

LA (DE)CONSTRUCCIÓN DE LAS RELACIONES DE
FILIACIÓN Y PATERNIDAD A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

*THE DECONSTRUCTION OF FILIATION AND PATERNITY
RELATIONSHIPS THROUGH THE EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS CASE LAW*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 550-575

Jonatán CRUZ
ÁNGELES

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: En este artículo exploraremos cómo ha reaccionado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ante la evolución de las “nuevas” realidades de la familia y, más concretamente, en qué medida ha contribuido a cuestionar y/o reproducir cómo se articula el vínculo que une a un hijo a su progenitor, basándose, en particular, en los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como se demostrará, la definición de paternidad respaldada por el TEDH no siempre es clara por dos aspectos. En primer lugar, aunque valora cada vez más el interés y nivel de compromiso de un padre con su hijo, no abandona el modelo o esquema de “paternidad convencional”, al que, sin embargo, añade una “nueva” exigencia de cuidado. En segundo lugar, aunque la construcción emergente de la paternidad parece ser una cuestión de elección de doctrina, dependerá del caso en cuestión. Por lo tanto, no es de extrañar que fuerzas doctrinales y morales interactúen en este proceso de evolución jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Filiación; paternidad; jurisprudencia; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Estrasburgo.

ABSTRACT: *In this paper, we examine how the European Court of Human Rights (HUDOC) has reacted to the evolution of the “new” realities of the family, in particular to what extent this court has contributed to questioning and/or reproducing how the relationship between a child and the parent is established, based, especially, on the Articles 8 and 14 of the European Convention on Human Rights. As we will demonstrate in this paper, the definition of paternity, endorsed by the HUDOC, is not always clear for two reasons. On the one hand, even if we increasingly value the interest and the level of commitment of a parent to his child, it does not abandon the conventional parenting model or scheme. However, it adds a “new” demand for care. On the other hand, even though the emergent construction of paternity seems to be a matter of doctrinal choice, and it depends on the case. Therefore, it shouldn’t seem strange that doctrinal and moral forces interact in the process of doctrinal evolution.*

KEY WORDS: *Filiation; paternity; case law; European Court of Human Rights; Strasbourg.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA PATERNIDAD A LA LUZ DE NUESTROS DÍAS.- III. LA DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD.- IV. SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.- V. LA PATERNIDAD “NO CONVENCIONAL”.- I. El reconocimiento de la homoparentalidad.- 2. El uso de técnicas de reproducción asistida.- VI. EL ESPECIAL DEBER DE CUIDADO PATERNO.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La paternidad (del latín “paternitas”) hace referencia a la cualidad(es) del padre o progenitor masculino. Se trata de una institución de carácter socio-cultural relacionada con la filiación. Este concepto de paternidad no es estático sino dinámico; es decir, que se ha ido transformando con el tiempo en las distintas civilizaciones y/o periodos de la Historia de la Humanidad¹. En nuestra cultura europea, se considera que los primeros antecedentes de su regulación se remontan a la Antigüedad clásica, donde el modelo por excelencia de padre patriarcal es el del “pater familias” romano, que ostentaba el varón; los hijos nacían en el hogar paterno y la descendencia era patrilineal: los hijos/as portaban única y exclusivamente el apellido del padre. La familia del pater familias era un conjunto: una casa, un grupo que incluía a todas las personas libres que formaban parte del núcleo familiar, sin distinción de edad ni de que éstos hubiesen contraído (o no) matrimonio, todos los parientes, descendientes, allegados, las mujeres entradas a la familia mediante el matrimonio y sus descendientes, tanto los adoptados como los arrogados, así como también los trabajadores domésticos, esclavos/as y sus descendientes, el ganado, las tierras y todos los objetos de su casa. El pater o protector romano ejercía el Derecho sobre todos los aspectos de la vida de sus descendientes: (1) determinaba el derecho a la vida o la muerte; (2) podía enajenarlos, abandonarlos, exponerlos o entregarlos a la víctima de un delito por éstos cometido; y (3) tomaba todas las decisiones en lo referente a su educación.

En la Edad Media, con la aparición de la figura del padre cristiano en el imaginario europeo, convivieron distintos modelos de paternidad en función del patrimonio familiar. La estructura prototípica del padre en la Alta Edad Media todavía recordaba a la que se manifestaba tanto en la tradición romana como germánica al estar integrada por el núcleo matrimonial -esposos e hijos- y un grupo de parientes lejanos, viudas, jóvenes huérfanos, sobrinos y esclavos. Todos estos integrantes estaban bajo la tutela del varón quien descendía de una estirpe,

1 GAUCHÉ MARCHETTI, X.: *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial académica española, Saarbrücken, 2011, pp. 37-128.

• Jonatán Cruz Ángeles

Profesor Ayudante Doctor en el Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho Público y Común Europeo, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Jaén (España). ORCID: 0000-0002-8648-5525. Correo electrónico: jangeles@ujaen.es

siendo su principal obligación la de proteger a sus miembros. Por tanto, el padre era el guardián de la pureza de sus hijas en tanto que máximo guardián de su descendencia. Un ataque al pudor de la mujer, aún con el consentimiento de ésta, era considerado como una deshonra para toda la familia, así como un acto de “violación” castigado con la pena de muerte. De este modo, el padre transmitía a sus hijos un doble patrimonio: la sangre y el nombre, que le atribuía una identidad en ausencia de toda prueba biológica. Este sistema de clases se mantuvo y perfeccionó durante toda la Baja Edad Media. En este periodo histórico podemos observar, principalmente, tres modelos de paternidad: (1) el modelo aristocrático que otorgaba gran importancia al linaje, el patrimonio, los títulos nobiliarios, los privilegios y el honor que se heredaban; (2) el modelo campesino cuyo patrimonio era el terruño, símbolo de libertad y dignidad; y (3) con el surgimiento de la burguesía, el modelo de la paternidad en la ciudad era el de los artesanos, comerciantes y los profesionales liberales, que transmitía un oficio, profesión, un saber o un talento a su descendencia.

En la época del Renacimiento (Siglos XVI y XVII), como resultado de la manifestación de corrientes de pensamiento iusnaturalistas, los hijos bastardos o ilegítimos comienzan a considerarse por parte de algunas escuelas de pensamiento como frutos del “amor”. A medida que avanzamos en el tiempo, en la Edad Moderna, observamos cómo un número muy elevado de estos niños/as eran abandonados a su suerte tras su nacimiento y, por tanto, debían ser criados/as en orfanatos o por sus familiares más cercanos o vecinos. En el Siglo XVI, la jerarquía garante del orden público situaba en su cúspide a Dios, seguido del Rey y, a continuación, del padre de familia. Por esta razón, los hijos/as dependían jurídicamente de sus padres para casarse, entrar en un convento o disponer de sus bienes. Este sistema de patria potestad comenzó a ser cuestionado en el llamado Siglo de las Luces (Siglo XVIII), tras la decapitación del Rey-Padre Luis XVI, la Revolución Francesa sirvió, entre otras cosas, para promulgar las primeras leyes que trataban de limitar el poder de los padres varones. De este modo, se pretendía poner fin a una obligación legal de subordinación absoluta por parte de los hijos hacia sus padres.

Con la restitución de la monarquía francesa se intentó restaurar la “autoritas” del padre de familia. El Código napoleónico (1802) sostenía que el padre ejercía su autoridad sobre la persona de su hijo, administrando sus bienes, dirigiéndolo, vigilándolo, corrigiéndolo (incluso tenía el derecho de castigarlo corporalmente), así como podía elegir su lugar de residencia, controlando sus amistades, su correspondencia y educándolo. Este sistema facultaba al padre, en última instancia, a reconocer (o no) la relación de paternidad, como un derecho totalmente discrecional, independientemente del consentimiento de la madre y sin ningún control sobre su veracidad. Esta situación variará considerablemente a lo largo de

todo el Siglo XIX, declinándose el poder divino del padre. Durante este periodo, la sociedad europea comienza a tomar conciencia de sus deberes de amor, cuidado y educación en torno a los niños/as. De modo que el padre romántico comienza a suceder al héroe guerrero de la época feudal.

