

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Algunas cuestiones sobre la filiación, la identidad nacional y el derecho al “respeto a la vida privada y familiar” del art. 8 CEDH en la jurisprudencia del TEDH

Some issues about filiation, national identity, and the right to “respect for private and family life” of art. 8 ECHR in the jurisprudence of the ECTHR

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Se aborda el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ante la evolución de nuevas cuestiones surgidas en torno a la filiación. Nuevas realidades centradas no solo en el derecho de relación, contacto, comunicación o visitas entre menor y progenitor tras la ruptura familiar, sino ante alguna de las “nuevas” realidades de la familia, como es la adopción monoparental y el derecho al cambio de apellidos; o tras la determinación de la nueva paternidad y el necesario derecho de contacto con el que hasta ahora era considerado el progenitor, o, por el contrario, la nueva determinación de la paternidad y la continuidad de la convivencia con la madre y su marido que se consideraba padre del menor; sin olvidar la necesaria autoridad paternal de la persona con discapacidad... Cuestiones todas articuladas en torno al artículo 8 del Convenio

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy directora.

Europeo de Derechos Humanos, donde el respeto a la vida privada y familiar se enfoca hacia la consecución del interés superior del menor.

ABSTRACT. The analysis of the latest jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR) is addressed in view of the evolution of new issues that have arisen around filiation. New realities focused not only on the right of relationship, contact, communication or visitation between the minor and the parent after the family breakup, but also on some of the “new” realities of the family, such as single-parent adoption and the right to change surnames; or after the determination of the new paternity and the necessary right of contact with the one who until now was considered the parent, or, on the contrary, the new determination of the paternity and the continuity of the coexistence with the mother and her husband who considered the child's father; without forgetting the necessary parental authority of the person with disabilities... All issues articulated around article 8 of the European Convention on Human Rights, where respect for private and family life is focused on achieving the best interest of the child.

PALABRAS CLAVE: Filiación. Identidad nacional. Derecho al “respeto a la vida privada y familiar”. CEDH. Jurisprudencia del TEDH

KEYWORDS: Filiation. National identity. The right to “respect for private and family life”. ECHR. Jurisprudence of the ECTHR

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: IDENTIDAD NACIONAL Y FILIACIÓN.—II. DERECHO DE RELACIÓN, DE COMUNICACIÓN Y DE VISITAS ENTRE PADRES Y MENORES Y EL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.: 1. RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN ENTRE PADRE E HIJA Y ENFERMEDAD MENTAL. 2. LIMITACIÓN DEL DERECHO DE CONTACTO CON SU HIJO PESE A TENER UN DERECHO DE VISITAS MUY AMPLIO. 3. EL DERECHO DE VISITAS Y EL DERECHO DE LOS MENORES A SER ESCUCHADOS. 4. EJECUCIÓN DEL DERECHO DE RELACIÓN DE UN HIJO NACIDO FUERA DEL MATRIMONIO.—II. LA AUTORIDAD PARENTAL: SU RESTRICCIÓN A UN PROGENITOR COMO CONSECUENCIA DE SU DISCAPACIDAD.—III. CUSTODIA DE MENORES: REGRESO DE MENORES CON SU PADRE CONTRA SU VOLUNTAD.—IV. RECONOCIMIENTO FORMAL DE LA PATERNIDAD: SU ANULACIÓN A PETICIÓN DEL PADRE BIOLÓGICO DEL NIÑO NO VIOLA LA CONVENCIÓN.—V. IMPOSICIÓN AL HIJO DEL APELLIDO DE LA MADRE ADOPТИVA CON EXCLUSIÓN DEL DE LA BIOLÓGICA.—VI. EXCLUSIÓN DEL PADRE NO BIOLÓGICO DE LA VIDA DEL NIÑO TRAS LA DETERMINACIÓN DE SU FALTA DE PATERNIDAD.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: IDENTIDAD NACIONAL Y FILIACIÓN

Iniciamos estas líneas desde la perspectiva de la idea de identidad constitucional, identidad nacional que según la doctrina constitucional es, “un concepto que trata de garantizar la Constitución en su conjunto, preservando sus aspectos esenciales frente a posibles reformas constitucionales.”¹

El art. 4, 2 del TUE, afirma que “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, …”, y ha sido la doctrina del TJUE la que ha concretado que dicha “identidad constitucional” tiene como *contenido positivo dotar de contenido al concepto de valores constitucionales compartidos*, pero también tiene un *contenido negativo, de autolimitación de los órganos europeos*, en relación con las estructuras fundamentales de los Estados miembros.

Así pues, resulta interesante conocer cuál es nuestra identidad nacional en relación con la filiación en el marco de las posibles vulneraciones del respeto a la vida privada y familiar. El principio del respeto a la identidad nacional de los Estados miembros se encuadra en el TUE como el diálogo entre las distintas Cortes Constitucionales de los Estados miembros sin olvidar el núcleo esencial de la Constitución considerada en su conjunto. No debe perderse de vista que el alcance de la identidad constitucional nacional que las instituciones europeas deben respetar no es una competencia exclusiva del Estado miembro, si no que como vamos a ver debe permitirse la integración y el ejercicio de las competencias de la UE, sin lesionar los estándares de los derechos fundamentales dentro de ese Estado, si eventualmente fueran superiores a los de la UE.

La materia de filiación está presidida por dos principios fundamentales, como son el principio de igualdad entre los hijos, que nace no solo del 14 CE referido en general a la igualdad, sino también por el 39.2 CE que precisa que «los hijos son iguales con independencia de su filiación» desterrándose el concepto de hijo ilegítimo. El segundo principio es el referido a la libre investigación de la paternidad al señalar el 32.2 CE que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad».

Pues bien, ambos apenas plantean ya problemas pues los matices surgen en otros ámbitos tales como el derecho de relación o a la comunicación entre padres e hijos o el derecho de visitas, la importancia de la vulnerabilidad de las personas con trastornos de salud mental, o de la discapacidad del progenitor, la custodia de menores y el derecho a decidir de los menores, los problemas que surgen de la adopción monoparental, la nueva situación del “padre” tras la determinación de su falta de paternidad y su exclusión... cuestiones que en nuestro derecho están claramente definidos y donde la jurisprudencia es clara al respecto, pero en los países de nuestro entorno aún no, y así lo ha considerado el TEDH como vamos a analizar.

