

EL ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Ricardo GARCÍA GARCÍA

1. EL MATRIMONIO Y EL CONCEPTO DE FAMILIA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 12 CEDH

ANTES de abordar el análisis del Derecho al matrimonio contenido en el Artículo 12 del CEDH, se debe comenzar por una muy breve reseña de la regulación del derecho al matrimonio en el ordenamiento jurídico interno español. Éste aparece configurado como un Derecho constitucional (1), y, además, para su completo examen, en virtud de lo establecido en el propio texto constitucional (2), debe interpretarse en consonancia con la numerosa normativa existente representada por los distintos Tratados Internacionales ratificados por España, como son, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. En todos ellos se expresa que el matrimonio es un Derecho de la persona que debe presentar el siguiente contenido esencial:

Derecho a contraer matrimonio sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, eso sí, a partir de una determinada edad, y a disfrutar de iguales derechos tanto el hombre como la mujer, tanto durante el matrimonio, como después de disuelto el vínculo matrimonial.

Siendo éste, el que podríamos denominar «el contenido básico o núcleo esencial», el Derecho de cada país desarrolla como cree oportuno el haz de derechos y obligaciones que regulan el matrimonio.

(1) Artículo 32 Constitución española: 1. «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

(2) Artículo 10.2 Constitución española: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Entrando en el análisis del CEDH para con el derecho al matrimonio, éste se sustenta en el artículo 12:

«Artículo 12: A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.»

El CEDH presenta una gran importancia, no sólo en el derecho nacional español, debido a la existencia de una remisión, u obligación jurídica interpretativa de nuestro derecho interno, sino también por la última aprobación en España de la Constitución Europea, que expresamente incorpora el CEDH en su seno, por lo que, con respecto al matrimonio, y en este sentido, debemos detenernos, en primer lugar, en la Carta de Derechos de la Unión Europea que no llegó a tener fuerza jurídica, pero sí interpretativa, y debe citarse como primer intento a nivel de Derecho Comunitario de forjar unos derechos humanos comunes propios de la Unión. En dicha Carta del año 2000, se determina, en su artículo 9, titulado «El derecho al matrimonio y a fundar una familia», que:

«Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.»

Esa Carta, sin fuerza jurídica imperativa, se ha visto superada e incorporada a la Constitución Europea, que, en su parte segunda, con respecto al matrimonio, se establece en su artículo II.9 «Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia», que:

«Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.»

Esa regulación es la que, básicamente, regula el «embrión» o «núcleo» del derecho al matrimonio en Europa, pero se trata de un contenido mínimo que permite a los diferentes Estados distintas interpretaciones y extensiones.

Volviendo al CEDH, hay que verificar ¿qué se ha señalado al respecto del Derecho al matrimonio?, esto es, ¿cuál ha sido la evolución jurisprudencial de este artículo? Sin embargo, antes de entrar en el estudio del matrimonio, hay que resaltar la libertad de conciencia como presupuesto previo de las libertades ideológica y religiosa, puesto que representa un primer punto inexcusable a reseñar con respecto a la opción personal de constituir una familia. En este sentido, la decisión de «fundar una familia», bien sea mediante el matrimonio, o bien mediante una pareja de hecho, o cualquier otra forma convivencial, encuentra su fundamento en esa libertad de conciencia, puesto que tal y como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia Kokkinakis (3) de 1993, en su Fundamento Jurídico 31: «La libertad de conciencia representa, en su dimensión religiosa, uno de los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero también un preciado bien para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes».

Realizada esa primera reflexión, y volviendo al análisis del artículo 12 del Convenio, hay que indicar que la violación de este artículo se relaciona en la juris-

(3) Sentencia Kokkinakis c. Grecia, de 25 de mayo de 1993.

prudencia con otros artículos del Convenio, tales como los relativos al respeto a la vida familiar (art. 8), la libertad religiosa (art. 9), derecho a un proceso equitativo (art. 6), prohibición de discriminación (art. 14). Esa interconexión en la aplicación de la jurisprudencia entre varios artículos del Convenio es la que se observa cuando se quiere estudiar la regulación del derecho a formar una familia mediante cualquiera que sea la forma elegida por los miembros de la pareja.

Sin embargo, del juego en la aplicación de los artículos anteriormente citados, hay que reseñar, sobre todo, la estricta separación jurídico-conceptual que se produce en el Convenio y en la Jurisprudencia del Tribunal referente al respeto a la vida privada y familiar (art. 8) y el derecho al matrimonio (art. 12), que en el Convenio aparecen en artículos diferentes, al contrario que ocurre en otros textos constitucionales. Esa separación obedece a que la segunda parte de este artículo 12 contiene el derecho a fundar una familia. La pregunta que podemos formularnos es ¿qué concepto de familia existe o se reconoce en el CEDH en este artículo 12? En este sentido, siguiendo a Arrese Iriondo (4), podemos afirmar que la respuesta es clara. Se trata de un concepto de familia amplio, donde no sólo podemos encontrar las formas matrimoniales que nacen en virtud de un vínculo jurídico formal, que podemos denominar como tradicionales, sino que también encontramos bajo la denominación familia otras muchas realidades convivenciales, tales como la existencia de familias monoparentales –entre otros, caso *Marckx* contra Bélgica (5), o caso *Keegan* contra Irlanda (6)–, e incluso familias formadas por nieta y abuelos –entre otros, caso *Yousef* contra los Países Bajos (7)–, o una pareja que convive sin casarse, esto es, lo que denominamos en nuestro Derecho español como uniones de hecho –entre otros, caso *Johnston* y otros contra Irlanda (8), o caso *Elsholz* contra Alemania (9) o caso *Sommerfeld* contra Alemania (10)–. Así, y en definitiva, el artículo 12 da cabida a una extensa gama de modelos paternofiliales, donde se requiere, en todo caso, la existencia de lazos afectivos y familiares entre personas derivados precisamente de la convivencia, y con otros aditamentos tales como dependencia económica, convivencia bajo un mismo techo, derechos de visitas y patria potestad.

Sin embargo, estas realidades convivenciales, el Tribunal deriva su enjuiciamiento al artículo 8 (11) del CEDH, y así se reserva el artículo 12 tan sólo a los supuestos derivados del reconocimiento al hombre y la mujer para contraer matri-

(4) ARRESE IRIONDO, M. N., Derecho a contraer Matrimonio, en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (Dir. Lasagabaster Herrate, I), Madrid, 2004, pp. 495-496.

(5) Sentencia *Marckx* contra Bélgica, de 13 de junio de 1979.

(6) Sentencia *Keegan* contra Irlanda, de 26 de mayo de 1994.

(7) Sentencia *Yousef* contra los Países Bajos, de 5 de noviembre de 2002.

(8) Sentencia *Johnston* y otros contra Irlanda, de 18 de diciembre de 1986.

(9) Sentencia *Elsholz* contra Alemania, de 13 julio de 2000.

(10) Sentencia *Sommerfeld* contra Alemania, de 11 de octubre de 2001.

(11) Artículo 8: Derecho a la vida privada y familiar:

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

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

monio, así como a los supuestos derivados del propio vínculo matrimonial tradicional. Por lo que sólo son tratados bajo este artículo 12 los supuestos de uniones de personas que desean ser o constituirse en matrimonio, mediante la creación de esa institución, y no otras actuaciones que, en base a la libertad de conciencia, pueden dar lugar a otro tipo de realidades personales afectivas, reconocidas o no por los Estados.