En pleno Siglo XX, se comienzan a reconocer los derechos de la mujer, no sólo a trabajar fuera del hogar, sino también a estudiar y ganar responsabilidades en la educación de sus hijos/as. Entonces aparece el modelo de filiación "natural" que identifica por primera vez al padre con el progenitor. Los hijos "naturales" extramatrimoniales pasan a tener los mismos derechos que los hijos "legítimos". La pareja procreadora se convierte en la pareja parental dando lugar a un nuevo paradigma reproductivo. Este arreglo histórico comienza a (re)plantear los roles de género en torno a la participación de las mujeres y los varones en la procreación y en la responsabilidad de educar al niño/a. Unos roles que, tradicionalmente, se han reproducido, de generación en generación, a través de la separación organizada de la parentalidad entre la mujer que se concebía como la proveedora de los cuidados maternos y el padre como proveedor de una manutención económica.

II. LA PATERNIDAD A LA LUZ DE NUESTROS DÍAS.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o Tribunal de Estrasburgo), en tanto que máximo guardián e intérprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha desarrollado un cierto grado de creatividad judicial para tratar de actualizar los preceptos contenidos en el texto aprobado en 1950. Esta labor de actualización ha sido posible gracias a que el Convenio, al igual que otros tratados internacionales de derechos humanos, consagra todo un corpus constituido por derechos abstractos que los individuos ostentan frente a los gobiernos de sus respectivos países, enfrentando el problema de cómo el paso del tiempo impacta en su interpretación y aplicación². Por tanto, la misión encomendada al Tribunal, se ocupa continuamente del desafío de garantizar la debida atención a las condiciones cambiantes de Europa que no pudieron preverse en el momento de redacción del Convenio o de adhesión de los distintos Estados Partes, con el fin de garantizar la protección efectiva de los derechos y libertades consagrados en el mismo.

Este fenómeno de (re)interpretación produce una verdadera tensión entre la necesidad de brindar una lectura contemporánea de este instrumento de protección de derechos humanos, al mismo tiempo que debe obedecer al principio de subsidiariedad, particularmente visible en el caso de la lectura y aplicación del artículo 8 en relación con los derechos y obligaciones ligados a figura del progenitor o de la paternidad. Y, es que, a pesar de la existencia de disposiciones

2 CARRILLO SALCEDO, J.A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, *passim*.

contenidas en distintos tratados internacionales, la institución de la familia ha sido tradicionalmente concebida como un asunto de Derecho privado por parte de los Estados y, como tal, se ha regulado en la jurisdicción de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. Como consecuencia, el Derecho de familia ha sido generalmente entendido como un tipo de derecho nacional: arraigado en distintas leyes, culturas, tradiciones y como resultado de comportamientos y/o problemáticas entendidas como propiamente nacionales. No obstante, con el paso de los años y el devenir del tiempo, se ha señalado la existencia de una serie de patrones comunes, como consecuencia de la influencia de factores morales, culturales, religiosos, políticos y psicológicos.

Por todo ello, podríamos afirmar que la relación entre el Derecho de familia y la paternidad se ha convertido en un tema de interés para el Derecho internacional. No obstante, esta nueva dimensión del concepto de familia arrastra una pronunciada carga moral, así como presenta grandes variaciones en todos los países y entornos socioculturales que afectan a cualquier reconsideración de estos conceptos en el marco de un contexto específico. Así pues, observamos dos necesidades opuestas, pero complementarias: por un lado, la de garantizar una mayor correspondencia con las realidades familiares modernas y, por otra parte, la de respeto de las variaciones específicas del Derecho de familia entre los distintos Estados y las nociones socioculturales de lo que para éstos constituye una familia. Dicho de otro modo, la interpretación extensiva del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no puede anular o suplantar la voluntad de los Estados. Para aliviar esta tensión, el Tribunal ha desarrollado un conjunto de herramientas doctrinales, entre las que destaca el “margen de apreciación”³. Esta teoría se basa en la idea de que cada Estado signatario tiene derecho a un cierto grado de discrecionalidad para resolver los conflictos inherentes entre los derechos individuales y los intereses nacionales o entre derechos individuales contrapuestos. Más concretamente, en el caso que nos ocupa, la (re)interpretación del artículo 8⁴, relativo al respeto del derecho a la vida privada y familiar, se apoya en los esfuerzos

3 El 20 de abril de 2012 se adoptó la Declaración de Brighton por parte de los ministros de los países del Consejo de Europa. Entre las modificaciones adoptadas al texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, destaca la introducción en su preámbulo del principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación, facultando a los Estados a utilizar esta doctrina en todo tipo de casos, cuando hasta la fecha sólo se utilizaba en casos muy concretos; es decir, en aquéllos que ponían de manifiesto las diferencias culturales entre los Estados debido a la heterogeneidad y a la falta de consenso de los miembros que forman el Consejo de Europa. Este fenómeno hace que nos replanteemos si existe el peligro de que los Estados utilicen esta doctrina fuera de contexto, en su propio beneficio. O sí, por el contrario, la extensión del campo de aplicación de la doctrina del margen de apreciación sirve para consolidar la protección de los estándares mínimos europeos.

4 Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 8. Derecho al respeto de 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 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”.

de garantizar que la moral, las tradiciones y el contexto histórico, que ejercen una influencia significativa en la regulación de los asuntos de Derecho privado y de la familia, sean tomados en consideración, así como debe considerarse al Convenio como un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales.

Con el fin de evitar una percepción de arbitrariedad en sus fallos, el Tribunal ha evitado la apariencia de una lectura dinámica del artículo 8, fundamentado sus decisiones en el establecimiento de un fundamento común europeo sobre el asunto en cuestión. De modo que, de entrada, ante una discrepancia sustancial en la regulación legal de un tema en particular en Europa, el Tribunal reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados. *A contrario sensu*, si el Tribunal identifica o reconoce la existencia de un consenso europeo⁵, establecerá un equilibrio entre la moderación judicial y la innovación judicial, al menos formalmente, como un medio de mediación entre la interpretación evolutiva y la doctrina del margen de apreciación.

En el caso específico de la familia, la interpretación evolutiva tiene el potencial de hacer que el Convenio se adapte a todas las realidades familiares existentes y, por tanto, se allane el camino hacia la redefinición de la paternidad más allá de sus fronteras convencionales, en línea con las necesidades socioeconómicas y desarrollos científicos del momento. Así las cosas, podríamos apreciar la existencia de tres modelos prototípicos de paternidad en la jurisprudencia del TEDH: (1) la paternidad convencional, (2) la paternidad fragmentada y (3) nuevas formas de paternidad⁶.

En primer lugar, el término convencional se identifica con aquello que generalmente se cree que debe ser o hacer un “padre”. En este sentido, la institución de la paternidad se utiliza para representar una cuestión social, cultural y de Derecho, es decir, que se refiere a un individuo con una serie de características (tanto físicas como de comportamiento) al que, de acuerdo con una serie de percepciones y expectativas sociales, se le presume y, por tanto, se le atribuye la paternidad. Es la realidad tradicionalmente más generalizada y representa una visión normativa del “padre” e, indirectamente, de la familia considerada como aquella debidamente constituida. El paradigma tradicional de paternidad ha tenido una serie de repercusiones concretas en la vida de padres, madres e hijos. En este

5 El concepto de “consenso europeo” se refiere al nivel de uniformidad existente en los marcos jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre un tema en particular. El TEDH utiliza este principio tanto para justificar un amplio margen de apreciación concedido a los Estados miembros en ausencia de consenso (que lleva al estancamiento del desarrollo de la jurisprudencia), como para imponer nuevos estándares en los casos en los que existe una tendencia clara en la mayoría de los Estados miembros, de forma que se avance en la interpretación del Convenio.

