cossey”, pese a la inexistencia de “evolución científica significativa que permita llegar a una conclusión firme sobre la etiología del transexualismo”, se advierte un “aumento de la aceptación social del fenómeno y un creciente reconocimiento de los problemas a los que deben enfrentarse los transexuales operados”. Ante el resultado del caso, la expresión “el Tribunal reafirma que esta cuestión debe dar lugar a un examen permanente por parte de los Estados contratantes” es pasible de una crítica similar a la señalada anteriormente.

Es un viraje sino rotundo, al menos significativo. Incluso hasta podría aventurarse que más que defender un relativo margen de apreciación nacional en la materia, otorga un blindaje para que los gobiernos rechacen cualquier injerencia en temas sensibles que desean dejar afuera de la agenda del sistema de protección supranacional con base en el principio de no injerencia en sus asuntos internos. Si bien sabemos, a partir del caso “F. v. Suiza”, que un retraso en la legislación de un Estado Parte respecto de otros no provoca automáticamente una violación del Convenio, soslayar olímpicamente aquellos factores que daban cuenta de “una clara tendencia hacia el pleno reconocimiento jurídico de los cambios de sexo”<sup>31</sup> es negar el papel que se atribuyó al con-

31- Incluida aquí nada menos que una decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En el párrafo 33 de esta sentencia se da cuenta bajo el sugestivo pero ignorado título “Otros elementos aplicables” la sentencia de ese tribunal del 30 de abril de 1996 en el asunto “P. contra S. y Cornwall County Council” que también involucra al Reino Unido. Según se indica, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea consideró el artículo 5.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, del 9 de febrero de 1976,

senso entre los países, y representa claramente un pobre estímulo para la promoción y el progreso de los derechos fundamentales.

4.4. Los albores del nuevo milenio traerán consigo el cambio, el cual se insinuaba en aquellos votos disidentes que primero provocaron fisuras en una argumentación cerrada, para terminar por imponerse de forma unánime, más precisamente las sentencias gemelas dictadas el 11 de julio de 2002 en los asuntos “*Christine Goodwin v. Reino Unido*” e “*I. v. Reino Unido*”.

A fin de no extender en demasía la presente sección, se pasará directamente al cambio de criterio en punto al artículo 12 del Convenio, no sin antes recordar que en ambos casos el Tribunal de Estrasburgo varió rotundamente la consideración hacia el efectivo respeto de la vida privada de las personas transexuales y por fin admitió la existencia de una violación del artículo 8 del Convenio.<sup>32</sup>

Es posible sistematizar la nueva postura del TEDH sobre el aspecto concerniente al artículo 12 a partir de tres líneas de argumentos a las que nos referiremos a continuación, aun cuando no se siga el orden numérico correlativo de los párrafos de la sentencia.

A. En primer lugar, se advierte un reexamen por parte de la Corte Europea de la finalidad primordial del matrimonio que en los casos anteriores, apegándose a un criterio *tradicional*, había anudado a la creación de una familia, por ende a la procreación. Dos de los votos disiden-

tes en “*Cossey*” habían criticado en duros términos esta relación.

En esta línea, en opinión del juez Martens la finalidad de un derecho no podía ser invocada o erigirse a la vez como el fundamento para habilitar su propia limitación. Y por ello, en el contexto del artículo 12, era inadmisibles que solo se permitiera el matrimonio a aquellas personas que pudiesen demostrar su capacidad para tener hijos. El matrimonio para este magistrado supone algo más: es una institución legal que crea una relación jurídica fija entre los cónyuges y entre éstos y los terceros (con inclusión de las autoridades). Y agrega: los cónyuges, a través de los lazos del matrimonio “anuncian al mundo que los rodea que su relación se funda en sentimientos humanos intensos y en un compromiso mutuo, exclusivo y permanente”. Es además una especie de comunidad en la que los lazos intelectuales, espirituales y sentimentales son por lo menos tan esenciales como los físicos (apartados 4.4.3 y 4.5.2).

En otro de los votos en disidencia (jueces Palm, Foighel y Pekkanen) también se defendía la misma idea: “El hecho de que un transexual no pueda procrear no es decisivo. Hay muchos hombres y muchas mujeres que tampoco pueden tener hijos y, sin embargo, tienen el derecho indiscutible de casarse. La capacidad de procrear no es ni puede ser un requisito previo para el matrimonio” (apartado 5).

“Volviendo a examinar la situación en el año 2002”, ahora el pleno va a romper el vínculo que había atado a mediados de los años ochenta: el aspecto referido a *fundar una familia*, dice la Corte, no puede ser una condición del *derecho a casarse* ya que “la incapacidad para una pareja de concebir o criar a un hijo no puede en sí misma privarle del derecho citado por la primera parte de la disposición en cuestión” (párrafo 80 de la sentencia *I.* y párrafo 98 de “*Goodwin*”).

---

relativa a la puesta en marcha del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que concierne al acceso al trabajo, a la formación y a la promoción profesional y las condiciones de trabajo, se oponía al despido de un transexual por motivos ligados a su cambio de sexo, en tanto constituía un acto discriminatorio.

32- En particular, en los párrafos 56 a 75 el Tribunal desarrolla su nueva comprensión sobre el tema. A algunos de estos argumentos se hará mención al tratar la interpretación del artículo 12 en el presente parágrafo.

**B.** Un aspecto central de la decisión se ubica en el abandono del criterio puramente biológico para la determinación del sexo de una persona. En el referido voto disidente del juez Martens se había efectuado una crítica furiosa de este punto. A criterio de este magistrado la mayoría de la Corte había asimilado sin motivos válidos la doctrina inglesa del caso “*Corbett v. Corbett*” a la cual reputaba, además y como poco, insuficiente para explicar con solvencia los problemas del artículo 12 del Convenio Europeo. En esta línea señala, por ejemplo, que la redacción de esta norma no supone necesariamente que deba adoptarse tal criterio o que deba primar ante la presencia de otros factores que también se emplean para determinar la condición sexual de una persona. También cuestiona que por medio del uso del canon *tradición* se interprete que la palabra sexo “solo designe la constitución biológica de una persona fijada en el nacimiento”; o que sea evidente que para definir lo que hay que entender por sexo “haya que referirse a la situación en la época en que nacieron los aspirantes al matrimonio en lugar de hacerlo al momento en que pretenden contraerlo” (apartados 4.3.2 y 4.5.1).

Una opinión cercana asumió el juez Van Dijk en su voto disidente en el caso “*Sheffield y Horsham*” (apartado 8; al que adhirió el juez Wildhaber *in totum*). En esta línea, pensaba que no era un hecho pertinente que en el plano biológico el tratamiento médico pudiese no haber cambiado un sexo por otro (de masculino a femenino, en ese asunto) ya que esto no suponía un obstáculo para el matrimonio. Para este magistrado no existía “ninguna razón para considerar que el reconocimiento jurídico de los cambios de sexo no podría hacerse más que si hubiera igualmente un cambio (completo) en el plano biológico [habida cuenta que] el derecho puede dar un sentido autónomo a la noción de

‘sexo’ al igual que lo hace para las nociones de ‘persona’, ‘familia’, ‘domicilio’, ‘bienes’”.

Y algo parecido se dice en el voto de Palm y otros en el asunto “*Cossey*” (apartado 5). Ellos refutan el argumento opositor al matrimonio señalando que la demandante no era biológicamente mujer pero luego del tratamiento médico y quirúrgico tampoco un hombre. Ante esta situación sostuvieron la necesidad de escoger y la “única solución humanamente admisible” era respetar su elección personal de vida.

En esta nueva intervención Estrasburgo “ya no está convencido” de que actualmente los términos *hombre* y *mujer* que emplea el CEDH impliquen que el sexo de una persona deba ser determinado según criterios puramente biológicos. Se apela tanto a argumentos que hacen pie en factores evolutivos sociales y científicos<sup>33</sup> cuanto a otros estrictamente jurídicos, que reflejan ese progreso en el ámbito de la Europa chica<sup>34</sup> con la finalidad de rectificar la postura en torno a la existencia de vulneración a la sustancia misma del derecho a casarse sobre la que no había reparado hasta entonces.<sup>35</sup>

33- Al respecto dice: “Desde la adopción del Convenio, la institución del matrimonio se ha visto profundamente trastornada por la evolución de la sociedad, y los progresos de la medicina y de la ciencia han llevado consigo cambios radicales en el ámbito de la transexualidad”.

34- “El Tribunal constata también que el texto del artículo 9 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea adoptada recientemente se aparta —y ello no puede ser sino deliberado— del artículo 12 del Convenio en cuanto a que excluye la referencia al hombre y a la mujer”.

35- A partir de ahora se va a considerar “artificial afirmar que a las personas que han sufrido una intervención de cambio de sexo no se les priva del derecho a casarse ya que, conforme a la Ley, sigue permitiéndoseles casarse con una persona del sexo opuesto a su antiguo sexo”. En este caso, continúa, la demandante lleva una vida de mujer, mantiene una relación con un hombre y desea únicamente casarse con un hombre. Ahora bien, no tiene esa posibilidad. En opinión del Tribunal “la interesada puede por tanto quejarse de la vulneración de la sustancia misma de su derecho a casarse”.

C. La referencia final la encontramos en el manejo del caso a partir del criterio “consenso entre los Estados”. Al analizar la controversia a la luz del artículo 8, el Tribunal reprochó al Reino Unido su escasa vocación legislativa para dar respuestas actuales a un problema que lo tenía como protagonista casi exclusivo de su jurisprudencia desde hacía muchos años. Máxime, ante la amplia tolerancia que se había tenido ante esa omisión sostenida en el tiempo y frente al convencimiento de que un cambio como el exigido por los demandantes ni era tan dificultoso, ni implicaba un ataque real a un interés público relevante.<sup>36</sup> Pues bien, la paciencia de Estrasburgo llegó a su fin y ante las circunstancias apuntadas inclinó el fiel de la balanza a favor de los titulares del derecho: “el Tribunal considera que el Estado demandado ya no puede invocar su margen de apreciación en la materia, salvo en lo referente a los medios a ejecutar para asegurar el reconocimiento del derecho protegido del Convenio”.

36- El párrafo 74 de la decisión resume el pensamiento de la Corte en este punto: “En los asuntos británicos que tuvo que conocer en 1986, el Tribunal siempre señaló la importancia de examinar de manera permanente la necesidad de medidas jurídicas apropiadas, teniendo en cuenta la evolución de la ciencia y de la sociedad [...] En el último de ellos, el asunto “*Sheffield y Horsham*”, resuelto en 1998, señaló que el Estado demandado no había adoptado ninguna medida, pese a la mayor aceptación social de la transexualidad y del creciente reconocimiento de los problemas a los que se enfrentan los transexuales operados [...] Sin constatar ninguna violación en dicho asunto, volvió a afirmar explícitamente que la cuestión debía dar lugar a un examen permanente. Desde entonces el grupo de trabajo interministerial ha publicado en abril de 2000 un informe en el que examina la situación actual de los transexuales, concretamente en los ámbitos del derecho penal, de la familia, del empleo, y pone de relieve algunas opiniones con vistas a una reforma. No se hizo realmente nada para ejecutar estas propuestas y, en julio de 2001, el Tribunal de Apelación constató que no existía ningún proyecto en ese sentido [...] Se puede constatar que la única reforma legislativa notable que ha visto la luz, y que aplica ciertas disposiciones no discriminatorias a los transexuales, fue tomada tras una Decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30 abril 1996 [...]”.

Pues bien, una matriz argumental similar se utiliza respecto del artículo 12 con la siguiente salvedad. En este caso, el grado de acuerdo entre los Estados respecto de la habilitación para contraer matrimonio es bastante menor que en relación a otras acciones o medidas que se encuadran en el respeto a la vida privada que resguarda el artículo 8. Sobre esto hay coincidencia tanto del tribunal en pleno, en los casos “*Goodwin e I.*”, cuanto en las diversas opiniones disidentes en la tríada anterior. El juez Van Dijk en su voto particular había puesto el asunto casi blanco sobre negro al reconocer expresamente que “el punto de vista común de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre el reconocimiento de los matrimonios entre transexuales operados y parejas de su antiguo sexo es menos aparente que otros aspectos del reconocimiento jurídico de los cambios de sexo”, hecho que a primera vista “parecería justificar un margen de apreciación más amplio en provecho de los Estados contratantes”.

El estado de la cuestión sobre este punto al momento de sentenciar los casos “*Goodwin e I.*” no presentaba mayores avances (aunque tampoco se mencionan retrocesos), pero he aquí donde está precisamente el progreso: a pesar de ello ya no es un motivo que pueda ser utilizado, según el TEDH, como elemento de persuasión para justificar “la tesis según la cual los Estados contratantes deben poder reglamentar totalmente la cuestión en el marco de su margen de apreciación”. Menos cuando esto significa privar a los transexuales absolutamente del derecho a contraer matrimonio. Al haberse modificado la lectura de la norma, parece que resulta bastante más sencillo para el Tribunal llegar a la conclusión sobre la necesidad de reducir ese margen y adoptar una decisión de mayor cobertura protectora para el individuo. Tal como previno el juez Martens en “*Cossey*” el Tribunal Europeo



asume su verdadero rol de “último recurso de los oprimidos”, frente al desinterés estatal por sus compromisos internacionales.

**D.** No podemos dejar de mencionar el papel que ha jugado el sistema jurisdiccional creado por la Unión Europea. Si bien el proceso de integración no fue gestado ni diseñado en sus orígenes para la tutela de derechos fundamentales, merced a una paulatina evolución que tuvo al Tribunal de Justicia como protagonista indiscutido, se fue dotando de un buen arsenal (incluso ahora hasta normativo y con el máximo rango dentro del derecho originario de la Unión) referido a los derechos fundamentales del ser humano, incluidos los tópicos que estamos considerando.<sup>37</sup>

Tal como señalamos al analizar el asunto “*Sheffield y Horsham v. Reino Unido*”, el TEDH menciona entre los antecedentes importantes de ese caso la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso “*P. v. S. y Cornwall County Council*”.<sup>38</sup>

37- Hay un acercamiento a este tema en los trabajos de GONZÁLEZ PASCUAL, M., *Tribunal Europeo de Derechos Humanos y tribunales ordinarios. El CEDH como parte del Derecho Constitucional Europeo* (material facilitado por la autora); TORRES PÉREZ, A. *En defensa del pluralismo constitucional* (material facilitado por la autora); y BUSTOS GISBERT, R. “Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa”, en AA.VV., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tº IX, UNAM, Marcial Pons, México, 2008.

38- Asunto C-13/94, decisión del 30 de abril de 1996. Se trata de un pedido de decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE referida al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. En el marco del litigio doméstico el tribunal nacional que intervenía se planteó la duda acerca del alcance de la normativa comunitaria de cara a una legislación interna (la *Sex Discrimination Act* de 1975). En concreto se trataba de determinar si la primera tenía un ámbito de aplicación tal que incluyera, como un supuesto de discriminación por razón del sexo, el despido de una persona transexual a causa de la realización de un tratamiento y cirugía de cambio de sexo.

El caso es interesante aun desde la perspectiva de la “teoría de los diálogos” entre tribunales (supraestatales en este supuesto) ya que más allá de la mención, casi como al pasar y cual si fuese un simple dato, Estrasburgo no deduce de ese caso ninguna consecuencia o lección digna de resaltar. Sin embargo, creemos que Luxemburgo había dado un paso importante en la materia sobre la cual no se reparó en absoluto, aunque luego tendrá su reflejo en la otra sede cuando se produzca el cambio de jurisprudencia (asuntos “*Goodwin e I.*”).

El enfoque mismo del caso, en aquello que constituyó el punto neurálgico del litigio doméstico es una señal de lo que decimos: para establecer si había existido una discriminación en razón del sexo, lo primero era determinar a cuál de ellos pertenecía la demandante. Pero, para el derecho inglés vigente en ese momento una persona siempre sería considerada del sexo de nacimiento, tomando en cuenta para ello exclusivamente un criterio biológico. Todos los casos, como ya vimos, tienen como trasfondo la misma problemática que se arrastra cuanto menos desde el asunto “*Rees*” (al cual se hace referencia expresa en el párrafo 16 de la sentencia), y tiene su anclaje no solo en toda la normativa registral tenazmente mantenida por el Reino Unido, sino también en la doctrina jurisprudencial sentada por la High Court en el caso “*Corbett v. Corbett*”, a la cual el TEDH no tenía hasta ese entonces, ninguna intención de contradecir. Bien podría el TJ haberse plegado o acomodado a ese contexto decisional que surtiría los efectos de una buena cobertura. Pero en su lugar sentó un hito singular al sostener que la directiva comunitaria “no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo”, sino que debe abarcar también a las que tienen lugar “a consecuencia del cambio de sexo del interesado” (párrafo 20).



Según luce en la propia decisión que comentamos, la igualdad de trato tiene un significativo relieve en la jurisprudencia del TJ,<sup>39</sup> y será ese el principal punto de contacto cuando incida de lleno en la legislación nacional vinculada al matrimonio. El caso para resaltar en esta oportunidad es “*K. B. v. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*”<sup>40</sup> que involucra, nuevamente, al Reino Unido. El Tribunal de Luxemburgo no va a considerar la cuestión como un contraste de ventajas entre parejas matrimoniales y “aquellas que convivan sin estar casadas”,<sup>41</sup> sino que se va a enfocar en

39- Recuerda en este sentido que “es uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario” y además que “el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los Derechos Humanos fundamentales” cuyo respeto debe ese tribunal garantizar (párrafos 18 y 19).

40- Asunto C-117/01, sentencia del 7 de enero de 2004. Aquí la controversia giraba en torno al acceso a una pensión de viudedad del compañero transexual de la demandante. Como consecuencia de la sentencia *P./S.* recién comentada el Reino Unido modificó su legislación relativa a las discriminaciones por cambio de sexo. Pero se mantenían aún las restricciones derivada del sistema registral con impacto en la posibilidad de contraer matrimonio en la medida en que seguía considerándose nulo si los cónyuges no eran de distinto sexo. Y lo propio ocurría respecto del sistema de pensiones (ver párrafos 7 a 10). Como se aprecia, nada había cambiado luego de las decisiones del TEDH reprobatorias de la conducta estatal. Ante el pedido de la señora K. B. la NHS Pensions Agency le comunicó que en caso de premoriencia su compañero no podría recibir el beneficio “puesto que solo pueden disfrutar de esta prestación el cónyuge supérstite y ninguna disposición jurídica del Reino Unido reconoce la condición de cónyuge a falta de matrimonio legal”. Ante la demanda presentada los tribunales nacionales que conocieron el caso consideraron que el régimen de pensiones no era discriminatorio. Fue la *Court of Appeal (England & Wales)* la que plantó la cuestión prejudicial al TJ con base en el artículo 141 CE y la Directiva 75/117/CEE (párrafos 13 a 16).