Una vez fijado el contenido o concepto de familia dentro del artículo 12 se debe afirmar que contiene una regulación jurídica de mínimos, toda vez que la remisión a las leyes nacionales es una máxima a tener en cuenta en el propio núcleo del derecho al matrimonio, si bien no significa que los diferentes Estados que han ratificado el Convenio tengan absoluta libertad para regular el ejercicio de este derecho. Deben respetar, en todo caso, el propio derecho a contraer matrimonio mediante legislaciones que sean razonables con el fin de la unión matrimonial. Nos referimos a la teoría de la proporcionalidad en la regulación del vínculo matrimonial. En este sentido, el *ius connubii* es un derecho de la persona, de tal manera que, como indicó De la Hera (12), en principio, «el Estado no puede regular ilimitada y soberanamente el matrimonio hasta límites que lo haga absolutamente impracticable o impidan el ejercicio de la libre y voluntaria autonomía de la persona en orden a la regulación de un aspecto tan íntimo como el de la convivencia matrimonial». Por ello, si el Estado y su Derecho han de regular el matrimonio, ha de ser desde la perspectiva natural en que esta institución se basa, y en este sentido el legislador civil ha de regular esta materia bajo la perspectiva del reconocimiento y respeto de la libertad de conciencia y del libre desarrollo de la personalidad. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 18 de diciembre de 1987, en el caso F. Contra Suiza, o también en la Sentencia de 17 de octubre de 1986, en el caso Rees, indicando que: «Las limitaciones introducidas por medio de estas leyes no pueden restringir o reducir el derecho de manera o hasta el extremo de que se atente a su contenido esencial». Dentro de esta línea argumental puede citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional español 159/1986, de 12 de diciembre, que, en su Fundamento Jurídico 6.º, expresamente reseña esa línea argumental, afirmando que: «Los límites de los derechos fundamentales deben interpretarse con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos».

2. SUPUESTOS DE CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO: CAPACIDAD, CONSENTIMIENTO Y FORMA

Una vez realizada esta primera introducción, para la válida constitución del matrimonio, para adentrarnos más en el contenido de este artículo, creemos que resultan de aplicación los esquemas tradicionales que desde hace siglos se vienen aplicando de forma uniforme en el tratamiento del matrimonio en la historia de cualquier derecho. En occidente, como sabemos, se derivaron del Derecho canóni-

(12) HERA, A. DE LA: La definición del matrimonio en el ordenamiento jurídico español, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, VIII (1992), pp. 13-42.

co, y han sido seguidos por todas las legislaciones. Ese esquema clásico, al que hacemos referencia, requiere para la válida constitución del matrimonio tres requisitos: Capacidad o inexistencia de impedimentos, consentimiento, y forma.

El TEDH no se ha pronunciado sobre el consentimiento y la forma donde tienen un muy amplio margen los Estados miembros, pero sí se ha pronunciado sobre aquellos casos que hacen referencia a la posibilidad de la constitución del matrimonio por la existencia de problemas relativos a la capacidad. Esto es, sobre prohibiciones para contraer matrimonio, relativas al estatus personal, teniendo en cuenta la personalidad de los propios contrayentes. De entre las incapacidades para consentir que ha examinado el TEDH, en sentido amplio, se pueden señalar los siguientes grandes grupos.

2.1 Supuestos de transexualidad

Sobre este punto de la capacidad matrimonial hay que diferenciar varios extremos. En un primer lugar, la heterosexualidad del matrimonio, con independencia de que algunos seguimos pensando que el matrimonio debe realizarse entre un hombre y una mujer, puesto que eso ha sido siempre el matrimonio (13), una unión de dos personas con diferente sexo, aunque la realidad jurídica va haciendo que existan leyes en diferentes países que permitan el matrimonio entre homosexuales (14), como ya se ha promulgado en España (Ley 13/2005), y que ya existen en otros países de la Unión Europea. De hecho, el texto de la Constitución Europea presenta una formulación que precisamente omite en su redacción la denominación «hombre y mujer» para que, esencialmente, su interpretación permita este tipo de matrimonios.

(13) NAVARRO VALLS, al respecto de la heterosexualidad del matrimonio, afirma que: «La visión prácticamente unánime dada por la jurisprudencia española, la continental europea y la del área del “common law” que aparece determinada en la ya clásica afirmación del juez Ormrod en el caso Corbett v Corbett: siempre se ha reconocido el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer». NAVARRO VALLS, R.: *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1994. p. 101. CLAVERÍA GOSALVEZ ha señalado que: ¿Y qué decir del requisito de la heterosexualidad? Para responder a esta pregunta habría que cuestionarse para qué desea el homosexual el matrimonio. Cabe imaginar que ello suceda porque desea presentar a la sociedad como digno o como regular lo que anteriormente se reputó indigno o irregular, o por finalidad económica o asistencial; o, recientemente, para provocar descendencia y educarla habiéndose servido de las modernas técnicas de reproducción asistida. Sin perjuicio de posibles meditaciones ulteriores sobre el problema..., cualquier otro proyecto de convivencia estable que no afecte a un sólo hombre y a una sola mujer no deberá ser denominado matrimonio, si bien no afirmo que deba ser jurídicamente irrelevante: podría, efectivamente, ser relevante en cuanto que tales compañeros constituirían familia a efectos de Seguridad Social, tratamiento tributario, etc., pero no exactamente matrimonio, en cuanto que no cabe la procreación biológica entre ellos: ... Por eso creo que al homosexual no hay que casarlo, basta con familiarizarlo... CLAVERÍA GOSALVEZ, L. H.: Lo que sí es y lo que no es el matrimonio, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XII (1996), pp. 276-277.

(14) Esa concesión de derechos, y en concreto el del matrimonio para con las personas que presentan una orientación sexual homosexual, se ha convertido en una reivindicación desde hace ya más de doce años, en el seno de la Unión Europea. En este sentido, se puede citar el Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores sobre la igualdad jurídica de los homosexuales en la C.E. de fecha de 8 de febrero de 1994 («DOCE» número C 61 –28.2.1994–, pp. 40 y ss.). Para un mayor detalle sobre las Uniones de Hecho en el Derecho Comunitario veasé, entre otros, GARCÍA GARCÍA, R.: Las parejas de Hecho ante el Derecho Comunitario, en *Uniones de Hecho*, Coordinadores MARTINELL, J. M., Y ARECES PIÑOL, M.ª, T.: Servicio de publicaciones de la Universidad de Lleida, 1998. pp. 257-272.

Sin embargo, los casos que ha conocido el TEDH no son exactamente supuestos de matrimonios entre homosexuales, sino entre transexuales, que hay que significar que son dos cosas bien distintas. La homosexualidad, tan sólo, que quizá no sea poco de cara a la vida familiar, pero implica una orientación sexual hacia los del mismo sexo, mientras que la transexualidad contiene esa inclinación u orientación sexual pero además una morfología externa modificada. Esa modificación morfológica supone el hecho cierto de que un hombre o una mujer, ante verdaderos problemas psíquicos de identidad sexual, decide someterse a intervenciones quirúrgicas para modificar su sexo, pasando tras ello a tener el aspecto externo totalmente concordante con el contrario al de su nacimiento. Sin duda, esa «ficción sexual (15)» que logran los avances científicos en el campo de la medicina ha alcanzado cotas verdaderamente impensables hace poco tiempo, puesto que se pueden suprimir y estirpar los caracteres primarios y secundarios y lograr la presencia de órganos sexuales similares a los del sexo contrario, además de otros factores físicos concordantes con el sexo diferente del nacimiento mediante el suministro de hormonas –pechos, vello, pelo, etc.–, va acompañada de caracterologías psíquicas y emocionales propias del sexo contrario. De suerte que la cirugía consigue como resultado una morfología sexual totalmente artificial de los órganos externos e internos practicables, similares a los del sexo opuesto al que consta en la partida de nacimiento, aunque como quiera que existe lo anterior, esto es, su sexo cromosómico se trata de una «ficción», una apariencia contraria al sexo que por nacimiento había correspondido a la persona.

Así, la cuestión a dilucidarse desde el punto de vista del Derecho sería el determinar si el sujeto que se ha sometido a este tipo de operaciones continúa formando parte del sexo con el que nació o, por contra, ha cambiado éste a pesar de continuar inalterables los cromosomas originarios. Y, una vez resuelta esa difícil cuestión, la segunda sería si el sexo como cualidad, y más concretamente la sexualidad, por referirse a comportamiento o conducta del individuo, es cambiante o no. De tal forma que una intervención quirúrgica llegaría a modificar ese último o, por contra, el sexo se articularía mediante componentes psicosomáticos, donde entrarían en juego ingredientes de carácter físico-biológicos de trascendencia infinitamente mayor que los elementos psíquicos que lo complementan y lo adornan.