6 MARGARIA, A.: *The Construction of Fatherhood. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 13-16.

sentido, se ha utilizado tanto para reconocer una serie de derechos como para determinar un gran abanico de obligaciones, así como todo un elenco de sanciones derivadas del incumplimiento de las mismas. La idea dominante de paternidad convencional atribuye a la relación padre-hijo una serie de características que incluirían: un vínculo biológico padre e hijo, una relación marital o muy similar al matrimonio (parejas de sexo opuesto que viven una relación de carácter afectivo-sexual) y una relación de convivencia en una misma unidad familiar. De ello puede deducirse que un "padre convencional" sería, al mismo tiempo, el progenitor biológico del niño/a, el esposo heterosexual de la madre del niño/a y el encargado de mantener (proporcionar un hogar y alimento) a la familia (entendida como una unidad familiar). Como puede apreciarse, el cuidado paterno no ha sido tradicionalmente un requisito *sine qua non* para establecer un vínculo legal de paternidad.

En segundo lugar, en contraste con este paradigma de paternidad convencional y como consecuencia de la evolución del contexto social planteado históricamente, la paternidad se ha vuelto cada vez más fragmentada y ambigua tanto en la teoría como en la práctica. A efectos de este estudio, no concebimos la paternidad fragmentada como una desintegración de la misma, sino como una posible subdivisión de ésta que implica, necesariamente, una escisión de los rasgos y roles paternos convencionales entre dos o más individuos. En una época como la nuestra, no es de extrañar que dos o más hombres puedan tener aportes distintos en la vida de un mismo niño/a. Este tipo de fragmentación ha desencadenado una serie de respuestas muy específicas. La dimensión jurídica de la paternidad fragmentada describiría como los distintos ordenamientos jurídicos han evolucionado lentamente hacia el reconocimiento de la diversidad y heterogeneidad de las prácticas familiares paternas.

Y, por último, en tercer lugar, el concepto de la "nueva paternidad". Esta noción sirve para dar mayor visibilidad en el imaginario colectivo revisado de aquello que implicaría ser un "buen padre". Ya no sería suficiente con proporcionar un hogar y alimento a la familia, sino que implicaría, además, pasar tiempo de calidad con los niños/as. De este modo, la concepción del "buen padre" ha evolucionado desde la figura del cuidador primario hacia la de un individuo que es (o debería estar) emocionalmente implicado, comprometido e involucrado en el cuidado diario de sus hijos/as. Una de las complejidades de remodelar la paternidad radica en el hecho de que muchos padres intentan masculinizar el cuidado, es decir, construir tareas y roles con el fin de aliviar la amenaza a su masculinidad. Esta concepción de la masculinidad se relaciona con toda una serie de funciones tradicionales de los padres tales como la disciplina, la protección, la provisión de ingresos y el fomento de la responsabilidad. A fin de cuentas, las nuevas formas de paternidad no

implican un abandono de los roles tradicionales del padre, sino que simplemente se han reinventado para agregar nuevas características.

En este contexto, una comprensión de las “nuevas formas de paternidad” requiere un estudio de la jurisprudencia en un contexto de cambio social que, además de afectar a las realidades de la vida familiar en Europa, también provoca la modificación de la normativa interna de los Estados entorno a la concepción de la paternidad. En todo este proceso, la modernización del enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos juega un papel clave, al reinterpretar los artículos 8 y 14⁷ del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que hasta la fecha han desempeñado un papel crucial en relación al desarrollo de las relaciones paterno-filiales. La evolución de la concepción de la paternidad en el Tribunal y sus fundamentos nos conduce, necesariamente, a plantearnos, de entrada, dos cuestiones: (1) qué elementos se requieren para proceder al reconocimiento de un vínculo de filiación-paternidad y (2) cómo se vería afectada esta relación en caso de crisis familiar -separación y/o divorcio-.

III. LA DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD.

Como hemos señalado anteriormente, en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, la construcción de la paternidad surge principalmente de la interpretación de dos disposiciones: el artículo 8, que prevé el derecho al respeto de la vida privada y familiar, que suele invocarse en concurrencia con la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 del mismo texto. De modo que, partimos del artículo 8, enfatizando la contribución de cada etapa de revisión de la paternidad, así como sobre las obligaciones positivas que han surgido en el contexto de la vida privada y familiar. Todo ello, sin dejar de lado el efecto del artículo 14, que favorece la adopción de un enfoque anti-estereotipado, con el potencial de influir y guiar la reconstrucción del concepto de paternidad.

Tradicionalmente, se ha interpretado que el artículo 8 requiere de una acción positiva de los Estados para garantizar que los vínculos entre los miembros de la familia puedan desarrollarse. En el caso de *Marckx contra Bélgica*⁸, las demandantes -una madre soltera y su hija- consiguieron que el Tribunal reconociera que las autoridades nacionales estaban obligadas a “actuar de manera calculada para permitir que las interesadas lleven una vida familiar normal”. Esto implicaría, *inter alia*, la provisión de garantías legales que posibiliten la integración del niño/a en su familia desde el momento del nacimiento. Este enfoque ha permitido establecer

7 Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 14. Prohibición de discriminación. “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

8 STEDH. *Marckx contra Bélgica*, n.º 6833/74, de 13 de junio de 1979.

el deber de los Estados de crear mecanismos legales que permitan la pronta determinación de la paternidad de una persona. En Kroon y otros contra Países Bajos⁹, los solicitantes (la madre, el padre biológico y el hijo de ambos) denunciaban la presunción de paternidad del marido de la madre gestante (un tercero) en el momento de inscripción del nacimiento. El Tribunal acordó que esta presunción vulneraba el respeto a la vida privada de los tres demandantes, requiriendo que se formaran vínculos familiares legales completos entre el niño y su padre biológico tan pronto como fuera posible. El Tribunal entiende que la realidad biológica y social debe prevalecer sobre una presunción legal que no beneficia realmente a ninguna de las partes implicadas. Este principio sustantivo ha sido invocado a efecto de requerir una prueba de paternidad o, en su defecto, el reconocimiento automático de una relación paterno-filial, con los derechos y obligaciones que ello conlleva.

La doctrina de las obligaciones positivas también puede aplicarse al derecho de un padre "a reunirse con su hijo" y, por tanto, los Estados deberían tomar medidas a tal efecto. La razón fundamental es la de contrarrestar los efectos potencialmente perjudiciales del paso del tiempo, por lo que dependerá de la duración de la relación, es decir, del caso particular entre padre e hijo. Por tanto, este reconocimiento de "disfrute mutuo" no es una obligación de carácter absoluto, sino que dependerá del examen de las medidas adoptadas para las autoridades nacionales, especialmente en casos de situaciones de rupturas familiares particularmente complejas. A tal efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque bastante cauteloso. Éste tiende a examinar si el proceso de toma de decisiones fue justo y si se prestó el debido respeto a los intereses de las personas involucradas en una gran variedad de áreas (véase medidas de cuidado de niños, retirada de la patria potestad, determinación de la residencia y régimen de visitas, etc.). Así las cosas, aunque los requisitos específicos puedan variar en función del contexto y el tipo de decisión examinadas, el Tribunal enfatiza la necesidad de que (1) las autoridades estatales proporcionen a los padres información relevante sobre la base de la cual toman sus decisiones, (2) la existencia de informes psicológicos independientes y (3) mecanismos para que los niños puedan expresar sus puntos de vista.