La evolución de la familia, de la paternidad y del derecho de menores, conectado todo con el principio del interés superior del menor, ha originado cuestiones nuevas. En el ámbito del necesario respeto a la vida privada y familiar, reconocido por el CEDH, en su artículo 8, el TEDH interpretador del mismo, además debe garantizarlo en relación con las realidades familiares modernas, teniendo en cuenta los diversos caracteres socioculturales de los diferentes ordenamientos jurídicos, a fin de que el Convenio siga siendo un instrumento vivo.²

El TEDH como interpretador del Convenio no puede suplantar la voluntad de los Estados por lo que utiliza el *principio del margen de apreciación*, que no es más que el grado de discrecionalidad que tiene cada estado miembro para resolver los conflictos inherentes entre los derechos individuales y los intereses nacionales o entre derechos individuales contrapuestos. Y ello porque todas las cuestiones

relativas al derecho de familia en general, tienen una carga moral que origina que haya variaciones en cada uno de los países.

En resumen, el TEDH mediará entre la interpretación evolutiva y la doctrina del margen de apreciación a fin de lograr un *consenso europeo*.

II. DERECHO DE RELACIÓN, DE COMUNICACIÓN Y DE VISITAS ENTRE PADRES Y MENORES Y EL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

El primer grupo de problemas que se plantean ante el TEDH, en relación con la violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar surgen en relación con el derecho de relación, de comunicación y de visitas entre padres y menores tras la ruptura familiar, o incluso de la ejecución del derecho de relación de un hijo nacido fuera del matrimonio que convive en él.

En nuestro ordenamiento jurídico se regula este derecho en los arts. 90, 94 y 160 CC, teniendo en cuenta que el derecho de relación, comunicación, contacto, visitas tiene como protagonista el interés superior del menor, y se otorga no sólo al progenitor no custodio³, sino también a los hermanos y a los abuelos⁴, y, si existe justa causa, a parientes y allegados.⁵

1. RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN ENTRE PADRE E HIJA Y ENFERMEDAD MENTAL

La STEDH de 18 de febrero de 2020,⁶ aborda el estudio de un problema presentado por el padre demandante, llamado Marcel-Dan Cîntă, que solicitó que su hija de 4 años pudiera, o bien vivir con él durante el proceso de divorcio de su mujer, o que se le permitiera establecer contacto con ella de forma regular en su casa. Tanto él como su mujer habían tenido problemas de salud mental, sin embargo, en el momento del divorcio, la mujer ya los había superado. Un tribunal de Rumanía en septiembre de 2018 le permitió tener contacto con ella, en determinadas horas y días, en sitios públicos y siempre con la presencia de la madre, ya que el informe médico demostró que el demandante *sufría de una enfermedad mental crónica*, con brotes de agresividad, tanto físicos como psicológicos. No obstante, el demandante interpuso un recurso ante el Tribunal del Condado de Maramures alegando que el tribunal se había basado exclusivamente en su enfermedad mental de forma subjetiva y parcial y afirmando que nunca había ejercido violencia hacia su hija ni hacia su mujer, el cual desestimó el recurso, considerando que las pruebas médicas, las varias declaraciones y la actitud del demandante hacia la madre de la niña justificaban las restricciones al contacto impuestas.

¿Pero qué determinó el TEDH? El Tribunal concretó que era evidente que las decisiones de los tribunales de Rumanía supusieron un obstáculo al derecho del Sr. Cîntă al respeto a su vida privada, a pesar de que eran conformes con la ley y que fueron tomadas con el objetivo de proteger los derechos de otras personas, pero, y esto es lo más interesante, el TEDH también examinó *si habían cumplido el criterio de ser "necesarias en una sociedad democrática"*.

El TEDH acepta que la enfermedad mental puede ser un factor relevante que debe tenerse en cuenta al evaluar la capacidad de los padres para cuidar de su hijo,

pero añade que los tribunales internos deben proporcionar razones suficientes para tener en cuenta la enfermedad mental del solicitante en su evaluación y se remite al caso (K. and T. v. Finland).⁷

El TEDH afirma que la comunidad internacional ha evolucionado hacia una mejor y más coherente protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales y discapacidades mentales al fomentar el respeto por su igualdad, dignidad e igualdad de oportunidades, pues *deben recibir la asistencia adecuada del Estado en el desempeño de sus responsabilidades de crianza de los hijos, y los niños no deben ser separados de sus padres sin una revisión judicial adecuada del asunto por parte de autoridades competentes*. Además, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la que es parte el Estado demandado, reconoce a las personas con discapacidad como sujetos plenos de derechos y como titulares de derechos. Y, reconoce que las personas con enfermedades mentales representan un grupo vulnerable cuyos derechos requerían una consideración especial por parte de las autoridades estatales (B. c. Rumania n.º 1285/03⁸).

Concluye el TEDH que *se había limitado una correcta evaluación del Sr. Cîntă* por los tribunales de su país ya que la restricción de contacto no se basaba en ninguna prueba que demostrase su incapacidad de cuidar de su hija, sino que simplemente había sido impuesta dada su enfermedad mental sin que fueran corroboradas por declaraciones que afirmaran que el Sr. Cîntă pudiera suponer una amenaza para la niña. Además, un informe del centro de salud mental afirmaba que el demandante se había estado tomando su medicación correctamente y que su enfermedad no se había agravado. Y no se le posibilitó presentar ninguna prueba para probar que su enfermedad no representaba ningún peligro para la seguridad de su hija ya que los tribunales no encargaron nuevos informes sobre él.

El demandante fue percibido como una amenaza debido a su enfermedad mental sin tener en cuenta las circunstancias concretas del caso y la situación familiar. *A este respecto, el caso difiere de la situación examinada por el Tribunal en S.S. c. Eslovenia,⁹ en el que se despojó a la demandante de su patria potestad no sobre la base de su diagnóstico psiquiátrico, sino de su consiguiente incapacidad para cuidar del niño, que había sido confirmado por todos los informes de expertos producidos en el procedimiento.*

En resumen, al comparar el TEDH casos similares, señaló que los tribunales hicieron una distinción en el supuesto del Sr. Cîntă, basada en su estado de salud mental¹⁰ y determinó que, existía discriminación, y, por consiguiente, se había producido una violación del artículo 14, relativo a la prohibición de la discriminación, en relación con el artículo 8.