Esta problemática sí que ha llegado al TEDH en numerosas ocasiones, y ha supuesto una modificación del planteamiento jurídico existente y ha representado, sin duda, una de las más brillantes modificaciones jurisprudenciales, que, como

(15) Sobre este término «ficción» contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, FOSAR BENLLOCH ha efectuado una reflexión muy interesante. Yo me pregunto: «El margen de interpretación e integración de nuestro ordenamiento jurídico que a nuestros jueces conceden la Constitución y el Título Preliminar del Código Civil ¿impiden acaso el nacimiento de las llamadas ficciones judiciales? ¿Estos cuerpos legales fundamentales no permiten que nazcan nuevas ficciones por obra de los jueces y Tribunales, como nacieron las primeras por obra del *ius honorarium* y de las *responsa prudentium*, contribuyendo así al progreso y renovación del Derecho? ¿Le está vedado acaso al juez acudir a la analogía *legis* o a la analogía *iuris* del artículo 4.1 del Código Civil, dentro de cuyo concepto podrían subsumirse las ficciones judiciales?». FOSAR BENLLOCH, E.: El reconocimiento de la transexualidad en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 y en los dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: Casos Van Oosterwijn contra Bélgica –1 de marzo de 1979– y Rees contra Reino Unido –12 de diciembre de 1984–, en *Documentación, Ministerio de Justicia*, Año 1987, Núm. 1476, 15 de diciembre, p. 101.

siempre, han ido llegando más tarde que las producidas por parte de diversos Estados miembros (16).

Se deben citar las sentencias de 6 de noviembre de 1980 en el caso Van Oosterwyck contra Bélgica (17), de 17 de octubre de 1986 en el caso Rees contra Reino Unido (18), de 27 de septiembre de 1990 en el caso Cossey contra Reino Unido (19), en el caso Sheffield y Horsham contra Reino Unido (20). En todos

(16) En España, antes de las sentencias que ya consideraban que cabía el matrimonio entre transsexuales ya se habían dictado resoluciones por parte de la DGRN autorizando este tipo de matrimonios.

(17) El caso Van Oosterwyck contra Bélgica fue la primera oportunidad en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que pronunciarse sobre un supuesto de transexualidad, y pese a que la Comisión informó favorablemente sobre la vulneración de los artículos 8 y 12 del Convenio, el Tribunal, en Sentencia de 6 de noviembre de 1980, denegó la petición por motivos formales, al no haberse agotado la vía jurisdiccional en Bélgica.

(18) En esta Sentencia, el Tribunal contempló el caso de una persona que nació con todas las características físicas y biológicas del sexo femenino. Sin embargo, desde su infancia, su comportamiento fue de varón, y tras varias intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos transformó su apariencia sexual física, suprimiéndose las características externas femeninas cubriéndose los gastos por el Sistema Nacional de Sanidad del Reino Unido. Pero el ordenamiento británico no le reconoció el sexo masculino, y le consideró como mujer, entre otros casos, para el matrimonio y el desempeño de algunos puestos de trabajo, y para los derechos de jubilación. Por otra parte, un certificado de nacimiento sin corregir le impedía también otorgar determinados contratos como varón. En la demanda, el actor señala que esa disfunción del ordenamiento británico no se justifica en motivos de interés público. Dándose, además, la paradoja de que el propio sistema de salud británico había costado la operación quirúrgica de cambio de sexo. Por su parte, el Tribunal consideró que no se había producido la vulneración del artículo 8, y por ello entendió que el Estado es soberano para acordar lo que estime oportuno, señalando que, en todo caso, siempre por la vía de las anotaciones en la inscripción puede solucionarse el problema. Sobre la posibilidad de que no se conociese por terceros el cambio de sexo, el Tribunal la niega. Sobre la violación del artículo 12 indicó el Tribunal que no se había producido, ya que se garantiza el derecho a casarse, pero entre dos personas de distinto sexo biológico, con lo que esta prohibición no afecta su propia esencia. Esta Sentencia fue seguida de un voto particular disidente, pero sólo al respecto del artículo 8 señalando que el riesgo se podría evitar mediante una anotación en el registro de nacimientos que reflejara el cambio de identidad sexual del señor Rees, y a la vez se facilitaría la obtención de un certificado en abstracto en que solamente constara dicha nueva identidad, garantizando así mejor la inviolabilidad de su vida privada. Sin embargo, sobre la publicidad del cambio de sexo se manifestó que debería continuarse.

(19) Esta Sentencia examinaba el caso de una persona que nació con todas las características físicas y biológicas del sexo masculino. Sin embargo, desde su infancia, psicológicamente pertenecía al sexo femenino. Con el tiempo se sometió a intervención quirúrgica para dar a su anatomía externa un aspecto acorde con su sentimiento de pertenencia al sexo contrario. Los hechos se circunscriben en el Reino Unido al igual que la Sentencia anterior. Realmente las circunstancias de hecho son similares a las del caso Rees, aunque ahora se alegaba que el demandante contaba con un hombre que deseaba contraer matrimonio con él. Sin embargo, el Tribunal entendió que eso no podía justificar la diferencia con el caso anterior, y básicamente se siguieron las mismas argumentaciones jurídicas para determinar la no vulneración del artículo 8 del Convenio. Sobre el artículo 12, la parte actora alegó que le era imposible contraer matrimonio, como mujer le era imposible casarse con otra, y la legislación inglesa le impide contraer matrimonio con un hombre. Ante ello, el Tribunal argumentó que la imposibilidad de que la demandante se case con una mujer no se deriva de ningún obstáculo legal, y no puede decirse que el derecho a casarse haya sido lesionado por un precepto del ordenamiento interno, y con respecto a su imposibilidad para hacerlo con un hombre, señaló que los criterios seguidos por la legislación inglesa concuerdan con los establecidos en el artículo 12. Esta sentencia fue seguida de numerosos votos particulares disidentes, en los que ya no sólo se disiente de la violación del artículo 8, sino que también se afirma la vulneración del artículo 12, señalándose literalmente que: «Demuestran también por qué creo que, a los efectos del artículo 12, un transexual operado con éxito debe considerarse que pertenece al sexo que ha escogido y tener, por consiguiente, el derecho de casarse con una persona de sexo opuesto a aquél». No hay que olvidar que el Tribunal no entra en la consideración del criterio establecido por el derecho británico y así considera que el criterio para la determinación del sexo es el biológico y no el morfológico.

(20) Se siguen iguales razonamientos para denegar el Derecho al matrimonio que en los supuestos anteriores.

estos casos, el TEDH manifestó que no debía permitirse la celebración de matrimonio (21).

Resulta realmente curioso que se impidiera el acceso al matrimonio de este colectivo desde la primera Sentencia hasta fechas realmente recientes, cuando la propia Comisión ya en el primero de los casos citados, en su informe favorable para el enjuiciamiento del caso Van Oosterwijck señaló que: «*El que niegue al transexual el derecho a casarse por falta de aptitud para procrear debe defender con argumentos convincentes el derecho a casarse del estéril, notorio y perpetuo, del ciudadano que contrae matrimonio a los ochenta y cinco años de edad o en inminente peligro de muerte, y además explicar la derogación, en la actual redacción del Código Civil, del antiguo impedimento de impotencia*».

En alguna de las Sentencias anteriores que no consideraban la violación del artículo 12 para el caso del matrimonio de transexuales existían votos particulares contrarios de cierto interés como ocurre en la Sentencia del Caso Cossey y en el caso Sheffield y Horsham, pero el fallo continuaba discriminando a los actores. Sin embargo, esa jurisprudencia se ha visto superada por algunas sentencias posteriores, tales como los casos Christine Goodwin contra Reino Unido (22), o I. contra Reino Unido (23).

En ambos supuestos de idéntica fecha, el Tribunal revisa la jurisprudencia anterior, y da un giro indicando que la no autorización de la celebración del matrimonio supone una vulneración del artículo 12 del Convenio, expresando, en el caso I, contra el Reino Unido, el siguiente razonamiento:

La jurisprudencia anterior partía desde el libre arbitrio a los Estados firmantes que reconoce este artículo 12 para regular el derecho al matrimonio y, por ello, los diferentes Estados podían utilizar unos criterios u otros con respecto a la determinación del sexo biológico para autorizar la celebración de matrimonio (JF 79). De igual forma, el Tribunal, ahora en estos casos, incide en que no es fundamental, de cara a contraer matrimonio, la incapacidad para una pareja de concebir o criar a un hijo (FJ 80). Es más, indica el TEDH que «el ejercicio del derecho a casarse implica consecuencias sociales, personales y jurídicas. Obedece a leyes internas de los Estados contratantes, pero las limitaciones que resultan de ello no deben restringirlo o reducirlo de una forma o hasta un punto que lo vulneren en su sustancia misma (Sentencias Rees FJ 50 y F. contra Suiza de 18 diciembre 1987 (FJ 81))».