En cuanto al efecto(s) derivado(s) del reconocimiento de la aplicación del artículo 14, en tanto que precepto que no puede invocarse de forma aislada, sino única y exclusivamente en concurrencia con otra cláusula del texto, planteamos su efecto "amplificador" en relación con el reconocimiento del derecho a la vida privada y familiar (artículo 8). En particular, señalamos su aplicación en dos supuestos concretos. En primer supuesto de efecto amplificador se daría cuando el artículo 8 es aplicable, pero el artículo 14 actúa como un factor agravante de

⁹ STEDH. Kroon y otros c. Países Bajos, n.º 18535/91, de 27 de octubre de 1994.

una violación. En el asunto Sahin contra Alemania¹⁰, el padre demandante reclama poder tener contacto con su hijo biológico nacido fuera del matrimonio. Aunque el contacto se encuentra en el ámbito de aplicación del artículo 8, el Tribunal invoca el margen de apreciación¹¹ del que disfrutaban las autoridades nacionales y concluye que el Estado no violó el artículo 8. Llegados a este punto, aunque la legislación nacional permite un trato diferenciado entre padres solteros y padres divorciado, el Tribunal sí observa una violación del artículo 14 en concurrencia con el artículo 8. El segundo tipo de efecto amplificador se daría, en cambio, cuando partimos de una base discriminatoria para presentar una reclamación que entra en el ámbito de actuación del artículo 8. Un ejemplo sería el caso E.B. contra Francia, en el que se deniega una solicitud de adopción debido a la orientación sexual de la solicitante. En este caso, no se discute que el artículo 8 abarque (o no) el derecho a adoptar o a fundar una familia y, por tanto, no se trata de una injerencia del artículo 8 de forma aislada. En su lugar, el Tribunal analizó este asunto desde la óptica del artículo 14 al considerar que la prohibición de la no discriminación “se aplica también a aquellos derechos adicionales, que entran en el ámbito de aplicación de cualquier artículo del Convenio, en el que el Estado ha decidido voluntariamente proporcionar (...)”, es decir, que el Estado francés, al haber ido más allá del estándar garantizado por el Convenio, al crear un “derecho a adoptar”, no puede otorgarlo de forma discriminatoria. En relación con este segundo tipo de efecto amplificador, el Tribunal ha comenzado a desarrollar un enfoque contra los estereotipos que atribuyen características y roles específicos a un individuo en función de su pertenencia a un determinado grupo. Esta línea de trabajo trata de evitar que los estereotipos limiten la capacidad de los individuos para moldear sus identidades personales de acuerdo con sus preferencias, condicionando la formulación de la normativa interna de los Estados, reforzando así la discriminación y la desigualdad.

En relación con la paternidad, entendemos que los estereotipos en juego serían básicamente tres: (1) el denominado estereotipo binarista entre hombre proveedor/mujer ama de casa sumisa, según el cual el cuidado es el papel principal de la mujer mientras que el padre sería el responsable de proveer un sustento económico; (2) la creencia de que los padres solteros son irresponsables y desinteresados en relación con sus hijos y (3) la opinión de que las personas homosexuales no son aptas para la crianza. Todos estos supuestos contribuyen a la preservación de una comprensión convencional de la paternidad en la normativa de los Estados y, en consecuencia, las autoridades estatales operan para negar el pleno goce de su derecho al respeto de la vida privada y familiar a los padres “no convencionales”. En este contexto, un análisis anti-estereotipos permitirá al

10 STEDH. Sahin c. Alemania, n.º 13279/05, de 8 de julio de 2003.

11 ARAI-TAKAHASHI, Y.: *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York, 2002, *passim*.

Tribunal presentar una “nueva” definición de paternidad que, en lugar de reflejar supuestos generales sobre lo que implica (o debería implicar) ser padre, se base en una evaluación objetiva de los hechos del caso concreto (*ad hoc*) y permita una consideración de elementos “no convencionales” teniendo en cuenta, en todo momento, el interés superior del menor.

IV. SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.

La presunción del parentesco biológico dentro del matrimonio tiene su origen en la imposibilidad o falta de medios para determinar la paternidad genética del *nasciturus* o el menor. Por este motivo, tradicionalmente, el Derecho ha intervenido para evitar que el hombre casado pudiese desentenderse de su descendencia. Sin embargo, hoy en día, es relativamente sencillo determinar quién es el padre biológico de un niño gracias a una simple prueba de ADN. Como resultado, en los últimos años, podemos observar toda una línea jurisprudencial en materia de procedimientos de determinación de filiación, en los que un padre biológico trata de impugnar la paternidad atribuida al marido de la madre; o, en caso de crisis familiar, un padre desea comprobar su paternidad biológica o, directamente, señala a un tercero como padre biológico del niño/a. De este modo, se replantea la paternidad en términos extramatrimoniales en tres áreas distintas: (1) tras el divorcio, exparejas de los padres biológicos reclaman adquirir derechos de patria potestad, contacto o custodia respecto de sus hijos (no) biológicos; (2) padres biológicos se oponen a la entrega de sus hijos en adopción sin su consentimiento; o, (3) padres no casados que requieren ser reconocidos como padres de sus hijos biológicos y, por último, hombres casados que exigen que se impugne su reconocimiento legal como padres de aquellos hijos (no biológicos) nacidos dentro del matrimonio¹².

En este ámbito(s), el Tribunal se ha mostrado preparado para superar las percepciones estereotipadas de los padres al aceptar que éstos también pueden estar realmente interesados y en condiciones de cuidar a sus hijos y, al promover la idea de cuidado paterno, además de la mera provisión económica, se refuerza el interés superior del niño. Sin embargo, frente a este mensaje general, el significado que se atribuye al cuidado paterno en cada caso parece variar en función de tres criterios distintos, en ocasiones, superpuestos. En primer lugar, es probable que influya el estado civil del solicitante (soltero, casado o divorciado) en las expectativas del Tribunal hacia el mismo; mientras que, en los procedimientos de paternidad iniciados por padres no casados, su interés y compromiso tienden a ser escrutados en términos de relación directa con el niño, ante una solicitud de impugnación de paternidad planteada por un padre divorciado, el Tribunal

12 QUESADA GONZÁLEZ, M.C.: “La prueba del ADN en los procesos de filiación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, n.º 2, 2005, pp. 493-594.

parece estar satisfecho con la demanda del solicitante. En segundo lugar, también influirá la posición legal del solicitante, en particular, cuando éste sea un padre legal reconocido que aspire a la patria potestad; en estos casos, el Tribunal parece contentarse con apreciar la potencialidad de la relación, más que una realidad fáctica. Sin embargo, en casos de determinación de paternidad, sí se requerirán pruebas científicas. Y, por último, el tercer factor que influye es la figura paterna en relación con la madre del niño. Más específicamente, en situaciones en las que el padre legal esté casado con la madre del niño, el padre biológico (tercero fuera del matrimonio) deberá demostrar un umbral más alto de capacidad para ejercer tareas propias de cuidado paterno.

Además de atestiguar la diversidad de las relaciones paterno-filiales, esta línea jurisprudencial nos dice mucho sobre las experiencias y percepciones actuales entorno a la figura de la paternidad. Por un lado, aquellos casos en los que los hombres, que erróneamente creían ser los padres biológicos de sus hijos, se alejan tras conocer los resultados de la prueba de ADN, porque simplemente aspiran a impugnar el reconocimiento de la paternidad legal para evitar obligaciones financieras. Por otro lado, también encontramos hombres que recurren a la ciencia para abrazar la paternidad. Aunque, en todos estos asuntos, la biología o la genética sigan jugando un papel muy importante, esta “nueva” forma de usar las pruebas de paternidad nos muestra cómo en numerosas solicitudes también podemos encontrar padres solteros que buscan involucrarse en la vida de sus hijos, incluso después de la ruptura de la relación con la madre del niño, como síntoma de una visión más comprometida de lo que implica para ellos el ser padre.