2. LIMITACIÓN DEL DERECHO DE CONTACTO CON SU HIJO PESE A TENER UN DERECHO DE VISITAS MUY AMPLIO

En la STEDH de 17 de febrero de 2016, caso Bondavalli contra Italia¹¹ se establece por el Estado demandado la incapacidad del demandante para ejercer plenamente su derecho de contacto con su hijo a causa de los informes negativos de los servicios sociales de Scandiano, con los que la madre tenía vínculos profesionales. El demandante denunció al Tribunal de Menores de Bolonia que no había ejercido

una supervisión regular del trabajo de los servicios sociales. Y ello porque a pesar de la decisión del Tribunal de Menores de Bolonia que le concedió un derecho de visita muy amplio, el demandante solo pudo ejercer este derecho de forma muy limitada debido, por un lado, a informes negativos de los servicios sociales, que formaban parte de la misma estructura administrativa en la que ejercía la madre del niño como psiquiatra, y, por otra parte, un informe pericial realizado por un psiquiatra con estudios de fin de carrera pasantía con ella.

El demandante denunció en reiteradas ocasiones la parcialidad del psiquiatra y de los servicios sociales, y solicitó a los tribunales que encomendara su propia atención psicológica y la de su hijo a otros servicios sociales, así como ordenar la finalización de una nueva experiencia por un médico imparcial. Los tribunales internos, desestimaron su recurso por considerar que sus argumentos estaban vinculados a su estado psíquico. Posteriormente, sobre la base del informe pericial elaborado por los servicios sociales de Scandiano, los tribunales internos prohibieron cualquier contacto telefónico entre el demandante y su hijo y, posteriormente, suspendieron las reuniones. Aunque luego se reanudaron de manera muy limitada.

El TEDH observa que la existencia de un vínculo entre la madre del niño, los servicios sociales y el psiquiatra encargado de redactar el informe pericial sobre la familia era evidente ya que tenían vínculos profesionales y afirmó que los tribunales nacionales deberían en beneficio del menor haber atendido las solicitudes del demandante, designando a otro experto —independiente e imparcial— o que se hubiera encomendado el seguimiento del niño a los servicios sociales de otro municipio.

En resumen, los tribunales nacionales no tomaron ninguna medida apropiada para crear las condiciones necesarias para la plena realización del derecho de visita del padre del niño, por lo que declaró la violación del artículo 8 CEDH. Y ello porque, a pesar de varias solicitudes presentadas por el demandante y de varias evaluaciones realizadas por él, según las cuales no padecía ningún problema psicológico, los tribunales nacionales habían seguido confiando el control de su derecho de contacto a los servicios sociales del municipio de Scandiano. Y, tras las consecuencias irremediables del paso del tiempo en la relación entre el hijo y su padre, el TEDH considera que corresponde a las autoridades nacionales reexaminar oportunamente el derecho de contacto de la demandante, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

3. EL DERECHO DE VISITAS Y EL DERECHO DE LOS MENORES A SER ESCUCHADOS

La STEDH de 11 de enero de 2017 caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España¹² analizó, en un procedimiento de divorcio durante el cual la demandante solicita que se practique la prueba de exploración judicial de sus hijos menores de edad, por lo que el juez ordena una entrevista de los menores con un equipo de psicólogos ligado al Tribunal. Posteriormente, fueron los propios menores quienes se dirigieron al Tribunal reclamando ser escuchados, hecho al que el juez no da ninguna respuesta. La exploración judicial nunca llegará a producirse, declarándose improcedentes los recursos presentados a este respecto.

La Corte reitera que no le corresponde conocer de los errores de hecho o de derecho que pueda haber cometido un tribunal interno, salvo si se han vulnerando los derechos y libertades protegidos por la Convención. En lo que respecta en particular a la audiencia de los niños por un tribunal, el Tribunal consideró que sería ir demasiado lejos decir que los tribunales nacionales siempre están obligados a escuchar a un niño ante un tribunal cuando está en juego el derecho de visita del niño. No obstante, conforme a la legislación española en caso de juicio de divorcio contencioso, y si se estima necesario, los hijos menores deben ser oídos por el juez si son capaces de discernir y, en todo caso, los menores mayores de edad de 12 años. En todo caso, cuando el menor pida ser oído, la negativa deberá justificarse.

En el presente caso la señora Iglesias Casarrubios exigió, desde el inicio del proceso de divorcio, que los menores fueran oídos tanto en el marco de la oposición a la demanda de divorcio como de los recursos de apelación.¹³ El TEDH No ve ninguna razón por la que la opinión de la hija mayor de la demandante, una menor que entonces tenía más de 12 años, *no haya sido solicitada directamente por el tribunal de primera instancia en el contexto del proceso de divorcio, como así lo exigía la legislación interna*. Tampoco ve el Tribunal razón alguna que justifique que *el juez de instrucción no dicte una decisión motivada, en el marco del mismo proceso, sobre la solicitud de la hija menor del demandante de ser oída por él, como lo exigía la ley*.

En conclusión, la negativa a oír a la menor —mayor de 12 años—, así como la ausencia de motivo alguno para rechazar las pretensiones de los menores de ser oídos directamente por el juez que iba a decidir sobre el régimen de visitas de su padre conlleva que a la señora Iglesias Casarrubios se le privó indebidamente de su derecho a que sus hijos menores fueran oídos personalmente por el juez. Por ello, los tribunales nacionales no garantizaron a la demandante su derecho a un juicio justo, en el sentido del artículo 6.1 del Convenio, en relación con el art. 8 CEDH.

Claramente el tribunal entiende que aquí ha habido un error de hecho o de derecho por parte del tribunal interno, lo cual ha ocasionado la vulneración de derechos y libertades protegidos por la Convención que repercute en el derecho fundamental a la vida familiar.

4. EJECUCIÓN DEL DERECHO DE RELACIÓN DE UN HIJO NACIDO FUERA DEL MATRIMONIO

La STEDH de 15 de abril de 2015 caso Kuppinger contra Alemania¹⁴ aborda el supuesto en que el padre de un hijo nacido fuera del matrimonio no puede tener contacto con su hijo por impedirlo la madre pese a ser sancionada por las autoridades y haber pagado todas las multas.

Es doctrina del TEDH que el disfrute entre padres e hijos de la mutua compañía constituye un elemento fundamental de la “vida familiar” en el sentido del artículo 8 del Convenio y aunque el objeto principal del artículo 8 es proteger al individuo contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, existen, además, obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo de la vida familiar, como es la obligación de las autoridades nacionales de facilitar la reunión entre ambos, te-

niendo en cuenta que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y el progenitor que no conviven.

El TEDH debe determinar si las autoridades nacionales han tomado todas las medidas necesarias para facilitar la ejecución de la orden de visita, tras los impedimentos impuestos por la madre. Incluso analizar si debieron haber impuesto sanciones más severas a fin de cambiar la postura general de la madre con respecto a los derechos de contacto del solicitante.