Y, tras ese razonamiento, concluye con que al día de hoy deben autorizarse ese tipo de matrimonios sobre la siguiente base (FFJJ 82 y 83):

FJ 82: «El Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda seguir admitiendo que estos términos impliquen que el sexo deba ser determinado según criterios puramente biológicos (así lo declaró el Juez Ormrod en el asunto Corbett

(21) Resulta interesante el comentario que se efectúa sobre los casos Van Oosterwijck, Rees y Cossey por parte de ARECHEDERRA, L.: La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Transexualismo, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Revista Jurídica General. Núm. 1/1991, Enero-Febrero, pp. 67-71. En el mismo sentido veasé FOSAR BENLLOCH E.: El reconocimiento de la..., cit., pp. 3950-4028.

(22) Sentencia Christine Goodwin contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002.

(23) Sentencia I. contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002.

contra Corbett, apartado 17 supra). 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. El Tribunal ha constatado más arriba, en el terreno del artículo 8 del Convenio, que la no concordancia de los factores biológicos en un transexual operado ya no podía constituir un motivo suficiente para justificar la negativa a reconocer jurídicamente el cambio de sexo del interesado. Hay que tener en cuenta otros factores: el reconocimiento por parte de la comunidad médica y de las autoridades sanitarias en los Estados contratantes del estado médico de trastorno de la identidad sexual, la oferta de tratamientos, incluidas las intervenciones quirúrgicas, que permiten a la persona en cuestión asemejarse en lo posible al sexo al que cree pertenecer, y la adopción por ésta del rol social de su nuevo sexo. 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».

FJ 83: «El derecho al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 8 no engloba, sin embargo, el conjunto de las cuestiones que se plantean en el terreno del artículo 12, que menciona expresamente las condiciones impuestas por las leyes internas. El Tribunal ha examinado, por tanto, si el hecho de que el derecho interno admita a efectos del matrimonio el sexo registrado al nacer constituye en este caso una limitación que vulnere la sustancia misma del derecho a casarse. A este respecto considera 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, 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».

2.2 SUPUESTOS DE PROHIBICIONES TEMPORALES

2.2.1 *Prohibiciones culpabilísticas basadas en rupturas matrimoniales previas*

La doctrina civilista y canonista ha estudiado los diferentes tipos de impedimentos realizando numerosas clasificaciones. Una de ellas era la que se establecía en razón de su vigencia, esto es, temporales y perpetuos. Los perpetuos eran aquellos que el tiempo no podía eliminarlos (ej.: Impedimento de crimen), mientras que los temporales desaparecían con el mero paso del tiempo (ej.: El impedimento de edad).

El Tribunal ha tenido que conocer de un impedimento temporal, ajeno a nuestro ordenamiento jurídico actual, pero que estaba vigente en el Código Civil suizo, en concreto en el antiguo artículo 150. Se trataba de un impedimento temporal consistente en que a una persona se le impedía contraer matrimonio en un período de tiempo. Nos estamos refiriendo al caso F. Contra Suiza (24).

(24) Sentencia F. contra Suiza, de 18 de diciembre de 1987.

En concreto, las circunstancias de este caso fueron las siguientes:

El señor F., de nacionalidad suiza, nacido en 1943, se había casado cuatro veces desde 1963. El primer matrimonio se celebró con la señora G en el año 1963 y se divorció de ella el 8 de mayo de 1964. Después, el segundo matrimonio se celebró el 12 de agosto de 1966, volvió a casarse con la señora B, divorciada, con la que tuvo un hijo. El matrimonio se separó en diciembre de 1978 y F convivía con otra mujer. Tras ese divorcio, el Tribunal prohibió al solicitante volver a casarse en el plazo de un año al amparo del artículo 150 del Código Civil suizo. Posteriormente, el 11 de enero de 1983, puso un anuncio para contratar a una secretaria. La señora N apareció en respuesta a ese anuncio y cuatro días después vivían juntos y el 26 de febrero de 1983 la pareja se casó. El 11 de marzo de 1983, F comenzó su proceso de divorcio ante el Tribunal Civil de Distrito de Lausana, y, a principios de abril, su mujer dejó el hogar conyugal después de que él hubiera vuelto a tener relaciones con una amante anterior. Finalmente, se produjo un divorcio consensual donde el señor F acordó pagar una suma importante de dinero a su mujer por daños morales. El Tribunal Civil dictó sentencia el 21 de octubre de 1983 y aprobó el acuerdo al que habían llegado. Sin embargo impuso al demandante una prohibición de volver a casarse en tres años. La justificación que daba el Tribunal era que, sin duda, la actitud inaceptable del demandante hacía que sólo él fuera responsable de la ruptura del matrimonio. A pesar de esa prohibición temporal, el señor F y la mujer con la que vivía afirmaron que tenían intención de casarse tan pronto como fuera posible. La cuarta mujer en los matrimonios del señor F estaba ligada con vínculo matrimonial y había comenzado el proceso de divorcio, se redujo el tiempo de espera, y las amonestaciones se publicaron tan pronto como el período de espera impuesto al demandante expiró y volvió a casarse con la señora F el 23 de enero de 1987. Tuvieron un hijo de este matrimonio el 23 de febrero de 1987.

Ante esos hechos, la cuestión que se sometía ante el Tribunal es si esa prohibición temporal es contraria, o no, a lo dispuesto en el artículo 12 del CEDH. En este sentido, el Tribunal indica cómo esas prohibiciones temporales han ido desapareciendo de las diferentes legislaciones civiles de los distintos estados que forman parte del Convenio (FJ 33), indicando cómo habían sido abolidas por la República Federal de Alemania en 1976, y por Austria en 1983, recordando cómo la interpretación del Convenio debe realizarse a la luz de las condiciones actuales (caso Airey de 9 de octubre de 1979). Sin embargo señala esta Sentencia que el hecho de que, tras una evolución gradual, un país se encuentre en una posición aislada en algún aspecto de su legislación, no implica necesariamente que ese aspecto contradiga el Convenio, particularmente en un campo –matrimonio– que está tan estrechamente ligado a las tradiciones culturales e históricas de cada sociedad y a sus ideas fuertemente arraigadas acerca de la unidad familiar.

La Sentencia en su Fundamento Jurídico 36, aunque reconoce que la estabilidad del matrimonio es un fin legítimo que forma parte del interés público, desde luego rechaza de plano esa prohibición temporal en base a los siguientes argumentos:

1.º La prohibición temporal no puede estar destinada a proteger los derechos de otros, en concreto los del futuro cónyuge de un divorciado.

2.º La pareja, ostentando plena capacidad de obrar civil, puede ver vulnerado su derecho al matrimonio durante el período que dura la sanción temporal.

3.º Un hipotético *nasciturus* también podría verse afectado negativamente por semejante prohibición, toda vez que, si bien es cierto, la absoluta igualdad en derechos entre los hijos nacidos fuera o dentro de un matrimonio. Los hijos nacidos fuera del matrimonio pueden, sin embargo, sufrir ciertos prejuicios y verse así socialmente disminuidos.

4.º La opinión del Gobierno suizo —expresada en la causa— no es sostenible al considerar que durante el tiempo que dura la reflexión se protege al cónyuge para ayudarle a reflexionar sobre el matrimonio.

En definitiva, el Tribunal concluye afirmando la existencia de una sanción desproporcionada y, consiguientemente, que ha existido una violación del artículo 12.

2.2.2 *Prohibiciones temporales basadas en situaciones de privación de libertad (cumplimientos de condena)*

Este tipo de prohibiciones hacen referencia a aquellos casos donde se impedía por parte de un Estado que se pudiera contraer un matrimonio por una persona que estaba privada de libertad, por estar internada en un establecimiento penitenciario. A este respecto se pueden citar dos casos que no llegaron a juzgarse por el Tribunal, al modificar el Reino Unido su legislación interna a los efectos de que los presos privados de libertad pudieran contraer matrimonio.