V. LA PATERNIDAD “NO CONVENCIONAL”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido a las parejas del mismo sexo como constituyentes de vida familiar¹³, planteando varios interrogantes sobre la protección que debe ofrecer el Convenio Europeo de Derechos Humanos a este tipo de parejas en materias tales como: la extensión de las prerrogativas conyugales a parejas no casadas, el acceso a la unión civil o incluso al matrimonio¹⁴. No obstante, a efectos de nuestro estudio, en esta ocasión, nos centraremos en la protección de las relaciones paterno-filiales ya existentes (de relaciones anteriores) y su derecho a crear una familia mediante el acceso a un proceso de adopción o técnicas de reproducción asistida.

13 STEDH. *Schalk & Kopf c. Austria*, n.º 30141/04, de 24 de junio de 2010.

14 Para un estudio más detallado de la cuestión véase CRUZ ÁNGELES, J.: *Derechos humanos y nuevos modelos de familia. Estudio en el marco de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, *passim*.

I. El reconocimiento de la homoparentalidad.

Atendiendo a la praxis jurisprudencial del Tribunal, podría afirmarse que el derecho a la vida privada del individuo, reconocido en el Convenio, no sólo garantiza el derecho de éste a mantener relaciones (homo)sexuales, sino también su derecho a establecer y desarrollar relaciones afectivas (independientemente del sexo de su pareja)¹⁵. Sin embargo, este reconocimiento no ha supuesto una extensión automática del estatuto jurídico de las parejas heterosexuales, sino que ha requerido de una labor interpretativa, por parte del Tribunal, para determinar cuál es el estándar mínimo de protección de las familias homoparentales en el continente europeo.

Así las cosas, mientras que las familias monoparentales se desvían del modelo convencional social y de crianza por su naturaleza no marital, el vínculo biológico-independientemente de si es suficiente o no para determinar vida familiar-sirve como un rasgo distintivo de unión entre lo ideal y lo que se considera como la alternativa. De modo similar, cuando se analiza el empleo de técnicas de reproducción asistida por parte de parejas heterosexuales, a pesar de la desviación parcial o total de la biología, se confía en su adhesión a un modelo familiar biparental. Así las cosas, en el ámbito de las parejas homosexuales, las posibilidades de poder imitar a la familia tradicional son significativamente menores. Rara vez se puede confiar en la biología, así como en el matrimonio, como base para asignar el reconocimiento legal de los padres, así como sus derechos y obligaciones. A excepción del asunto Salgueiro¹⁶, lo que pretenden los peticionarios es el reconocimiento o, en la jurisdicción sobre el reconocimiento de la adopción por parte de un segundo progenitor, el reconocimiento de relaciones sociales en las que se aprecia la ausencia de un vínculo jurídico y/o biológico. Por tanto, este contexto es particularmente fructífero para evaluar la relevancia, si la hay, atribuida al cuidado y las interacciones derivadas del mismo. Como suele suceder, la construcción de la paternidad que surge de la jurisprudencia del Tribunal no es clara. Por un lado, el Tribunal parece apreciar el cuidado y las intenciones de cuidado sólo si se complementan con características convencionales, como la biología, el matrimonio y la heterosexualidad. Sin embargo, al mismo tiempo, la conclusión (parcial) de una violación en X. y otros contra Austria¹⁷, abre el camino al reconocimiento legal de dos padres del mismo sexo y, como tal, representa una excepción a la comprensión predominantemente heteronormativa del padre refrendada por el Tribunal.

15 BORRILLO, D.: *Le droit des sexualités*, les voies du droit, Paris, 2009, *passim*.

16 STEDH. Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, n.º 33290/96, de 21 de diciembre de 1999.

17 STEDH. X. y otros c. Austria, n.º 19010/07, de 19 de febrero de 2013.

El fallo del Tribunal en el caso Salgueiro transmite -aunque no de forma explícita- el importante mensaje de que no puede existir una presunción legal basada en que el progenitor heterosexual deba ostentar, *a priori*, una posición preferente en la asignación de derechos de guardia y custodia. No obstante, también podría interpretarse que la petición del Señor Salgueiro se acogió como el requerimiento de un padre biológico y divorciado y no tanto como la de un hombre homosexual que vive con otro hombre. De ser así, ello sugeriría que la biología y el matrimonio marcarían la diferencia en el tratamiento legal de los padres homosexuales. En otras palabras, es en virtud de su adhesión a la imagen "convencional" de padre -al margen de su orientación sexual- que la relación del solicitante con su hijo (biológico y nacido dentro del matrimonio) encuentra un apoyo o protección frente a una posible discriminación. Por tanto, Salgueiro no establecería un nuevo derecho, sino que supondría más bien la extensión del principio -sentado en la jurisprudencia del Tribunal- según el cual toda relación entre un padre biológico y su hijo merece protección tras la terminación de la relación entre los padres.

Aunque la relación de los padres homosexuales con sus hijos biológicos esté protegida contra la discriminación, el Tribunal se ha mostrado más reticente a la hora de apoyar las denuncias presentadas por éstos reivindicando su derecho a formar una familia. Uno de los ejemplos más claros es el que encontramos en el caso Frette¹⁸, donde se acepta implícitamente la opinión de que la orientación sexual puede ser un obstáculo para la elegibilidad en los procesos de adopción. En esta decisión, el Tribunal parece sugerir que, cuando se trata de candidatos homosexuales, su aptitud demostrada para la crianza de un niño debe complementarse con otras características convencionales. De hecho, las aptitudes del Señor Frette eran indiscutibles. No obstante, se determinó que tenía "dificultades para prever las consecuencias prácticas del trastorno ocasionado por la llegada de un niño", posiblemente debido al hecho de que era un hombre soltero. De modo que, el Señor Frette se habría convertido en un padre "poco convencional" en todos los aspectos.

Asimismo, en la jurisprudencia sobre la adopción por parte de un segundo progenitor, la "realidad social" y, en particular, la existencia de vínculos concretos entre el niño y la pareja de la madre biológica sólo se tienen en cuenta si la familia en cuestión presenta rasgos convencionales. En el caso de Emonet y otros contra Suiza¹⁹, donde la ruptura del vínculo entre la madre y el hijo se consideró una violación del artículo 8 del Convenio, siendo los solicitantes una pareja que, aunque no estaba casada, sí era heterosexual. En cambio, tanto en Gas y Dubois contra Francia²⁰ como en X. y otros contra Austria, los peticionarios eran

18 STEDH. Frette c. Francia, n.º 36515/97, de 26 de febrero de 2002.

19 STEDH. Emonet y otros c. Suiza, n.º 39051/03, de 13 de diciembre de 2007.

20 STEDH. Gas & Dubois c. Francia, n.º 25951/07, de 31 de agosto de 2010.

parejas homosexuales y, como tales, no se consideraban comparables con parejas heterosexuales casadas, a las que se reservaba la institución de la adopción por parte de un segundo progenitor. Por tanto, en estos casos, aunque se descarta la orientación sexual *per se* como justificación legítima para establecer una legislación más restrictiva en materia de adopción por parte de un segundo progenitor, se reafirma implícitamente la heterosexualidad como un rasgo convencional de la paternidad y, por tanto, un elemento determinante en el proceso de adopción, en línea con el "estatuto especial" del matrimonio. De este modo, al considerar que el trato diferenciado sufrido por los solicitantes con respecto a las parejas casadas no es discriminatorio, el Tribunal parece sugerir que la existencia de una unión material entre el padre biológico del niño y el futuro adoptante hace que los vínculos concretos desarrollados entre éstos sean dignos de consideración.