41- En estos supuestos la jurisprudencia del TJ se aproxima bastante a la del TEDH y del TC español, según veremos oportunamente. En pocas líneas se podría resumir diciendo que es factible conceder ventajas a familias matrimoniales que no se hacen extensivas a las que no tienen ese origen sin que, en principio, se encuentre vulnerado el principio de igualdad. En las propias palabras del Tribunal: “El

un presupuesto del acceso a tales beneficios (la capacidad para contraer matrimonio) a efectos de establecer si se encuentra afectado el disfrute de un derecho protegido por el sistema normativo comunitario. Este requisito no podía ser cumplido por la demandante y su pareja por conocidas razones que no tenemos ya necesidad de reiterar.

El contexto (especialmente jurisprudencial)<sup>42</sup> en que se enmarca esta nueva intervención del Tribunal de Justicia es notoriamente diferente al anterior. Seguramente por ello la argumentación es extremadamente sencilla. Una breve referencia a las decisiones del TEDH<sup>43</sup> sobre el derecho a contraer matrimonio de las personas transexuales y una conclusión indubitable:

hecho de reservar determinadas ventajas a las parejas que hayan contraído matrimonio, excluyendo a todas aquellas que convivan sin estar casadas, obedece bien a la decisión del legislador o bien a la interpretación de las normas jurídicas de Derecho interno efectuada por los órganos jurisdiccionales nacionales, sin que los particulares puedan invocar discriminación alguna por razón de sexo prohibida por el Derecho comunitario” (párrafos 28 y 29).

42- Recordemos que incluso a nivel de los tribunales del Reino Unido se habían producido fisuras en la doctrina “*Corbett*”, según destacó el Tribunal Europeo en los casos resueltos en el año 2002. En este sentido, se hizo especial mención a la opinión disidente de Lord Justice Thorpe en el asunto “*Bellinger v. Bellinger*” (Tribunal de Apelación de Inglaterra y País de Gales, Civil División, del año 2001) en la que afirmaba que un trámite basado únicamente en los criterios biológicos ya no era aceptable teniendo en cuenta la evolución de la ciencia, de la medicina y de la sociedad, de modo tal que los fundamentos de la decisión “*Corbett v. Corbett*” ya no eran indiscutibles (ver el caso “*I. v. Reino Unido*”, párrafos 37, 38, 61, 64, 72, 84, etc.).

43- “Procede recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la imposibilidad de que un transexual contraiga matrimonio con una persona del sexo al que pertenecía antes de la operación de cambio de sexo, y que resulta del hecho de que, desde el punto de vista del estado civil, son del mismo sexo porque la normativa del Reino Unido no permite el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual, constituye una vulneración de su derecho a contraer matrimonio en el sentido del artículo 12 del CEDH” (párrafo 33).

“Una legislación como la controvertida en el litigio principal, que vulnera el CEDH<sup>44</sup> y que impide que una pareja como K.B. y R. cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro, debe considerarse, en principio, incompatible con las exigencias del artículo 141 CE” (párrafos 34 a 36).

Esta doctrina se expandirá a otros ámbitos y servirá de contraste de aquellas medidas estatales con potencial efecto discriminador por razón del cambio de sexo. Un buen ejemplo lo encontramos en el caso “*Richards*” en el cual el Tribunal de Luxemburgo reputó que la normativa comunitaria relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en materia de seguridad social (Directiva 79/7/CEE) “debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer”.<sup>45</sup>

44- Llama un poco la atención que el TJ no haya hecho ninguna mención a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, máxime en razón de la influencia que le atribuyó el TEDH a su artículo 9 en orden a un cambio fundamental de ideas en torno al “matrimonio tradicional”. Aunque podría pensarse que no hay omisión alguna sino una remisión en bloque a los argumentos del Tribunal de Estrasburgo.

45- Asunto C-423/04, “*Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*”, sentencia del 27 de abril de 2006 (ver en particular los párrafos 21 a 31). Interesa destacar que el TJ no desconoce las competencias estatales en torno al diseño de los regímenes de seguridad social “a falta de una armonización a escala comunitaria”. Sin embargo, esas facultades no pueden ser ejercidas sin respetar el derecho comunitario y en particular la prohibición de discriminación cuyas excepciones deben ser objeto de interpretación restrictiva (ver párrafos 33 y 36).

5. La consecuencia directa de toda esta jurisprudencia bien podría haber sido desacralizar el matrimonio heterosexual tradicional<sup>46</sup> y dar cabida como un contenido más del artículo 12 al celebrado entre personas del mismo sexo. El Tribunal de Estrasburgo todavía no ha dado ese paso. Pero, desde una lectura optimista de la jurisprudencia sobre estos “derechos en evolución” nos parece que ya se han sentado las bases para que, tal vez en un futuro no muy lejano, se llegue a ese pleno reconocimiento desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos y no solamente como una decisión de pura voluntad, dictada al amparo del margen de apreciación nacional.

El caso “*Schalk und Kopf v. Austria*”<sup>47</sup> nos permite reflexionar sobre estas cuestiones. Es cierto que muchas de las afirmaciones que hace el Tribunal al resolver este asunto bien podrían ser vistas como un retroceso en su jurisprudencia. En esta línea, ya hemos visto el esfuerzo que supuso para el reconocimiento del derecho al matrimonio de los transexuales alejarse de una concepción antigua de este derecho. De allí que no parezca del todo feliz un retorno a esas ideas, mediante la afirmación de que el artículo 12 tantas veces citado solo consagra “el concepto *tradicional* de matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer”. Tampoco decir ligeramente que esa elección de los términos de este precepto, a la vista de otros incluidos en el Convenio y del contexto histórico en el que se adoptó, debe considerarse “deliberada” ya que “en la década de 1950, el matrimonio se entendía claramente en el sentido tradicional

46- Seguimos en este punto el trabajo de B. RODRÍGUEZ RUIZ, “Matrimonio, género y familia en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 91, enero-abril 2011, p. 69 y ss.

47- Sentencia del 24 junio de 2010.

de la unión entre personas de distinto sexo”<sup>48</sup> (párrafos 53 y 55). De cualquier modo los tuteos son evidentes: con base en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,<sup>49</sup> un poco más adelante sostiene que “no puede considerarse ya que el derecho a contraer matrimonio [...] deba limitarse en todas las circunstancias a dos personas de sexo contrario” (párrafo 61).

El argumento neurálgico de este caso se encuentra, sin dudas, en la constatación de la inexistencia “de un consenso europeo respecto del matrimonio entre personas del mismo sexo”.<sup>50</sup> En una argumentación que recuerda por sobre todo a la utilizada en los casos “*F. y Johnston*” (*supra*, 2), con apoyo también en la interpretación auténtica de la norma de la UE precitada, el TEDH señala que “la cuestión del matrimonio del mismo sexo afecta a un área sensible de controversia social, política y

religiosa. En ausencia de consenso, el Estado disfruta de un margen de apreciación especialmente amplio”. En consecuencia “tal como están las cosas, la cuestión de la autorización o no del matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación de las Leyes nacionales de cada Estado Contratante”, sobre quienes no recae una obligación exigible de legislar en ese sentido y por sobre todo, sin que la Corte deba “apresurarse a sustituir con su propia apreciación la de las autoridades nacionales, mejor situadas para valorar y responder a las necesidades de la sociedad” (párrafos 46, 61, 62 y 63).

El elemento esperanzador se encuentra, a nuestro juicio, en la propia debilidad de los argumentos que sirven para rechazar la demanda. Pues si todo depende de la “convergencia de criterios entre los Estados Miembros” y en tanto eso no ocurra, el Tribunal se ve impedido de recurrir a su enfoque evolutivo de interpretación del Convenio (párrafo 46, primera parte), tendencia que claramente se encamina hacia una dirección aperturista y no de retroceso en el reconocimiento de los derechos.

Este mismo asunto puede ser visto como reflejo de esa afirmación. Luego de rechazar la queja referida a la vulneración del artículo 12 del Convenio, analiza el caso a la luz del artículo 8 y da un giro a su jurisprudencia. En efecto, en el caso “*Mata Estévez v. España*”<sup>51</sup> el TEDH había sostenido que “según la jurisprudencia constante de los órganos del Convenio, las relaciones homosexuales duraderas entre dos hombres no dependen del derecho al respeto de la vida familiar que protege el artículo 8 del Convenio”, sino que se subsumían en el ámbito de su “vida privada” que también protege esa norma.

48- A fin de no incurrir en una evidente contradicción con su interpretación de esta norma, sentada en los casos “*I.*” y “*Goodwin*”, el Tribunal sostiene que allí se hace referencia “al matrimonio entre los miembros de una pareja de distinto género si éste no se define por criterios puramente biológicos, sino teniendo en cuenta otros factores, como el cambio de género de uno de ellos” (párrafo 59). Justamente sobre la última cuestión giraba la idea de la evolución que no podía haber sido considerada en la época en que se redactó el CEDH.

49- Emplea una fórmula impersonal: “El derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las Leyes nacionales que rigen su ejercicio”. En los casos citados en la nota precedente el TEDH sostuvo que este artículo se apartaba deliberadamente del artículo 12 del Convenio al excluir la referencia al hombre y a la mujer.

50- Un poco antes había dicho que “el Tribunal revisó su posición sobre la posibilidad de que los transexuales quirúrgicos se casen con una persona del sexo contrario a su nuevo género, en atención al hecho de que la mayoría de los Estados Contratantes permitían estos matrimonios. Por el contrario, no existe esta convergencia de criterios en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo” (párrafo 46). Las referencias al estado de la legislación en el marco de los Estados Miembros del Consejo de Europa se encuentran en los párrafos 27 a 34.

51- Decisión de inadmisibilidad del 10 mayo de 2001.

Aquí, luego de precisar ese mismo encuadre (párrafos 90 y 92) y de recordar otras líneas de su jurisprudencia sobre el concepto de “familia”, que veremos en la sección siguiente,<sup>52</sup> sostiene que desde su decisión de comienzos del nuevo siglo “se ha producido en muchos Estados Miembros una rápida evolución de las actitudes sociales hacia las parejas del mismo sexo y bastantes de ellos les han otorgado reconocimiento legal”. Frente a esto “considera artificial” sostener el diferente trato y consideración, ya que esto implicaría negar la tutela que el CEDH otorga a la “vida familiar” que sí se admite de cara a otras relaciones (parejas del mismo sexo) que también viven juntos en una unión estable de facto (párrafos 93 y 94).<sup>53</sup>

### Sección 2<sup>da</sup>: Familia y vida familiar a la luz de la jurisprudencia (TJUE, TEDH y TC)

6. En los parágrafos precedentes hemos analizado la relevancia de la unión matrimonial como fuente u origen de la familia. El TEDH, como se ha visto, desvinculó la posibilidad de te-

52- Valga como adelanto que según esta jurisprudencia “no se limita a las relaciones matrimoniales y puede incluir otros vínculos ‘familiares’ de facto en los que las partes conviven fuera del matrimonio” (párrafo 91).

53- Lo cual no quiere decir que el planteo de la demanda fuera admitido ya que también se lo desestimó desde esta perspectiva. Sostuvo el Tribunal que si “el artículo 12 no impone a los Estados Contratantes la obligación de otorgar a las parejas del mismo sexo acceso al matrimonio, el artículo 14, tomado en conjunción con el artículo 8, una disposición de finalidad y ámbito más generales, no puede interpretarse tampoco como generadora de esta obligación” (párrafo 101). En el mismo sentido se pronunció muy poco después, aunque en esta ocasión sí se admitió la demanda. Conf. asunto “P. B. y J. S. v. Austria”, sentencia del 22 de julio de 2010 (en particular párrafos 29, 30, 33 y 34) en donde se decidió que la negativa de las autoridades austriacas a extender el seguro de salud y accidentes del segundo demandante al primer demandante, debido a su orientación sexual, constituía una medida violatoria del artículo 14 del CEDH tomado en combinación con el artículo 8 del mismo instrumento internacional (párrafos 36 y ss.).

ner descendencia del derecho a casarse, lo cual amplió el espectro de sujetos titulares en un ciclo que no puede todavía considerarse cerrado ni concluido. Tampoco sería una conclusión acertada, a nuestro entender, aquella que dedujera, como corolario del análisis precedente, que la familia de ese origen es la única o exclusiva o siquiera principal destinataria de la protección que estos instrumentos dispensan. Este último punto, sin embargo, presenta aun facetas no del todo esclarecidas, sobre todo en torno a la posibilidad de que el legislador nacional dicte normas que favorezcan más ampliamente a la familia matrimonial que a otras uniones estables, producto de una dinámica social que se niega a cerrarse a los estereotipos tradicionales.<sup>54</sup> Así resulta de la experiencia española a partir de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, la cual cuenta con apoyo, para ser completamente honestos, de la jurisprudencia de Estrasburgo y aun del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

6.1. Digamos, a fin de asumir las limitaciones que se nos presentan, que el propio Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>55</sup> ha reconocido que el concepto de familia puede diferir de un Estado a otro y aun entre regiones dentro de una misma jurisdicción estatal, de manera que no es posible dar una definición

54- Incluso Díez-Picazo la define como “el vínculo que une a quienes descienden de un tronco común y, en el mundo actual en que prima la llamada ‘familia nuclear’, es especialmente el vínculo entre padres e hijos. La protección constitucional de este vínculo, que lleva aparejados derechos y deberes, opera también cuando no se apoya en el matrimonio” (*Sistema de Derechos Fundamentales*, p. 493, Editorial Civitas, 3<sup>ra</sup> edición, 2008). Otros conceptos son más abiertos (*vid.* RODRÍGUEZ RUIZ, *op.cit.*), incluso desde la perspectiva del TC y del TEDH, como tendremos ocasión de revisar más adelante.

55- Observación General N° 19, párrafo 2, Comité de los Derechos Humanos, *Artículo 23 - La familia*, 39º período de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).

uniforme. Es entonces en el ámbito doméstico en donde se establecerá su alcance y el Pacto (de 1966 sobre Derechos Civiles y Políticos) se aplicará a todo aquello que el derecho interno considere que es una familia. A los efectos del control que ejerce ese órgano internacional le interesa especialmente que las partes hagan explícita “la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos”. Y cuando existieran varios, es necesario precisar el grado de protección que se otorga a cada tipología. En particular, añade el Comité, “en vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”.

Sobre estas cuestiones se ha dicho<sup>56</sup> que la protección de la vida familiar es uno de los ámbitos en los que se ha producido una mayor transformación desde su reconocimiento originario en el CEDH, básicamente en razón de una interpretación constructiva llevada a cabo por el Tribunal de Estrasburgo. Indicamos más arriba que aun antes del caso “*Rees*” ya habían visto la luz las primeras interpretaciones del artículo 8, precisamente a los fines de aclarar el alcance de la garantía que supone esta norma en lo que respecta al derecho a la *vida familiar*.<sup>57</sup> Más aún: uno de sus integrantes llamó especialmente la atención

56- PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *El Derecho Europeo de Familia*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, N° 22, Estudios, 2008 (westlaw.es).

57- Conviene aclarar, siguiendo el trabajo citado en el texto, que la terminología que emplea el Tribunal es muy variada y, en muchas ocasiones, parece que se tratase de términos intercambiables. Así el *case-law* registra el uso de los términos “familia, relaciones familiares, célula familiar, lazos familiares”, etc.

sobre la necesidad de coherencia en la interpretación de todas aquellas normas convencionales que impactan sobre una misma materia.<sup>58</sup>

En efecto, el asunto “*Marckx v. Bélgica*”<sup>59</sup> inauguró una saga que sin hiatos ni fisuras se mantiene lozana y en permanente expansión hasta el presente. Dijo entonces el Tribunal de Estrasburgo que la norma citada *presupone la existencia de una familia*. Y a fin de precisar su alcance “lo cual prácticamente no ha tenido oportunidad de realizar hasta este momento” señaló sin ambages que estaba “totalmente de acuerdo con la constante jurisprudencia de la Comisión en un punto capital: que el artículo 8 no distingue entre familia legítima e ilegítima”. Tal distinción, añadió, no sería compatible con el término “toda persona” con el que principia la norma. Como argumento adicional refirió que el artículo 14 del Convenio prohíbe en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por el pacto, cualquier discriminación fundada en el nacimiento.<sup>60</sup> De modo tal, concluyó, que

58- Sostuvo el juez Martens en “*Cossey*” que interpretar el artículo 12 según una concepción tradicional “concuera difícilmente con la construcción moderna, abierta y pragmática del concepto de vida familiar que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal...” (apartado 4.4.3. última parte).

59- Sentencia del 13 de junio de 1979; *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, op.cit., pp. 130/131.

60- La prohibición de trato discriminatorio penetra al interior del grupo familiar. Valgan como ejemplo los casos “*Burghartz v. Suiza*” (sentencia del 22/2/94) y “*Hoffmann v. Austria*” (sentencia del 23/6/93). En el primero la Corte hizo hincapié en que el progreso hacia la igualdad de sexos era un fin importante para los miembros del Consejo de Europa. Por lo tanto, señaló, solo consideraciones muy fuertes pueden llevar a aceptar como compatible con el Convenio una diferencia de tratamiento fundada exclusivamente en tal motivo. No tenían suficiente peso los argumentos esgrimidos por el Estado demandado ya que, según el tribunal, “la cesión por el marido de su apellido al nombre común, incluyendo a la esposa, no refleja la unidad de la familia en un mayor grado que la solución inversa [...] Nada diferencia la elección por los esposos de uno de los apellidos, en preferencia al otro, como nombre de familia... no es más razonable preferir al hombre frente a la

este artículo “debe aplicarse a la vida familiar de la familia natural de igual forma que a la de la familia legítima”.<sup>61</sup> Incluso la tutela alcanza a la *familia proyectada*, según aclaró la Corte en el caso de “*Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido*”,<sup>62</sup> el cual interesa destacar porque reafirma esta idea unitaria y no discriminatoria de salvaguardia. Se sostuvo<sup>63</sup> que “sea lo que fuere que la palabra ‘familia’ pueda *además* significar, debe en todo caso incluir la relación nacida de un matrimonio legal y no ficticio... incluso si una vida familiar... no ha sido plenamente establecida. Deben considerarse tales uniones como suficientes para merecer el respeto debido en virtud del artículo 8”. La vida familiar de la pareja casada, prosigue, comprende normalmente la convivencia. Y esta afirmación (casi de

sentido común) se corrobora por los términos del artículo 12 “porque es difícilmente concebible que el derecho a fundar una familia no comprenda el derecho a vivir juntos”.