Nos referimos a los informes de los casos Alan Stanley Hamer (25) y Sydney Draper (26), ambos contra Reino Unido, de 13 de diciembre de 1979 y de 10 de julio de 1980. En ambos, el informe de la Comisión fue claro:

«Considerado que el hecho que la ley nacional no permitió al solicitante casarse en prisión y que las autoridades de la prisión se negaron a permitir su excarcelamiento temporal para que él pudiera casarse, se produce una interferencia con el ejercicio del derecho del solicitante para casarse. La imposición de cualquier período sustancial de retraso en el ejercicio de este derecho debe verse en general como una lesión a su sustancia y las restricciones incidieron en la posibilidad del solicitante de ejercer su derecho.»

Estos supuestos no llegaron a ser conocidos por el TEDH, puesto que el Reino Unido modificó su legislación para permitir que las personas encarceladas pudieran contraer matrimonio.

2.3 **Prohibición para contraer matrimonio basada en motivos religiosos**

El ejemplo más claro a este respecto es el caso Selim contra Chipre (27). En este caso, el señor Selim solicitó a las autoridades chipriotas celebrar un matrimonio civil con una ciudadana rumana. Sin embargo, las autoridades no aceptaban que un ciudadano musulmán contrajera matrimonio civil. Ante la negativa de las autoridades nacionales contrajo matrimonio civil en Rumania. A la entrada al país de la pareja, las autoridades de inmigración no reconocían el vínculo jurídico

(25) Informe de la Comisión Hamer, de 13 de diciembre de 1979.

(26) Informe de la Comisión Draper, de 10 de junio de 1980.

(27) Sentencia Selim contra Chipre, de 16 de julio de 2002.

matrimonial obligando al señor Selim a efectuar un depósito económico para cubrir los futuros gastos de deportación de su cónyuge no reconocido así por el ordenamiento jurídico chipriota.

Este supuesto caso, que recuerda a momentos históricos confesionales católicos españoles de varias décadas atrás, no llegó a conocerse por el Tribunal porque el Gobierno chipriota llegó a un acuerdo con el actor y reparó económicamente los perjuicios y se obligó a modificar las normas existentes al respecto.

Sin duda, a nuestro juicio, este supuesto hubiera significado una vulneración del artículo 12 relacionada con el 9 y con el 14.

3. CRISIS MATRIMONIALES: SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

3.1 Separación

Muy poco existe a este respecto. Sin embargo, sí se debe citar en esta línea un caso muy interesante en nuestro ordenamiento jurídico español. Tras la aprobación de la mal llamada Ley del Divorcio del año 1981, se establecieron unas causas tipificadas expresamente en el Código Civil para acceder a la separación y al divorcio en el supuesto de desacuerdo de la pareja. Pero, de la práctica de los tribunales españoles se extrae la conclusión de que prácticamente el 99 por 100 de las sentencias de separación matrimonial se están dictando en aplicación de la denominada falta de *affectio maritalis*. Sin embargo, dentro de los supuestos recogidos en el artículo 82 del Código Civil no existe esta causa de separación. Por este motivo, un nacional español, al concederle la separación de su cónyuge, precisamente por falta de *affectio maritalis* recurrió ante el TEDH alegando que se había violado el artículo 8, en combinación con el artículo 13 del CEDH. Se trata del caso Carbonell Rodríguez (28). Alegaba el recurrente que la resolución se amparaba en una causa no reconocida en el Código Civil y que le había producido una ingerencia en su vida familiar y, a la vez, le había producido ciertamente una indefensión al ver cómo se le aplicaba una disposición que no existía en el Código Civil.

La Comisión dictó resolución inadmitiendo la demanda indicando que, como la práctica forense española ha verificado durante todos estos años, «la Comisión considera que la Audiencia Provincial estaba apreciando la verdadera situación y simplemente la ley, desde una vía que era diferente de la del punto de vista del solicitante».

3.2 Divorcio

En esta línea existe una de las tradicionales sentencias de este campo del Derecho matrimonial, que, a buen seguro, a día de hoy, no podría dictarse, no ya sólo porque en Irlanda ya existe el divorcio, sino porque, como ya se indicaba en

(28) Decisión de inadmisibilidad de la Comisión, caso Francisco Carbonell Rodríguez, de 12 de enero de 1994.

el FJ 38 de la Sentencia del Caso F contra Suiza, haciendo referencia al caso Deweer de 27 de febrero de 1980, «en el área de los derechos humanos quien pueda lo más no puede necesariamente lo menos. El Convenio permite bajo ciertas condiciones algunas conductas muy graves (...) mientras que al mismo tiempo prohíbe otras que, por comparación, pueden considerarse bastante benignas». Y, sobre todo, porque la jurisprudencia del TEDH –como se verifica del caso Airey de 9 de octubre de 1979, serie A, núm. 32, págs. 14-15, núm. 26– debe ser interpretada a la luz de las condiciones sociales actuales.

En definitiva, entrando ya en el análisis del caso Johnston (29), el Sr. Johnston contrajo un primer matrimonio conforme al rito religioso de la Iglesia de Irlanda, y tras más de doce años de matrimonio, y el nacimiento de tres hijos, decidieron ambos cónyuges residir en domicilios separados. Posteriormente, el Sr. Johnston comenzó a vivir, seis años después, con la señora Johnston con quien también tuvo una hija. El señor Johnston acordó una separación con su primera esposa satisfaciendo todas sus obligaciones legales, llegando incluso a pensar en la posibilidad de divorciarse fuera de Irlanda, para así poder legalizar su situación con la segunda mujer con quien también tenía una hija.

Esa situación no fue atendida por el TEDH, quien valoró conforme a Derecho indicando en su FJ 44, que:

«El Tribunal, de acuerdo con la Comisión, reconoce que el sentido ordinario de las palabras, “derecho de casarse” es claro: se refieren al nacimiento de las relaciones conyugales y no a su disolución. Además están en un contexto que se remite expresamente a las “leyes nacionales”; incluso si, como sostienen los demandantes, se puede considerar la prohibición del divorcio como una limitación de la capacidad para contraer matrimonio, en una sociedad en que impera el principio de la monogamia no cabe que se califique dicha limitación como un ataque a la esencia del derecho garantizado por el artículo 12.»

Además, esta interpretación concuerda con el objeto y con la finalidad del artículo 12, según resultan de los trabajos preparatorios. El origen del artículo es el 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo apartado 1 dice lo siguiente:

«El hombre y la mujer, desde la edad núbil, sin ninguna restricción por causa de raza, nacionalidad o religión, tienen el derecho de casarse y de fundar una familia. Tienen los dos iguales derechos en relación al matrimonio, durante el matrimonio y a su disolución.»

Los demandantes solicitaban del TEDH que tuviera en cuenta la evolución social, y que accediera a esta realidad social, aunque, lamentablemente, el TEDH, en este caso, se quedó a medio camino en una posición –reiteramos–, hoy difícilmente comprensible. Y, a tal efecto, argumentó (FJ 45) que:

«Los demandantes insisten mucho en la evolución social acaecida después de la redacción del Convenio, Y especialmente en el considerable aumento –según ellos– del número de rupturas matrimoniales.

(29) Sentencia Johnston y otros contra Irlanda, de 18 de diciembre de 1986.

Es cierto que hay que interpretar el Convenio y sus Protocolos teniendo en cuenta las circunstancias actuales (véase, entre otras, la Sentencia en el caso *Markx*, ya citada antes, serie A, núm. 31, pág. 26, apartado 58), pero el Tribunal no puede deducir de este Instrumento, por medio de una interpretación evolutiva, un derecho que no se incluyó al principio. Así sucede especialmente cuando, como en el caso de autos, la omisión fue intencionada.

Hay que añadir que el derecho al divorcio tampoco figura en el Protocolo número 7 del Convenio, abierto a la firma el 22 de noviembre de 1984. No se aprovechó la ocasión de regular esta cuestión en el artículo 5, en el que se reconoce a los cónyuges algunos derechos complementarios, especialmente en el caso de disolución del matrimonio. Por otra parte, el apartado 39 de la exposición del Protocolo señala que las palabras «en el caso de su 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».

La sentencia sólo entendía violados los derechos de la tercera actora, la hija «natural» de la pareja actora, a través de la violación del artículo 8 del Convenio.