En cuanto a la *celeridad del procedimiento de ejecución*, el Tribunal observa que el procedimiento duró más de diez meses teniendo en cuenta la especial urgencia del asunto. Por todo ello, teniendo en cuenta los hechos del caso, el transcurso del tiempo, el interés superior del niño,¹⁵ los criterios establecidos en su propia jurisprudencia y los planteamientos de las partes, la Corte, sin perjuicio del margen de apreciación del Estado, concluye que las autoridades alemanas no han realizado esfuerzos adecuados y efectivos para ejecutar la orden de contacto y que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio.

II. LA AUTORIDAD PARENTAL: SU RESTRICCIÓN A UN PROGENITOR CONSECUENCIA DE SU DISCAPACIDAD

En la STEDH de 12 de septiembre de 2016 caso Kocherov y Sergeyeva contra Rusia¹⁶ los demandantes —padre e hija— denunciaron la restricción de la autoridad parental del padre por su discapacidad.

El TEDH establece la desproporcionalidad de las medidas restrictivas aplicadas por las autoridades internas.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece el estándar relativo a la necesidad de proteger a las personas con discapacidad del trato discriminatorio. Además, con respecto a los derechos de los padres, la CDPD establece en su artículo 23 que los Estados Partes deben brindar la asistencia adecuada a las personas con discapacidad en el desempeño de sus responsabilidades de crianza de los hijos. Además, confirma explícitamente que ningún niño debe ser separado de sus padres sobre la base de una discapacidad del niño o de uno o ambos padres.¹⁷

El padre demostró que no había indicios objetivos de negligencia, abuso o peligro inmediato para el niño, y mostró su preocupación por el bienestar de la niña y su voluntad de cooperar con las autoridades nacionales incluso proponiendo una transferencia gradual de la menor a su cuidado para evitar causarle estrés innecesario. Sin embargo, las autoridades nacionales no impusieron ninguna medida menos invasiva con respecto a la restricción de la patria potestad ni hicieron ningún esfuerzo para proporcionar al padre la “asistencia adecuada” requerida por la CDPD.¹⁸

Por consiguiente, el TEDH declara la violación del artículo 8 CEDH, ya que las razones invocadas por los tribunales rusos para restringir la autoridad parental originó una injerencia en la vida familiar de los demandantes, y además, fue una medida desproporcionada con respecto al objetivo legítimo perseguido.

III. CUSTODIA DE MENORES: REGRESO DE MENORES CON SU PADRE CONTRA SU VOLUNTAD

La STEDH de 2 de febrero de 2016, en el caso N. Ts. contra Georgia¹⁹ estudió el supuesto de un procedimiento de retorno con un padre de tres menores que habían estado viviendo con la familia materna desde la muerte de su madre. Se alega que las autoridades nacionales no habían evaluado el interés superior de los menores, y que habían existido errores en el curso del proceso.

El TEDH reitera que el disfrute de la mutua compañía entre hijos y padres constituye un elemento fundamental de la vida familiar en el sentido del artículo 8 CEDH cuyo objeto esencial es proteger al individuo contra la acción arbitraria de las autoridades públicas. Las obligaciones positivas inherentes a un efectivo “respeto” a la vida familiar incluye el derecho de los padres a que se tomen medidas que les permitan reunirse con sus hijos y la obligación por parte de las autoridades nacionales de tomar tales medidas. Medida para facilitar el reencuentro que no es absoluta: El reencuentro de un progenitor con un hijo que ha vivido durante algún tiempo con otras personas puede no tener lugar inmediatamente y puede requerir que se tomen medidas preparatorias a tal efecto, que dependerán de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación de todos los interesados siempre serán un ingrediente importante, donde el interés superior del niño debe ser la consideración primordial.²⁰

El Tribunal ya ha sostenido que a medida que los niños maduran se vuelven capaces de formular sus propias opiniones sobre el contacto con sus padres y que, los tribunales deben tener en cuenta sus puntos de vista y sentimientos y, sobre todo, su derecho al respeto de su vida privada. En el presente caso, ninguno de los tres niños fue oído personalmente por ninguna de las instancias judiciales. Los demandantes alegaron sobre la base del artículo 81 del CPP que, al menos en lo que respecta al niño mayor, se había violado su derecho a ser oído por los jueces. El Gobierno, por su parte, sostuvo que el artículo 81 del CPP no pretendía implicar la participación directa obligatoria de los niños mayores de siete años en los procesos que les afectaban. En cualquier caso, teniendo en cuenta los estándares internacionales pertinentes, el TEDH no comprende por qué los tribunales internos no consideraron la posibilidad de involucrar directamente al niño mayor en el proceso ni dieron las razones para no escucharlo.

En cuanto a si los tribunales nacionales tuvieron en cuenta el interés superior de los niños, hay que señalar que el punto de vista de los tribunales nacionales era que lo mejor para los niños sería reunirse con su padre, y que la familia materna estaba influyendo negativamente en los niños. Sin embargo, al hacer su propia evaluación del interés superior, no consideraron que los niños no querían reunirse con su padre (independientemente del papel manipulador desempeñado por la familia materna). Los psicólogos se refirieron al peligro potencial para la salud psicológica de los niños en caso de su regreso forzado con su padre. De modo que ordenar una medida tan radical sin una transición adecuada y unas medidas preparatorias destinadas a ayudar a los niños y a su padre a reconstruir su relación es contrario al interés superior de los menores.

En conclusión, el TEDH declara que se ha violado el artículo 8 de la Convención de los Derechos Humanos primero porque constata que los niños no habían

sido debidamente representados ante los tribunales nacionales, en particular porque las funciones y facultades de la autoridad nacional designada para representarlos no habían sido claramente definidas. Por otro lado, los tribunales no habían escuchado en persona al mayor de los hijos. Ni habían hecho una evaluación adecuada del interés superior de los menores, pues no se había tenido en cuenta su estado de ánimo emocional.

IV. RECONOCIMIENTO FORMAL DE LA PATERNIDAD: SU ANULACIÓN A PETICIÓN DEL PADRE BIOLÓGICO DEL NIÑO NO VIOLA LA CONVENCIÓN.

La TEDH de 14 de enero de 2016 caso Mandet contra Francia²¹ analizó la denuncia de los demandantes, (la madre, su marido y el menor) en torno a la anulación del reconocimiento de la paternidad y la anulación de la legitimación del niño. Consideraron que las medidas eran desproporcionadas, habida cuenta del interés superior del menor, exigiendo que la relación legal entre padres e hijos, establecida durante varios años, continuase.