Una situación en la que las intenciones y habilidades de cuidado *per se* fueron consideradas como relevantes es la mostrada en el asunto E.B. contra Francia²¹. Se trataba del caso de una mujer abiertamente lesbiana que solicitaba una autorización para poder iniciar un proceso de adopción. A pesar de mostrar un enfoque crítico distintivo de la heterosexualidad, en este fallo se refuerza una comprensión "convencional" de la paternidad al considerarse que la mujer está mejor preparada para cuidar de un niño, reduciendo el papel del hombre a la provisión económica. Por tanto, si se tiene en cuenta la interpretación más amplia de la paternidad que surge de toda esta línea jurisprudencial, sólo X. y otros contra Austria constituye una excepción real a la tendencia anterior. El Tribunal, al sostener que la inaccesibilidad de la adopción por parte de un segundo padre en parejas homoafectivas, mientras que esta opción sí está disponible para parejas no casadas heterosexuales, acepta la idea de que, en determinadas circunstancias, un niño puede tener dos padres legales del mismo sexo. Como tal, comienza a apartarse progresivamente de una comprensión heterosexual y heteronormativa de la paternidad.

Por todo lo anterior, podríamos concluir que el Tribunal, en cierta medida, se ha visto forzado a ir más allá de un paradigma "convencional", descartando la heterosexualidad como un motivo relevante para determinar y asignar los derechos de paternidad y adopción -aunque sea de forma parcial y/o por motivos muy tasados-²². Este desvío es atribuible al uso específico, errático y metodológicamente incorrecto de sus doctrinas de interpretación. Piénsese en cómo el artículo 14 se reinterpretaba para luchar contra la discriminación de las parejas homosexuales frente a las parejas no casadas heterosexuales, pero no para superar una concepción heteronormativa del matrimonio. Del mismo modo, el consenso europeo ha sido objeto de un uso instrumental similar. En X. y otros,

21 STEDH. E.B. c. Francia, N.º 43546/02, de 22 de enero de 2008.

22 JOHNSON, P.: *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge, Abingdon, 2013.

la decisión de la mayoría de entrarse en una muestra limitada y la conclusión de su no relevancia reflejan y respaldan la voluntad del Tribunal de someter a un escrutinio estricto el trato diferenciado entre parejas no casadas basado en la orientación sexual. Además de impedir la concesión de un amplio margen de apreciación en X. y otros, la dependencia inconsistente del análisis de consenso también parece ser uno de los principales factores que subyacen a los resultados opuestos entre Frette y E.B. y, por tanto, el apoyo final para una definición de una paternidad basada en una división binarista y sexista del trabajo. En este contexto, podemos observar cómo el Tribunal se sirve de la doctrina para justificar sus preferencias morales: partimos del hecho de que el matrimonio sigue siendo una característica “convencional” adicional, un valor añadido, un *plus*, para determinar la idoneidad en la asignación o el reconocimiento de los derechos y obligaciones ligados al estatus de la paternidad, basándose esta decisión, principalmente, en factores relacionados con la biología o la genética del candidato, así como en su capacidad para sostener económicamente a la unidad familiar.

2. El uso de técnicas de reproducción asistida.

La jurisprudencia del Tribunal en materia de reconocimiento de relaciones de paternidad-filiación derivadas de técnicas de reproducción asistida revela, hasta el momento (2022), la pérdida de una oportunidad para (re)pensar y (re)plantear los parámetros clásicos para determinar el reconocimiento de la paternidad legal. De hecho, el Tribunal se ha limitado a contener el impacto revolucionario de las técnicas de reproducción asistida, reubicando esta nueva forma de paternidad en el marco de los límites convencionales. A pesar de que sí ha tenido en cuenta las aspiraciones de los padres potenciales y, en caso de reclamaciones posteriores al parto, su participación real en la vida del niño, el Tribunal no ha otorgado un reconocimiento incondicional a estos “nuevos” elementos. Este enfoque encuentra su máxima expresión en asuntos como el de Paradiso y Campanelli²³, al considerarse que un proyecto parental de pareja, así como la calidad de su vínculo con el menor no son suficientes para establecer la existencia de “vida familiar”, en ausencia de un vínculo biológico. En esta línea, encontramos asuntos en los que las autoridades estatales se han negado a reconocer vínculos sociales o afectivos del padre tanto con la madre como con el menor, basándose en la transexualidad de éste, sin que Tribunal apreciase una incompatibilidad con el artículo 8 del Convenio por ello²⁴. Por el contrario, encontramos otros casos como el de Mennesson²⁵ y Dickson²⁶, en los que el Tribunal sí se ha basado en su realidad actual para determinar que

23 STEDH. Paradiso y Campanelli c. Italia, n.º 25358/12, de 24 de enero de 2017.

24 Para un estudio más detallado se recomienda la lectura de las fichas temáticas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Más específicamente, aquellas relativas a “identidad de género” y “derechos parentales”, disponibles en el apartado de prensa de la página web oficial del TEDH.

25 STEDH. Mennesson c. Francia, n.º 65192/11, de 26 de junio de 2014.

26 STEDH. Dickson c. Reino Unido, n.º 44362/04, de 4 de diciembre de 2007.

éstos se ajustaban a parámetros de “paternidad convencional”. Del mismo modo que en Evans²⁷ se consideró que un menor, al haber nacido y haber sido criado por una madre soltera, vivía en una unidad familiar “no convencional”.

A modo de síntesis, parece ser que el Tribunal respalda aquellas intenciones -tanto de ser padre como de no serlo- y prácticas de cuidado que pretendan crear o, como mínimo, se asimilan a lo que se considera una relación de “paternidad convencional”. Por tanto, en la construcción emergente de la paternidad coexisten factores de cambio y continuidad. La paternidad se replantea en sus dimensiones biológica, conyugal y heteronormativa, al mismo tiempo que emerge como una relación que debe ser libremente elegida y, siempre que sea posible, practicada. Esta tendencia sugiere que el Tribunal está adoptando lentamente una concepción de “nueva paternidad” que, en lugar de señalar una desviación del paradigma convencional, lo combina con el cuidado o, de una forma más *soft*, con una cierta intencionalidad de cuidado. No se trata de un proceso de “fragmentación de la paternidad” sino, más bien, de un esfuerzo por mantener todos los componentes de la “paternidad convencional” vinculados al mismo individuo y, como resultado, conceptualizar la paternidad como un estado que no es susceptible de desagregación. Esta comprensión unitaria de la paternidad explica por qué las peticiones de Mennesson y Dickson tuvieron éxito, al mismo tiempo que en X., Y. y Z.²⁸ y Paradiso y Campanelli no se apreció violación alguna de los preceptos del Convenio. Ello se debe a que, mientras que los dos primeros demandantes estaban relacionados biológicamente con la madre del niño, el reconocimiento legal de la paternidad legal tanto de X como del Sr. Paradiso habría supuesto una división de las características paternas convencionales en dos o más individuos. En ambos casos, de hecho, el padre biológico era un tercero y, por tanto, se aprecia la ausencia de uno de los requisitos de la “paternidad convencional”.

Como resultado de una serie de cuestiones de naturaleza tanto moral como ética, vinculadas al uso de las técnicas de reproducción asistida, junto a la falta de un enfoque europeo común, el Tribunal se ha mostrado bastante generoso al otorgar un amplio margen de apreciación a los Estados miembros del Consejo de Europa. Por lo tanto, uno podría esperar que los fundamentos de la definición emergente de paternidad fuesen esencialmente doctrinales. Recordemos que cuanto más amplio es el margen, más indulgente es el escrutinio realizado por el Tribunal y, por tanto, menores son las posibilidades de cuestionar la comprensión en gran parte convencional de la paternidad arraigada tanto en la legislación como en la práctica legal nacional. Sin embargo, en realidad, la relación entre las doctrinas y la comprensión de la paternidad del Tribunal han demostrado estar lejos de ser directa o unívoca en relación con la jurisprudencia anterior.