Más razonable hubiera sido la línea argumental del voto particular del Juez señor Meyer que sí estimaba violado el artículo 12, argumentando lo siguiente:

FJ 5: «... En mi opinión, la imposibilidad de pedir, en circunstancias como las expuestas, la disolución civil del matrimonio, de una parte, viola, respecto a cada cónyuge, los derechos reconocidos en los artículos 8, 9 y 12 del Convenio y, de otra, al impedir a cada uno volver a casarse civilmente mientras viva el otro, viola los mismos derechos en cuanto a cada esposo y a cada nuevo compañero.

La expresada imposibilidad no concuerda con el derecho de los interesados a que se respete su vida privada y familiar, ni con su derecho a la libertad de conciencia y de religión, ni con el de casarse y fundar una familia.

Me parece, en efecto, que en casos como el de que se trata el ejercicio efectivo de estos derechos no sólo exige que se permita a los cónyuges solicitar que se les dispense de su deber de convivir, sino que puedan pedir también que en Derecho Civil se les libere de sus lazos conyugales, mediante el reconocimiento legal de su definitiva separación.

La prohibición por la Constitución del Estado demandado de cualquier normativa que permita la disolución del matrimonio es, como parece que ya lo reconoció en 1967 una Comisión parlamentaria de dicho Estado, “coercitiva en cuanto a todos, católicos o no católicos, cuyos preceptos religiosos no prohíben absolutamente el divorcio en todas las circunstancias” y “en desacuerdo con los principios de libertad religiosa, generalmente reconocidos, como se hizo en el Concilio Vaticano”. Sobre todo, como dice la misma Comisión, es “de una dureza y rigor que no son necesarios”.

La prohibición no se puede justificar en la que el Convenio –en varios de sus preceptos, y especialmente en los que se refieren al respeto de la vida privada y familiar y a la libertad de conciencia y religión– denomina “sociedad democrática”.

El Tribunal ha dicho, ya en más de una ocasión, que no puede existir una sociedad así sin pluralismo, sin tolerancia, sin espíritu abierto: éstas son las notas características de la sociedad democrática.

En una sociedad fundada en estos principios, me parece excesivo que se imponga de manera absoluta e inflexible la indisolubilidad civil del matrimonio sin permitir siquiera la posibilidad de excepciones en casos como el de autos.

No basta para justificar un régimen legal tan draconiano que se apoye en el deseo o en la voluntad de la gran mayoría del pueblo; el Tribunal ha dicho también que “aunque los intereses individuales deban subordinarse en ocasiones a los de una colectividad, la democracia no supone la constante supremacía de una mayoría”: “exige un equilibrio que asegure a las minorías un trato adecuado que evite cualquier abuso de la situación dominante”.

En mi opinión, lo dicho debe aplicarse también en las cuestiones de matrimonio y de divorcio.»

FJ.6. «Las anteriores consideraciones no suponen el reconocimiento del derecho al divorcio ni que un derecho así, en la medida en que exista, tenga la condición de fundamental.

Significan meramente que la total exclusión de cualquier posibilidad de pedir la disolución civil de un matrimonio no es compatible con el derecho al respeto de la vida privada y familiar, con el derecho a la libertad de conciencia y de religión y con el derecho de casarse y de fundar una familia».

3.3 Nulidad matrimonial: nulidad canónica

El ejemplo más representativo es el caso Pellegrini (30). Los hechos del caso eran los siguientes: En el año 1962 la Sra. Peregrini contrajo matrimonio canónico con el Sr. A. En el año 1987 se pide la separación judicial, y en 1990 se procede al divorcio. Mientras tanto, en el año 1987 se produce la solicitud de nulidad matrimonial contra la Sra. Pellegrini. De hecho, la Sra. Pellegrini es convocada en el Tribunal eclesiástico que seguía causa de nulidad matrimonial por impedimento de consanguinidad, y aunque la actora no conocía la petición de nulidad, comparece ante el Tribunal, y responde a las preguntas que se le formulan, pero acude sin abogado, y se sigue un procedimiento sumario en el cual no se persona como parte. Dentro del relato de los hechos, hay que señalar que, sí interviene el defensor del vínculo (31). Dicha sentencia fue apelada por la actora ante la Rota Romana alegando que había sufrido la más absoluta indefensión, no habiendo conocido la demanda —no le habían dado traslado de ella—, ni conocía los motivos de nulidad hasta que fue interrogada en el acto del juicio, y además no había tenido posibilidad de contar con una defensa por medio de abogado. Advertido el error en la notificación, se formuló la apelación y fueron convocados a la vista de la apelación las partes y el defensor del vínculo. La sentencia de la Rota confirmó la primera

(30) Sentencia Pellegrini contra Italia, de 20 de julio de 2001. Un estudio muy adecuado de este supuesto lo encontramos en LABACA ZABALA, L., Exequátur de sentencia de nulidad canónica emitida por los tribunales eclesiásticos y violación del artículo 6,1.º del convenio de Roma (a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 20 de julio de 2001), en *Noticias Jurídicas*. Artículos Doctrinales: Derecho Civil. Núm. 290, Barcelona, 30 de marzo de 2005.

(31) Se trata de una figura propia del Derecho canónico, y aunque, con ciertas distancias, a título ilustrativo, se puede afirmar que es una figura parecida al Ministerio Fiscal en materia matrimonial.

sentencia, y así la decisión eclesiástica de nulidad devino en firme, enviándose la resolución a la Corte de Apelación de Florencia para su ajuste a Derecho Italiano. Ante la Corte de Florencia la Sra. Pellegrini reiteró los motivos anteriores y puso de manifiesto la indefensión que había sufrido ante el Tribunal eclesiástico. El Tribunal civil entendió que la comparecencia y la posibilidad de responder a las preguntas, junto con las especialidades del proceso canónico, con la necesidad de intervención del defensor del vínculo, y con la obligatoriedad de dos sentencias que declaren la nulidad habían sido suficientes para entender que no existía indefensión. La sentencia civil fue recurrida y confirmada posteriormente.

El centro de este problema estriba en que la sentencia de nulidad, deja sin efecto la pensión compensatoria vitalicia establecida en el divorcio o separación. Sin embargo, el esposo y la esposa llegaron a un acuerdo económico.

El problema se deriva, no tanto de la aplicación del Derecho canónico, puesto que la Santa Sede no ha ratificado el CEDH, sino que, lo realmente importante es que el derecho italiano no supo verificar si se habían cumplido las exigencias del derecho a la defensa previstos en el artículo 6 del CEDH. Y por ello, en el FJ 44 se señala que se ha vulnerado el derecho de defensa porque las cortes italianas no concedieron importancia al hecho de que la solicitante no había tenido la posibilidad de examinar la demanda interpuesta por su ex-marido, ni de formular adecuadamente su defensa al verse privada de letrado, por lo que, el derecho a un procedimiento contradictorio, como principio rector de derecho procesal es un elemento básico del artículo 6,1 (véase, *mutandis del mutatis*, Lobo Machado contra Portugal, y Vermeulen contra Bélgica, y Mantovanelli contra Francia).

Esta sentencia pone el acento en la tramitación de los procesos de nulidad, y en la necesidad de asegurar su tramitación conforme a los principios rectores de defensa y protección de las partes mediante la necesaria tutela judicial efectiva, y más en concreto en el imposible ajuste a Derecho en el CEDH de las resoluciones de matrimonio rato y no consumado que consisten únicamente en un procedimiento administrativo que no es contradictorio.

4. EFECTOS COMUNES A LA SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

4.1 Regimen de visitas y guarda y custodia de los hijos menores

El problema se ha planteado en estos extremos en relación con las minorías, en concreto con las religiones minoritarias y determinados colectivos caracterizados por su orientación sexual (homosexuales).

4.1.1 Discriminación por motivos religiosos

El caso ejemplar es el caso Hoffmann (32). En este caso se constata la violación del artículo 8, en relación con el artículo 14 del CEDH, y no se entra en el artículo 12. Sin embargo, lo cierto es que lo que se viola es la relación derivada de

(32) Sentencia Hoffmann contra Austria, de 26 de mayo de 1993.

una crisis matrimonial, cuando la Sra. Ingrid Hoffmann se ha separado de la Iglesia tradicional austriaca y entra a formar parte de los Testigos de Jehová. Ese hecho hace que tras la separación matrimonial, su derecho para con los menores se vea vulnerado por su pertenencia a los Testigos de Jehová.