El Tribunal observa que los tribunales nacionales otorgaron al menor el apellido de su madre, declararon que el Sr. Glouzmann era su padre biológico y se concretó con él el derecho de visita y alojamiento. Al anular la relación padre-hijo que tenía con el marido de la madre los tribunales nacionales, en términos legales, cambiaron uno de los elementos importantes de la estructura familiar en la que había estado viviendo durante varios años, y lo reemplazaron con otro vínculo de filiación paterna.²²

El TEDH indica que la vida privada del artículo 8 del Convenio, se refiere no solo de la identidad física sino también social del individuo pues *el reconocimiento supone la extinción de un vínculo de filiación que afecta directamente a la identidad del hombre o de la mujer de cuya filiación se trata*. Además, como medio de identificación personal y apego a una familia, el nombre de una persona se refiere a su vida privada y familiar. Las medidas decididas en el presente caso estaban destinadas a proteger los derechos del Sr. Glouzmann, quien, como demandante ante los tribunales nacionales, pretendía que se reconociera su paternidad.

El alcance del margen de apreciación de que disponen los Estados partes varía según las circunstancias, las zonas y el contexto. *El TEDH sostiene que suele restringirse cuando está en juego un aspecto importante de la existencia o la identidad de una persona al tratarse de la filiación. Otra cuestión es determinar el estatus legal del niño cuando se trata de decidir cuestiones relativas a los derechos relativos al mantenimiento del vínculo entre un niño y un parente.*

Infirió de este elemento y, en particular, de la falta de consenso entre los Estados partes sobre la cuestión, que la decisión sobre si debe permitirse a un individuo impugnar la paternidad legalmente establecida de un niño por quien cree que es el padre biológico entra dentro del margen de apreciación de esos Estados. Y que el margen de apreciación es importante cuando se trata de equilibrar los derechos fundamentales en conflicto de dos personas. Pero las decisiones del Estado no escapan al control del TEDH, a quien le corresponde examinar los argumentos tomados para llegar a la solución adoptada y determinar si se ha logrado un justo

equilibrio entre los intereses involucrados teniendo en cuenta que debe primarse el interés superior del niño.

El hecho es, en términos de proporcionalidad, que el procedimiento interno y las decisiones relativas a la filiación y el nombre del marido de la madre; y, al derecho de acceso y alojamiento del Sr. Glouzmann fueron tales que perturbaron la vida privada y familiar del menor al ocurrir durante su infancia y adolescencia (tenía ocho años y medio cuando se interpusieron los tribunales internos, unos doce años a la fecha de la sentencia de primera instancia y unos quince años a la de la sentencia de casación). No obstante, cabe señalar que, dado que los tribunales nacionales habían encomendado el ejercicio de la patria potestad a la madre, sus decisiones no impidieron al menor seguir viviendo cotidianamente dentro de la familia formada por su madre y su marido.

En conclusión, no hubo violación del artículo 8 de la Convención de los Derechos Humanos (derecho al respeto de la vida privada y familiar) ya que las decisiones de los tribunales franceses protegieron el interés superior del menor quien consideraba que el marido de su madre era su padre, aunque sus intereses residían primordialmente en conocer la verdad sobre sus orígenes. Esta consideración no equivale a favorecer indebidamente los intereses del padre biológico sobre los del niño, sino a sostener que los intereses del niño y del padre biológico se superponen parcialmente. También cabe señalar que, habiendo otorgado la responsabilidad parental a la madre, las decisiones de los tribunales franceses no habían impedido que el niño continuara viviendo como parte de la familia Mandet, de conformidad con sus deseos.

V. IMPOSICIÓN AL HIJO DEL APELLIDO DE LA MADRE ADOPTIVA CON EXCLUSIÓN DEL DE LA BIOLÓGICA

La STEDH de 20 de abril de 2015, caso *Affaire Gözüm contra Turquía* estudia el supuesto de la denegación de la solicitud de la demandante, como madre adoptiva única, para que apareciera su propio nombre en los documentos personales de su hijo adoptado, en lugar del de la madre biológica del niño. En particular, la demandante alega que las normas de derecho civil turco, tal como se le aplicaron en el momento de presentar la solicitud, habían infringido su derecho a respeto por la vida privada y familiar.²³

El TEDH reitera que el artículo 8 no sólo obliga al Estado a abstenerse de injerencias arbitrarias por parte de las autoridades públicas, a este compromiso más bien negativo pueden agregarse obligaciones positivas que implican la adopción de medidas tendientes al respeto de la vida privada y/o familiar. Esta obligación positiva del Estado puede implicar la creación de un marco legislativo que establezca un mecanismo judicial y de ejecución destinado a proteger tanto los derechos de las personas: como la implementación, en su caso, de medidas específicas.

La Corte considera adecuado analizar el presente supuesto como un caso relativo a las obligaciones positivas del Estado de garantizar el respeto efectivo de la vida privada y familiar a través de sus autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales. El derecho civil turco reconocía el derecho de los adoptantes a dar su

apellido a su hijo adoptivo, pero no preveía ningún marco normativo en cuanto al reconocimiento en el caso de adopción monoparental.

Según el Gobierno, no se trataba de un vacío en la ley: el legislador turco había dejado abierta a sabiendas la cuestión planteada permitiendo así a los jueces evaluar las circunstancias de cada caso, y ello, con el único fin de proteger los derechos de los padres naturales y de los hijos adoptivos no emancipados, así como mantener la relación de filiación biológica, “la autenticidad del linaje” y, en consecuencia, los vínculos de sucesión.

La Corte no niega que, en este tipo de casos, pueden existir intereses de difícil conciliación: los de la madre biológica, los del niño y los de la familia adoptiva, y el interés general; también reconoce que, en la búsqueda de un equilibrio entre estos diferentes intereses, el Estado goza de un cierto margen de apreciación, pero cabe señalar que, en todos los casos, debe primar el interés superior del niño. Margen de apreciación así definido que coincide con el poder discrecional supuestamente conferido a los tribunales civiles turcos con respecto a la conciliación de los diversos intereses personales que subyacen en las adopciones monoparentales. La Corte concreta que no le corresponde sustituir a estos tribunales, sino examinar, desde la perspectiva de la Convención, las decisiones que éstos hayan dictado en ejercicio, precisamente, de dicha facultad discrecional.