27 STEDH. Evans c. Reino Unido, n.º 6339/05, de 16 de abril de 2007.

28 STEDH. X., Y. y Z., n.º 21830/93, de 22 de abril de 1997.

Aunque, en X., Y. y Z., el Tribunal basa su enfoque en obligaciones positivas como resultado de fuerzas tanto doctrinales como morales, la falta de datos comparativos que sustenten la supuesta ausencia de un consenso europeo suscita dudas sobre la génesis real del apego del Tribunal a la paternidad convencional. Estas dudas se vuelven aún más sustanciales en los casos prenatales, donde la concepción de un amplio margen de apreciación ha conducido a caminos doctrinales divergentes, pero que eventualmente apuntan a la misma dirección sustantiva: una relación matrimonial, biológica y una concepción unitaria de la paternidad y, más en general, del modelo de familia convencional. Por lo tanto, parece posible sostener que, aunque no fuese así en X., Y. y Z., ciertamente sí lo fue en Dickson, pudiendo observarse una definición emergente de paternidad como resultado de una cuestión de elección. Al igual que en el ámbito de la gestación subrogada, también se puede considerar que la moral, es decir, su comprensión restrictiva del concepto de identidad y la importancia otorgada a la biología, inciden en los efectos de las doctrinas: lo que hizo que el escrutinio fuera más estricto en Mennesson en comparación con Paradiso y Campanelli. Sin embargo, en estos casos, la línea entre la doctrina y la moral es todavía aún más borrosa, ya que la aprobación de una comprensión biológica de la paternidad no está conectada con un uso variable del margen de apreciación, sino que se ha convertido en parte integral de su aplicación de una forma coherente.

VI. EL ESPECIAL DEBER DE CUIDADO PATERNO.

Ante la mayor participación de las mujeres en el mundo laboral, es decir, con un empleo remunerado, el Tribunal ha reconocido y promovido la necesidad de una mayor participación concomitante de los hombres en el cuidado de los hijos/as. En la jurisprudencia relativa a la exclusión de los padres de los derechos relacionados con el cuidado de éstos/as, la imagen del “nuevo padre”, que combina la prestación económica con las responsabilidades de cuidado a través del disfrute del permiso parental, ha sustituido gradualmente a la imagen del padre como el mero sostén de la familia. Al hacerlo, el Tribunal rechaza la división del trabajo por género y pide que se extienda la licencia parental a los padres como un medio para mejorar una distribución más equitativa de las responsabilidades de cuidado de los hijos y el sostén familiar entre madres y padres. De modo que la (de)construcción de la “paternidad convencional” se caracterizaría por dos grandes rasgos: por incluir el cuidado en su construcción rediseñada y por aceptar una dimensión particular de la fragmentación de la paternidad.

A nivel sustantivo, esta transformación se acompaña de un giro asimétrico a nivel doctrinal. La fuerza impulsora que subyace tras esta (re)definición de la paternidad radica, *de facto*, en el establecimiento progresivo de un consenso generalizado hacia la extensión de los derechos relacionados con el cuidado de los

niños por parte de los padres. Más específicamente, la (no) existencia de consenso se ha utilizado como una herramienta de empoderamiento en la jurisprudencia del Tribunal de dos formas distintas pero conectadas entre sí. En primer lugar, al influir en la amplitud del margen de apreciación de la que disfruta el Estado y, como consecuencia, en el estándar de revisión adoptado por el Tribunal. Este primer efecto del consenso se hace particularmente visible si comparamos las decisiones en Petrovic²⁹ y Markin³⁰. Aunque la ausencia de un enfoque compartido en la materia llevó a una evaluación indulgente en Petrovic, en el caso de Markin, las autoridades estatales ya no disfrutaron de un amplio margen de apreciación y, por tanto, se justificó un escrutinio más estricto basado en una desaprobación social de carácter general(izado).

En segundo lugar, además de aumentar la probabilidad de encontrar una violación, la existencia de un terreno común también ha impactado en el tipo de razonamiento utilizado por el Tribunal para fundamentar tal conclusión. En otras palabras, el Tribunal ha comenzado a basarse en realidades sociales y jurídicas modificadas para utilizar el Convenio como un medio para combatir los estereotipos de género y, por tanto, afirmar una nueva definición de la paternidad desvinculada del binarismo entre hombre-sostén de la familia y mujer-ama de casa. Este segundo tipo de influencia ejercida por el consenso surge de la transición de Weller³¹ a Markin. En este último, como subproducto de la existencia de un consenso europeo, el Tribunal se sintió dispuesto a adoptar una actitud abiertamente crítica frente a las justificaciones aducidas por el Estado, haciendo así implícito el razonamiento estereotipado que subyace a la constatación de una violación explícita en el caso de Weller.

La sincronía, de carácter muy excepcional, entre la (re)construcción de la paternidad del Tribunal y la doctrina(s) que caracteriza(n) esta jurisprudencia puede observarse también en la evolución de Petrovic a Weller. De hecho, en este último, el Tribunal trata de suplir la falta de un terreno común en la década de los 1980' establecimiento un amplio consenso internacional en 2012 al extender la prohibición de no discriminación a los beneficios relacionados con los derechos de paternidad que reclaman los solicitantes. De este modo, podemos observar cómo el uso amplificador del artículo 14 ha permitido al Tribunal apartarse de la definición "convencional" de la paternidad como un mero sostén de la unidad familiar. Al hacerlo, el Tribunal alivia uno de los peligros inherentes a la (excesiva) confianza en el consenso europeo: ello radica, como muestra Petrovic, en aceptar ciegamente el enfoque actualmente dominante (en la sociedad europea) incluso si ello significa desatender los asuntos de derechos humanos más discutidos o candentes. Ante este fenómeno o problemática, el Tribunal ha optado por fundamentar cada uno

29 STEDH. Petrovic c. Austria, n.º 20458/92, de 27 de marzo de 1998.

30 STEDH. Konstatin Markin c. Rusia, n.º 30078/06, de 22 de marzo de 2012.

31 STEDH. Weller c. Hungría, n.º 44399/05, de 31 de marzo de 2009.

de los avances que marcan su transición desde una “paternidad convencional” hacia la construcción de una “nueva paternidad” en un uso consistente de sus doctrinas de interpretación, tratando de ser percibido, en el marco de este proceso, como un tribunal activista, es decir, “que va demasiado lejos o demasiado rápido”, tratando de conservar su apariencia de juez prudente que basa sus decisiones en “buen Derecho”. Aunque, en todo este proceso, la confianza en el consenso ha servido para probar el respeto por las opciones nacionales, el artículo 14 en su ámbito reinterpretado ha ayudado al Tribunal a (re)definir la paternidad de una forma más fluida y, por tanto, con una mayor probabilidad de aceptación por parte de las autoridades nacionales que reciben los rasgos definitorios que deben (re) caracterizar a este (nuevo) concepto.

VII. CONCLUSIONES.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es consciente de los problemas que podría conllevar una jurisprudencia activista y, por esta razón, entendemos que trata de mostrar una postura prudente. A fin de cuentas, recordemos que el papel del Tribunal no es el de diseñar un cambio social o el de imponer determinadas opciones morales. Los límites a su propio mandato han sido reconocidos y delineados a través de sus fallos. A modo de ejemplo, en el contexto de la homoparentalidad, algunos de los jueces del Tribunal de Estrasburgo han expresado la opinión de que el papel del Tribunal no es el de dictar juicios morales, ni el de apoyar un modelo de familia en detrimento de otros. El Tribunal, simplemente, está intentando (re)adaptar los preceptos del Convenio a las (nuevas) exigencias de la sociedad europea entorno a la figura del “padre”, es decir, como debería comportarse y, de forma más general, sobre el contexto familiar más apropiado para que se críe un niño/a. Mientras que, en algunos de estos casos, la expresión de su fallo se ha basado en la aplicación consistente de doctrina(s), en otros, su fallo va más allá de sus límites habituales y/o de acuerdo con estándares variables.