En concreto, para la atribución de la guarda y custodia de los menores el esposo adujo que si los niños quedaban al cuidado de la recurrente, corrían el riesgo de crecer de modo anómalo y perjudicial para ellos. Argumentó que los principios educativos de la confesión religiosa, a la que la recurrente pertenecía, eran hostiles a la sociedad, lo que les impediría el contacto con los no-miembros, las expresiones de patriotismo (como cantar el himno nacional) y la tolerancia religiosa, todo lo cual conduciría al aislamiento social de los niños. Además, la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre, los expondría a situaciones de peligro para su vida o su salud. En cuanto a su hijo, advirtió que, en el futuro, tendría que negarse a realizar el servicio militar e, incluso, la prestación cívica sustitutoria.

La recurrente argumentó que estaba en mejor disposición de cuidar a los niños, al poder dedicarse completamente a ellos, y, como madre, más capacitada para proporcionarles el ambiente familiar necesario. Igualmente alegó que el Sr. S. ni si quiera colaboró a su mantenimiento cuando estaba, legal y moralmente, obligado a ello. No obstante, reconoció que pensaba educar a los niños en su propia fe.

La Oficina de la Juventud del Distrito de Innsbruck expresó su preferencia en concederle la custodia a la recurrente siguiendo, «inter alia», la opinión experta de un psicólogo infantil.

El Tribunal de Distrito otorgó la custodia a la recurrente, negándosela al Sr. S. Su argumentación consistió en, únicamente, tomarse en cuenta el bienestar de los niños. Dadas las condiciones de vida materiales de ambos padres, cualquiera de ellos estaba en condiciones de dispensarle el cuidado adecuado; sin embargo, el padre necesitaría de la ayuda de su madre. Por otra parte, los niños tenían lazos afectivos más estrechos con la madre, tras haber vivido con ella durante un año y un medio, de tal suerte que el separarlos les ocasionaría algún daño psicológico. En ese sentido era preferible dejar a los niños con la madre.

El Tribunal Regional rechazó la apelación del esposo por decisión de 14 de marzo de 1986. Los fundamentos fueron los siguientes: «El argumento principal de la apelación se sustenta en que la decisión del Tribunal de primera instancia es incompatible con el bienestar de los niños por la pertenencia de la madre a la comunidad religiosa de los Testigos de Jehová. En esa línea de argumentación, el apelante expresó su rechazo a los peculiares criterios y objetivos de esa comunidad religiosa y a las actitudes sociales resultantes, que, en su opinión, eran erróneas; en consecuencia, según su punto de vista, si se le asignaba la custodia a la madre, a ambos niños se les obligaba a vivir en un ambiente nocivo, especialmente, el aislamiento social, que les conducía a vivir al margen de la realidad».

La línea argumental del apelante (el padre) es, por ello, insólita, toda vez que, los Testigos de Jehová, anteriormente conocidos como Estudiantes Serios de la Biblia, «constituyen una comunidad religiosa, con una interpretación de la Biblia particular, que no está prohibida en Austria; puede inferirse, por tanto, que sus objetivos ni infringen la ley, ni ofenden la moral (véase el artículo 16 de la Ley Básica junto con el artículo 9 del Convenio Europeo para los Derechos Humanos).

Por consiguiente, el que la madre sea miembro de esa comunidad religiosa no puede, en sí mismo, suponer un peligro para el bienestar de los niños...».

El Sr. S. presentó una apelación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo Austriaco, y por sentencia de 3 de septiembre de 1986, el Tribunal Supremo revocó la sentencia del Tribunal Regional de Innsbruck, otorgándole la custodia al Sr. S., en lugar de a la recurrente. Argumentó las razones siguientes:

«El apelante, no ha manifestado hasta aquí que los niños pertenecían a la fe católica; sin embargo, ha declarado, y se ha establecido de hecho, que la madre los está educando según las enseñanzas de los Testigos de Jehová. También, es indiscutible, que los niños no pertenecen a esta confesión. Los Tribunales inferiores deberían haber examinado, por consiguiente, si el modo en que la madre está educando a los niños, contraviene o no las previsiones de la Ley Federal de 1985 sobre la Educación Religiosa de los Niños 1985/155 (que reforma la Ley de 15 de julio de 1921 sobre la Educación Religiosa de los Niños, dRGB). Según artículo 1 de la Ley de 1921, la educación religiosa de un niño será decidida por el acuerdo, libremente adoptado, de los padres, en cuanto que la responsabilidad de su cuidado y educación reside en ellos. Tal acuerdo puede revocarse en cualquier momento y termina a la muerte de cualquiera de los esposos. El artículo 2, pár. 1, de la Ley de 1921, establece que si tal acuerdo no se hace, o termina, las previsiones del Código civil, en relación al cuidado y la educación de los niños, se extenderán, también, a su educación religiosa. Sin embargo, el artículo 2, pár. 2, de la Ley de 1921, establece que, durante la existencia del matrimonio, ninguno de los padres puede decidir, sin el consentimiento del otro, que el niño sea educado en una fe diferente a la compartida por ambos en el momento del matrimonio, o en la que se hayan educado hasta entonces.

Consiguientemente, en cualquier caso, los niños no pertenecen a la fe de los Testigos de Jehová, y su educación según los principios de esta secta (que no es, como, acertadamente el apelante pone de relieve, una comunidad religiosa reconocida), contraviene el artículo 2, pár. 2, de la ley de 1921. «El fallo del Tribunal Regional al no aplicar esta previsión legal, comete, obviamente, una infracción de la ley. Incluso el último Tribunal considera y valora que los Tribunales inferiores, se equivocaron también en sus decisiones, en lo referente a la consideración debida al bienestar de los niños ... Es contrario a la ley el que la madre, como se ha establecido, se niegue consentir que los niños reciban las transfusiones de sangre necesarias, lo que constituye un peligro a su bienestar, pues pedir la autorización a un Tribunal, para sustituir el consentimiento de la madre... puede, en casos urgentes, suponer un retraso vital en una intervención médica, lo que no se daría cuando se obtiene la autorización de la persona encargada del cuidado de los niños... . También ha quedado establecido que si los niños son educados según las enseñanzas religiosas de los Testigos de Jehová, éstos se verán socialmente marginados».

El TEDH en esta sentencia entendió que se habían vulnerado los artículo 8 y 14 del convenio argumentando, básicamente en su FJ 33, que: El Tribunal Europeo admite por consiguiente que ha habido una diferencia de trato y que, esa diferencia, era por motivos religiosos; esta conclusión es avalada por el tono y la redacción de las consideraciones del Tribunal Supremo respecto a las consecuencias prácticas de la religión de la recurrente. Tal diferencia de trato es discriminatoria, si no existe «una finalidad y una justificación razonable», es decir, si no va dirigida a lograr un «objetivo legítimo» y si no hay ninguna «relación razonable de proporcionalidad entre los medios emplea-

dos y el objetivo buscado» (véase, entre otras decisiones, la Darby contra Suecia, sentencia de 23 de octubre de 1990, serie A n.º 187, p. 12, párr. 31).

Dicha sentencia se acompañó de varios votos particulares, en concreto de: voto disidente del Sr. Matscher; voto parcialmente disidente del Sr. Walsh; voto disidente del Sr. Valticos; y voto disidente del Sr. Mifsud Bonnici. Todos ellos no entendían vulnerados los artículo 8 en relación con el 14, entendiendo básicamente que se había optado por parte del T. Supremo Austriaco por una solución que atendía al bienestar de los menores.

4.1.2 *Discriminación por orientación sexual*

Con respecto a las discriminaciones producidas en las personas que presentan una orientación sexual homosexual, se puede citar el Caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal (33).