Específicamente, en este caso los jueces de todas las instancias no tomaron siquiera nota del motivo que la demandante había invocado de las normas interpretativas derivadas del 1 CC, que les obligaba a subsanar la deficiencia observada en la ley de manera que se protegieran los intereses contrapuestos vinculados a la adopción de la menor. A su juicio, el equilibrio que el legislador turco debía lograr entre los intereses de los niños, los de sus padres naturales y los de los adoptantes solteros requería que se otorgara una importancia específica a las obligaciones positivas derivadas del artículo 8, de modo que estuviera incluido en un marco claramente establecido en el ordenamiento jurídico interno, a fin de permitir evaluar la proporcionalidad de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales.

En resumen, el TEDH declara que se ha violado el artículo 8 CEDH constatando que la protección del derecho civil había sido insuficiente en relación con las obligaciones contraídas por Turquía con arreglo al artículo 8. Concretamente, *se señala que se había producido un vacío en el derecho civil turco en relación a la adopción monoparental, ya que en el momento en que la demandante había formulado su demanda, no existía un marco reglamentario claro que permitiera a la adoptante imponer su apellido al hijo, con exclusión del de la madre natural.*

VI. EXCLUSIÓN DEL PADRE NO BIOLÓGICO DE LA VIDA DEL NIÑO TRAS LA DETERMINACIÓN DE SU FALTA DE PATERNIDAD

La STEDH de 16 de octubre de 2015 caso Nazarenko contra Rusia²⁴ versa sobre exclusión del progenitor de la vida de su hija cuando, tras descubrirse que él no era el padre biológico, se le privó del contacto con ella y de la capacidad de defender sus intereses ante los tribunales.

El TEDH declara que se ha violado el artículo 8 CEDH y ello porque las autoridades rusas no habían posibilitado mantener los lazos familiares entre el demandante

dante y la menor, teniendo en cuenta que ambos habían desarrollado un estrecho vínculo emocional durante cinco años y que ellos mismos se veían como padre e hija. No se tiene en cuenta el interés superior de la menor lo que constituyó la violación, *pues los Estados deberían verse obligados a examinar caso por caso si el interés superior del niño es mantener el contacto con una persona, con la que se esté, o no, biológicamente, relacionada.*

Comienza el TEDH señalando que la noción de “vida familiar” del artículo 8 CEDH no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros lazos “familiares” de facto. Aunque, por regla general, la cohabitación puede ser un requisito para tal relación. Cuando se ha establecido la existencia de un vínculo familiar, el Estado debe permitir que se mantenga dicho vínculo, y las medidas internas que impiden dicho disfrute equivalen a una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 CEDH. Aunque *el objeto principal del precepto es proteger al individuo contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, existen, además, obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo de la vida familiar* que pueden implicar la adopción de medidas encaminadas a asegurar dicho respeto de la vida familiar, incluso en el ámbito de las relaciones entre las personas.

Entre estas medidas positivas se incluye el derecho de los padres a la adopción de medidas tendentes a la reunificación con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales a posibilitarlas. Obligación aplicable también a los casos en los que surgen disputas sobre el contacto y la residencia de los niños entre los padres y/u otros miembros de la familia de los niños. Siempre buscando un *justo equilibrio entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto* donde el Estado disfruta de un cierto margen de apreciación. El artículo 8 exige que las autoridades nacionales logren un justo equilibrio entre los intereses del niño y los de los padres y que, en el proceso de equilibrio, se dé una importancia primordial al interés superior del niño.

VII. CONCLUSIONES

I. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos como interpretador del Convenio y mediador en el *consenso europeo* lleva a cabo una labor prudente y más en el ámbito específico de las relaciones filiales dónde cada estado miembro tiene una percepción distinta atendiendo a la realidad sociocultural existente en su país.

Su papel es interpretar el artículo 8 del CEDH, referido al respeto a la vida privada y familiar bajo el prisma del interés superior del menor, analizando cada caso concreto y examinando como la relación filial se adapta a las nuevas exigencias de la sociedad europea. De este modo, en todos las cuestiones examinadas se imponen nuevos estándares sociales y legales que originan una evolución del Tribunal, y lo hace basándose en las obligaciones positivas que incluso en algunos casos sugiere la necesidad de readaptar el derecho interno. Sin olvidar, que los derechos de la Convención enfatizan valores que la sociedad europea considera esenciales para todos los estados miembros.

Las cuestiones que se han tratado hacen que el TEDH haya aceptado nociones y prácticas de la relación de filiación muy diferentes, o incluso inexistentes en el momento en que se redactó el Convenio.

Surgen así ventajas para la relación de filiación (que en la práctica repercuten tanto para progenitores, nuevos padres, menores) donde el cuidado del menor en beneficio de su interés se potencia en virtud del grado de interés y compromiso hacia el menor.

II. Partimos de que la “identidad constitucional”, identidad nacional, tiene como contenido positivo dotar de contenido al concepto de valores constitucionales compartidos, pero también tiene un contenido negativo, de autolimitación de los órganos europeos, en relación con las estructuras fundamentales de los Estados miembros.

¿Cuál es nuestra *identidad nacional* en relación con la filiación en el marco de las posibles vulneraciones del respeto a la vida privada y familiar? La misma se va moldeando a través del diálogo entre nuestros tribunales y los tribunales europeos, en su integración y ejercicio de las competencias de la UE y el derecho fundamental del respeto a la vida privada y familiar del art. 8. También resulta útil nuestro estudio para conocer si el estándar de este concreto derecho fundamental es en nuestro país eventualmente superior a los de la UE.

Del estudio realizado vemos que, frente a ciertos países de nuestro entorno, en nuestro ordenamiento no sólo se siguen los estándares europeos, sino que nuestro país es uno de los más avanzados, al resolver cuestiones relativas a problemas actuales, conforme a los derechos humanos, siendo en determinados ámbitos superiores a los estándares y a los criterios europeos. Los fallos, las grietas surgen de la aplicación de los derechos reconocidos, como el supuesto del derecho de los menores a ser oídos y escuchados, en un proceso de inicio de relaciones con el progenitor, por ejemplo.

El *margen de apreciación* es importante cuando se trata de equilibrar los derechos fundamentales en conflicto de dos personas. Pero las decisiones del Estado no escapan al control del TEDH, a quien le corresponde examinar los argumentos tomados para llegar a la solución adoptada y determinar si se ha logrado un justo equilibrio entre los intereses involucrados teniendo en cuenta que debe primarse el interés superior del niño. Por ejemplo, entra dentro del margen de apreciación de los estados la impugnación de la paternidad de un padre que cree que es el biológico, pero el TEDH examinará si el tribunal interno ha tenido en cuenta el interés superior del menor en relación con la coordinación de los intereses de todas las partes y alcanzar un justo equilibrio entre todos ellos. Determinar el status legal del menor es importante para determinar el mantenimiento del vínculo entre ambos: menor y progenitor.