Así, como podemos apreciar, en el marco de este artículo tienen cabida tanto el concepto tradicional de familia, basado en el matrimonio y en los derechos y obligaciones típicos de la unión conyugal, cuanto otras relaciones en las que las personas conviven fuera del matrimonio o bien bajo un vínculo jurídico de efectos similares al amparo de los variados regímenes sancionados en distintos países europeos. Procede recordar, en este punto, la corriente jurisprudencial mencionada en el párrafo 91 del asunto “*Schalk und Kopf v. Austria*” respecto de lo que el TEDH entiende por “familia”. Debemos reconocer, no obstante lo expuesto hasta el momento, que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en torno a los derechos que se adscriben a las parejas estables del mismo sexo respecto de su vida familiar no guarda una absoluta coherencia. Pese al importante paso que supuso, al menos incluir tales relaciones en los márgenes del concepto de familia, aun al día de hoy el TEDH se niega a dar el paso que supone una igualación de *status* entre parejas homosexuales estables y parejas matrimoniales. En efecto, más allá de las consideraciones plasmadas en la trascendente sentencia pronunciada en el asunto “*Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*”<sup>64</sup> en casos posterior-

---

mujer... [por lo cual] la diferencia de trato en litigio carece de justificación objetiva y razonable...” (*Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op.cit.*, p. 134). En el restante asunto la Corte Europea consideró que utilizar como argumento para atribuir la patria potestad a uno de los padres en detrimento del otro (cuando ambos la reivindican) las consecuencias prácticas que podrían acarrear para los menores las convicciones religiosas de uno de los ex cónyuges constituía un trato discriminatorio basado en la religión que no podía ser tolerado. En el caso se reputó que no existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (*ibid.*, pp. 135/136).

61- *Vid.* párrafos 30 y 31. La referencia recurrente a los consensos lleva al Tribunal a señalar la opinión del Comité de Ministros del Consejo de Europa en torno a la consideración como “familia” de una mujer soltera y su hijo. Como veremos más adelante, la existencia de un vínculo legal junto con la asunción de responsabilidades permiten al tribunal verificar la “existencia de una auténtica vida familiar”, tal como se reputó en este caso.

62- Sentencia del 28 de mayo de 1985, en especial párrafo 62; *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op.cit.*, p. 136 y ss.

63- Un aspecto curioso del caso es precisamente que el gobierno demandado haya empleado el argumento en un sentido contrario a la conexión a la que se hace referencia en la sección anterior, lo cual provocó la necesidad de que el TEDH tuviese que replicar que el “matrimonio”, por vía de principio, genera “familia”.

---

64- Sentencia del 21 diciembre de 1999, que descalificó en términos muy duros las decisiones de los tribunales internos por lo que ellos suponían en orden a tolerar una medida discriminatoria que además pretendía ampararse en el interés superior del niño y un presunto derecho de “vivir en el seno [...] de una familia tradicional portuguesa”. Señaló el Tribunal que tales afirmaciones “lejos de constituir simples formulaciones torpes o desafortunadas [...] hacen pensar, por el contrario, que la homosexualidad del demandante pesó de modo determinante en la decisión final”, distinción intolerable desde la perspectiva del Convenio Europeo (ver, en especial, párrafos 34 a 36). No olvidemos, sin embargo, que un año antes, en “*Sheffield y Horsham*”, defendía una postura semejante



res defendió la posibilidad del Estado de dictar regulaciones que tuvieran por base la intención de proteger a la familia desde un punto de vista “tradicional” de esa institución. Es ilustrativo en este sentido, por ejemplo, el asunto “*Karner*” en el cual sostuvo que esa era “una razón poderosa y legítima que pueda justificar una diferencia en el trato”, aunque condicionaba su conformidad con el CEDH al respeto del principio de proporcionalidad quizás con un componente agravado en razón de estar presente un supuesto de potencial trato discriminatorio por razón de sexo u orientación sexual.<sup>65</sup> El asunto “*Kozak*” es también reflejo de esta postura aunque con una tendencia a reducir el margen de apreciación del Estado que “debe necesariamente tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en la percepción de la cuestiones sociales, relacionales y de estatus civil, incluido el hecho de que no existe solamente una manera o una opción en el ámbito de cómo una persona lleva o entiende su vida privada o familiar”.<sup>66</sup> La postu-

---

respecto del matrimonio, aunque parece que pesó más aquí el profundo desagrado que causaron las expresiones de los tribunales portugueses, de allí el fuerte reproche que se formula a esas sentencias. Contrasta con la decisión del TEDH en el asunto “*P. V. v. España*” (sentencia del 30 noviembre de 2010) en la cual el Tribunal consideró que la restricción del régimen de visitas no fue el resultado de una discriminación basada en la transexualidad de la demandante sino en una ponderación basada en el interés superior del niño a la vista de su inestabilidad emocional coyuntural, producto del tratamiento que estaba llevando adelante con motivo de su elección de identidad sexual.

65- Asunto “*Karner v. Austria*”, sentencia del 24 julio de 2003, en particular los párrafos 40 y 41. Añadió que esta finalidad de protección de la familia en el sentido tradicional es bastante abstracta y se pueden utilizar una amplia variedad de medidas para ponerla en práctica. En el caso concreto se entendió que el gobierno no ofreció “razones poderosas y convincentes” para justificar una interpretación restrictiva de una ley de arrendamientos que impedía al compañero superviviente de una pareja del mismo sexo subrogarse en el contrato de alquiler de un piso.

66- Asunto “*Kozak v. Polonia*”, sentencia del 2 marzo de 2010, en especial párrafos 98 y 99. También aquí se reputó

ra se mantiene hasta el presente, según da cuenta el muy reciente asunto “*X y otros v. Austria*” en el cual se replican idénticos argumentos.<sup>67</sup>

6. 2. Debemos destacar que así como lo que sea una *familia de derecho* queda deferido al derecho interno de cada Estado Parte en el Convenio, es solo a través de la vasta casuística del TEDH que podemos detectar una noción de *familia de hecho*. Un estudio de los criterios empleados ha dado como resultado, por ejemplo, que se ha considerado tal a parejas no casadas, a una mujer soltera y su hija, a un hombre y su hija extramatrimonial, a una persona (heterosexual u homosexual) y a un niño adoptado, etc.<sup>68</sup>

La indeterminación normativa de la noción *vida familiar* ha dado lugar a una concepción fáctica del precepto para cuya clarificación, en la medida de lo posible, se ha elaborado una taxonomía que combina aquellos criterios que se entienden de mayor relevancia en orden a la definición que se busca, por ejemplo, el parentesco, la efectividad de la relación interpersonal, la apariencia de familia, e incluso lo que se ha denominado la “voluntad contrariada de establecer una relación” (la intención de tener un vínculo familiar que se ve frustrado por

---

que se había violado el Convenio por no haberse esgrimido ninguna razón convincente o concluyente que justifique la distinción de trato (el caso también versa sobre la posibilidad de subrogación arrendaticia).

67- Sentencia del 19 de febrero de 2013 (en especial párrafos 137 a 141). Si bien no entraremos en el delicado tema que plantea esta sentencia en la medida en que obligaría a analizar la evolución jurisprudencia habida en el respecto al menos desde el caso “*Fretté v. Francia*” (sentencia del 26 de febrero de 2002) señalamos que por un margen mínimo (diez votos contra siete) el Tribunal consideró que sí se entendió que hubo una violación del Convenio (a la luz de los artículos 8 y 14) cuando se comparaba la situación de los demandantes con la de una pareja de distinto sexo no casadas en el que uno de sus miembros quiere adoptar al hijo del otro, posibilidad que la legislación austríaca niega a las parejas homosexuales.

68- *Derecho Europeo de Familia*, *op.cit.*, apartado IV.



causas ajenas y no queridas de parte de quien lo reivindica).<sup>69</sup>

Por sí solos, cada uno de estos factores puede ser visto como una condición necesaria y pese a ello no resultar suficiente para que se considere la existencia de “vida familiar” en los términos del artículo 8 CEDH. Es la suma y ponderación de aquellos elementos<sup>70</sup> los que permiten llegar a esa conclusión, a los efectos de analizar el caso a la luz de este precepto para luego entrar a considerar si la conducta estatal que se cuestiona importa o no una injerencia que no está amparada por el Convenio.

Las citas de referencia podrían ser incontables.<sup>71</sup> Por eso hemos preferido rescatar la idea a grandes rasgos y trabajar a continuación solo con tres asuntos que se refieren a España y hacen foco en un criterio también muy importante que involucra a los niños en el seno familiar. En este sentido, Presto Linera indica que en cualquiera de las fórmulas que determinan la existencia de “vida familiar” cobra una relevancia especial el objetivo de procurar la integración del menor en su familia biológica desde el momento mismo de su nacimiento. A punto tal es importante que la jurisprudencia del TEDH ha sido calificada de *pedocéntrica* por la relevancia otorgada al interés superior del niño, directriz

69- La clasificación pertenece a Frédéric Sudre expuesta en los trabajos que cita PRESTO LINERA, *op. cit.*, apartado II.

70- Por ejemplo, a más del parentesco biológico, las circunstancias en que se manifiestan esas relaciones, si ha existido convivencia y por cuanto tiempo (aunque este no es un elemento definitorio), los comportamientos o roles asumidos por los demandantes y aun el interés demostrado a efectos de crear lazos afectivos.

71- Lo demuestra la profusa reseña que lleva a cabo PRESTO LINERA, *op. y loc. cit.*; también se ha consultado un trabajo de ALMEIDA, Susana, “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relaciones de familia”, ponencia presentada para el curso *Cuestiones de Derecho Internacional Privado de Familia*, Red Europea de Formación Judicial, Universidad de Salamanca, 2010 (disponible en línea: [www.academia.edu](http://www.academia.edu)).

hermenéutica que aun sin estar plasmada de manera expresa en el CEDH ha tenido un uso intensivo con base en la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>72</sup>

**6.3.** En el ordenamiento jurídico español, enseña Díez-Picazo,<sup>73</sup> los derechos en materia de familia presentan un panorama heterogéneo. Si nos ceñimos al texto constitucional de 1978 encontramos una primera referencia en el artículo 18 que garantiza el respeto a la *intimidad familiar* (tanto en el inciso 1° cuanto en el 4° que se vincula con el uso de la informática), texto que se asemeja al artículo 8 del CEDH. Luego, de modo más específico, el artículo 39 establece la obligación de los poderes públicos de asegurar su *protección social, económica y jurídica* (inciso 1°). De su lado, el artículo 32 consagra el derecho a contraer matrimonio, el cual la CE —a diferencia del Convenio Europeo y de otros tratados e instrumentos internacionales de referencia para España en los términos del artículo 10.2<sup>74</sup> e incluso apartándose de los propios antecedentes constitucionales y de otros modelos existentes al tiempo de su sanción<sup>75</sup>— no ha re-

72- *Ibid.*, La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sí lo incorpora en su texto (artículo 24.2); SALANOVA VILLANUEVA, Marta, *Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi Civil-Mercantil, 2003 ([westlaw.es](http://westlaw.es)).

73- *Sistema...*, pp. 485 y ss. La sistemática del constituyente justifica la apreciación de este catedrático ya que algunos preceptos se incluyen en la famosa sección 1ª del Capítulo II del Título I, otros en la sección 2ª y un tercer grupo en el capítulo III del Título I, lo que da por resultado un régimen diferenciado de tutela más allá del valor jurídico que todos adquieren por formar parte del texto constitucional.

74- Según enseñara el profesor A. Saiz Arnaiz este artículo se refiere a la conformidad como compatibilidad o ausencia de contradicción pero no a la plena identidad o conformidad en sentido fuerte (*La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica. Un análisis desde la Constitución Española*; material facilitado por el autor).

75- Es usual citar, a este respecto, los artículos 23 y 10.1 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y

lacionado con el objetivo de o con el derecho a fundar una familia.<sup>76</sup>

El Tribunal Constitucional, en la trascendente sentencia sobre el matrimonio homosexual del año pasado, ha recordado, que “matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que ‘el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio [...] ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia’ [...] Por tanto, son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales [...] y, sobre todo, los hijos a los que el art. 39 CE, que ‘refleja una conexión directa con el art. 14 CE’ [...] protege ‘con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del

matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 del Código Civil) o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (arts. 110 y 111 *in fine*, CC)’”.<sup>77</sup>

En esa misma ocasión recordó que no se ha llevado a cabo desde ese estrado una definición del “concepto constitucional de familia” aunque ello no impide determinar, agrega, que en el art. 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen.<sup>78</sup> En rigor, no creo que sea del todo cierto que el TC no haya elaborado una definición al respecto. La sola circunstancia de haberse acomodado a la interpretación del TEDH sobre el artículo 8, que la sentencia citada precedentemente se encarga de recordar,<sup>79</sup> es de por sí una verdadera toma de posición.

Además, no se trata de un temperamento adoptado recientemente sino que la postura se remonta a tiempo atrás. Es cierto que en sus primeras decisiones de los años ochenta “se resistió a desvincular la familia y la obligación de protegerla de la tutela del matrimonio” pero paulatinamente —con “reticencia” se dirá— fue admitiendo que ambas instituciones no estaban acopladas ni superpuestas. A comienzos de los

Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente; el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; por supuesto el artículo 12 del CEDH al que se hizo referencia *in extenso* en la sección anterior; más recientemente el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la cual también hicimos mención. Entre los antecedentes del texto de la CE se señala el artículo 31 de la Constitución de 1931; como modelos de referencia, los ejemplos constitucionales de Irlanda e Italia.

76- Más allá de las opiniones, que no son pacíficas, para DIEZ-PICAZO el matrimonio es un derecho fundamental porque es el medio normal de constituir la familia y, en su opinión, aquel que el constituyente estima más beneficioso para la sociedad. Sin embargo, agrega, de esta finalidad no es posible interpretar que el matrimonio incluya un principio general de protección de la familia. El apoyo constitucional de esta tutela se encuentra, por el contrario, en el artículo 39 CE el cual opera también cuando no se apoya en el matrimonio, sea que se hubiese roto o nunca existiera. Al estar configurado este último precepto como un *principio rector de la política social y económica* el margen de apreciación del legislador para incidir sobre la institución familiar es mayor incluso a la hora de tomar decisiones que impliquen un trato diferenciado con respecto a parejas unidas en matrimonio (*Sistema...*, en especial pp. 486, 488, 489 y 493).

77- STC 198/12, FJ 5, con remisión a anteriores pronunciamientos: SSTC 222/1992, 154/2006 y 19/2012.

78- *Idem*, con cita de la STC 45/1989.

79- Ya en el voto particular del magistrado Vicente Gimeno Sendra en la STC 184/1990 se pregonaba que la traslación de la doctrina del TEDH (se citaban al efecto los asuntos “*Marckx y Johnston*”) a los arts. 18.1 y 39.1 CE habría de llevar a la conclusión “de que, al igual que el Convenio de Derechos Humanos, también nuestra Constitución protege, no solo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural, por lo que, junto a la familia matrimonial, también han de merecer protección constitucional las denominadas ‘uniones conyugales de hecho’”.

años noventa “abordó por primera vez la doble tarea de esbozar un concepto constitucional de familia y de establecer criterios para determinar el ámbito de las obligaciones de los poderes públicos para con las familias no matrimoniales”. El resultado fue una noción “amplia y flexible” que permite incluir en ella no solo los usuales ejemplos (parejas o uniones de hecho, de igual o distinto sexo) sino fundamentalmente otros modelos de convivencia (por ejemplo, parejas de amigos o hermanos u otros parientes) “cuya relación, sin ser para-conyugal, se encuentra presidida por los principios de solidaridad y dependencia recíproca”.<sup>80</sup>

Esta última decisión (nos referimos a la STC 222/92) elabora el concepto constitucional de familia a partir de concebirlo como “un marco de solidaridades y de dependencias” que no puede ser objeto de constricciones o miradas restrictivas que no se corresponden con una sociedad plural. La familia, dice el TC, es objeto de protección por sí misma lo cual responde a imperativos ligados al carácter social del Estado (arts. 1.1 y 9.2 CE) y a la atención de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresan. Por consiguiente, el artículo 39 CE no puede “entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio”.

Ya hemos visto que esa doctrina se mantiene hasta el presente (*supra*, STC 198/2012; retoma los mismos conceptos la STC 93/2013)<sup>81</sup>. Y también ha perdurado hasta ahora aquella según la cual, en cumplimiento del mandato contenido en el art. 39.1 CE podría el legislador tomar en cuenta el diferente origen de la constitución

80- RODRÍGUEZ RUIZ, *op. cit.*, pp. 88 a 90.

81- Fallo del 23 de abril de 2013, emitido en el marco de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con la Ley Foral 6/2000 para la igualdad jurídica de las parejas estables.

familiar al momento de disponer medidas favorables respecto de la surgida a partir del matrimonio, aunque no así para imponer medidas de gravamen. En este último caso, habría que tener cuidado con la posibilidad de provocar una lesión al principio de igualdad y más aún en general un perjuicio que confronte de modo directo con el mandato constitucional que ordena la protección de la familia.