La teoría del consenso es una herramienta de carácter político de innegable utilidad, aunque a todas luces no deja de ser un “concepto jurídico indeterminado”. En este sentido, podemos observar cómo el Tribunal ha recurrido a los mismos argumentos (o fundamentos) para identificar el consenso existente. En este sentido, podríamos identificar cuatro criterios para la identificación de dicho consenso: a) el criterio sustantivo, consistente en el recuento de número de Estados que aplican un mismo estándar; b) el criterio cualitativo, en el que el Tribunal tiene más en cuenta la opinión de reputados expertos en la materia que el número de Estados que siguen dichas opiniones; c) el criterio de la opinión pública, por el que el Tribunal toma en cuenta el parecer de los ciudadanos europeos y d) el criterio jurisprudencial, utilizando su propia doctrina y jurisprudencia como fuente de Derecho.

Esta teoría no sólo se ha utilizado como una herramienta que invita a la reflexión, sino que, en ocasiones, también se ha empleado para provocar una transformación. En estos casos, más allá de tratar de dar la impresión de que se adopta un enfoque bastante cauteloso, el recurso del tribunal a la doctrina del “instrumento vivo” a menudo ha terminado imponiendo nuevos estándares sociales y legales, en lugar de limitarse a reflejar las condiciones actuales. El enfoque evolutivo del Tribunal sobre las obligaciones positivas ha mostrado el potencial de la doctrina para asegurar (o negar) el respeto activo a la vida familiar de una amplia gama de padres “no convencionales”. Este enfoque evolutivo también ha servido para producir nuevas tesis entorno a la responsabilidad por parte de ambos progenitores, el cambio social también sugiere un nuevo papel para el Derecho al establecer expectativas normativas, transmitir un mensaje sobre la actitud deseable de los padres hacia sus hijos/as, e incluso, intentar modificar o corregir su comportamiento. Todo ello se aplica también al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que los derechos de la Convención pueden concebirse como medios institucionales y retóricos particularmente importantes para expresar, cuestionar y realzar valores que la sociedad europea considera esenciales para la Humanidad y para la buena vida de sus miembros.

Si el apego persistente del Tribunal a la “paternidad convencional” puede concebirse como una línea jurisprudencial con un gran potencial -todavía en fase de desarrollo y perfeccionamiento-, al mismo tiempo, la inclusión del cuidado como un parámetro relevante para otorgar el reconocimiento de la paternidad legal ciertamente representa un primer paso prometedor. Gracias a su creatividad en la interpretación y aplicación del Convenio, el Tribunal ha llegado a aceptar la naturaleza de las nociones y prácticas de paternidad en las sociedades europeas contemporáneas, muy diferentes a las existentes en el momento en que se redactó el Convenio -hacia mediados del Siglo pasado-. En términos más concretos, aunque dejando de lado las afirmaciones de algunos padres “no convencionales”, la jurisprudencia de Estrasburgo, sin duda, ha aportado una serie de ventajas genuinas a un número cada vez mayor de padres en virtud de su grado de interés y compromiso hacia sus hijos. Sin embargo, lo que queda por determinar es hasta qué punto el Tribunal ha tenido en cuenta la interconexión de las relaciones entre hombres, mujeres y niños al desarrollar su construcción de la paternidad. Por tanto, una tarea importante para la investigación futura será de centrarnos en las implicaciones de la reformulación por parte del Tribunal de la paternidad legal para las posiciones de otras partes potencialmente afectadas, principalmente, la asignación de nuevos roles a las madres (o segundo/a progenitor/a), así como deberíamos plantearnos cómo podría afectar todo ello al interés superior de los hijos/as.

BIBLIOGRAFÍA

ABRISKETA URIARTE, J.: "Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de derechos humanos, de juez a legislador", *REDI*, Vol. LXV (I), Madrid, 2013.

ARAI-TAKAHASHI, Y.: *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York, 2002.

BERNHARDT, R.: "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights", *German Yearbook of International Law*, vol. 42, 1999.

BORRILLO, D.: "Adopción, homosexualidad e interés superior del niño. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en AA.VV.: *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 4, (coord. por J. SOROETA LICERAS), Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2003.

- *Le droit des sexualités, les voies du droit*, Paris, 2009.
- "Le sexe et le Droit: De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi", *Meritum*, Vol. 5, n.º 2, 2010.
- "De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual", *REJ*, n.º 11, 2011.
- "Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 71, 2013.

BREMS, E.: "The margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe", en AA.VV.: *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited*, (coord. por D.P. FORSYTHE & P.C. McMAHON), University of Nebraska Press, Lincoln, 2003.

- *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 2011.

CAROZZA, P. G.: "Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law", 97 (I), *AJIL*, 2003.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

- *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2003.

CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1993.

CRUZ ÁNGELES, J.: *Derechos humanos y nuevos modelos de familia. Estudio en el marco de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2018.

DÍAZ BARRADO, C.M.: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano garante de los derechos humanos en Europa", *Diario La Ley*, n.º 7075, 2008.

DISTEFANO, G.: "L'interprétation évolutive de la norme internationale", *RGDIP*, Tomo 115, n.º 2, 2011.

DZEHTSIAROU, K.: "Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights", *Public Law*, 2011.

- "European consensus and the evolutive interpretation of the European Convention of Human Rights", *German Law Journal*, 2011.

FITZMAURICE, M.: "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I", *Hague Yearbook of International Law*, 2008.

FOROWICZ, M.: *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

GARCÍA ROCA, G.: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010.

GAUCHÉ MARCHETTI, X.: *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial académica española, Saarbrücken, 2011.

GILBAJA CABRERO, E.: "La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, n.º 91, 2014.

HELPER, L.R.: "Finding a consensus on equality: the homosexual age of consent and the European Convention on Human Rights", *New York University Law Review*, vol. 65, 1990.

- “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”, *EJIL*, vol. 19, n.º 1, 2008.

JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “El papel de la noción de consensus en la fundamentación y el concepto del Derecho Internacional Público”, en AA.VV.: *O Direito Internacional no terceiro milenio. Estudos em homenagem ao Professor Vicente Marotta Rangel* (coord. por L. OLAVIO BAPTISTA & J.R. FRANCO FONSECA, Editora LTr, Sao Paulo, 1998.

JOHNSON, P.: *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2013.

KASTANAS, E.: *UNITÉ ET DIVERSITÉ: Notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996.

KOSKENNIEMI, M.: *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

LAMBERT-ABDELGAWAD, E.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo”, *Revista de Derecho Político*, n.º 69, 2007.

MARGARIA, A.: *The Construction of Fatherhood. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

MENA PARRAS, F. J.: “Democracy, diversity and the margin of appreciation: a theoretical analysis from the perspective of the International and constitutional functions of the European Court of Human Rights”, *REEL*, n.º 29, 2015.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “Droit international et droit international des droits de l'homme – Unité ou fragmentation?”, en VV.AA., *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Nomos, Baden-Baden, 2007.

PRESNO LINERA, M.A.: *El Derecho Europeo de Familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2008.

QUESADA GONZÁLEZ, M.C.: “La prueba del ADN en los procesos de filiación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, n.º 2, 2005.

RIPOL CARULLA, S.: *El Sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.

SANZ CABALLERO, S.: *La familia en perspectiva internacional y europea*, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

SHANY, Y.: "Toward a general margin of appreciation doctrine in International Law", *EJIL*, Vol. 16, n.º 5, 2006.

WILDHABER, L.: "The European Convention on Human Rights and International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n.º 2, 2007.

WILLEMS, G.: "La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme: mariage et conjugalité, parenté et parentalité", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*; vol. 24, 2013, pp. 65-96.

- "Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo", *Revista Derechos Humanos*, Año III, n.º 7, 2014.

WINTERMUTE, R.: *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

- "Filling the article 14 gap: government ratification and judicial control of protocol n. 12 ECHR: Part 2", *European Human Rights Law Review*, n.º 5, 2004.