También el TEDH concreta *cuales son las obligaciones positivas de los estados, cuando éstos deben establecer un marco regulatorio hasta el momento inexistente*, por ejemplo, el supuesto en el que el derecho civil reconocía el derecho de los adoptantes a dar su apellido a su hijo adoptivo, pero no preveía ningún marco normativo en cuanto al reconocimiento en el supuesto de la adopción monoparental.

El TEDH también se esfuerza por determinar nuevas relaciones entre personas dentro del marco del art. 8, siempre teniendo presente al menor, y así es como llegamos a lo que en nuestro ordenamiento jurídico conocemos como allegados. Sobre la base de que el art. 8 tiene como objeto principal proteger al individuo contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, existen, además, obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo de la vida familiar que pueden

implicar la adopción de medidas encaminadas a asegurar dicho respeto de la vida familiar, incluso en el ámbito de las relaciones entre las personas. Obligación positiva del Estado aplicable también a los casos en los que surgen disputas sobre el contacto y la residencia de los niños entre los padres y/u otros miembros de la familia de los niños. Siempre buscando un *justo equilibrio entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto* donde el Estado disfruta de un cierto margen de apreciación.

III. La relación paterna o materna ya no se configura como aquel progenitor que proporciona alimentos (alojamiento, vestido, educación, asistencia sanitaria) al menor, sino que ha evolucionado hacia aquel cuidador que además está emocionalmente involucrado en velar por sus hijos donde el derecho de relación, contacto, y visitas continúa de manera efectiva tras la ruptura familiar.

La figura de la filiación, en su evolución, se puede ver de forma fragmentada o ambigua, por ejemplo, pueden coexistir el progenitor y el marido de la madre que tienen diferente relación en la vida de un mismo menor, o una adopción monoparental dónde se rompe la relación con la familia biológica anterior. Cada ordenamiento jurídico, además, pueden evolucionar a diferente ritmo hacia ese reconocimiento de la diversidad y heterogeneidad de las nuevas formas familiares paternas y maternas.

Evolución social y legislativa, la de la filiación, que se ha producido por la modificación de la figura de la paternidad y maternidad, ya que en aquellos casos en los que los padres creían ser los padres biológicos de sus hijos, se alejan tras conocer los resultados de la prueba de ADN para evitar la obligación de alimentos, o, al contrario, aquellos hombres que recurren a las pruebas para convertirse en padres con sus obligaciones.

IV. En las sentencias se observa que el TEDH en este ámbito impone 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.

En definitiva, cambio social que conlleva la modificación de la regulación en los diferentes ordenamientos jurídicos y que hay que coordinar con el art. 8, que en su interpretación exige acción positiva de los Estados para garantizar que los vínculos entre los miembros de la familia puedan desarrollarse. Donde la acción y el paso del tiempo siempre corre en contra de los menores.

VIII BIBLIOGRAFÍA

- CRUZ ÁNGELES, Jonatán: "La (de)construcción de las relaciones de filiación y paternidad a través de la jurisprudencia del TEDH", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 17 bis, agosto 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 550-575.
- ROCA FERNANDEZ, M. J: "La identidad constitucional en la Unión europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales", en *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STEDH de 2 de diciembre de 2008, caso K.U. contra Finlandia, n.º 2872/02
- STEDH de 10 de marzo de 2020, caso Hudorovič y otros c. Eslovenia.
- STEDH de 18 de febrero de 2020, caso Cîntă v. Rumanía, rec. n.º 3891/19.
- STEDH de 5 de septiembre de 2017 caso B. c. Rumania, n.º 1285/03.
- STEDH de 11 de enero de 2017, rec. n.º 23298/12, caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España
- STEDH de 12 de septiembre de 2016, rec. n.º 16899/13, caso Kocherov y Sergeyeva contra Rusia.
- STEDH de 17 de febrero de 2016, rec. n.º 35532/12, caso Bondavalli contra Italia
- STEDH (Sección 4.^a) de 2 de febrero de 2016, rec. n.º 71776/12, caso N. Ts. contra Georgia.
- STEDH (Sección 5.^a) de 14 de enero de 2016, rec. n.º 30955/12, caso Mandet contra Francia
- STEDH de 16 de octubre de 2015, rec. n.º 39438/13, caso Nazarenko contra Rusia.
- STEDH de 20 de abril de 2015, rec. n.º 4789/10, caso Affaire Gözüm contra Turquía
- STEDH de 15 de abril de 2015, rec. n.º 62198/11, caso Kuppinger contra Alemania.

X. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

- Convenio europeo de Derechos Humanos
- Constitución española
- Código Civil

NOTAS

¹ ROCA FERNANDEZ, M. J: "La identidad constitucional en la Unión europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales", en *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*.

² CRUZ ÁNGELES, Jonatán: "La (de)construcción de las relaciones de filiación y parentidad a través de la jurisprudencia del TEDH", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.^o 17 bis, agosto 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 550-575.

³ Vid. "Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.^o 89, N.^o 739, 2013, págs. 3423-3439

⁴ Vid, mis estudios sobre: "Imposibilidad de los abuelos de ver y mantener relaciones con sus nietos. Supuesto de maltrato psicológico y causa de desheredación", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.^o 96, N.^o 780, 2020, págs. 2283-2297; "El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.^o 96, N.^o 779, 2020, págs. 1729-1744, y, "El derecho de visita transfronterizo de los abuelos a sus nietos a la luz del TJUE" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.^o 94, N.^o 769, 2018, págs. 2671-2682.

⁵ Para saber más sobre el tema, vid: "Concepto de allegados y el interés superior del menor", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.^o 91, N.^o 751, 2015, págs. 2871-2892, y El allegado. *Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*, Madrid, Dykinson, 2021, 288 pp

⁶ STEDH de 18 de febrero de 2020, caso Ciñta v. Rumanía, rec. n.^o 3891/19.

⁷ STEDH de 2 de diciembre de 2008, caso K.U. contra Finlandia, n.^o 2872/02, párrs. 43 y 49, CEDH 2008, relativo a un anuncio de carácter sexual colocado en un sitio de citas en Internet a nombre de un menor.