Esta es una vieja doctrina del TC<sup>82</sup> que constantemente vemos que se reitera en un análisis casuístico de las medidas diferenciadoras, cuya justificación se encara a partir del control de su razonabilidad ya que no se ha elaborado un catálogo firme de pautas generales de actuación.<sup>83</sup> Las pensiones de viudedad son un clásico ejemplo<sup>84</sup> que nos permitimos citar en especial ante la existencia de pronunciamientos del TEDH pun-

82- La posición de síntesis que efectuamos en el texto la elaboramos a partir de la STC 45/1989, en particular FJ 6 y 7. Es otro ejemplo la STC 222/1992, en donde se añadió también que “corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo tal mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte a priori constitucionalmente obligado”.

83- RODRÍGUEZ RUIZ, *ibidem*, p. 91. Se dijo al respecto en la referida STC 222/1992 que la pregunta acerca de si el matrimonio, más allá de esta regulación civil que le es propia, puede constituirse en supuesto de hecho de otras normas jurídicas que, en sectores distintos del ordenamiento, atribuyan derechos o, en general, situaciones de ventaja “no admite respuestas radicales o genéricas”. La Constitución, añadió, no da una respuesta unívoca o general para este tipo de problemas, aunque sí impone que las diferenciaciones normativas que tomen como criterio la existencia de una unión matrimonial se atemperen, según su diverso significado y alcance, al contenido dispositivo de la propia norma fundamental.

84- En fecha temprana el TC declaró que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida” (ATC 156/1987).

tualmente referidos al Estado español.<sup>85</sup> Para el intérprete máximo de la CE el matrimonio y la convivencia son dos situaciones diferentes que pueden recibir un trato distintivo por parte del legislador. En un caso se trata de una institución social garantizada al máximo nivel normativo y en el otro no, e incluso este último no está emplazado siquiera como un derecho constitucional a su establecimiento ni su existencia permite reclamar medidas idénticas a las que se pueden establecer respecto del primero.<sup>86</sup>

Sobre esto advertimos, como señal de evidencia del intercambio de técnicas entre los diferentes órganos que integran la tutela multinivel en materia de derechos fundamentales, un razonamiento similar al que utiliza el TEDH y sobre el que reparamos en oportunidad de analizar su doctrina sobre matrimonio. El amplio margen de libertad en la configuración del sistema social que se reconoce al legislador lo habilitaría a extender *en más* ciertos derechos, beneficios o ventajas que les reconoce a las familias de origen matrimonial. Ahora, si no lo hace tampoco entramos en el campo de la inconstitucionalidad por omisión por lesionar, sea de modo directo o no, los artículos 14 y 39 del texto constitucional.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional española sobre el artículo 14 CE ha considerado que esta cláusula habilita a los individuos a exigir un trato igual ante situaciones comparables.<sup>87</sup> Pero el TC no ha admitido, sin embargo, la existencia de un derecho subjeti-

vo a recibir un trato normativo desigual con fundamento en que el legislador no ha tomado debidamente en cuenta la falta de similitud de los casos y los ha regulado, por el contrario, de un modo idéntico. Esta doctrina, que se suele reconocer bajo el nombre de “discriminación por indiferenciación”, no es bien recibida bajo el pretexto de los importantes problemas que podría suponer por contradecir tanto el propio principio de igualdad formal como el principio general de distribución de competencias entre el poder legislativo y el judicial.<sup>88</sup> Determinadas alusiones al funcionamiento de la regla de igualdad del artículo 14 del CEDH, a la luz de su jurisprudencia previa, que resultan de la sentencia dictada en el asunto “*Muñoz Díaz*”, hacen pensar que el Tribunal de Estrasburgo podría estar haciendo uso de la doctrina expuesta precedentemente aun cuando no dejamos de advertir el peso que tuvieron al adoptarse esa decisión otros factores, tales como la pertenencia de la demandante a una minoría étnica.<sup>89</sup>

Si bien consideramos consistente la decisión del TEDH e incluso que resuelve con justicia el caso a la luz del bloque normativo que manda proteger a la familia,<sup>90</sup> no creemos que esa sen-

85- Asuntos “*Mata Estévez v. España*” (decisión de inadmisibilidad de la demanda ante el TEDH del 10 de mayo de 2001) y “*Muñoz Díaz v. España*” (sentencia del 8 de diciembre de 2009).

86- Tomamos como ejemplo la STC 184/1990 entre otras en igual sentido, por caso, la STC 77/1991 que se refiere al mismo tema y reitera *in totum* los argumentos de la primera.

87- BERENGUER ALBALADEJO, Cristina *op. cit.*, p. 132 y ss.

88- *Ibid.*, p. 133 (con cita de las SSTC 75/1983; 86/1985; 52/1987; 19/1988; 308/1994; 36/1999; 88/2001 en las cuales el TC sostuvo que “el artículo 14 CE reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato”) y especialmente pp. 135 y 136.

89- *Ibid.*, pp. 136/141. Sobre el caso del TEDH ver, en concreto, los párrafos 47, 48 y 65.

90- No todos son elogios. En un comentario muy crítico sobre este fallo se ha expuesto que “el Tribunal olvida que su función se inscribe en el Estado de Derecho y no en la órbita social de nuestro modelo de Estado, e incurre en un decisionismo judicial que pone en cuestión su propia legitimidad. Su Sentencia no es solamente injusta, desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino que consagra una intolerable injerencia que debería llevar a sus autores a reflexionar sobre la extensión y los límites de su jurisdicción” (*vid.* MATIA PORTILLA, Francisco Javier, *Condena por una*

tencia implique una rectificación de la doctrina jurisprudencial expuesta en el caso “*Mata Estévez*” que rechazó la demanda ante la jurisdicción de Estrasburgo. En este supuesto, a más de decir que el CEDH “no garantiza como tal el derecho a pensión”, señaló que la distinción en el trato se encontraba amparada por el margen de apreciación del Estado cuya legislación, además, perseguía un fin legítimo “a saber la protección de la familia fundada en los vínculos del matrimonio”.

Más allá de no compartir estas últimas apreciaciones, básicamente por incubar un prejuicio, podemos entenderlas en un contexto de transición de las ideas del Tribunal hacia una mayor tutela de la elección sexual de las personas como parte de su derecho a la libre determinación de la personalidad.

**6.4.** Referido a este último supuesto, según apreciamos de algunas decisiones, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo guarda armonía con la de su par de Estrasburgo. Tengamos en cuenta que más allá de la “fórmula impersonal” que utiliza el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no podemos negar que esa norma contiene una remisión expresa a la legislación nacional que regula el ejercicio de tal derecho.

A este respecto no es del todo aplicable la doctrina estudiada respecto de las personas transexuales, más allá de un encuadre general de la situación en las cláusulas de igualdad que rigen en el derecho comunitario, sea de modo general<sup>91</sup> o en áreas o sectores específicos. Ya se-

*discriminación inexistente (Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)*, Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 92, mayo-agosto (2011), pp. 355-382.

91- El Preámbulo de la Carta sitúa a la igualdad como uno de los valores indivisibles sobre los que está fundada la Unión. Luego, el Título III está consagrado expresamente a ella, en un haz de derechos que incluyen la clásica y genérica “igualdad ante la ley” (artículo 20), la “prohibición

ñamos la importancia que se le asigna al derecho a no ser discriminado en razón del sexo el cual constituye “uno de los Derechos Humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia”.<sup>92</sup> Sin embargo, también resaltamos la advertencia de este órgano jurisdiccional en torno a las ventajas que los Estados pueden acordar a las parejas matrimoniales en detrimento de las que no lo están, sin que de ello se derive una infracción a esas reglas sentadas en materia de igualdad y no discriminación.<sup>93</sup>

El asunto “*Grant*”<sup>94</sup> es representativo de esta línea de pensamiento. Al responder a la cuestión prejudicial planteada por un tribunal del Reino Unido, expresamente se sostuvo que “en el estado actual del Derecho en el seno de la

de toda discriminación”, entre otros, por razón de “sexo” y “orientación sexual” (artículo 21.1) y, si bien referido a la igualdad entre hombres y mujeres, la habilitación de medidas de acción positiva “que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado” (artículo 23 segundo párrafo).

92- Asuntos “*P./S.*” (párrafo 19); “*Richards*” (párrafo 23).

93- Asunto “*K. B.*” (párrafo 28).

94- Asunto C-249/96, “*Lisa Jackeline Grant v. South-West Trains Ltd.*”, sentencia del 17 de febrero de 1998. El litigio se suscitó con motivo de la negativa de la empleadora de la demandante a conceder reducciones en el precio de los transportes a su pareja. Se alegó como motivo que ese beneficio solo podía otorgarse en favor de un compañero del sexo opuesto. El tribunal doméstico que intervenía en el asunto ante el recurso de la señora Grant planteó una serie de cuestiones prejudiciales vinculadas con el principio de igualdad y de no discriminación por razón del sexo. En concreto, según resume el TJ, “el Juez nacional quiere saber si el hecho de que un empresario se niegue a conceder una reducción en el precio de los transportes en favor de la persona, del mismo sexo, con la que un trabajador mantiene una relación estable constituye una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado y por la Directiva 75/117, cuando esa reducción se concede en lo que respecta al cónyuge del trabajador o a la persona, de distinto sexo, con la que éste mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial” (*vid.* en particular párrafos 10, 11 y 15). Como decimos en el texto, la respuesta fue negativa.

Comunidad,<sup>95</sup> las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo. Por consiguiente, el Derecho comunitario no obliga a un empresario a equiparar la situación de una persona que tiene una relación estable con un compañero del mismo sexo a la de una persona casada o que tiene una relación estable sin vínculo matrimonial con un compañero del otro sexo [...] solo al legislador puede corresponder adoptar, en su caso, medidas que puedan afectar a esa situación” (párrafos 35 y 36). Esta interpretación se hizo extensiva posteriormente a la normativa propia de los órganos comunitarios los que tampoco están obligados respecto de sus propios funcionarios aun cuando el derecho del Estado del cual es nacional reconozca tal equiparación de derechos.<sup>96</sup>

95- Hay aquí una apelación concreta y directa al estado del consenso en el ámbito europeo respecto del reconocimiento, tolerancia e igualdad (o al menos semejanza) de derechos a las parejas del mismo sexo a partir de su comparación con las matrimoniales. La Comunidad, dice el TJ, “no ha adoptado, hasta ahora, normas para poner en práctica dicha equiparación” (párrafos 31 y 32). Incluso se adopta la postura más restrictiva de los órganos del CEDH en torno a la no inclusión de las relaciones homosexuales duraderas en el ámbito de aplicación del artículo 8 en lo que concierne al respeto a la “vida familiar” (párrafos 33 y 34). Además, distinguió la situación de ese caso de la analizada en el precedente “P./S.” (especialmente párrafo 42). Finalmente, se despachó contra la interpretación que efectuó en su hora el Comité de Derechos Humanos relativa al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (según la cual la referencia al sexo de los artículos 2.1 y 26 de ese tratado incluían las preferencias sexuales) señalando que, a más de no ser este un “órgano jurisdiccional” y que sus opiniones “carecen de valor jurídico vinculante”, esa exégesis no estaba suficientemente motivada ni reflejaba “la interpretación generalmente admitida hoy día del concepto de discriminación por razón de sexo que figura en diferentes instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales” (párrafos 46 y 47).

96- *Vid.* sentencia del Tribunal de Justicia del 31 de mayo de 2001 en el asunto “D/Reino de Suecia v. Consejo

Ahora bien, cuando la legislación nacional, aun sin admitir el matrimonio, crea un régimen que extiende progresivamente los derechos propios de ese estatus a las parejas del mismo sexo, debe tenerse sumo cuidado de no incurrir en situaciones incompatibles con las normas que prohíben los tratos discriminatorios. Esta es la situación que debió enfrentar el TJ en sendos planteos de cuestiones prejudiciales remitidos por tribunales de Alemania, vinculados con prestaciones sociales que habían sido denegadas a miembros supervivientes de parejas estables del mismo sexo inscritas de acuerdo con el régimen especial sancionado en ese país.<sup>97</sup> En ambos casos se reconoce la competencia de los Estados Miembros de la Unión respecto de las materias vinculadas con el estado civil y las prestaciones que de él dependen. Pero que el derecho comunitario no restrinja esa facultad, no significa que aquellos no deban respetar las disposiciones comunitarias relativas al principio de no discriminación. Por ello, a mayor asimilación con el matrimonio, menos margen tienen para negar, limitar o restringir a las parejas homosexuales aquellos beneficios o ventajas que sí se les reconocen a las personas a partir de aquel vínculo.

de la Unión Europea”, asuntos acumulados C-122/99 y C-125/99. El Consejo había denegado a D. una asignación familiar prevista en el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas fundado en la imposibilidad de reputar equivalente el estado civil de pareja inscrita (según el derecho sueco) con el de matrimonio. El tribunal de primera instancia rechazó el recurso del funcionario y el TJ hizo lo propio con los recursos de casación deducidos contra esa decisión. Se aprecia en este caso una idea restrictiva del matrimonio que, en línea con los órganos de Estrasburgo, se apegaba a un concepto tradicional que lo concibe exclusivamente como la unión de dos personas de distinto sexo.

97- Asunto C-267/06, “Tadeo Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen”, sentencia del 1º de abril de 2008; Asunto C-147/08, “Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg”, sentencia del 10 de mayo de 2011.



Sin embargo, tal como explicita el Tribunal con mayor precisión en el segundo de los asuntos referidos, no se requiere una identidad total sino que basta con que las situaciones resulten análogas. Pero, como contrapeso, el examen que se realice a fin de evaluar la potencial aptitud discriminadora de la medida estatal no debe efectuarse de manera global y abstracta, sino de forma específica y concreta a la vista de la prestación de que se trate. La comparación de las situaciones, nos aclara:

“debe basarse en un análisis centrado en los derechos y obligaciones de los cónyuges y de los miembros de la pareja estable inscrita, tal como resulten de las normas de Derecho interno aplicables que sean pertinentes habida cuenta del objeto y de las condiciones de reconocimiento de la prestación sobre la que verse el litigio principal, sin que tal comparación deba consistir en verificar si el Derecho nacional ha llevado a cabo una equiparación jurídica general y completa de la relación de pareja estable inscrita con el matrimonio”.<sup>98</sup>

### Sección 3<sup>ra</sup>: Las obligaciones positivas en resguardo de la vida familiar. Análisis de casos españoles.

7. Tres condenas de Estrasburgo contra España en años sucesivos pueden ilustrar con suficiente amplitud esta noción de “familia” y de “vida familiar” que ampara el Convenio Europeo. Asimismo, analizar los tipos y alcance de las obligaciones del estado, especialmente las de tipo positivo. Los casos escogidos son los asuntos “*Saleck Bardi*”,<sup>99</sup> “*K.A.B.*”<sup>100</sup> y “*R.M.S.*”.<sup>101</sup> El

análisis se llevará a cabo a partir de los factores determinantes para el TEDH según los trabajos citados más arriba.

7.1. En términos generales señalemos que los tres casos versan sobre la separación de tres niños (de muy corta edad)<sup>102</sup> de sus padres por diferentes motivos pero todas con el rasgo común de tratarse de personas en situación vulnerable por motivos económico-sociales. Está claramente en juego una cuestión de *parentesco biológico*<sup>103</sup> donde, además, se reclama un restablecimiento de los vínculos, rotos principalmente por el alejamiento decidido por las autoridades nacionales. Las *familias* involucradas tenían una conformación por fuera del matrimonio<sup>104</sup> e incluso de tipo monoparental.<sup>105</sup>

Como ya tuvimos ocasión de resaltar más arriba, la mera existencia del lazo sanguíneo en-

102- De apenas meses de vida en el caso “*K.A.B.*”, tres años en el caso “*R.M.S.*” y diez años en “*Saleck Bardi*”.

103- Si bien se aclaró que en el caso “*K.A.B.*” el demandante debió probar en sede interna la paternidad que reclamaba respecto del niño. En los restantes, sin embargo, la filiación no fue un punto cuestionado.

104- En la misma línea que los fallos destacados en la sección anterior, lo puntualiza claramente el TEDH en “*K.A.B.*”: “...el concepto de ‘familia’... no se limita únicamente a las basadas en el matrimonio y puede englobar otros vínculos ‘familiares’ de facto cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño resultante de tal relación se incluye automáticamente en esta célula ‘familiar’ a partir de su nacimiento y por el hecho mismo de este”. Puede extenderse, por ende, la “vida familiar” a la relación potencial que habría podido desarrollarse entre un padre natural y un niño nacido fuera del matrimonio (párrafos 88 y 89).

105- Ninguna alusión se hace respecto del padre de la menor involucrada en “*Saleck Bardi*”. En “*K.A.B.*”, no obstante, la ausencia de la madre del niño por deportación a su país natal sobrevoló en todo momento aunque el Tribunal refiere que lo atinente a esa medida del gobierno español no formaba parte de su decisión. En “*R.M.S.*” los organismos administrativos involucrados tuvieron alguna consideración negativa sobre la ausencia del padre de la niña y restaron también importancia a la existencia de una familia ampliada que se interesaba por su cuidado.

98- Asunto “*Römer*” (párrafos 41 a 43).

99- Sentencia del 24 de mayo de 2011, demanda Nº 66167/09.

100- Sentencia del 10 de abril de 2012, demanda Nº 59819/08.

101- Sentencia del 18 de junio de 2013, demanda Nº 28775/12.



tre padres e hijos, a veces no es suficiente para establecer la existencia de *vida familiar* ni siquiera de una simple relación entre ambos, aunque la presuponga. Menos aún puede hablarse, pues, de una *injerencia* ni todavía llegar más lejos para considerarla *arbitraria*. Sin embargo, es un elemento fuerte, de peso, al cual debemos complementar con algo más. Por ejemplo, la efectividad de la relación o la apariencia de familia. La apertura del Tribunal Europeo, su amplio criterio o su exégesis expansiva de la noción bien puede ser vista en estos casos. Hay que reconocer que en el asunto “*Saleck Bardi*” la presencia de estos parámetros es, cuanto menos, dudosa<sup>106</sup>, aunque un poco más claro puede ser “*K.A.B.*”<sup>107</sup>, podrían estar bien configurados —al menos desde una perspectiva no prejuiciosa— en el último de los asuntos.<sup>108</sup>

106- Según el relato de los hechos que contiene la sentencia, la madre de la menor la había dejado, a la edad de seis años, al cuidado de otra persona en un campamento de refugiados saharauis en Argelia mientras que ella residía en Mauritania. A los diez, la niña participa de una estancia vacacional en España patrocinada por una organización no gubernamental y con motivo de sufrir una enfermedad extiende su permanencia en el país. Es en este contexto donde comienzan a intervenir los servicios de protección de menores. Solo varios meses después la madre reclamó ante las autoridades el retorno de su hija. Al momento de la decisión de Estrasburgo madre e hija no habían vuelto a tener contacto tras años de separación. Incluso se indica en la sentencia que la progenitora no reclamaba ya su repatriación a los campamentos.