En este caso, el demandante había sufrido una diferencia de trato a la hora de disfrutar del derecho de visitas de sus hijos, precisamente por su orientación sexual. Los hechos del caso, básicamente, eran los siguientes:

El 7 de febrero de 1991, el demandante, en el marco del proceso de divorcio, llegó a un acuerdo con C. D. S. acerca de la atribución de la patria potestad de la niña M. Tras el acuerdo, se atribuía la patria potestad a C. D. S., beneficiándose el demandante del derecho de visita. Sin embargo, éste no pudo gozar de su derecho de visita, al incumplir C. D. S. dicho acuerdo. Como quiera que la ex-esposa incumplía los términos del acuerdo, el Sr. Salgueiro interpuso demanda solicitando la patria potestad de los hijos, ya que la hija común, M., estaba al cuidado de sus abuelos maternos. El demandante decía estar en mejores condiciones para ocuparse de su hija. En la contestación a la demanda, C. D. S. acusó al recurrente de haber abusado sexualmente de la niña.

El Tribunal de Familia de Lisboa dictó Sentencia el 14 de julio de 1994, después de que el demandante, la niña M., C. D. S. y los abuelos maternos de la niña fueron examinados por psicólogos del Tribunal, el Tribunal atribuyó la patria potestad al demandante, descartando por carecer de fundamento, a la luz de los informes de los psicólogos, las acusaciones de C. D. S., según las cuales, L. G. C. habría pedido a la niña que le masturbara. Asimismo, consideró, siempre a la luz de los informes de los psicólogos, que las declaraciones de la niña M. en este sentido, parecían más bien ser el resultado de influencias de otras personas sobre la niña. El Tribunal añadió: «La madre mantiene una actitud poco colaboradora y es bastante improbable que cambie de actitud. Ha incumplido de forma reiterada, las resoluciones del Tribunal. Hay que constatar, por tanto, que (la madre) no ha demostrado ser, hoy en día, capaz de ofrecer a M., las condiciones de una vida equilibrada y tranquila que ésta necesita. El padre está actualmente en mejores condiciones de hacerlo. Además de disponer de medios económicos y de vivienda para tener la niña con él, ha demostrado ser capaz de transmitirle las condiciones de equilibrio que la niña necesita y de respetar su derecho a mantener un contacto regular y asiduo con la madre y los abuelos maternos».

(33) Sentencia Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, de 21 de diciembre de 1999.

Tras la sentencia, la niña «M», convivió con el demandante varios meses, y la ex esposa recurrió la Sentencia del Tribunal de Familia ante el Tribunal de Apelación de Lisboa (*Tribunal de Relação*). El 9 de enero de 1996, éste dictó Sentencia, revocando la sentencia anterior y atribuyó la patria potestad a C. D. S., concediendo al demandante, tan sólo los derechos de visita para con la menor. Para llegar a dicho fallo, la sentencia valora la homosexualidad del padre, bajo las siguientes consideraciones:

«Que el padre de la niña, que reconoce ser homosexual, quiera vivir con otro hombre, es una realidad que hay que aceptar. Es notorio que la sociedad cada vez es más tolerante con este tipo de situaciones. Sin embargo, no podríamos afirmar que un entorno de esta naturaleza sea el más saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de un niño, sobre todo en el marco de un modelo dominante en nuestra sociedad, como advierte con mucha razón la recurrente. La niña debe vivir en el seno de una familia, de una familia tradicional portuguesa, que desde luego no es la que su padre ha decidido formar, ya que vive con otro hombre como si fueran marido y mujer. No es éste lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se está en presencia de una anormalidad y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales; lo dice la naturaleza humana y recordemos que el propio (demandante) lo reconoció cuando, en la demanda inicial de 5 de julio de 1990, afirma que ha abandonado definitivamente el domicilio conyugal para irse a vivir con un amigo, decisión que no es normal según los criterios habituales.

«No se cuestiona el amor del padre hacia su hija, ni su capacidad para ocuparse de ella en los períodos en los que se la confía, ya que es indispensable que se vean para cumplir los objetivos mencionados anteriormente, a saber el equilibrio y la formación de la personalidad de la niña. M. necesita estas visitas para que se disipen los estados de ansiedad e inestabilidad que ha sufrido. Cuando a un niño se le priva del contacto con su padre, constituye un factor de riesgo para su correcto desarrollo y equilibrio psicológico presente y futuro. Sería bueno que la madre comprendiera y aceptara esta realidad, so pena de que se cuestione su capacidad para ejercer la patria potestad».

Tras ese razonamiento contenido en la Sentencia se hacía incluso alguna recomendación al padre, para que tuviera en cuenta en los períodos de estancias y visitas de la menor en su compañía. En concreto se le señalaba literalmente que: «El padre debe comprender, que, durante estos períodos, no es aconsejable que dé lugar a situaciones que permitan que la niña entienda que su padre vive con otro hombre en condiciones similares a las de los cónyuges».

Incluso, en la Sentencia, uno de los tres Jueces del Tribunal de Apelación, pronunció el siguiente voto particular: «He votado por la Sentencia, aun considerando que no es legítimo, desde el punto de vista constitucional, el afirmar, como principio, que una persona puede ser excluida de sus derechos familiares en función de sus orientaciones sexuales. Por consiguiente, estas últimas, como tales, no pueden en ningún caso ser calificadas de anormales. El derecho a la diferencia no debe transformarse en un falso derecho a la discriminación. No se trata pues de devaluar el hecho de que (el demandante) asuma su sexualidad y, por consiguiente, se le niegue el derecho a asegurar la educación de su hija. Se trata, ya que hay que tomar

una decisión, de que en conciencia no se puede decir, en nuestra sociedad y época, que un niño pueda, sin riesgo de perder sus modelos de referencia, asumir la homosexualidad de su padre».

Ante esos planteamientos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Fundamento Jurídico 35 analiza esos últimos contenidos de la sentencia recurrida que hacen referencia a la orientación sexual del padre, para verificar si se había vulnerado el artículo 14. En opinión del Tribunal, estos pasajes de la sentencia enjuiciada, lejos de constituir simples formulaciones torpes o desafortunadas, como sostiene el Gobierno, o simples «*obiter dicta*», hacen pensar, por el contrario, que la homosexualidad del demandante pesó de modo determinante en la decisión final. Esta conclusión está reforzada por el hecho de que el Tribunal de Apelación, al resolver sobre el derecho de visita del demandante, le disuadiera de mantener un comportamiento que permitiera a la niña, en los períodos de visita, comprender que su padre vivía con otro hombre en «condiciones similares a las de los cónyuges» («*ibidem*»). Por ello, expresamente, esta sentencia indica, con acierto que (FJ. 36) el Tribunal de Apelación hizo una distinción llevado por consideraciones relativas a la orientación sexual del demandante, distinción que no se puede tolerar según el Convenio (ver, *mutatis mutandis*, Sentencia Hoffman previamente citada, pg. 60, ap. 36). Por ello, el Tribunal no puede concluir con la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido; por lo tanto, ha habido violación del artículo 8 en relación al artículo 14.

RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

A. Derecho al matrimonio:

- 1) Caso F. contra Suiza. Sentencia de 18 de diciembre de 1987.
- 2) Caso Selim contra Chipre, de 16 de julio de 2002.
- 3) Informe de la Comisión Hamer, de 13 de diciembre de 1979. Y también Informe de la Comisión Draper, de 10 de junio de 1980.

B. Transexualidad y matrimonio:

- 1) Caso Van Oosterwyck contra Bélgica, de 17 de octubre de 1986.
- 2) Caso Rees contra el Reino Unido. Sentencia de 17 de octubre de 1986.
- 3) Caso Cossey contra el Reino Unido. Sentencia de 27 de septiembre de 1990.
- 4) Caso I. contra Reino Unido. Sentencia de 11 de julio de 2002.
- 5) Caso Christine Goodwin contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002.
- 6) Caso Van Küick contra Alemania, de 12 de julio de 2003.

C. Divorcio, Separación y Nulidad

- 1) Caso Johnston y otros contra Irlanda. Sentencia de 18 de diciembre de 1986.
- 2) Caso Pellegrini contra Italia, de 20 de julio de 2001.
- 3) Decisión de inadmisibilidad de la Comisión, caso Francisco Carbonell Rodríguez, de 12 de enero de 1994.

D. Matrimonio y relaciones paterno filiales:

- 1) Caso A. contra Reino Unido. Sentencia de 23 de septiembre de 1998.
- 2) Caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal. Sentencia de 21 de diciembre de 1999.
- 3) Caso Hoffmann contra Austria. Sentencia de 23 de junio de 1993.