⁸ En la STEDH de 5 de septiembre de 2017 caso B. c. Rumania, n.^o 1285/03, el Tribunal pone de manifiesto, que ha sostenido como en determinadas circunstancias las obligaciones positivas del Estado conforme al artículo 8 del Convenio no se cumplen adecuadamente a menos que garantice el respeto de la vida privada en las relaciones entre los individuos mediante el establecimiento de un marco legislativo que tenga en cuenta los diversos intereses que deben protegerse en un contexto particular.

El Tribunal acepta que las medidas de protección no sólo se encuentran en el derecho laboral, sino también en el derecho civil y penal. Considera que debe concederse a los Estados contratantes un amplio margen de apreciación al evaluar la necesidad de establecer un marco jurídico que regule las condiciones en que un empresario puede regular las comunicaciones electrónicas o de otro tipo de carácter no profesional de sus empleados en el lugar de trabajo. No obstante, la discreción de que gozan los Estados en este ámbito no puede ser ilimitada. Las autoridades nacionales deben velar por que la introducción por un empresario de medidas para supervisar la correspondencia y otras comunicaciones, independientemente del alcance y la duración de esas medidas, vaya acompañada de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos

⁹ En la STEDH de 10 de marzo de 2020, caso Hudorovič y otros c. Eslovenia, se plantea la importante cuestión del derecho de acceso a agua potable como un elemento fundamental para el disfrute real y efectivo de los derechos humanos. El TEDH observa que los demandantes (etnia gitana) se quejan de que su asentamiento no dispone de una infraestructura básica. Por ello, el TEDH considera el caso desde la perspectiva de la *obligación positiva del Estado de adoptar las medidas que sean razonables y apropiadas para asegurar el respeto de sus domicilios y de su vida privada y familiar para lo que tiene especialmente en cuenta que se trata de un grupo socialmente desventajado*. El TEDH también observa que las autoridades municipales han tomado medidas concretas para asegurar que los demandantes tengan acceso al agua potable. Dada la naturaleza gradual del desarrollo de la infraestructura pública

y el amplio margen de discreción del Estado en la decisión sobre las prioridades en cuanto a los recursos de la planificación urbana, el TEDH considera que, en ausencia de razones particularmente convincentes, como un riesgo serio a la salud, no se justifica la imposición al Estado de la carga en la adopción de medidas en relación con las situaciones respectivas de los demandantes. Los demandantes no han justificado suficientemente sus demandas a ese respecto ni han dicho que se les haya impedido instalar tanques sépticos o considerar otras alternativas al alcantarillado público. El TEDH reitera que los demandantes reciben ayudas sociales que pueden emplearse para mejorar sus condiciones de vida y que los Estados gozan de un amplio margen de discreción en materia de vivienda. Los demandantes tampoco han demostrado convincentemente que el alegado incumplimiento del Estado en el suministro de agua potable haya tenido consecuencias adversas para su salud y dignidad humana en violación de sus derechos en base al art. 8. Considera, por el contrario, que las medidas adoptadas por el Estado en materia de acceso al agua potable y saneamiento, han tenido en consideración su posición vulnerable y han satisfecho los requisitos del art. 8 CEDH

¹⁰ La Corte ha encontrado que una distinción hecha en razón del estado de salud de un individuo debe estar cubierta —ya sea como una discapacidad o una forma de la misma— por el término “otro estado” en el texto del artículo 14 del Convenio (ver, mutatis mutandis, Kiyutin c. Rusia, n.º 2700/10, § 57, TEDH 2011, así como Guberina, citada anteriormente, § 76, con referencias adicionales, y Çam c. Turquía, n.º 51500/08, § 69, 23 de febrero de 2016).

¹¹ STEDH de 17 de febrero de 2016, rec. n.º 35532/12, caso Bondavalli contra Italia

¹² STEDH de 11 de enero de 2017, rec. n.º 23298/12, caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España

¹³ Vid. mi artículo sobre “El derecho a ser escuchado y la madurez del menor su protección judicial en la esfera familiar”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 93, N.º 759, 2017, págs. 345-369.

¹⁴ STEDH de 15 de abril de 2015, rec. n.º 62198/11, caso Kuppinger contra Alemania.

¹⁵ Vid. Mi artículo, “Menores: la importancia del tiempo y su incidencia en su desarrollo vital (desde la perspectiva de inexistencia de relaciones familiares básicas)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 96, N.º 781, 2020, págs. 3029-3044.

¹⁶ STEDH de 12 de septiembre de 2016, rec. n.º 16899/13, caso Kocherov y Sergeyeva contra Rusia.

¹⁷ Vid. “Discapacidad psíquica y maternidad incipiente evolución jurisprudencial”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 97, N.º 784, 2021, págs. 1115-1130

¹⁸ En la audiencia ante el Tribunal de Distrito, el padre impugnó la solicitud del hogar de niños como infundada y discriminatoria por estar basada en el hecho de que tuviera una discapacidad intelectual. Argumentó, que podía ejercer plenamente su patria potestad y cuidar de su hija. Indicó que había sido dado de alta recientemente de la residencia y vivía en un piso separado, donde las condiciones eran adecuadas y apropiadas para que viviera la menor, insistiendo el abogado en que ésta debería ser trasladada a su cuidado, el cual podría realizarse de manera gradual, para permitir que la niña se acostumbre a los cambios en su vida, mientras que los organismos de atención social competentes podrían asistir al padre en el ejercicio de su patria potestad y controlar a la familia y, en particular, a la vida y educación de la menor.

¹⁹ STEDH (Sección 4.^a) de 2 de febrero de 2016, rec. n.º 71776/12, caso N. Ts. contra Georgia.

²⁰ El TJUE también se ha pronunciado en supuesto similares como es el de analizar si los Estados miembros están obligados a tener en cuenta el *interés superior del niño* antes de adoptar una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada, aun cuando el destinatario de esa decisión no sea un menor, sino su padre, y, si debe aplicarse el artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en relación con el artículo 24 de

la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el TJUE lo interpreta en el sentido de que los Estados miembros están obligados a tener debidamente en cuenta el “interés superior del niño” aunque el destinatario de esta decisión sea el padre del menor. (Vid. El interés superior del menor y el derecho de retorno de su progenitor”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 97, N.º 786, 2021, págs. 2379-2391).

²¹ STEDH (Sección 5.^a) de 14 de enero de 2016, rec. n.º 30955/12, caso Mandet contra Francia.

²² Vid. mi artículo sobre “Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 92, N.º 758, 2016, págs. 3341-3362

²³ STEDH de 20 de abril de 2015, rec. n.º 4789/10, caso Affaire Gözüm contra Turquía

²⁴ STEDH de 16 de octubre de 2015, rec. n.º 39438/13, caso Nazarenko contra Rusia.