107- Se trata el caso de una pareja de origen nigeriano con un niño que emigran a Murcia. Recién instalados en España, aunque de modo ilegal (incluso el niño no fue inscripto en el registro civil), el demandante se traslada a otra ciudad distante por razones de trabajo. El niño, de apenas meses, se queda con su madre quien al poco tiempo lo confía al cuidado de una pareja de amigos. Un tiempo después la compañera del demandante y madre del menor es expulsada del país aunque el niño permanece en España. Entre el momento de estos acontecimientos (principios de 2001) hasta la decisión del TEDH nunca tuvieron una efectiva convivencia.

108- En este asunto la demandante compartía su vida familiar además de con su pareja (que no era el padre de

Ahora bien, en todos ellos advertimos circunstancias que pueden haber o han sido valoradas positivamente —al menos de modo tácito— para reputar que se daba el supuesto que menta la norma, esto es que existía una “vida familiar” que tutelar. En esta línea, por ejemplo, una primera evidencia es el enérgico reclamo de todos los padres involucrados para recuperar el contacto con sus hijos, demanda que se trasluce de sus múltiples intervenciones ante organismos administrativos y tribunales en sede interna. En este punto rescata el TEDH la idea de *familia proyectada* que es tanto como decir la “intención de constituir una vida familiar” la cual pueda incluirse en el ámbito del artículo 8, siempre y cuando su ausencia “no sea imputable al demandante” y se aprecie un interés demostrable del padre por el niño antes y después de su nacimiento.<sup>109</sup>

Otro aspecto importante también para advertir, y así lo hace ciertamente el Tribunal Europeo, son los obstáculos reales que se les presentan a personas en situación económica y social desfavorable al momento de hacer valer sus derechos. Más aún, en el marco de regímenes o sistemas que esperan de ellos comportamientos ejemplares y al propio tiempo dejan librado a su propio esfuerzo la búsqueda de condiciones materiales de bienestar consideradas óptimas según baremos probablemente irreales o siquiera difícilmente realizables para la mayoría de las personas. Desde esta perspec-

la niña involucrada) con un grupo de parientes (abuela, tío abuelo) y en algún momento otros amigos con vínculos afectivos. Además, tenía otros dos hijos que se encontraban bajo la custodia de su tío abuelo, con quien ella igualmente residía en la vivienda familiar. Esta situación se debía a su condición de trabajadora rural migrante ya que prefería no llevarlos con ella cuando debía trasladarse por razones de trabajo, generalmente a Francia.

109- *Vid.* por ejemplo asuntos “*K.A.B.*” (párrafos 89, 92, 93, 103) y “*R.M.S.*” (párrafo 89).

tiva, nos parece encontrar en ciertos pasajes de estos fallos algunos reproches a la actuación de las autoridades públicas del Estado demandado (especialmente aquellas que cumplen funciones administrativas) por no haber adoptado medidas eficaces para reducir condiciones de desigualdad real (material) que operaban como obstáculos para la defensa eficaz de los propios intereses.<sup>110</sup> Tal como ya observamos, en el asunto “*Muñoz Díaz v. España*” la Corte de Estrasburgo avaló, a la luz del artículo 14 del CEDH, las medidas estatales que tienen por objeto corregir “desigualdades de hecho”. Es más, señaló que bajo ciertas circunstancias “la ausencia de un trato diferenciado para corregir una desigualdad es la que puede, sin justificación objetiva y razonable, comportar violación de la disposición en cuestión” (párrafo 48 última parte).

110- Esta cuestión engarza con el mandato constitucional incorporado en el artículo 9.2 CE según el cual “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. En función de este precepto se deban adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos. Consagra esta norma la denominada “igualdad material”, interpretada por el TC como un *principio matizador* de la “igualdad formal” contenida en el artículo 14 CE, que justifica el tratamiento legal diferenciado y favorable de ciertos sujetos o grupos sociales situados en una posición de inferioridad real o de tradicional discriminación, con el fin último de conseguir su plena integración y equiparación con el resto de la sociedad (SSTC 98/1985, 166/1988, etc.). Así, la elaboración de normas aparentemente desiguales queda justificada cuando lo que se pretenda sea la consecución de una igualdad *real y efectiva* de todos los ciudadanos. Este tipo de medidas adoptadas por los poderes públicos en *pro* de la igualdad material se conocen como *acciones positivas*, las cuales, a pesar de establecer un trato más favorable para determinados sujetos, no vulneran el principio de igualdad porque intentan compensar situaciones de desventaja social (SSTC 114/1983; 98/1985; 19/1988; 19/1989). Tomamos las referencias del trabajo de Vid. BERENGUER ALBALADEJO, Cristina, *op.cit.* pp. 109-162, especialmente pp. 134/135.

**7.2.** La teoría de las obligaciones positivas del Convenio Europeo se remonta a muchos años atrás y no se limita, como ya sabemos, al artículo 8 sino que se irradia a todas las disposiciones del pacto.<sup>111</sup> En lo que respecta al tema de estudio, el asunto “*Marckx*” bien puede ser considerado un punto de partida en la materia. La jurisprudencia constante del Tribunal se sostiene en los tres casos bajo análisis<sup>112</sup>, ha considerado que este precepto “tiene esencialmente por objeto proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas”. Pero no se limita solo a imponer una abstención, sino que también añade “obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida familiar”.

Es necesario recordar en este punto la distinción entre las obligaciones positivas de tipo procedimental y las que apuntan al plano sustantivo del derecho en juego<sup>113</sup> ya que así procedió el TEDH al momento de juzgar los comportamientos gubernamentales denunciados como lesivos del CEDH, en los dos primeros asuntos de modo expreso y en el último de modo sobreentendido, aunque sin efectuar la remisión a sus precedentes en la materia.

A. El artículo 6, en su párrafo primero, consagra lo que comúnmente se conoce con el

111- CASADEVALL, *op. cit.*, p. 148 y ss.; esta teoría es vista como el fruto de la actividad del TEDH “reescribiendo los derechos proclamados en el Convenio” y se manifiesta, por ejemplo, en el ámbito del derecho a la educación (*Affaire linguistique belge*, del 23 de julio de 1968), del derecho a un proceso equitativo (“*Guincho*”, del 10 de julio de 1984), del derecho a elecciones libres (“*Mathieu-Mohin y Clerfayt*”, del 2 de marzo de 1987), del derecho a la libertad sindical (“*Gustafsson*”, del 25 de abril de 1996) y, muy particularmente, del derecho a la intimidad personal y familiar, como tendremos ocasión de ver a continuación (SAIZ ARNAIZ, *op.cit.*).

112- Vid. “*Saleck Bardi*” (párrafo 50); “*K.A.B.*” (párrafo 95) y “*R.M.S.*” (párrafo 69).

113- CASADEVALL, *op. cit.*, p. 152 y ss.

nombre de derecho a un juicio justo, equitativo o una nomenclatura similar. La doctrina ha remarcado la concordancia de la norma con el artículo 24 de la CE que se refiere a la tutela judicial efectiva de la persona. El precepto convencional, no obstante, ha tenido penetración también al interior de los procedimientos administrativos y aun respecto de lo que conocemos como la *justicia administrativa*.<sup>114</sup>

En principio, parecería pues que las actuaciones que autoridades públicas llevan a cabo con incidencia en la vida privada o familiar quedarían comprendidas o sujetas a esa exigencia y aun a las del artículo 13 que versa sobre la efectividad de los recursos de tutela en el plano interno. El TEDH ha elaborado, no obstante, una aplicación específica al ámbito del artículo 8 que conlleva a que el análisis de los casos se lleve a cabo bajo el exclusivo ángulo de este último. Será esta la vara típica de procedimiento que se empleará al momento de juzgar cómo ha sido el desarrollo de las vías administrativas y judiciales que se debieron transitar antes, durante y después de las decisiones cuestionadas en las respectivas demandas ante la instancia internacional. Todas ellas, recuerda el Tribunal, deben ser equitativas y respetar debidamente los intereses protegidos por esta disposición. El desconocimiento de estas reglas se determina en función de las circunstancias de cada caso, de la gravedad de las medidas que se tomaron, y del papel suficiente que los interesados (padres u otros familiares involucrados) pudieron jugar en el curso de las distintas instancias, consideradas globalmente, para concederles la protección requerida por sus intereses.<sup>115</sup>

114- RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José, *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, *passim*, Editorial Civitas, s/d, 2005.

115- Asunto “*Saleck Bardi*” (párrafos 30 y 31, con cita especialmente de los precedentes “*Mc Michael v. Reino*

Pese a la decisión que se adopta en cada asunto en concreto,<sup>116</sup> ya que la garantía en cuestión no implica una resolución favorable al planteo de la parte, sino el respeto pleno al debido proceso, es bueno reparar en la densidad del control que lleva a cabo la Corte Europea. Sin sustituirse a las autoridades competentes en sede interna,<sup>117</sup> verifica por ejemplo que las decisiones (administrativas o judiciales) estén debidamente motivadas y sustentadas en los hechos relevantes y en prueba idónea y actualizada; la imparcialidad de quienes adoptan las resoluciones; la posibilidad de ser oído, exponer los argumentos de la propia posición y ofrecer y producir pruebas; interponer recursos contra decisiones adversas; contar con el debido asesoramiento letrado,<sup>118</sup> etc.

---

*Unido*” [1995]; “*Moretti y Benedetti v. Italia*” [2010] y “*Dolhamre v. Suecia*” [2010]); “*K.A.B.*” (párrafos 62 y 63) y “*R.M.S.*” (párrafo 78). En este último, como advertimos, el TEDH entra directamente en el análisis sin hacer un encuadre similar al que realizó en los otros, sin dudas porque la demanda no contiene una queja puntual de violación del artículo 6 ni del 13 del CEDH. De todos modos, parece que la vertiente procedimental juega en igual medida ya que es parte consustancial del respeto debido a la vida familiar.

116- En términos generales se puede decir que las mayores falencias se detectaron en el marco de los procedimientos administrativos internos más que en el trámite de los procesos judiciales. Dejamos de lado, por supuesto, las intervenciones del TC que inadmitieron los recursos de amparo que en su oportunidad dedujeron los respectivos demandantes por carecer sus quejas de “relevancia constitucional”.

117- Prevención que tiene siempre el cuidado de adoptar ya que, según explica, son ellas las que se encuentran mejor situadas para proceder a la evaluación de las medidas que deben adoptarse. Hay que tomar en cuenta, además, el delicado equilibrio que estos casos suponen menester alcanzar. Al respecto el TEDH señala que generalmente el juez se encuentra en presencia de intereses a menudo difícilmente conciliables, a saber, los del niño, los de sus progenitores y los de la familia de acogida o adopción. “En la búsqueda del equilibrio entre estos diferentes intereses, el interés superior del niño debe tener una consideración primordial” (*vid.* “*Saleck Bardi*”, párrafo 55; en igual sentido en los restantes).

118- “*Saleck Bardi*” (párrafo 56); “*K.A.B.*” (párrafo 102).

**B.** En el plano material o sustantivo las obligaciones positivas del artículo 8 se desgajan en una serie de medidas cuya finalidad es posibilitar en concreto el goce o ejercicio del derecho. Cada uno de los contenidos involucrados en este precepto puede dar lugar a diferentes acciones, algunas clasificables simplemente de *medios* y otras como deberes de *resultado*.

En particular sobre el tema que tratamos, creemos que es posible trazar un esquema de estándares básicos que convendría que las autoridades locales (especialmente las administrativas pero válidos igualmente para los tribunales de justicia encargados de controlar la legalidad de esas medidas) asumieran debidamente ya que las tres condenas reprochan por igual el incumplimiento de la “obligación de celeridad... particularmente exigible para este tipo de asuntos”. El llamado de atención o alerta es bien simple: pese a cualquier margen de apreciación que quisieran arrogarse los gobiernos demandados e incluso concedérseles por el TEDH, no desplegar esfuerzos adecuados y suficientes para lograr una reunificación familiar, cuando esta es posible y deseada por los interesados, puede conllevar a la violación del derecho al respeto a la vida familiar.<sup>119</sup>

El punto de partida parece fácil de aprehender: “para un progenitor y su hijo, **estar juntos**

Es interesante resaltar aquí que el TEDH (párrafos 110 y 111) achaca al gobierno que el demandante no fue oportunamente informado sobre la posibilidad de requerir el beneficio de justicia gratuita, descartándose que fuese imputable ese desconocimiento al padre del menor “dada su situación precaria” y aun cuando, eventualmente, lo contara con asistencia de un abogado (aspecto este último no del todo clarificado). En “*R.M.S.*” pese a considerar que no percibía “ninguna infracción imputable a las autoridades internas” (párrafo 78) el principal defecto que se observa es en materia de motivación y pruebas actualizadas que justificaran la decisión (*vid.* párrafos 83, 86, 87, 89, 90).

119- “*Saleck Bardi*” (párrafos 65 *in fine* y 66); “*K.A.B.*” (párrafos 115 *in fine* y 116); “*R.M.S.*” (párrafo 93).

representa un elemento fundamental de la vida familiar”.<sup>120</sup> Ya hemos visto que esto podría no implicar la cohabitación pero sí cuanto menos un contacto fluido y regular que tenga suficiente continuidad como para crear vínculos entre ellos.<sup>121</sup> La obligación estatal primaria es de respeto de ese *deseo* que se despliega en una vertiente negativa de no interferencia (en el sentido de ruptura; salvo las limitaciones resultantes del párrafo 2 del artículo 8 apreciados en sus estrictos términos). Pero también de promoción, entendido esto como el despliegue de acciones para que efectivamente se pueda sostener o llevar adelante esa vida familiar según cánones que podrían considerarse usuales para la comunidad en que esos vínculos se desenvuelven o habrán de hacerlo.<sup>122</sup>

A esta constatación elemental se le suman otras. Por ejemplo, identificar como una injerencia las medidas de separación dispuestas por autoridades administrativas o judiciales a las cuales, así sea implícitamente, se les aplicará el test de compatibilidad con el CEDH que es usual respecto de los llamados derechos limitables<sup>123</sup> como es el caso del artículo 8.

120- “*Saleck Bardi*” (párrafo 49); *K.A.B.* (párrafo 94); *R.M.S.* (párrafo 68).

121- También el Tribunal ha encuadrado esta intención de contacto paterno-filial como “una parte importante de la identidad personal” e incluido, por lo tanto, dentro del ámbito de la “vida privada” (“*K.A.B.*”, párrafo 94). La injerencia prohibida por el Convenio podría, por tanto, incidir en uno, otro o ambos derechos protegidos.

122- Dice el TEDH que “un respeto efectivo de la vida familiar impone que las relaciones futuras entre padres e hijos se regulen con el único fundamento del conjunto de elementos pertinentes y no por el simple paso del tiempo” (“*K.A.B.*”, párrafo 96).

123- De acuerdo con la decisión del TEDH en el caso “*Dudgeon v. Reino Unido*” (sentencia del 24 de febrero de 1983; *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op. cit.*, p. 107 y ss.) una intromisión en el ejercicio

Adicionalmente se agregan criterios específicos. De una parte, que la desintegración de la familia constituye una medida muy grave. Por ello su adopción debe responder a razones de “bastante peso y solidez” (aspecto que nos remite a las obligaciones procedimentales ya referidas, especialmente en punto a la motivación y su correlato con el material fáctico y probatorio del caso)<sup>124</sup> y, además “reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño”. También ha reparado en la duración de la medida y señalado que la decisión de hacerse cargo de un niño debe ser considerada, como regla, “como una medida provisional que se suspenderá en cuanto las circunstancias lo aconsejen”. Se encuentra en juego, en este punto, la ruptura del contacto con sus padres, circunstancia que, sobre todo si se trata de un niño de muy corta edad, puede conducir a una alteración creciente de su relación con aquellos.

En este marco el Convenio o anterior impone la obligación de adoptar medidas con el fin

---

de este derecho será compatible con el Convenio en la medida en que se configuren los límites a que refiere el párrafo 2 del artículo 8 (párrafos 43, 44, 49, 50, 51, 52 y 53). Sobre la base de esos principios el Tribunal puede establecer la relevancia y suficiencia de las razones que llevan a justificar la injerencia.

124- En “*Malone v. Reino Unido*” (sentencia del 2 de agosto de 1984; *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op.cit.* pp. 114/117) la Corte se explaya sobre el requisito “previsto en la ley” del apartado 2 del párrafo 8N, en el que interesa subrayar su apreciación en torno a la necesidad de que la norma autorizante o concedente de una facultad discrecional fije con precisión el alcance de tal potestad, aun cuando “no sea necesario incorporar en ésta el detalle de las normas y procedimientos que hayan de tenerse en cuenta”. Y si bien el grado de precisión exigible dependerá de la materia de que se trate “la ‘ley’ pugnaría con la supremacía del derecho convencional si la facultad discrecional concedida a la Administración no tuviera límites. Por tanto, la ley debe determinar el alcance y las modalidades del ejercicio de dicha facultad con suficiente claridad —teniendo en cuenta la legítima finalidad que se persigue— para facilitar al individuo la adecuada protección contra la arbitrariedad” (párrafo 68).

de facilitar el reagrupamiento familiar. No se trata de un mero deber estatal sino que tiene como correlato el derecho del progenitor, corolario también de aquél que implica el “estar juntos”, a que dichas acciones se lleven efectivamente a cabo con el propósito de reunirlo con su hijo, lo que comporta una posibilidad de exigencia individual.<sup>125</sup> A la luz del objetivo propio y secular del CEDH el Tribunal de Estrasburgo ha precisado que la adecuación o pertinencia de las medidas han de juzgarse de acuerdo con la rapidez de su puesta en práctica. En definitiva, no basta con que se adopten medidas ni siquiera que sean adecuadas si no lo son, además y sobre todo, tomadas en tiempo oportuno y, como dijimos, desde el momento mismo en que se lleva a cabo el acto de separación del niño de su hogar familiar. El paso del tiempo, ha dicho con insistencia en los tres casos que se analizan, puede tener por efecto una profundización o un quiebre total de la ruptura de los lazos afectivos que en muchas ocasiones se hace permanente o muy difícilmente reversible o recuperable (en general y por contraste, debido a la integración del niño en el seno de la familia de acogida o adopción que lo tiene bajo su cuidado y con los cuales sí puede construir sus afectos).

De allí la necesidad de los Estados de “dotarse con un arsenal jurídico adecuado y suficiente para garantizar el respeto de las obligaciones positivas que le incumben con arreglo al artículo 8 del Convenio”, incluidas medidas de coerción, de uso restrictivo y limitado si se quiere, pero que no deben ser excluidas “en caso de comportamiento manifiestamente ilegal de la persona con la que vive el niño” aunque siempre ponderando el justo equilibrio entre todos

---

125- Aun cuando no suponga un poder o autorización para reclamar medidas que puedan ser consideradas perjudiciales para la salud o el desarrollo del niño (asunto “*K.A.B.*”, párrafo 100 *in fine*).

los intereses en conflicto (padres y cuidadores en la hipótesis).<sup>126</sup>

El elenco no se agota allí, por supuesto. El caso “*R.M.S.*” es un ejemplo patente de cómo la efectividad de las acciones estatales en pos de la niñez en riesgo debe dirigirse en una dirección diferente: la integración social de las familias en condición de vulnerabilidad por razones de pobreza.

El propio Tribunal de Estrasburgo lo rescata como el primer caso que debe resolver en donde la separación de un menor de su entorno familiar (madre, hermanos y familia extensa) obedeció pura y exclusivamente “a la situación de indigencia de la madre en el momento de la toma de esta decisión”. En otros casos, recuerda la Corte, las situaciones de acogimiento se habían justificado en la constatación de circunstancias graves<sup>127</sup> a las que se sumaban como elemento adicional “las condiciones de vida insatisfactorias” o “privaciones materiales” de las familias involucrados. Sin embargo, reitera que la pobreza “no había constituido nunca, sin embargo, el único motivo que sirviera de base a la decisión de los tribunales nacionales”.

Bajo esa única justificación como motivo de alejamiento absoluto del niño del entorno familiar, la medida se aparece a los ojos de Estrasburgo como claramente *desproporcionada*, demasiado *radical*, máxime cuando, dice el Tribunal, “no se trataba más que de una carencia material padecida por la demandante que las autoridades nacionales hubieran podido compensar con ayuda de otros medios que no fueran los de la

separación total de la familia, medida última que no se puede aplicar más que en los casos más graves”. El papel de las autoridades de protección social es otro, según el TEDH: consiste en “ayudar a las personas en dificultades que no tengan los conocimientos necesarios del sistema, de guiarlas en sus trámites, y de aconsejarlas, entre otras cosas, sobre los distintos tipos de prestaciones sociales disponibles, sobre las posibilidades de obtener una vivienda social o sobre medios para remontar sus dificultades”.<sup>128</sup> Los medios, como se ve, no son indistintos ni intercambiables. Ante un supuesto como el que se ilustra con el asunto “*R.M.S.*”, no atender aquella función central sumado al transcurso del tiempo, en lugar de encauzar la acción por el sendero que conduce a la reunificación de un niño con su familia de origen, provocó el resultado opuesto: la integración del menor en la familia de acogimiento con efectos irreversibles para la relación afectiva y consecuentemente “la imposibilidad de cualquier reagrupamiento familiar entre la demandante y su hija”.<sup>129</sup>

#### Sección 4ª: La tutela de la familia en la Carta Social Europea

8. No queríamos cerrar nuestro análisis sobre el sistema europeo sin hacer una breve mención a la tutela que recibe la familia desde el plano de la Carta Social, principal instrumento

126- Asunto “*Saleck Bardi*”, párrafo 59.

127- La lista no exhaustiva de motivos que evoca el TEDH, a la que ilustra con ejemplos de su frondosa jurisprudencia, incluye situaciones de violencia o de maltrato físico o psíquico, abusos sexuales, déficits afectivos, estados de salud inquietantes del niño, desequilibrio psíquico o incapacidad afectiva, educativa y pedagógica de los padres, etc.

128- “*R.M.S.*”, párrafos 84, 85 y 86. Tal como había pretendido inicialmente la familia (párrafo 8). A esa omisión se agrega como agravante, para completar un círculo de actuación contraria al Convenio, que se le obligó “a probar que era una buena madre para su hija y que, cuando [presentó] los elementos de los que disponía para intentar demostrarlo, las jurisdicciones competentes [estimaron], sin ningún argumento que lo sustentara, que estos elementos no eran suficientes para contrarrestar la opinión de la Administración, confirmada entretanto judicialmente” (párrafo 89 *in fine*).

129- *Idem*, párrafos 91 y 92.



en materia de derechos sociales en este ámbito y supuestamente espejo del CEDH aunque en muchos aspectos, según se dice, no ha superado la imagen de “hermana pobre” de aquél.

Sin perjuicio de la expansión que han tenido distintas disposiciones del Convenio producto de una interpretación evolutiva del tratado y de otras técnicas aplicadas por el Tribunal y la antigua Comisión, lo cierto es que en su redacción inicial solo se incluyeron derechos civiles y políticos ya que, como consecuencia directa de las tendencias de la época, se desgajó cualquier referencia los derechos sociales.<sup>130</sup> Pese a todo ha hecho aportes sustantivos respecto de derechos que podríamos considerar claves en el mundo actual, tales como el medio ambiente<sup>131</sup> y el domicilio familiar.<sup>132</sup>

La “Europa Social” se construyó, lenta y trabajosamente, a partir de la Carta de Turín de 1961 bajo un ambiente de compromisos mínimos con tal de lograr el consenso necesario para su aprobación. Las circunstancias que condicionaron su elaboración se advierten en su particular régimen de ratificación y en

la ausencia de un mecanismo de protección sino idéntico siquiera al menos parecido al del Convenio de Roma. E incluso, el único procedimiento que se previó originariamente a tal efecto (el régimen de informes periódicos) fue desde su génesis minado en su potencial aptitud para censurar a los Estados los incumplimientos que se advirtieran sobre su compromiso de respetar y garantizar esos derechos. Aún hoy, el régimen de reclamaciones colectivas (incorporado como artículo D de la CSE revisada de 1996) en cuya decisión interviene el Comité Europeo de Derechos Sociales con una instancia trascendente del Comité de Ministros, no ha sido aceptado por todos los países miembros del Consejo de Europa, entre ellos España que ni siquiera ha ratificado la Carta revisada de 1996.<sup>133</sup>

Más allá de todo, también desde este sector se reconocen importantes derechos a la familia así como se imponen mandatos tutelares a las autoridades públicas que guardan una estrecha armonía por no decir que, en su faz dinámica de concreta aplicación, parecen tener un alcance y contenido idénticos.

La Carta Social Europea (tanto en su versión original y en la revisada de 1996) reconoce a la familia como la “célula fundamental de la sociedad” y, por ello, tiene “derecho a una protección social, jurídica y económica adecuada para asegurar su pleno desenvolvimiento” (parte I, número 16).

130- Dejamos a salvo los primeros acercamientos entre ambas categorías de derechos en casos testigos como por ejemplo “*Airey v. Irlanda*” (del 9 de octubre de 1979) y aun antes el asunto *En torno a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, del 23 de julio de 1968 (*Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op.cit.*, pp. 173-174).

131- Por ejemplo, respecto de España, la saga iniciada a partir del asunto “*López Ostra*” del 9 de diciembre de 1994; la profesora María José Corchete Martín facilitó para ilustrar esta cuestión su trabajo *Algunas reflexiones acerca de la lectura ecológica de los derechos fundamentales*, incluido en el volumen colectivo *La protección de los derechos en Latinoamérica desde una perspectiva comparada. Los casos de Brasil, Bolivia y Chile*, Ratio Legis, 2013.

132- Vid. PADRAICKENNA, “El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, *Revista de Derecho Político*, N° 74, enero-abril 2009, pp. 479 y ss.

133- Conf. los trabajos de RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel “Antecedentes, génesis y significado de la Carta Social Europea”, *Revista de Política Social*, N° 53, enero-marzo 1962; “La Carta Social Europea y su puesta en práctica”, *Revista de Instituciones Europeas*, N° 5, enero-abril 1978 y “La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación”, *Revista de Política Social*, N° 118, abril-junio 1978; BELORGEY, Jean-Michel, “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, N° 70, 2007, pp. 349-377.



La segunda parte desglosa en una serie de imposiciones el contenido de este derecho con la finalidad de realizar “las condiciones de vida indispensable para el pleno florecimiento de la familia”. Así, los Estados se comprometen “a promover la protección económica y social de la vida familiar, especialmente por medio de prestaciones sociales y familiares, medidas fiscales, estímulos a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los nuevos hogares, o toda otra medida adecuada”. La CSE (revisada) de 1996 replica los preceptos que se acaban de citar en términos sustancialmente idénticos (parte I, 16; parte II, artículo 16). Asimismo se incorporan dos nuevos derechos que, por lo que hemos visto a lo largo de estas páginas, adquieren un particular interés: el “derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social”<sup>134</sup> y el “derecho a la vivienda”<sup>135</sup> (artículos 30 y 31 de la II parte; *idem*, I parte).

**8.1.** El Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>136</sup> también interpreta que la Carta remite a las definiciones de “familia” que se emplean

134- La Carta dispone que para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho “las Partes se comprometen: a) a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias; b) a revisar estas medidas con vistas a su adaptación, si resulta necesario”.

135- En lo que concierne a este derecho, el compromiso estatal se orienta a “adoptar medidas destinadas: 1. a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente; 2. a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3. a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes”.

136- Hemos consultado al respecto el *Digest of the case-law of the European Committee of Social Rights*, elaborado por el Consejo de Europa, año 2008, pp. 115 a 118; disponible en línea: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/DigestSept2008\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/DigestSept2008_en.pdf)

en cada legislación nacional ya que el término “puede significar diferentes cosas en diferentes lugares y en diferentes momentos”. En consonancia con la jurisprudencia del TEDH considera que el alcance del artículo 16 no se limita a la familia fundada en el matrimonio. También deja al Estado un cierto margen de apreciación en punto a los medios que puede elegir para asegurar la protección social, jurídica y económica de los distintos tipos de familias que se pueden encontrar entre la población sujeta a su *jurisdicción*. Las prestaciones, en todo caso, deben ser “apropiadas” y “suficientes” para el cumplimiento del propósito convencional, poniendo especial énfasis en la garantía de protección de las “familias vulnerables”, aunque siempre actuando de conformidad con el “principio de igualdad de tratamiento”.

Más allá de la lectura optimista sobre el devenir de este sistema que realiza un sector de la doctrina,<sup>137</sup> hablando de “diálogos” entre las distintas instancias de protección internacional de Derechos Humanos con sede en el Consejo de Europa, los acercamientos entre el Comité y el Tribunal, aun dentro del mismo marco organizacional, no han sido más que tenues hasta el momento y plantean serios desafíos en su horizonte futuro.<sup>138</sup>

137- Conf. los trabajos de QUESADA L. Jimena, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales* (sistemas de reclamaciones colectivas), vol. I (1998-2005), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, en particular su estudio preliminar: “La Carta Social Europea y la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Nº 13, primer semestre 2009, pp. 389-407; “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas”, *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 27-3, 2009, pp. 743-766, entre otros.

138- Ver, respectivamente, CHATTON, Gregor T., “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político*, Nº 73, septiembre-diciembre 2008, pp. 273-310 AKANDJI-KOMBE, Jean-François, *La Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para*

España, por su parte, no ha ratificado la CSE revisada de 1996 ni adherido al protocolo de reclamaciones colectivas del año anterior, aunque eso no lo pone a cubierto de compromisos semejantes.<sup>139</sup> Incluso desde su mismo texto constitucional si aceptamos —como lo hacemos— la tesis según la cual el artículo 9.2 CE impone un mandato dirigido a los poderes públicos de realizar una “política de derechos fundamentales” la cual, dejando atrás conocidos tradicionalismos jurídicos, despliega su eficacia tanto en la organización de un sistema de prestaciones de naturaleza económica, cuanto en un abanico de medidas de facilitación del ejercicio de los derechos,<sup>140</sup> cuestión sobre la que ahora se llama la atención a España desde el Convenio Europeo y su órgano máximo de control.

Está por verse cómo habrán de recibirse en la jurisdicción doméstica condenas con la impronta de la señalada en la parte final de la

sección anterior<sup>141</sup> que inciden con fuerza en la estructura del texto constitucional español, más acostumbrado a pensar los derechos de prestación como “principios rectores” despojados del blindaje protector que se depara a los “verdaderos derechos fundamentales”. Ante casos similares se han opuesto resistencias derivadas de posturas dogmáticas,<sup>142</sup> pero pensamos que lo que en verdad se juega aquí no es una mera estructura jurídica sino el propósito genuino y principal que se tuvo en mente al aventurarse los primeros pasos del sistema de protección internacional: “el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.<sup>143</sup>

la próxima década, *Revista de Derecho Político*, N° 67, 2006, pp. 387-407.

139- Recordemos que sí es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el cual está impregnado de una fuerte influencia de la Declaración Universal: la familia debe gozar de “la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” (artículo 10). Además, contiene derechos idénticos a los de la CSE englobados bajo el concepto omnicompreensivo de “nivel de vida adecuado” incluyendo una cláusula expresa de progresividad (la “mejora continua de las condiciones de existencia”; artículo 11.1) así como también, en línea con los deberes generales del artículo 2.1, la obligación expresa de adoptar medidas apropiadas en este campo “para asegurar la efectividad de este derecho”. Además, no olvidemos que España es parte del Protocolo Facultativo de 2008 que instaura un sistema de reclamaciones que entró en vigencia este año.

140- Se hace referencia al trabajo de Luis Antonio Martínez-Pujalte, *Dimensión prestacional de los derechos fundamentales e inconstitucionalidad por omisión*, pp. 138 y ss., en *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría e implicancias prácticas*, en coautoría con DE DOMINGO, Tomás, Editorial Comares, Granada, 2011.

141- Se podría especular con que la tendencia es al alza y no en sentido contrario. En esta línea, aunque no pudimos tener acceso directo al texto de la resolución del TEDH por no estar incorporado a su base de datos (solo es accesible una breve reseña de los hechos y las preguntas dirigidas a las partes), sí sabemos por otras medios indirectos que a principios de este año (el 31 de enero) se dictó una medida provisional por la cual se ordenó al gobierno español que paralice el derribo de una vivienda en la Cañada Real (Madrid) hasta que provea información precisa y rigurosa sobre las medidas que han tomado las autoridades locales para asegurar un alojamiento adecuado y servicios sociales al matrimonio y su hija de ocho años que viven allí. El Ayuntamiento de Madrid contaba con autorización para la entrada al domicilio dictada por un Juzgado Contencioso. El demandante había alegado ante esa instancia, y posteriormente ante el Tribunal Superior de Justicia la violación de Derechos Humanos que suponía el derribo de su hogar sin ofrecer vivienda alternativa adecuada y en un entorno como Cañada Real, en el que las autoridades han tolerado el asentamiento durante décadas (*vid.* [www.esamnesty.org](http://www.esamnesty.org), noticia del 6 de febrero de 2013). Asunto “*Mohamed Raji y otros v. España*”, demanda N° 3537/13.

142- Por ejemplo, el voto separado del magistrado Manuel Aragón Reyes en la STC 150/2011.

143- Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 10.1 CE.

## Sección 5ª: La influencia del TEDH sobre la jurisdicción internacional americana

9. La parte final de este trabajo la dedicaremos a pasar una breve revista sobre la ascendencia que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo que acabamos de analizar pudiese haber proyectado de este lado del Atlántico, en concreto en la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tanto una empresa semejante bien merecería una dedicación (en tiempo y espacio) que excede en mucho las posibilidades de este trabajo, nos concentraremos en algunos pocos ejemplos que, según creemos advertir, resultan ilustrativos de ese impacto. A fin de darle un marco adecuado al tema, no está de más empezar por recordar, siquiera también de modo sumario, algunas ideas básicas que la jurisprudencia de la Corte IDH constantemente trae al primer plano al resolver los casos que se somete a su jurisdicción.

9.1. En primer lugar, su concepción según la cual los tratados de Derechos Humanos (incluido en este gran paquete normativo aquél que le dio nacimiento y le otorga sus poderes y competencias)<sup>144</sup> “se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e

interno”.<sup>145</sup> Esta idea ya había sido plasmada al responder a una solicitud de opinión consultiva<sup>146</sup> con apoyo de la “jurisprudencia convergente de otros órganos jurisdiccionales internacionales”, en concreto de la Corte Internacional de Justicia<sup>147</sup> y la proveniente de los órganos de Estrasburgo.<sup>148</sup> Para el Tribunal Interamericana-

145- Caso “*Fucher Bronstein. Competencia*”, Serie C, Nº 54, sentencia del 24 de septiembre de 1999, párrafo 42, por citar una entre muchísimas otras en el mismo sentido.

146- Opinión Consultiva OC-2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)*, Serie A, Nº 2, 24/9/82, párrafo 29. Sostuvo entonces que “...los tratados modernos sobre Derechos Humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. Véase igualmente el párrafo 24 de la Opinión Consultiva OC-1/82, “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, Nº 1, 24/9/82, expresó que “... los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano...”.

147- Citó al efecto la Opinión Consultiva relativa a *Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1951), en donde ese tribunal afirmó que en este tipo de tratados los Estados Contratantes no tienen intereses propios sino solamente y por encima de todo un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención.

148- Recordó que la Comisión en el asunto “*Austria v. Italia*” (1961) había sostenido que las obligaciones asumidas por los Estados Partes en la Convención Europea de Derechos Humanos “son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes”. A su vez, trajo a colación algunas sentencias del TEDH: “*Irlanda v.*

144- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Parte II, artículos 33.b y 52 y ss.).

no esta doctrina acerca del carácter especial de los tratados humanitarios y las consecuencias que de ellos se derivan, se aplican “aun con mayor razón a la Convención Americana”.<sup>149</sup>

**9.2.** La profusa jurisprudencia del Tribunal americano en torno a los artículos 1° y 2° de la CADH es también, a nuestro juicio, plenamente expresiva de este acercamiento entre ambas jurisdicciones, en la construcción de un estándar robusto y exigente en el plano de las obligaciones que han asumido en ejercicio pleno de su soberanía.

En esta línea, la CIDH ha sostenido en múltiples ocasiones que el artículo primero de la Convención Americana<sup>150</sup> pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a esos derechos que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al

---

*Reino Unido*” (1978) en donde se señaló que “a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una ‘garantía colectiva’; y con idéntica intención recordó que en el asunto “*Soering v. Reino Unido*” (1989) la Corte Europea expresó que el CEDH debía ser interpretado “en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de Derechos Humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias”.

149- Caso “*Ivcher Bronstein*”, párrafo 44; OC-2/82, párrafos 29 *in fine* y 31.

150- Este artículo establece: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Estado que compromete su responsabilidad.<sup>151</sup> También ha dicho que la CADH “es un tratado multilateral mediante el cual los Estados Partes se obligan a garantizar y hacer efectivos los derechos y libertades previstos en ella”;<sup>152</sup> afirmación que ya había realizado, por cierto, al ejercer su competencia consultiva: “la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los Derechos Humanos de los individuos bajo su jurisdicción”.<sup>153</sup> Este deber alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y se aplica *erga omnes*, vale decir, no solo frente a las autoridades públicas sino también en relación con actuaciones de terceros particulares.<sup>154</sup>

Este compromiso también implica para los Estados Miembros de la Convención Americana un deber de adecuación de su derecho interno. Sobre esta obligación, que tiene sustento expreso en el artículo segundo del Pacto<sup>155</sup>, la Corte IDH ha dicho en incontables oportunidades que implica la adopción de medidas en dos ver-

---

151- Por todos, caso “*Velásquez Rodríguez*”, Serie C, N° 4, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 164.

152- Caso “*Garrido y Baigorria*”. *Reparaciones*, Serie C, N° 39, sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 71.

153- OC-2/82, párrafo 33.

154- OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28/08/02, Serie A, N° 17, párr. 87 y OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17/09/03, Serie A, N° 18, párr. 109.

155- “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

tientes. Por una parte, la supresión de las normas vigentes y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, con su corolario obvio de estarles vedado dictar o promover ulteriores medidas que violen los derechos y libertades reconocidos. Por la otra, la sanción de normas y el desarrollo de prácticas que sean conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.<sup>156</sup>

Claro que estos deberes de garantía no se agotan con la mera “existencia de un orden normativo”<sup>157</sup> sino que cabe ponderar por sobre todo el *effet utile* de ese régimen (normas y prácticas) a implementar, cuestión de fundamental importancia para la jurisdicción interamericana. Efectividad, para este Tribunal significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica en su orden jurídico interno, adaptándose la actuación estatal a la normativa de protección de la Convención,<sup>158</sup> lo cual también supone “remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”.<sup>159</sup>

**9.3.** Al igual que lo que se resaltó respecto de los asuntos “*Saleck Bardi*”, “*K.A.B.*” y “*R.M.S.*” (*supra*, sección 3<sup>a</sup>, esp. 7.1) forma parte del acervo de jurisprudencia de la Corte IDH la tutela reforzada de quienes se encuentran en una posición de desventaja. Se hace tónica en este sentido la referencia del Tribunal a la especial posición de garante del Estado frente a personas en condición de vulnerabilidad que se desprende de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos que fueron referidos antes: “deberes especiales determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”. Desde esta atalaya y retomando una clásica línea de interpretación con profunda incidencia en materia de derechos sociales la Corte ha dicho que “no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas”<sup>160</sup> que, en definitiva, tiendan a realizar plenamente aquello que desde la doctrina se ha dado en llamar “*el derecho a vivir*”.<sup>161</sup>

156- Caso “*Castillo Petruzzi y otros*”, Serie C, N° 52, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 205, con cita de la Opinión Consultiva OC-14/94, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Serie A, N° 14, 16/12/94, párrafo 36. Resulta pertinente agregar que para la Corte IDH “una norma puede violar *per se* el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en el caso concreto”, cfr. caso y párr. citado y caso “*Suárez Rosero*”, Serie C, N° 35, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 98. Tal sería el caso de lo que este Tribunal denomina “leyes de directa aplicación” (OC-14/94, párrafo 43).

157- Caso “*Velásquez Rodríguez*”, párrafo 167.

158- Casos “*Garrido*” y “*Baigorria*”, párrafos 69 y 70; *Cantos*, sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C, N° 97, párrafo 59; etc.

159- Caso “*Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad*

y *Tobago*”, sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C, N° 94, párrafo 151.

160- Un caso emblemático en este sentido es “*Ximenes Lopes vs. Brasil*”, sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149, en especial párrafos 83, 88 y 103 y sus citas de otros pronunciamientos de la Corte.

161- Según enseña H. Gros Espiell se constata en términos jurídicos una evolución al pasar conceptualmente de una acepción restringida del derecho a la vida como sinónimo de afirmación de su inviolabilidad, a una idea amplia que le da no solo el carácter de presupuesto jurídico de todos los demás derechos, sino que le atribuye como contenido necesario el de integrarse con otros para que el ser humano que vive pueda tener acceso a todos los bienes y servicios necesarios para que su existencia se desarrolle material, moral, espiritual y psíquicamente de manera acorde con la dignidad del hombre. El *derecho a vivir* se refiere, justamente, a ese derecho síntesis que con un efecto inclusivo recoge todos los derechos económicos, sociales y culturales que

Según esta postura no es suficiente que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas, entre otras de carácter económico, social y cultural, para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos.<sup>162</sup> Para la Corte Interamericana el derecho a la vida — cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás Derechos Humanos y, de no ser respetado, todos los demás derechos carecerían de sentido— comprende “no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.<sup>163</sup> Cabe recordar que en ocasión de fallar el caso de “*Villagrán Morales*” había ya sentado los cimientos de esta doctrina y en ese contexto sostenido que no eran admisibles enfoques restrictivos del derecho a la vida en razón de su carácter fundamental. El voto concurrente en dicho caso amplió esta noción y señaló que el deber del Estado de tomar medidas positivas se acentuaba en relación con la protección a personas vulnerables habida cuenta que “el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia y requiere para su desarrollo de condiciones

---

procuran la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano. En la actualidad, prosigue este autor, no es posible afirmar que el derecho a la vida se realiza plenamente desde un punto de vista estrictamente biológico, sin considerar el cómo vive esa persona en la sociedad en virtud de la indivisibilidad e interdependencia de todos los Derechos Humanos (“El derecho a vivir y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, en *Derechos Humanos y vida internacional*, UNAM, 1995).

162- Opinión Consultiva OC-17/02, párrafos 80, 88, 91, etc.

163- Caso *Los Niños de la Calle* (“*Villagrán Morales y otros*”), Serie C, N° 63, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 144; y entre los pilares básicos para garantizar el disfrute de una vida digna se encuentran la educación y el cuidado de la salud (Opinión Consultiva OC-17/02, cit., párr. 86).

de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana”. En un caso reciente en donde retoma estas consideraciones la Corte Interamericana señaló que esta obligación positiva surge cuando las autoridades públicas “sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar esos riesgos”. Y desde esta perspectiva reputó contrario a la Convención Americana un comportamiento gubernamental sustentado básicamente en medidas asistenciales “temporales y transitorias” que no resultaron suficientes “para superar las condiciones de especial vulnerabilidad” que habían sido comprobadas por los propios agentes estatales.<sup>164</sup>

**9.4.** Entrando ya al campo concreto de los tópicos que han sido estudiados en este trabajo, nos interesa destacar en especial algunas líneas

---

164- Caso “*Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*”, Serie C, N° 214, sentencia del 24 de agosto de 2010, ver especialmente los párrafos 186, 187, 188, 192, 208, 214 y 217. Si bien, como hemos podido advertir a través de nuestra investigación, el *case-law* sobre prestaciones sociales deja mucho que desear en punto a la imposición de un estándar robusto de tutela en el sentido que le damos en el texto. Al menos así se representa a partir de las menciones que al respecto contiene la sentencia pronunciada por el TEDH en el asunto “*Muñoz Díaz*”. En esta línea de pensamiento, según refiere, el Protocolo N° 1 del CEDH no garantiza un derecho a ser incluido como beneficiario ni tampoco a percibir beneficios sociales. El margen de libertad para los Estados es muy amplio ya que no se somete a “ninguna restricción” sea para “decidir instaurar o no un régimen de protección social o de elegir el tipo o el nivel de las prestaciones susceptibles de ser acordadas a título de este régimen o similar”. Se deja a salvo, cuando el Estado decide crearlo, la debida compatibilidad con el artículo 14 del CEDH así como también el “interés patrimonial” que ese tipo de legislación puede engendrar para quien cumpla los requisitos (párrafos 43, 44 y 45). La idea que maneja la Corte IDH está sin dudas más alineada con las prescripciones de la Carta Social Europea a las que ya se hizo referencia.



jurisprudenciales que responden a esa influencia. En este sentido, por ejemplo, la concepción de la CADH como un instrumento vivo y en permanente evolución “cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” es otro de los aportes del sistema europeo que hemos adoptado aquí en pos de garantizar que los derechos reconocidos tengan aplicación real y efectiva y no un mero alcance teórico e ilusorio.

El caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*”<sup>165</sup> sobre el que nos vamos a detener en particular es un ejemplo de la vigencia de esta tesis en los estrados del Tribunal Americano, con expresa mención a Estrasburgo aunque con citas en menor proporción ya que la remisión principal se efectúa hacia la jurisprudencia propia<sup>166</sup> en la medida en que ya se encuentra consolidado este criterio de exégesis de la Convención<sup>167</sup> (párrafo 83).

165- Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239.

166- Se mencionan a tal efecto la Opinión Consultiva OC-16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1/10/99 (en esp. párr. 114) y el caso de la “*Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*”, sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 134 (en especial párr. 106). Del lado del TEDH la cita es la sentencia dictada en el asunto “*Tyler v. Reino Unido*” (del 25 de abril de 1978, párr. 31).

167- Tal interpretación evolutiva es consecuente, dice la Corte IDH, con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana y con las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En especial a la luz del criterio *pro homine* debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de reconocer derechos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos. De manera coincidente, la doctrina ha identificado la interpretación teleológica de los instrumentos de Derechos Humanos (con sustento en las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31) que asume como prioritaria la consideración del objeto y fin de las normas vigentes en esta materia. Este criterio conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecue a los requerimientos de

Este asunto resulta trascendente por la evidente similitud con muchos de los casos reseñados en este trabajo en torno a la protección de la familia y de la vida familiar, con especial referencia a las parejas del mismo sexo, permanentemente atravesada por la denuncia de discriminación; las referencias continuas que la Corte de San José hace al *case-law* de Estrasburgo confirman esta apreciación. Y el enfoque dinámico del Pacto va a tener una importancia decisiva para resolver el caso ya que se utilizará para refutar ideas, posturas y alegaciones fuertemente ancladas en prejuicios y concepciones “tradicionales” acerca de la sexualidad, los roles paternos y la “normalidad” de las relaciones familiares.

Desde la perspectiva de las relaciones entre distintos sistemas de protección internacional de Derechos Humanos, la *red* latinoamericana es, creemos, mucho más amplia que la que ciñe las relaciones en el espacio europeo. Desde sus orígenes la Corte IDH ha hecho esencialmente trasladables, en un recíproco juego, las interpretaciones provenientes del ámbito universal al americano.<sup>168</sup> Según sostiene este tribunal, los instrumentos de Derechos Humanos no pueden sustraerse al orden jurídico total del cual forman parte, pues otras normas del derecho internacional público pueden ser consideradas y atendidas como elementos de interpretación puntual de las disposiciones que está llamado a aplicar.<sup>169</sup> De allí que una

protección de los derechos fundamentales de las personas, puesto que los instrumentos jurídicos que los reconocen de modo principal se dirigen a tutelar al ser humano y no a los intereses de los Estados Partes (PINTO, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, en especial pp. 80 a 85).

168- Ver en particular OC-1/82, cit., párr. 40, 41, 43 y 47.

169- Caso “*Bámaca Velásquez*”, Serie C, N° 70, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrafos 208 y 209.

herramienta importante para la interpretación que se emplea profusamente en este caso sea la opinión expresada por los distintos órganos del sistema de Naciones Unidas, los comités creados en virtud de tratados generales o sectoriales con competencias de interpretación y control de las obligaciones asumidas por los Estados e incluso de los informes elaborados por expertos independientes con mandatos de actuación en temáticas concretas.<sup>170</sup>

En el caso podemos ver cómo ese cúmulo de argumentos confluye para fijar una interpretación de la locución “cualquier otra condición social” con la que culmina el listado del artículo 1.1 de la CADH. Es interesante la construcción que lleva a cabo la Corte, máxime ante el argumento gubernamental que apelaba a la imposibilidad jurídica del tribunal de ampliar el sentido de la norma mediante su exégesis evolutiva y menos aún ante la inexistencia de un consenso general entre los Estados para incluir la orientación sexual como un criterio de discriminación prohibido.<sup>171</sup> La importancia que el caso tiene para el continente explica a nuestro entender la vasta cantidad de fuentes<sup>172</sup> a las que apela la

Corte para justificar “que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención” y, en consecuencia, que está proscrita “cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona” (párrafo 91).

Con esa base de apoyo descarta de plano el planteo gubernamental referido más arriba ya que, en su opinión, “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus Derechos Humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido” (párrafo 92).

**9.5.** En otros aspectos también se aprecian fuertes coincidencias con la jurisprudencia europea. Entre las más significativas de cara a nuestro objeto de estudio se encuentra una noción amplia de “vida familiar”. Conviene recordar que en el Pacto de San José el “paquete básico” de tutela de este “elemento natural y fundamental de la sociedad” se descompone en dos normas que resultan complementarias: el artículo 11 (en especial su apartado 2) y el 17 (primer apartado).

Según la Corte IDH en el Pacto “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia” ni el concepto de “vida familiar” se

170- Se remarca especialmente porque la postura contrasta notoriamente con la del TJUE en el asunto “Grant” que no reconoció al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas como un interlocutor válido para el diálogo (BUSTOS GISBERT, R., *XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales*, op. cit., en especial p. 30 y ss.). Sin embargo, nos parece que bajo un contexto de pluralismo constitucional como el que se le presenta a la Corte IDH (según su propia intención, como vimos más arriba) su labor interpretativa tiende a buscar una unidad de sentido de los textos jurídicos en juego y en esa delicada labor el Tribunal respeta la finalidad de buscar la “homogeneidad sustancial de fondo” entre todos ellos (conf. BUSTOS GISBERT, *Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa* op.cit. p.757).

171- Caso “Atala Riffo”, párrafos 74 y 75.

172- Prácticamente no queda espectro alguno por cubrir: se incluyen en esa lista de una parte las obligaciones generales

de respeto y garantía del artículo 1.1 (del cual se afirma que no incluye un listado taxativo sino que deja abierta la posibilidad de incluir otras categorías) y los criterios de interpretación del artículo 29 CADH y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en ambos casos en punto a la interpretación más favorable al ser humano (párrafos 84 y 85). Pero también la argumentación de la Corte se apoya en la actividad de los órganos de la OEA (párrafo 86), en la jurisprudencia de la Corte Europea (párrafo 87; el caso es prácticamente idéntico a “*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*”) y a las opiniones de diversos comités y órganos de Naciones Unidas (párrafos 88 a 90).

reduce únicamente al matrimonio<sup>173</sup> (párrafo 142). Por el contrario, en máxima sintonía con el *case-law* de Estraburgo (ver además párrafo 172), interpreta que puede “abarcarse otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (*ibid.*). Para este caso, a más de considerar que la relación estable de una pareja del mismo sexo queda comprendida por esta normativa de protección (párrafos 174 y 176), señala como notas que permiten reconocer la existencia y conformación de un “núcleo familiar” la convivencia, el contacto frecuente y la cercanía personal y afectiva entre la demandante, su pareja y los hijos de la primera (párrafo 177).

El amparo de la Convención, añade la Corte, se relaciona con el derecho a que se proteja la familia y a *vivir en ella* ya que “el disfrute de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia”. Es por eso que desde el Estado se deben “disponer y ejecutar directamente medidas de protección” que tiendan a “favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y fortaleza del grupo familiar” (párrafos 169 y 171). Este deber se entronca con facilidad con la tesis de las obligaciones positivas del ámbito europeo, que en este continente también vienen de la mano del artículo 4° tal como vimos en apartados anteriores. Y esto es así, precisamente, porque toda separación o ruptura de los vínculos paterno-filiales pueden significar una violación de los artículos 11 y 17 leídos en conjunto. Solo las que están debidamente justificadas son capaces de superar el escrutinio internacional.<sup>174</sup> Para el Tribunal americano imponer

un concepto único de familia no lo es en este caso ya que representa un ataque contra la vida privada con impacto directo en el núcleo familiar ya que tuvo por resultado la separación de sus miembros integrantes (párrafos 175 y 178).

Digamos, para completar este acápite, que en todos los supuestos recién reseñados tal vez estemos ante un simple, aunque inteligente uso del derecho comparado (con “beneficio de inventario” podría decirse) por parte de la CIDH que apela a una fuente de probada *autoritas* en la materia. Sin embargo, el estándar estudiado en último término representa un aspecto de interés que no hemos visto plasmado en la jurisprudencia de Estraburgo más proclive a dispensar un trato deferente a las posiciones estatales acerca de qué y cómo debe entenderse el concepto de familia.

**9.6.** El punto en donde el tribunal interamericano se aleja del modelo europeo de modo notorio, expreso y bien consciente, a nuestro juicio, es con relación al margen de apreciación

---

IDH utilizó la figura más intensa. Al respecto, sostuvo que “Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”. Para el caso concreto esa tesitura devenía fundamental para evitar que las decisiones judiciales se basaran en un estereotipo “vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales” (*vid.* párrafos 124 y 125). Respecto de la vida privada, al no ser un derecho absoluto, admite su restricción por los Estados “siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias”. El escrutinio incluye que las medidas adoptadas estén previstas en la ley, persigan un fin legítimo y cumplan con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (lo que equivale a sostener que deben ser necesarias en una sociedad democrática). La orientación sexual como referencia principal para adoptar una medida no supera este test según la conclusión a la que arriba la Corte dado que “es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad” (párrafos 164 a 167). Al tercero se hace referencia en el texto.

---

173- El artículo 17.2 de la CADH, de factura muy similar al artículo 12 del CEDH, reconoce “...el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia...”.

174- Hay que destacar que en el caso se llevaron a cabo al menos tres exámenes de esta naturaleza. Por una parte, desde la perspectiva antidiscriminatoria general la Corte

o deferencia<sup>175</sup> para defender un “modelo tradicional” de familia, tal como con vehemencia reclamaba el Estado demandado.

Recordemos, en efecto, que los tribunales internos habían hecho gala del derecho de las niñas involucradas “a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”, heterosexual y matrimonial, aclaramos de nuestra parte.<sup>176</sup> Para la Corte de San José, ya hemos visto, no hay en la Convención Americana un “concepto cerrado” de familia ni mucho menos, enfatiza, se protege solo un modelo “tradicional” de la misma. Por eso es que reputa que las expresiones utilizadas por la jurisdicción doméstica se apartan del convenio y cuanto más reflejan “una percepción limitada y estereotipada” que no tiene anclaje en el Pacto (párrafos 142 y 145).<sup>177</sup>

175- Como sabemos, en la jurisdicción americana existe un caluroso debate en torno a la pertinencia, necesidad y conveniencia de adoptar esta doctrina. Existen casos en que se ha recurrido a ella, tanto por la Comisión Interamericana como por la Corte, aunque en un volumen cuantitativamente menor, por supuesto. Uno de los máximos detractores es el ex juez A. A Cañado Trindade quien dice que sino con recelo, esta doctrina debe ser vista con suma precaución. Se han consultado al respecto los trabajos de NÚÑEZ POBLETE, M. (“Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los Derechos Humanos”) y de BARBOSA DELGADO, F. R. (“El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los Derechos Humanos. Entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”) ambos incluidos en el volumen colectivo *El margen de apreciación en el sistema interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, UNAM, México, 2012.

176- Ver los extractos de las decisiones de esos tribunales, en los cuales se incluye la Corte Suprema de Chile, en los párrafos 41, 57, 98, 113 y 141 del fallo que comentamos.

177- El voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez dirige su crítica fundamentalmente a este aspecto del fallo. En su opinión, de la simple constatación de la existencia en las sociedades actuales de “una pluralidad de conceptos de familia” no se deriva necesariamente

Esta interpretación del artículo 17.1 de la CADH permite desgajar una serie de consecuencias que en el caso adquieren una dimensión de peso como límites o barreras a la actuación de los Estados; tanto en lo que respecta al derecho de los padres al respeto de su vida privada en el aspecto vinculado con sus elecciones sexuales<sup>178</sup>, cuanto y especialmente respecto de los derechos del niño relativos a su vida en el seno familiar, los cuales no pueden verse resentidos a la luz de “especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”.<sup>179</sup>

“que necesariamente todos y cada uno de ellos hayan de corresponder a lo que la Convención Americana, incluso interpretada evolutivamente [...] entiende por familia [...] o a lo que los Estados Partes que tienen disposiciones análogas entienden por tal”. Tampoco quiere decir, agrega, que todos los Estados Partes deban reconocer a todos los conceptos o modelos de familia. Con mayor apego a la doctrina europea entiende que esta “es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un *margen de apreciación nacional*...”. De allí que no considere “necesario ni prudente” efectuar una declaración sobre el artículo 17.1 de la Convención Americana “que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo” (párrafos 21, 23 y 24).

178- *Vid.* sobre el punto los párrafos 139 y 140. Si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona no es razonable exigir a una persona que posponga su proyecto de vida y de familia en aras de una concepción tradicional sobre los roles parentales. En este caso, para peor, de las mujeres en tanto madres de quienes se espera socialmente que asuman como responsabilidad principal la crianza de sus hijos renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Incluso, ni siquiera puede invocarse una eventual “discriminación social” hacia los hijos ya que, según la Corte “un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un ‘daño’ válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño” (párrafo 121).

179- Párrafo 109. El interés superior del niño, agrega el Tribunal, no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos (párrafo 110) y tampoco deben sufrir las consecuencias de la discriminación

La Corte Interamericana bien sabe acerca de la intolerancia social pero niega al Estado la capacidad para utilizarla “como justificación para perpetuar tratos discriminatorios”. En virtud de su compromiso de hacer “reales y efectivos” los derechos establecidos en la Convención les recuerda, por el contrario, su deber de enfrentar esas manifestaciones intolerantes y discriminatorias acerca de las opciones de vida de las personas. Los insta entonces, a la luz de los desarrollos sociales, culturales e institucionales más inclusivos que se advierten en las sociedades contemporáneas, a “ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los Derechos Humanos”.<sup>180</sup>

Se nota aquí un uso estratégico de la jurisprudencia de Estrasburgo, en particular para aprovecharse de una experiencia de casi tres décadas de haber tolerado un marcado *laissez faire* estatal respecto del reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales que en el momento actual no puede ser sencillamente de recibo por el patente atraso que supondría admitir la más amplia libertad para regular estos temas solamente a partir de los gustos y preferencias de los Estados Miembros, tengan o no esas posturas anclaje o reflejo en sus respectivas sociedades ya que ellas no pueden sobreponerse al principio fundamental de igualdad y no discriminación el cual, de acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte de Costa Rica, ha ingresado ya en el dominio del *juscogens*, ya que “sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”.<sup>181</sup>

Tal vez no estemos aquí tampoco en presencia de un diálogo (ni siquiera tenue o indirecto)

---

de la cual son objeto sus padres (párrafo 151).

180- Véase los párrafos 119 y 120.

181- Lo recuerda el Tribunal en el párrafo 79 de su sentencia, con remisión a sus propios precedentes.

to) entre ambos en el sentido más usual en que se emplea esta novedosa categoría dogmática. No es sencillo ni siquiera para los verdaderos estudiosos del tema ver concretada esa *cross-fertilization* ante las distancias (no solo físicas) que separan a ambos tribunales internacionales. Pero con seguridad nos parecen trasladables las observaciones del Profesor Bustos Gisbert respecto de la mayor intensidad, en este punto concreto, de la jurisprudencia interamericana en cuanto a los límites oponible a la soberanía de los Estados de modo general y al legislador democrático en particular.<sup>182</sup>

Este temperamento se refuerza, sin pausa y cada vez con mayor asiduidad y particular ímpetu,<sup>183</sup> con su tesis del control de convencionalidad la cual, más allá de un propósito propedéutico de elevados fines que se dirige sobre todo hacia los tribunales de máxima instancia para que desde esa cúspide se derrame y fluya la doctrina jurisprudencial en la labor de los jueces de inferior instancia. Porque es en dichos estrados, según creemos con firmeza a partir de nuestra experiencia profesional cotidiana, donde se pone realmente a prueba la efectividad de cualquier sistema de tutela de los derechos fundamentales del ser humano.<sup>184</sup>

---

182- BUSTOS GISBERT, R., *¿Un diálogo?: similitudes y diferencias entre el TEDH y la CIDH en la construcción jurisprudencial de la libertad de expresión, op.cit.*, apartado 4.

183- La reciente decisión de la Corte en el caso “*Gelman vs. Uruguay*” es una muestra elocuente del giro que se pretende realizar para profundizar esta doctrina (resolución del 20 de marzo de 2013 dictada en el procedimiento de supervisión de la sentencia de fondo y reparaciones del año 2011).

184- Recuerda en esta línea Diego García-Sayán que los tribunales domésticos juegan un papel crucial de garantes de los derechos establecidos en los tratados internacionales de Derechos Humanos, como vehículos principales para que el Estado pueda efectivamente guiarse por esos compromisos y aplicarlos en su jurisprudencia y accionar cotidianos (*Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos, en La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, p. 325 y ss., publicación de la CIDH, San José, Costa Rica, 2005).

## Bibliografía consultada

AKANDJI-KOMBE, Jean-François, “La Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década”, *Revista de Derecho Político*, Nº 67, UNED, Madrid, 2006

ALBANESE, Susana, “Indivisibilidad e interdependencia de los derechos”, en *Economía, Constitución y Derechos Sociales*, Bidart Campos, Germán J. (coord.), Ediar, Buenos Aires, 1997.

ALMEIDA, Susana, “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relaciones de familia”, ponencia presentada para el curso *Cuestiones de Derecho Internacional Privado de Familia*, Red Europea de Formación Judicial, Universidad de Salamanca, 2010 (disponible en línea: [www.academia.edu](http://www.academia.edu)).

BARBOSA DELGADO, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los Derechos Humanos. Entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”, en AAVV, *El margen de apreciación en el sistema interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, UNAM, México, 2012.

BELORGEY, Jean-Michel, “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, Nº 70, UNED, Madrid, 2007.

BERENGUER ALBALADEJO, Cristina, “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el ‘matrimonio gitano’”, en *Derecho Privado y Constitución*, Nº 24, enero-diciembre, 2010.

BUSTOS GISBERT, Rafael, “¿Un diálogo?: similitudes y diferencias entre el TEDH y la CIDH en la construcción jurisprudencial de la libertad de expresión” (materiales de curso de posgrado).

“Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa”, en AAVV, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tº IX, UNAM, Marcial Pons, México, 2008.

“XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, s/d *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 95, mayo-agosto, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Ant3nio Augusto, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, *Revista Lecciones y Ensayos*, vol. 69/71, 1997-1998, UBA, Buenos Aires.

CASADEVALL, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

CHATTON, Gregor T., “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político* Nº 73, septiembre-diciembre, UNED, Madrid, 2008.

CORCHETE MARTÍN, María José, “Algunas reflexiones acerca de la lectura ecológica de los derechos fundamentales”, en AAVV, *La protección de los derechos en Latinoamérica desde una perspectiva comparada. Los casos de Brasil, Bolivia y Chile*, Ratio Legis, s/d, 2013.



DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ª edición Editorial Civitas, Madrid, 2008.

GARCÍA-SAYÁN, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, s/d, San José, Costa Rica, 2005.

GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos y tribunales ordinarios. El CEDH como parte del Derecho Constitucional Europeo* (material facilitado por la autora)

GROS ESPIELL, Héctor, “El derecho a vivir y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, en *Derechos Humanos y vida internacional*, UNAM, México, 1995.

IGLESIAS VILA, Marisa, *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional* (material de curso de posgrado facilitado por la autora).

JIMENA QUESADA, Luis, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales* (sistemas de reclamaciones colectivas), vol. I (1998-2005), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

“La Carta Social Europea y la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Nº 13, primer semestre, s/d, 2009.

*La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas*, Estudios de Economía Aplicada, vol. 27-3, s/d, 2009.

KENNA, Padraic, “El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, *Revista de Derecho Político*, Nº 74, enero-abril, UNED, Madrid, 2009

MARTÍNEZ-PUJALTE, Luis Antonio, “Dimensión prestacional de los derechos fundamentales e inconstitucionalidad por omisión”, en *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría e implicancias prácticas*, en coautoría con Tomás de Domingo, Editorial Comares, Granada, 2011

MATIA PORTILLA, Francisco Javier, “Condena por una discriminación inexistente (Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 92, mayo-agosto, s/d, 2011.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los Derechos Humanos”, en AAVV, *El margen de apreciación en el sistema interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, UNAM, México, 2012.

TORRES PÉREZ, Aída, *En defensa del pluralismo constitucional* (material facilitado por la autora).

PINTO, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *El Derecho Europeo de Familia*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Nº 22, Estudios, s/d, 2008 (westlaw.es).

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “Matrimonio, género y familia en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 91, s/d, enero-abril, 2011

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “Antecedentes, génesis y significado de la Carta Social Europea”, *Revista de Política Social*, Nº 53, enero-marzo, s/d, 1962

“La Carta Social Europea y su puesta en práctica”, *Revista de Instituciones Europeas*, Nº 5, enero-abril, s/d, 1978

“La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación”, *Revista de Política Social*, Nº 118, abril-junio, s/d, 1978

RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José, *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Editorial Civitas, 2005

SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa* (material de curso de posgrado facilitado por el autor)

*La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución Española)* (material de curso de posgrado facilitado por el autor)

SALANOVA VILLANUEVA, Marta, *Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi Civil-Mercantil, s/d, 2003 (westlaw.es).

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. Olga, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 58, enero-abril, s/d, 2000

TEROL BECERRA, Manuel José y otros, *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

## Jurisprudencia consultada

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

*En torno a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica* (STEDH de 23 de julio de 1968)

*Marckx v. Bélgica* (STEDH de 13 de junio de 1979)

*Airey v. Irlanda* (STEDH de 9 de octubre de 1979)

*Dudgeon v. Reino Unido* (STEDH de 24 de febrero de 1983)

*Malone v. Reino Unido* (STEDH de 2 de agosto de 1984)

*Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido* (STEDH de 28 de mayo de 1985)

*Rees v. Reino Unido* (STEDH de 17 de octubre de 1986)

*Johnston y otros v. Irlanda* (STEDH de 18 de diciembre de 1986)

*F. v. Suiza* (STEDH de 18 de diciembre de 1987)

*Cossey v. Reino Unido* (STEDH de 27 de septiembre de 1990)

*B. v. Francia* (STEDH de 25 de marzo de 1992)

*Hoffmann v. Austria* (STEDH de 23 de junio de 1993)

*Burghartz v. Suiza* (STEDH de 22 de febrero de 1994)

*X., Y. y Z. v. Reino Unido* (STEDH de 22 de abril de 1997)

*Sheffield y Horsham v. Reino Unido* (STEDH de 30 de julio de 1998)

*Mata Estévez v. España* (Decisión de inadmisibilidad de 10 mayo 2001)

*Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal* (STEDH de 21 diciembre de 1999)

*Christine Goodwin v. Reino Unido* (STEDH de 11 de julio de 2002)

*I. v. Reino Unido* (STEDH de 11 de julio de 2002)

*Karner v. Austria* (STEDH de 24 julio de 2003)

*Muñoz Díaz v. España* (STEDH de 8 de diciembre de 2009)

*Kozak v. Polonia* (STEDH de 2 marzo de 2010)

*Schalk und Kopf v. Austria* (STEDH de 24 de junio de 2010)

*P. B. y J. S. v. Austria* (STEDH de 22 de julio de 2010)

*P. V. v. España* (STEDH de 30 noviembre de 2010)

*Saleck Bardi v. España* (STEDH de 24 de mayo de 2011)

*K.A.B. v. España* (STEDH de 10 de abril de 2012)

*X y otros v. Austria* (STEDH de 19 de febrero de 2013)

*R.M.S. v. España* (STEDH de 18 de junio de 2013)

## **Tribunal de Justicia (Unión Europea)**

Asunto C-13/94, “*P. v. S. y Cornwall County Council*” (30 de abril de 1996)

Asunto C-249/96, “*Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*” (17 de febrero de 1998)

Asuntos C-122/99 y C-125/99, “*D. y Reino de Suecia v. Consejo de la Unión Europea*” (31 de mayo de 2001)

Asunto C-117/01, “*K. B. v. Nacional Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*” (7 de enero de 2004)

Asunto C-423/04, “*Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pension*” (27 de abril de 2006)

Asunto C-267/06, “*Tadeo Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*” (1º de abril de 2008)

Asunto C-147/08, “*Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*” (10 de mayo de 2011)

## **Tribunal Constitucional**

ATC 156/1987 (decisión del 11 de febrero de 1985)

STC 45/1989 (sentencia del 20 de febrero de 1989)

STC 184/1990 (sentencia del 15 de noviembre de 1990)

STC 222/1992 (sentencia del 11 de diciembre de 1992)

STC 150/2011 (sentencia del 29 de septiembre de 2011)

STC 198/2012 (sentencia del 6 de noviembre de 2012)

STC 93/2013 (sentencia del 23 de abril de 2013)

## **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Opinión Consultiva OC-1/82, “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 24/9/82 (Serie A, N° 1)

Opinión Consultiva OC-2/82, “*El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*” (artículos 74 y 75), 24/9/82 (Serie A, N° 2)

Opinión Consultiva OC-14/94, “*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*” (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 16/12/94 (Serie A, N° 14)

Opinión Consultiva OC-17/02, “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”, 28/08/02 (Serie A, N° 17)

Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17/09/03, (Serie A, N° 18)

“*Velásquez Rodríguez*”, 29 de julio de 1988 (Serie C, N° 4)

“*Garrido y Baigorria. Reparaciones*”, 27 de agosto de 1998 (Serie C, N° 39)

“Castillo Petruzzi y otros”, 30 de mayo de 1999 (Serie C, N° 52)  
“Focher Bronstein. Competencia”, 24 de septiembre de 1999 (Serie C, N° 54)  
“Los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)”, 19 de noviembre de 1999 (Serie C, N° 63)  
“Bámaca Velásquez”, 25 de noviembre de 2000 (Serie C, N° 70)  
“Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, 21 de junio de 2002 (Serie C, N° 94)  
“Cantos”, 28 de noviembre de 2002 (Serie C, N° 97)  
“Ximenes Lopes vs. Brasil”, 4 de julio de 2006 (Serie C, N° 149)  
“Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, 24 de agosto de 2010 (Serie C, N° 214)  
“Atala Riffo y niñas vs. Chile”, 24 de febrero de 2012 (Serie C, N° 239)  
“Gelman vs. Uruguay”, 20 de marzo de 2013

---

### **Listado de abreviaturas:**

ATC: Auto del Tribunal Constitucional español

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CE: Constitución Española de 1978

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

Corte IDH/CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CSE: Carta Social Europea

FJ: Fundamento Jurídico

STC/SSTC: Sentencia/s del Tribunal Constitucional español

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TC: Tribunal Constitucional español

TJ/TJUE/TJCE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ex Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)

UE: Unión Europea

Año 3  
NÚMERO 5  
DICIEMBRE  
DE 2013

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA