

Dret comparat i dret de família en el marc europeu

Jordi Ribot Igualada

Catedràtic de Dret Civil
Institut de Dret Privat Europeu i Comparat
Universitat de Girona

Abstract¹

Aquest treball repassa el paper del dret comparat en l'àmbit del dret de família i el connecta amb la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans sobre l'art. 8 del Conveni Europeu de Drets Humans. Aquest tribunal es troba davant de conflictes que enfronten els interessos individuals de persones implicades en situacions molt diverses. Per això, s'embarca sovint en l'examen comparat del dret vigent a l'hora de donar una resposta sobre la validesa de la regulació jurídic-familiar aplicable i sobre quin és el marge d'apreciació dels estats part. El TEDH ha desplegat per a aquesta tasca una interpretació dinàmica del conveni amb l'objectiu d'assegurar que els drets que hi són reconeguts gaudeixen d'una protecció real i efectiva en una societat canviant. Les semblances i diferències dels ordenaments nacionals, la possibilitats de discernir tendències comuns i la pròpia evolució interna d'aquells ordenaments, influeixen a l'hora de donar o no un determinat abast a les obligacions que el TEDH deriva de l'art. 8 CEDH. Amb tot, considerar el dret comparat com l'única metodologia possible, com la veritablement decisiva per a la interpretació del conveni, obre molts flancs a la crítica de la doctrina reticent als desenvolupaments de la jurisprudència europea en matèria de persona i família.

This paper firstly reviews the role of comparative law in the field of family law, and then links it with the case law of the ECtHR on Article 8 ECHR. As the court tackles conflicts involving the interests of individuals in a variety of situations, it tends to embark very often in a comparative analysis of the family law in force in a number of jurisdictions to ascertain the validity of the applicable laws and whether a margin of appreciation of the State exists. In addition, the court has deployed a dynamic interpretation of the convention to ensure that the rights recognized therein have a real and effective protection in a changing society. The similarities and differences in national legal systems, the awareness of possible common trends and the evolution of domestic legal systems, all helps to shape the obligations that the ECtHR derives from Article 8. Taking for granted that comparative law is the only possible methodology in order to construe the provisions of the convention, the only one providing for decisive arguments in its interpretation, easily justifies the criticisms of the legal scholarship that is challenging the developments brought about by the ECHR in the ambit of personal and family matters.

Title: Comparative Law and Family Law in the European Context

Paraules clau: Dret comparat, Dret de família, Dret europeu de família, Tribunal Europeu de Drets Humans, Dret al respecte de la vida personal i familiar (art. 8 CEDH)

Palabras clave: Derecho comparado, Derecho de familia, Derecho europeo de familia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Derecho al respeto de la vida personal y familiar (art. 8 CEDH) *Keywords:* Comparative Law, Family Law, European Family Law, European Court of Human Rights, Right to respect for Personal and Family Life (Art. 8 ECHR).

¹ Versió ampliada de la ponència inaugural de la VI Trobada anual de socis de la Societat Catalana d'Advocats de Família, que va tenir lloc a Girona el dia 12 de maig de 2015. Aquest treball forma part de l'activitat del Grup de recerca consolidat "Dret Privat Comparat: Fonaments i Anàlisi" (2014 SGR 18; Investigador principal: Prof. Dr. Miquel Martín Casals).

Sumari

1. Introducció
2. El dret de família comparat com a eina d'harmonització
3. El paper del dret comparat en la jurisprudència del TEDH sobre l'art. 8 CEDH
 - 3.1. Marc general
 - 3.2. El TEDH motor de la transformació del dret de família a Europa
 - 3.3. Metodologia del TEDH en la interpretació de l'art. 8 CEDH
 - 3.4. Marge d'apreciació estatal i dret comparat
 - 3.5. La crítica a la metodologia del TEDH
4. Taula de jurisprudència citada
5. Bibliografia

1. Introducció

L'interès per l'anàlisi comparada del dret de família no ha parat de créixer, a desgrat de les seves limitacions. El marc més propici és l'uropeu¹, a redós del procés d'europèitziació de l'estudi del dret privat en general, malgrat que el fonament competencial per a l'aproximació i unificació del dret de família dels estats membres de la Unió Europea és molt limitat.²

El dret comparat té un rol notable, tanmateix, en el desenvolupament de la jurisprudència del TEDH sobre l'art. 8 CEDH. La metodologia del TEDH en la interpretació i aplicació del conveni implica l'establiment d'estàndards comuns prenent com a base l'evolució dels drets dels estats membres, cosa que per hipòtesi ja suposa un mínim d'anàlisi comparada. Definir la direcció d'aquella evolució i quan es pot dir que els ordenaments de tots o d'alguns estats s'enquadren en una tendència implica, addicionalment, poder agrupar les solucions existents sota algun principi compartit, i relativitzar les diferències entre elles.

Tot i que l'art. 8 CEDH es limita a reconèixer que qualsevol persona té dret al respecte de la seva vida privada i familiar, el TEDH hi ha bastit els eixos vertebradors del dret europeu de la persona i la família.³ En principi, l'impacte de la jurisprudència del TEDH hauria de ser molt limitat. Aquest tribunal no té com a funció determinar quins elements concrets ha d'establir la regulació estatal de les matèries compreses en l'àmbit d'aplicació de l'art. 8 CEDH. El TEDH només pot fixar estàndards mínims.⁴ Ara bé: com que la jurisprudència del TEDH és alhora evolutiva i té una funció directiva o orientadora de la política jurídica dels estats part en el conveni, l'actuació

¹ Vegeu l'obra col·lectiva, en quatre volums, coordinada per SCHERPE (2016) i que està cridada a ser referència obligada en la matèria. Amb anterioritat, vegeu la sèrie de treballs publicats en el marc dels simposis organitzats a Regensburg pels professors Henrich i Schwab des de mitjans dels anys 90 del segle passat. El darrer volum està dedicat a la tutela (DUTTA et alii, 2015). Vegeu també BOELE-WOELKI (2003), obra a la que han seguit un bon nombre de treballs emmarcats sota la rúbrica *European Family Law*, inclosos els informes de dret comparat i els principis elaborats en el sí de la Commission on European Family Law (CEFL). Vegeu infra n. 7.

² En aquest moment, l'únic fonament per a l'actuació legislativa de la Unió en el dret privat de la família és el vinculat a la cooperació jurídica internacional i a la *comunitarització* del dret internacional privat. Vegeu Reglaments (CE) núm. 2201/2003 del Consell, de 27 de novembre de 2003, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental (*Brussel·les II bis*) i 4/2009 del Consell, de 18 de desembre de 2008, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució resolucions i la cooperació en matèria d'obligacions d'aliments. Vegeu també Reglaments (UE) del Consell 1259/2010, de 12 de juliol de 2010, per la que s'autoritza una cooperació reforçada en l'àmbit de la llei aplicable al divorci i a la separació legal (*Roma III*); 2016/1103, pel que s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria de règims econòmics matrimonials; i 2016/1104, pel que s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'efectes patrimonials de les unions enregistrades, tots dos de 24 de juny de 2016. Sobre aquest material i la seva influència en el dret europeu de família vegeu MARTINY (2016, p. 261-293). Sobre l'impacte indirecte del desenvolupament i aplicació d'altres llibertats comunitàries pel TJUE, vegeu DE BAERE /GUTMAN (2016, p. 5-48).

³ Sobre aquest tema, COESTER-WALTIJEN (2016) i BÜCHLER/KELLER (2016). Vegeu també, monogràficament, ALMEIDA (2015).

⁴ Sobre això, vegeu ANTOKOLSKAIA (2004, p. 46-7).

d'aquest tribunal roman en el centre del debat acadèmic, en particular pel que fa a l'ús que en fa de l'argument de dret comparat.¹

L'objecte d'aquest treball és posar de relleu les fites de la jurisprudència del TEDH en la construcció d'aquest marc europeu per al dret de la persona i la família, tot contextualitzant aquest desenvolupament en la metodologia del propi TEDH. Aquest tribunal fa ús del dret comparat com a criteri per al raonament pràctic i, en ocasions, com a element de legitimació de la decisió adoptada en el cas concret. Aquesta metodologia ha estat posada en tela de judici per la doctrina més crítica amb l'expansió dels drets individuals sota la cobertura a l'art. 8 CEDH.² La meua impressió és que ambdues funcions no sempre poden convergir, però que això no deixa de reflectir les limitacions de qualsevol anàlisi comparada, encara més quan té per objecte qüestions de dret de la persona i la família. Per aquest motiu cal remarcar que quan l'anàlisi comparada és instrumental a la presa de decisions –sigui pels governs, pels legisladors o pels tribunals nacionals o supranacionals– aquella ha de tenir en compte les recerques interdisciplinàries en què es puguin recolzar les experiències nacionals, i també els consensos o dissensos sobre els valors a què responen i la política jurídica que les explica.³ A manca d'aquesta dimensió, l'argumentació de dret comparat pot desfigurar la realitat⁴ i construir un relat artificial, que tant pot esdevenir coartada per a impulsar reformes a iniciativa de sectors socials o grups d'interès desconnectats de les aspiracions o de les necessitats de la majoria, com instrument per a bloquejar desenvolupaments del tot coherents amb els drets fonamentals reconeguts al conveni.

2. El dret de família comparat com a eina d'harmonització

Un dels debats antics però que encara cueja en el sí de la doctrina de dret comparat és el de la virtualitat d'aquesta metodologia per al dret de família. És a dir, si és possible o té cap sentit fer estudis comparats sobre dret de família. El tema va tornar a agafar volada arran de la posada en marxa dels treballs de la *Commission on European Family Law*, que han desembocat en una sèrie de "Principis de dret europeu de família".⁵ El debat s'ha reactivat, doncs, perquè comparar els drets nacionals ha estat el primer pas cap a la formulació de propostes acadèmiques d'harmonització regional d'aquesta branca del dret civil.

Els contradictors del dret de família comparat es basen en la idea que, de totes les branques del dret privat, el dret de família és el que es troba més impregnat per la pròpia tradició cultural, la

¹ PINTENS (2016, p. 350).

² PINTENS (2016, p. 351). Vegeu sobretot CAROZZA (1998, p. 1236-37).

³ SCHWENZER (2003, p. 157). Vegeu novament BRADLEY, 2012, p. 322.

⁴ ANTOKOLSKAIA (2003, p. 168) (l'anàlisi de dret comparat ha de tenir clar que fins i tot la mateixa estructura institucional, reflectida a diferents ordenaments, pot ésser l'instrument per assolir objectius polítics diferents i fins i tot contradictoris).

⁵ BOELE-WOELKI et alii (2004), (2007) i (2013).

religió i els valors predominants en una societat. El seu arrelament en la identitat nacional i en la idiosincràsia de les societats fa inútil -si no inapropiat- comparar les normes de cultures molt diferents.¹ Els defensors del dret comparat de família subratllen, en canvi, que en un món cada cop més globalitzat, els canvis socials iniciats des del final de la segona guerra mundial s'han anat estenent espontàniament i han seguit, a més, una trajectòria similar. D'aquí que les normes jurídiques arrelades en les pròpies tradicions culturals o en elements de caràcter religiós hagin perdut el seu caràcter definidor, com demostra que les reformes per adaptar el dret de família a la canviant realitat social s'hagin succeït arreu d'Europa.

No ha d'estranyar que cadascuna de les dues postures contraposades tingui una part de raó.² Per això, entre negar tota utilitat a l'exercici de comparació -subratllant el caràcter estrictament nacional i idiosincràtic del dret de família- i refusar de pla aquest caràcter -invocant que ja existeix, de fet, un grau de convergència que fa que els drets nacionals no només siguin comparables sinó que es donen les condicions socials perquè siguin harmonitzats- es pot adoptar un punt mig, potser més raonable i realista.

D'una banda, és cert que el desenvolupament del dret familiar al llarg dels segles s'ha caracteritzat per l'absorció d'elements vinculats a la cultura, la religió, els costums o fins i tot a la climatologia o la geografia. Com també ho és que el dret de família està íntimament connectat amb factors econòmics, socials i polítics on la família juga un rol essencial. Bona part de les diferències existents entre els ordenaments occidentals té el seu origen en les polítiques públiques que cada estat aplica amb relació a la família³ i a la funció que aquesta té assignada en un moment i lloc concrets. Ara bé: l'escepticisme davant de l'enfocament comparat del dret de família també ha estat criticat, amb raó, perquè sovint s'acontenta a fer una referència vague o massa genèrica als factors que fan impossible adoptar-lo útilment.⁴ A més, la diversitat que es predica com a obstacle per a la utilitat de la reflexió comparada es dona també en el sí de cada societat. A totes les societats hi ha divisió interna, no només derivada del flux migratori, sinó entre els sectors més conservadors de la societat i els més moderns i progressistes, generalment urbans, i és obvi que cal prendre decisions per delimitar el marc jurídic-familiar.⁵ Altres branques del dret privat on el dret comparat s'ha desenvolupat molt -suposadament perquè són més "tècniques" o ideològicament neutres- també impliquen fer un contrast entre diferents

¹ Sobre l'escepticisme pel que fa a la utilitat del dret comparat per al dret de família vegeu BRADLEY (2012, p. 315-6), amb més referències.

² ANTOKOLSKAIA (2008, p. 27).

³ Fins i tot DETHLOFF (2003, p. 63) va admetre que fins que no s'hagués assolit una certa unificació comunitària de la política familiar, en particular quant a la conciliació treball-família, "any harmonisation would have to take into account these differences by making any provisions suitably flexible".

⁴ BRADLEY (2012, p. 317).

⁵ ANTOKOLSKAIA (2003, p. 173). Sobre l'anomenada "contemporaneïtat dels no-contemporanis" (de l'alemany *Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen*), expressió que reflecteix la coexistència de formes de vida tradicionals, noves i provinents de cultures foranes, vegeu BÜCHLER (2011, p. 286).

valors, tradicions culturals i opcions de política jurídica.¹ Això no ha de ser un obstacle a la comparació, sinó un estímul a fer-la d'una manera crítica i atenta al context de les regles nacionals que es comparen, en totes les seves dimensions rellevants.

La idea que el dret de família no és susceptible d'anàlisi comparada perquè és un fet cultural ja no es pot assumir. Com va concloure Harry KRAUSE, els dies en què ni es podia ni hi havia la necessitat de tenir en compte el dret de família estranger fa temps que s'han escolat.² Malgrat les grans diferències que romanen entre les nacions, totes es troben encarant les mateixes qüestions fonamentals a l'hora de regular la família contemporània. Per tant, no es pot prescindir de conèixer i contrastar la pròpia experiència amb la d'altres ordenaments.

Però també cal subratllar de seguida que el dret de família comparat no té com a finalitat principal fer possible la seva harmonització, o fins i tot la unificació regional o global. El dret de família comparat ha de ser sobretot un instrument per analitzar i explicar les raons per les quals els drets de família nacionals són diferents. Com ha dit BRADLEY, "l'essència de l'estudi [comparat] és la diferència".³ El dret comparat no consisteix simplement a recopilar i contraposar el dret existent en diferents ordenaments, sinó a esbrinar quins interessos es volen conjugar i com s'aconsegueix, o no, i per què. En aquest sentit, l'anàlisi comparada ha de ser capaç d'integrar els elements que expliquen les variacions de la política jurídica a cada país, inclòs el pes d'una determinada ideologia en cada societat, la mecànica dels processos polítics que porten o bloquegen certes reformes i els condicionants constitucionals o legals en què s'integren.⁴

3. El paper del dret comparat en la jurisprudència del TEDH sobre l'art. 8 CEDH

3.1. Marc general

La posició del CEDH en el sistema de fonts no és la mateixa a tots els estats membres del Consell d'Europa. Entre nosaltres gaudeix d'un estatus quasiconstitucional, fonamentalment perquè l'art. 10 CE obliga a interpretar el catàleg de drets fonamentals d'acord amb els convenis internacionals ratificats pel Regne d'Espanya, entre els quals ocupen un lloc principal el CEDH i la jurisprudència que l'interpreta. Altres països han modificat la constitució o la legislació per assignar-li aquest estatus, o bé la jurisprudència l'ha reconegut a manca d'un llistat intern de drets fonamentals. En alguns estats el conveni s'imposa a la legislació interna però es considera de rang inferior a la constitució.⁵

¹ Sobre els valors que impulsen els projectes harmonitzadors del dret de contractes a escala europea, vegeu per exemple HESSELINK (2007) o CASTRONOVO (2011). Per a una anàlisi en perspectiva político-jurídica ZELST (2008).

² "Comparative family law's days as an unlikely pioneer are over" (KRAUSE 2006, p. 1099). La qual cosa no treu que, en un món globalitzat i més enllà del que es coneix com Occident, el mateix autor cregui que a manca d'uns valors bàsics compartits comparar les normes jurídico-familiars és un exercici perillós i probablement inútil (KRAUSE 2006, p. 1111).

³ BRADLEY (2012, p. 328).

⁴ BRADLEY (2012, p. 330).

⁵ Sobre la gran diversitat d'enfocaments pel que fa a la posició del CEDH al sistema de fonts intern, en particular respecte a les constitucions, es pot veure KELLER/STONE SWEET (2008, p. 683-9). Per al dret espanyol, per tots, vegeu FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (2011).

El TEDH és l'òrgan que té encomanada la decisió final sobre les demandes que li formulen els ciutadans o els estats amb relació a la infracció pels estats part de les seves obligacions d'acord amb el conveni.¹ Les sentències del TEDH obliguen els estats que han estat condemnats, i el conveni preveu un procediment de seguiment de l'execució i compliment de les sentències condemnatòries.² Ara bé, el règim d'execució i compliment de les sentències varia molt en els diferents països.

La condemna d'un estat no comporta automàticament que el cas clos amb sentència ferma es pugui reobrir, ni que la sentència es pugui revisar amb base en el pronunciament posterior del TEDH.³ La tendència, no obstant, és la d'introduir procediments que permetin traslladar els efectes de la sentència europea a la resolució definitiva del cas en el pla intern.⁴ És clar, tanmateix, que la violació del conveni tampoc no implica *ipso facto* la nul·litat de la normativa nacional que l'ha provocada. La missió del TEDH no és validar regles abstractes sinó verificar si l'aplicació de la normativa nacional, o les pràctiques judicials o administratives dels estats, lesionen els drets individuals del demandant en el cas concret que se li planteja. Tot i així, la sentència condemnatòria sol comportar la reforma o derogació de la normativa estatal en què es va fonamentar l'actuació de l'estat considerada en violació dels drets reconeguts pel conveni. La decisió del TEDH també influeix, per bé que indirectament, sobre el dret de la resta d'estats membres, que es veuen obligats a alinear les seves normes legals o les pràctiques judicials o administratives amb el criteri establert pel tribunal, a menys que vulguin córrer el risc d'una condemna. Les sentències del TEDH tenen, en aquest sentit, una funció *directiva*⁵ que va més enllà de llurs efectes entre les parts en el procediment, i que abraça tots els estats part en el conveni. Aquesta funció directiva s'estén fins i tot a les sentències que, tot i no apreciar una violació, fixen estàndards subjectes a revisió en atenció a l'evolució social.

3.2. El TEDH motor de la transformació del dret de família a Europa

El catàleg de drets contingut al conveni és marcadament breu. Està molt condicionat per la visió del món derivada de la catàstrofe de la segona guerra mundial. La més que probable intenció dels seus redactors fou que servís com a eina de protecció dels drets polítics i de les llibertats civils "clàssiques" davant de les intromissions i els abusos dels estats. En el moment de la seva aprovació, el conveni es veia més com un acord col·lectiu contra el totalitarisme que com una

¹ Art. 19 CEDH. La reclamació davant el TEDH s'ha d'interposar en el termini en el termini de sis mesos comptador des de la fermesa de l'acte o decisió que clou el cas objecte de la reclamació. Com a regla general, per a l'admissió del recurs cal haver exhaurit abans tots els remeis interns de què pugui disposar el reclamant.

² Art. 46 CEDH.

³ Vegeu les referències comparades a BÜCHLER/KELLER (2016, p. 505).

⁴ En el cas espanyol, vegeu l'art. 5 bis LOPJ, introduït per Llei Orgànica 7/2015, de 21 de juliol.

⁵ MÜCKL (2010, p. 195).

veritable carta europea de drets fonamentals.¹

Aviat, però, aquesta perspectiva -prou limitada i deferent amb la sobirania dels estats part- va donar pas a un sistema europeu de drets fonamentals que subjecta a control judicial l'actuació dels poders públics i dels legisladors europeus. Pel que fa al dret de família, la primera i encara decisiva fita fou l'arxifamós cas *Marckx*.²

En el cas *Marckx* el TEDH va establir el principi que el tractament jurídic desigual dels fills nascuts a dins o a fora del matrimoni violava l'article 8 CEDH, que no distingeix entre fills legítims i il·legítims. Per tant, la mare soltera i el seu fill no podien ésser tractats per la llei d'una manera diferent a la mare casada i el fill matrimonial, ni pel que fa a la determinació i efectes de la filiació materna, ni tampoc amb relació als drets hereditaris del fill extramatrimonial en la successió intestada de la mare o en la successió dels parents consanguinis d'aquesta.

Per arribar a aquesta conclusió, el primer que va fer el tribunal fou decantar una noció de "família" desvinculada d'elements formals i fortament determinada per la situació real de la part demandant. Així, la mare soltera i la seva filla es van considerar família perquè ho eren realment, en sentit material, car la demandant havia tingut cura de la nena des del seu naixement, encara que la llei requerís determinades formalitats per a establir entre ambdues un vincle legal de parentiu. Aquell fou l'únic element rellevant per aplicar-los la protecció que l'art. 8 CEDH estableix per a la vida familiar.

Però la transcendència del cas *Marckx* ve donada sobretot per l'enfocament que va adoptar el TEDH quant a quina havia de ser la seva funció en la interpretació i aplicació del conveni, i en particular de l'art. 8 CEDH. Davant del punt de vista minoritari, sostingut pel jutge anglès Fitzmaurice, que defensava que l'únic sentit del precepte era protegir l'individu davant "tota la gamma de pràctiques inquisitorials pròpies dels règims feixistes i comunistes"³ i no pas donar peu a avaluar la conformitat al conveni de la legislació civil dels estats, la majoria del tribunal va optar per una visió del tot diferent. Enllaçant amb sentències anteriors, el TEDH va dir que si bé la finalitat de l'art. 8 CEDH és "essencialment" protegir els individus contra interferències arbitràries de les autoritats, no obstant això, "no obliga l'estat simplement a abstenir-se, sinó que aquesta comesa principalment negativa pot venir acompanyada d'obligacions positives i que són inherents al 'respecte' efectiu de la vida familiar".⁴ En el cas, va concloure com a conseqüència que

¹ MOWBRAY (2013, p. 20), i allà més referències. Amb molt detall sobre el procés de redacció de l'art. 8 CEDH, SCHABAS (2015, p. 359-363).

² *Marckx c Bèlgica* (núm. 6833/77) 13 juny 1979. El relat de les vicissituds del cas i de la biografia de la demandant, fins a cert punt determinant del procés, es pot trobar molt ben documentat a PINTENS/SCHERPE (2011, p. 155-175).

³ Vegeu també sobre això MÜCKL (2010, p. 194).

⁴ *Marckx*, § 31 (el text amb cometes ja és a l'original de la sentència).

“quan un estat estableix en el seu dret nacional el règim jurídic aplicable a determinats vincles familiars, com ara els vincles entre una mare soltera i la seva filla, ha d’actuar d’una manera encarada a permetre que les persones concernides menin una vida familiar normal. [...] el respecte per la vida familiar implica, en particular,... l’existència de garanties jurídiques al dret nacional que facin possible la integració del nen a la seva família des del mateix moment del naixement”.¹

A la llum d’aquesta anàlisi, la majoria del tribunal va declarar que totes les especialitats de la llei belga que estaven vinculades a que la demandant era mare soltera i que la seva filla era il·legítima violaven l’art. 8 CEDH, bé directament bé en connexió amb l’art. 14 CEDH, que prohibeix la discriminació per raó de naixement. La sentència *Marckx* va donar així el pas d’exigir als estats que les persones que menen una vida familiar *real* han de tenir el dret a gaudir del tractament legal corresponent a una vida familiar *normal*. Vet aquí per què el fill extramatrimonial ha de poder formar una família amb la seva mare i també per què s’ha d’integrar legalment a la família de la mare.

A aquests efectes, encara resulten inspiradores les paraules de la majoria del tribunal, en recordar que encara que protegir la família tradicional basada en el matrimoni és, en sí mateix, un objectiu “legítim o fins i tot digne d’encomi”, per assolir aquesta finalitat no es poden emprar mesures l’objecte de les quals és perjudicar la família “il·legítima” car els membres d’aquesta també gaudeixen de la protecció de l’art. 8 en igualtat de condicions amb el membres de la família tradicional (§ 40). D’on es conclou així mateix que, “certament, la “tranquil·litat” de les famílies “legítimes” pot ésser a vegades destorbada si un fill “il·legítim” és inclòs, als ulls de la llei, a la família de la seva mare en igualtat de condicions que els fills matrimonials, però això no és una raó per privar el primer dels seus drets fonamentals” (§ 48).

La influència del cas *Marckx* ha anat molt més enllà del seu objecte. El TEDH va posar-hi la llavor per determinar l’abast que podia tenir el control que el tribunal exerceix sobre els estats en aquest àmbit. Amb el temps, ha acabat aplicant el conveni com un veritable instrument de control de la legislació (familiar) dels estats membres, a la manera com ho faria un tribunal constitucional. Gràficament, SCHERPE ha dit que amb la sentència *Marckx* l’àmbit de l’art. 8 CEDH va passar de ser la *vida familiar* a ser-ho el *dret de família*.² Un àmbit que avui indiscutiblement forma part de les tasques del TEDH³ i que s’eixampla contínuament mercès a la metodologia adoptada pel TEDH

¹ *Marckx*, § 31.

² “The ambit of article 8 was no longer confined to protection and respect for family life but essentially had been extended to family law” (SCHERPE, 2016, p. 11). Amb aquestes paraules l’autor parafraseja una de les lapidàries afirmacions incloses al vot particular dissident del jutge Fitzmaurice, on qualificava la decisió majoritària com “a misguided endeavour to read -or rather introduce- a whole code of family law into Article 8 of the Convention, thus inflating it in a manner, and to an extent, wholly incommensurable with its true and intended proportions. *Family law is not family life...*” (§ 15) (èmfasi afegit).

³ La història del TEDH és farcida de situacions en què, no obstant, els estats han endarrerit la posada en marxa de reformes per superar els elements contradits pel TEDH. La mateixa Bèlgica va ser condemnada l’any 1991 per no haver posat en vigor una reforma que impedís la repetició de situacions com la tractada a l’afer *Marckx*. Vegeu

en la interpretació del conveni.

3.3. Metodologia del TEDH en la interpretació de l'art. 8 CEDH

La sentència *Marckx* i la seva progènie comparteixen una metodologia d'interpretació del conveni emprada en casos resolts poc abans d'aquella i que encara continua.¹ Aquesta metodologia es basa en una interpretació alhora *autònoma* i *evolutiva* dels articles del conveni.²

Autònoma vol dir que es basa en la interpretació literal, sistemàtica i teleològica del propi text internacional, independentment del concepte de certa institució que pugui estar vigent als ordenaments dels estats part. En aquest sentit, seguint la línia per la qual va optar a *Marckx*, el TEDH considera que el dret a la protecció de la vida *familiar* de l'art. 8 CEDH s'ha d'aplicar a qualsevol família, encara que no estigui formalitzada jurídicament mitjançant el matrimoni. Cal, però, que es pugui dir que existeixen entre les persones concernides uns vincles reals. El TEDH ha optat, en conseqüència, per desvincular família (art. 8 CEDH) i matrimoni (art. 12) i ha posat l'accent en la relació familiar material, adoptant així una perspectiva pràctica o funcional que cerca assegurar una protecció real i efectiva dels drets reconeguts al conveni.³

D'altra banda, el TEDH sovint invoca la necessitat d'aplicar el conveni com un *instrument viu* que cal interpretar a la llum de les condicions del moment en què s'ha d'aplicar, sense limitar-se al sentit que originàriament li haurien donat els seus redactors. En l'àmbit familiar aquesta evolució ha estat particularment intensa des de la sentència del cas *Marckx* i un mode molt gràfic d'explicar què ha succeït és la metàfora de l'arbre, en la qual els desenvolupaments que ha dut a terme el tribunal s'haurien anat basant en afirmacions o elements creats en casos anteriors, a vegades només remotament relacionats amb el cas nou.⁴ Cada decisió acaba sent la branca de la qual en surt una de nova, en què nous interessos troben reconeixement com a drets a protegir en el marc de l'article 8 CEDH. Aquesta interpretació ha permès al tribunal anar marcant nous estàndards amb el pas del temps i així impulsar reformes al dret intern dels estats part en el conveni.

STEDH *Vermeire c Bèlgica* (núm. 12849/87) 29 novembre 1991. PRESNO LINERA (2008, p. 94) també recorda que el TEDH va haver de reiterar, a la sentència del cas *Mazurek c França* (núm. 34406/97) 1 febrer 2000, el criteri contrari a la discriminació dels fills extramatrimonials en les successions de llurs ascendents.

¹ SCHERPE (2016, p. 11).

² MOWBRAY (2013, p. 24-25).

³ Vegeu un bon resum de l'evolució de la jurisprudència del TEDH a l'hora d'exemplar la noció de família a l'art. 8 CEDH per fer-hi cabre l'anàlisi de pretensions d'allò més diverses, a PRESNO LINERA (2008, p. 46-53), on l'autor acaba conclouent que entren en aquest precepte totes les que sorgeixen d'un vincle real, amb convivència o sense entre els interessats, i també quan a desgrat de no donar-se aquell vincle hi ha una voluntat contrària de fer efectiva una relació familiar que troba obstacles decisius en la legislació o la pràctica de l'estat demandat.

⁴ BURBERGS (2013, p. 326).

A pesar de les crítiques que aquesta metodologia ha rebut per part d'algun sector doctrinal¹, l'actitud del TEDH en temes familiars en realitat ha estat més aviat prudent i fins i tot cautelosa, com demostra el recorregut que van tenir les successives demandes plantejades per persones amb disfòria de gènere i, en temps més recents, els casos relacionats amb l'abast de les tècniques de reproducció humana assistida o sobre el matrimoni entre parelles del mateix sexe.² Aquest darrer supòsit permet posar de relleu un altre dels límits que el propi TEDH imposa a la interpretació evolutiva del conveni: per aquesta via no és possible incloure drets que no es poden deduir del seu text.³ Com s'ha dit autoritzadament, "l'enfocament evolutiu ha d'acompanyar el canvi, i fins i tot canalitzar-lo, allà on el text del conveni implícitament incorpora la possibilitat de canvi en el nivell de protecció garantit a mesura que les actituds canvien en una societat democràtica, però no ha d'anticipar-lo ni imposar-lo".⁴

Cal fer notar, a més, que el TEDH ha mantingut una actitud deferent vers el matrimoni i la família fonamentada en el matrimoni, cosa que suposa una contradicció amb l'enfocament funcional que el TEDH empra generalment en assumptes relacionats amb l'aplicació de l'article 8 CEDH.⁵ Quan ha tingut ocasió, el TEDH ha posat molt èmfasi a remarcar la posició de privilegi que el conveni confereix al matrimoni, en clar contrast amb altres formes de vida familiar. El cas *Johnston*⁶ li va permetre reconèixer als estats un ample marge d'apreciació per decidir si i en quines condicions les parelles no casades podien tenir drets en qüestions fiscals, de prestacions socials o quant a l'accés a beneficis de l'administració pública, i la Gran Sala va reblar el clau en la sentència del cas *Burden*⁷, on va dir que el fet que el matrimoni continués essent una institució àmpliament acceptada conferia als qui el contreien un estatus particular que justificava les diferències entre els casats i les persones que només conviuen en parella, a pesar de les semblances quant a la intensitat i la durada de la convivència. Com és ben sabut, en aquest cas dues germanes que havien estat vivint junts en una relació de companyonia es van queixar que, com que no gaudien de l'exempció d'impostos successoris concedida a les parelles casades i a les parelles (homosexuals) registrades, a la mort d'una d'elles la supervivent gairebé amb tota probabilitat perdria la casa i els estalvis a mans del fisc. Per al TEDH resulta decisiu que el matrimoni implica que "els membres de la parella expressament i deliberada van decidir incórrer en les conseqüències jurídiques lligades al matrimoni". Per tant, segons el TEDH els estats poden

¹ Exemplificat sobretot per MEULDERS-KLEIN (1996).

² SCHERPE (2016, p. 25).

³ Com ara, en el seu moment, un "dret al divorci". Vegeu les referències a MÜCKL (2010, p. 199-200) i COESTER-WALTIJEN (2016, p. 57). Un enfocament crític sobre la qüestió a PRESNO LINERA (2008, p. 76).

⁴ MAHONEY/KONDAK (2015, p. 125) (èmfasi afegit).

⁵ Molt crítiques KELLER /BÜCHLER (2016, p. 525). Vegeu també ALMEIDA (2015, p. 516 i 519).

⁶ *Johnston c Irlanda* (núm. 9697/82), 18 desembre 1986.

⁷ *Burden c Regne Unit* (núm. 13378/05) (Gran Sala) 29 abril 2008.

conferir drets a les parelles no casades.¹ Però també poden no conferir-los-en, malgrat que la convivència no matrimonial pugui implicar el mateix grau de compromís -i per tant de risc- que la convivència matrimonial.

3.4. Marge d'apreciació estatal i dret comparat

A efectes pràctics, el principal límit al desenvolupament basat en la interpretació autònoma i evolutiva de l'article 8 CEDH és el marge d'apreciació que cal reconèixer als estats en la regulació legal de les condicions d'exercici del dret a la vida privada i familiar.² Com que el TEDH és un tribunal que desenvolupa la seva tasca en un sistema judicial multinivell, ha de prendre les seves decisions en un entorn de subsidiarietat. Això obliga al nivell superior –el TEDH- a ser deferent amb les competències atribuïdes al nivell inferior –l'estatal. La doctrina del marge d'apreciació és aleshores el mecanisme formal amb què es respecten els processos democràtics que defineixen la política jurídica i on es dirimeixen internament els temes que divideixen la societat en qüestions morals, ètiques, socials o religioses.³ Quan les qüestions poden judicar-se des d'angles molt contrastats políticament i socialment, el criteri del TEDH ha estat deixar als estats que despleguin internament els instruments per a efectuar la ponderació d'interessos que és característica d'aquests casos.

Un exemple del que s'acaba de dir és el cas del dret a conèixer els propis orígens, on el TEDH ha avançat molt quant al seu reconeixement com a emanació del dret a la pròpia personalitat i amb projecció sobre el coneixement i la comprensió de la pròpia infantesa, però on també ha deixat clar que cal ponderar els interessos d'altres persones que puguin resultar afectades per la revelació de la informació confidencial i l'interès de la societat en el seu conjunt a la seguretat de la informació dels registres públics.⁴ El mateix s'aprecia en la primera jurisprudència sobre part anònim i altres aspectes relacionats: en el conegut cas *Odièvre*⁵ l'interès públic a salvaguardar la salut i la vida de les mares i els fills va constituir un dels elements en l'exercici de ponderació que va permetre evitar la condemna de França.⁶ En la jurisprudència més recent, en canvi, el marge d'apreciació dels estats ja s'ha reduït sensiblement i ha abocat a la prohibició de normes que

¹ COESTER-WALTJEN (2016, p. 70). S'explica aleshores per què la STC 93/2013, de 23 d'abril, que va declarar la inconstitucionalitat de la llei navarresa de parelles estables, no va fer esment de la doctrina del TEDH, ja que aquesta parteix de la legitimitat de la intervenció legal sobre les relacions de parella estable de fet, i no de la seva impossibilitat al marge del consentiment exprés dels afectats. Una crítica a l'enfocament adoptat pel TC espanyol, a SCHERPE (2016, p. 74-75).

² En aquest sentit, ALMEIDA (2015, p. 65).

³ KELLER/BÜCHLER (2016, p. 524).

⁴ *Gaskin c Regne Unit* (núm. 10454/83) 7 juliol 1989. Vegeu també *Jäggi c Suïssa* (núm. 58757/00), 13 juliol 2006 (referent a l'exhumació del cadàver d'una persona per extreure restes on practicar la prova biològica en un procés de reclamació de filiació entaulat *post mortem*).

⁵ *Odièvre c França* (núm. 42326/98), 13 febrer 2003.

⁶ També es considera important que França hagués aprovat posteriorment una normativa que feia possible accedir, encara que fos amb severes restriccions, a la informació. En aquest sentit, PINTENS (2016, p. 342).

permeten les mares abandonar legalment les criatures sense deixar rastre.¹

On dibuixar la línia fronterera entre el que poden fer o seguir fent els estats i allò que reclama una interpretació evolutiva del conveni és un exercici molt delicat. El marge estatal d'apreciació, però, no és mai definitiu. El TEDH ha de seguir l'evolució del dret europeu i no es pot mantenir ancorat en termes que, arran dels canvis socials, s'han transformat en obsolets i han esdevingut inacceptables. Com a conseqüència, com més s'aproximen els estats part a les mateixes o similars solucions més es redueix el marge de cadascun d'ells per apartar-se d'allò que representa la tendència més comuna.² Es pot dir, per tant, que el recurs al dret comparat esdevé la metodologia inherent a l'aplicació i al desenvolupament del conveni³ ja que és l'eina per esclarir si existeix, o no, i en quin grau, un consens entre els estats part sobre una determinada qüestió.

Cal fer notar, però, que l'èmfasi en aquesta metodologia ha provocat inconsistències en la jurisprudència del TEDH. En efecte: la manca d'un consens pot en ocasions haver estat decisiva per justificar que no hi havia violació del conveni, de manera que la norma o la pràctica jurídica qüestionades entraven en el marge d'apreciació estatal.⁴ La constatació que existeix un gran consens hauria de fer més fàcil concloure que hi ha hagut una violació del conveni. Però en ocasions, tot i palesar-se un gran consens en una direcció, això no ha determinat que el TEDH hagi constatat una violació del conveni sinó que el respecte a la sobirania estatal amb relació als valors culturals, les actituds morals i les tradicions constitucionals vigents ha estat l'argument decisiu per absoldre l'estat.⁵

La jurisprudència del TEDH sobre el matrimoni entre persones del mateix sexe sembla haver arribat al punt d'equilibri.⁶ Si bé l'augment del nombre d'estats que han incorporat el matrimoni entre persones del mateix sexe podria fer pensar en una reducció del marge d'apreciació dels estats que encara no han donat el pas⁷, les sentències referides a la situació de les parelles homosexuals semblen apuntar que –als efectes de l'art. 8 CEDH– seria suficient amb una alternativa de regulació per aquesta mena de parelles, encara que no fos matrimoni, ni comportés els mateixos drets i/o obligacions.⁸ Paradoxalment, la negativa del TEDH a declarar l'obligació

¹ *Godelli c Italia* (núm. 33783/09) 25 setembre 2012. Tot i així, el TEDH ha suportat crítiques perquè a *Godelli* hauria donat per bones "all but the most restrictive forms of anonymous birth". SIMMONDS (2013, p. 266). Vegeu també FENTON-GLYNN (2014) *passim*.

² MAHONEY/KONDAK (2015, p. 130).

³ MAHONEY/KONDAK (2015, p. 119); PINTENS (2016, p. 345).

⁴ MAHONEY/KONDAK (2015, p. 134).

⁵ Això està justificat especialment quan un cas determinat implicar haver de dirimir entre dos drets fonamentals en conflicte (MAHONEY/KONDAK 2015, p. 132).

⁶ *Schalk i Kopf c Àustria* (núm. 30141/04), 24 juny 2010.

⁷ Així ho apunta ALMEIDA (2015, p. 426).

⁸ COESTER-WALTJEN (2016, p. 69 ss).

dels estats membres d'obrir el matrimoni a les parelles del mateix sexe ha portat a reconèixer que aquestes també s'han d'englobar en el concepte de vida familiar als efectes de la protecció de l'art. 8 CEDH¹ i, com a conseqüència, a exigir als estats que donin un tracte específic, com a família que és, a la parella estable formada per persones del mateix sexe.² Per això, el TEDH va declarar que Itàlia infringia l'article 8 CEDH per no haver desenvolupat legalment un registre on aquella mena de parelles es poguessin inscriure per a dotar d'efectes jurídics a la seva relació³, o que Grècia discriminava les parelles homosexuals per mantenir un registre de parelles de fet al qual només hi podien accedir les parelles heterosexuales.⁴

No obstant tot això, el marge d'apreciació estatal pot desaparèixer si, a pesar de l'absència d'un consens o d'una tendència prevalent, en les circumstàncies del cas es constata una violació dels drets reconeguts al conveni. Aquí la justificació és molt més difícil, ja que no s'ha desenvolupat una tendència compartida que el dret comparat pugui discernir i alhora es condemna un estat i es subordina l'exercici de la seva sobirania en la qüestió plantejada. Aquesta fou precisament la situació en el cas *Marckx*. En aquest cas, la majoria del TEDH no va dubtar a declarar la violació de l'art. 8 CEDH a pesar de reconèixer que ni hi havia un consens, ni es podia constatar una tendència predominant cap a la solució proposada per la majoria del tribunal. De fet, els instruments internacionals promoguts des del Consell d'Europa i que incorporaven el principi de no discriminació dels fills no matrimonials fins aleshores només havien estat ratificats per molt pocs estats membres.⁵ D'altra banda, la voluntat d'alinear l'aplicació del conveni amb la situació social del moment implica que en ocasions el TEDH respecti el marge d'apreciació dels estats únicament de manera temporal, i que subjecti la qüestió a futures revisions, tot reservant-se la possibilitat de declarar una violació de l'article 8 CEDH en casos posteriors.

Tots aquests elements conflueixen en la jurisprudència del TEDH sobre disfòria de sexe⁶, en ocasió, primer, de la prohibició de canvi de nom al registre civil⁷ i, posteriorment, del dret de les persones transsexuals a modificar la menció del sexe al registre civil i, per tant, a contreure matrimoni amb persones del sexe oposat.⁸ Inicialment, el TEDH va refusar que la prohibició de casar-se dels transsexuals operats fos contrària a l'article 8 CEDH, apuntant que mancava un consens clar en els drets dels estats membres. Però al 2002, tot i això, el TEDH va fer un gir de 180

¹ *Schalk i Kopf c Àustria* (núm. 30141/04), 24 Juny 2010.

² SCHERPE (2016, p. 78).

³ *Oliari c Itàlia* (núm. 18766/11 i 36030/11) 21 Juliol 2015.

⁴ *Vallianatos c Grècia* (núms. 29381/09 i 32684/09) 7 Novembre 2013. Vegeu també *Pajić c Croàcia* (núm. 68453/13) 23 febrer 2016 (exclusió de les parelles homosexuals de drets de reunificació familiar reconeguts a les parelles heterosexuales).

⁵ *Marckx*, §§ 40-41.

⁶ Un altre exemple és l'evolució de la doctrina del TEDH sobre la legitimitat de la prohibició d'adopció per una persona sola, quan s'exclou perquè el sol licitant és homosexual. Vegeu al respecte PRESNO LINERA (2008, p. 62-3).

⁷ Comissió europea de drets humans, afer *X c Alemanya* (núm. 6699/77) 15 desembre 1979.

⁸ *Christine Goodwin c Regne Unit* (núm. 28957/95) 11 juliol 2002 i *I c Regne Unit* (núm. 25680/94) 11 juliol 2002.

graus. A pesar de la inexistència d'un criteri compartit majoritàriament, s'esqueia reconèixer que les tendències internacionals anaven cap a una molt més gran acceptació dels transsexuals i del reconeixement de la seva nova identitat a tots els efectes jurídics.¹ Això reduïa al mínim el marge d'apreciació dels legisladors i jutges nacionals. Al cas *Goodwin* el TEDH va passar d'assumir els estàndards generalment acceptats per la legislació nacional dels Estats membres a reconèixer signes de l'evolució de les actituds socials en les societats modernes, cosa que va servir com a fonament d'un *revirement* de la seva jurisprudència.²

Un desenvolupament semblant podria arribar a produir-se amb relació a les tècniques de reproducció humana assistida. La jurisprudència del TEDH no exigeix encara que els estats permetin la gran varietat de tècniques autoritzades des de fa temps a Espanya, i concretament admet les restriccions existents a molts estats respecte a la fecundació *in vitro* i la donació de material reproductiu per a la fecundació heteròloga.³ L'oportunitat d'admetre-les forma part del marge d'apreciació dels estats. Però aquesta actitud podria estar canviant a mesura que el dret dels estats va evolucionant. Tot sembla indicar que el marge d'apreciació dels estats caurà en picat en els propers anys pel que fa a la selecció de les tècniques o procediments autoritzats a cada país.⁴ El TEDH ja ha descartat, per exemple, admetre les consideracions d'oportunitat política que l'estat italià invocà per a justificar que no s'autoritzessin les tècniques de preimplantació d'embrions seleccionats amb la finalitat d'evitar que el fill d'un matrimoni fèrtil nasqués amb una malaltia hereditària molt greu.⁵

Finalment, no és infreqüent que –en qüestions on el TEDH ha preservat un ample marge d'apreciació als estats– la jurisprudència d'algun d'ells hagi anat més enllà de l'opinió que en un determinat moment manté el TEDH.

Un possible exemple d'això el constitueix la STC 198/2012 de 6 de novembre, que va refusar per majoria el recurs d'inconstitucionalitat contra la llei que va introduir al CC espanyol el matrimoni entre persones del mateix sexe. És interessant fer notar que el TC espanyol va citar molts cops la STEDH en el cas *Schalk i Kopf*. Primer, per reconèixer que, com a l'art. 12 CEDH, la referència expressa a home i dona a l'art. 32 CE no fou casual sinó del tot intencional⁶, encara que s'explica per factors aliens a la qüestió que fou objecte de debat. D'altra banda, el TC també va recordar que, segons el TEDH, els estats part en el conveni no estan obligats a garantir l'accés de les parelles de persones del mateix sexe al matrimoni, fins i tot fent una lectura de l'art. 12 CEDH a la

¹ ARZOZ SANTISTEBAN (2009, p. 338) conclou que el punt de partida per al canvi jurisprudencial fou "la toma en serio de la situación de los transexuales".

² BURBERGS (2013, p. 319). Vegeu també COESTER-WALTJEN (2016, p. 61).

³ *S.H. i altres c Àustria* (núm. 57813/00) (Gran Sala) 3 Novembre 2011. Amb anterioritat, *Dickson c Regne Unit* (núm. 44362/04) (Gran Sala) 4 desembre 2007.

⁴ En aquest sentit, COESTER-WALTJEN (2016, p. 78).

⁵ Vegeu *Costa i Pavan c Italia* (núm. 54270/10), 28 Agost 2012.

⁶ Vegeu *Schalk i Kopf*, § 55.

llum de les condicions actuals. El TC, no obstant, no va desaprofitar l'oportunitat que li va donar l'afirmació del TEDH en el sentit que aquest tribunal ja no consideraria el dret a contreure matrimoni com a limitat "en qualsevol circumstància" al matrimoni entre dues persones de sexe oposat. Aquesta opinió, expressada per a remoure l'obstacle que la redacció literal de l'art. 12 CEDH pogués representar per als estats que volguessin introduir el matrimoni entre persones del mateix sexe, la va fer servir el TC espanyol per a concloure que les restriccions equivalents existents a l'art. 32 CE podien ésser salvades pel legislador espanyol sense haver de promoure una reforma constitucional.¹

Un altre exemple podria ser la jurisprudència italiana en matèria de tècniques de reproducció humana assistida. Tot i que la sentència del cas *S.H. i altres* va evitar la condemna d'Àustria per no admetre la fecundació heteròloga de donant anònim, els raonaments de la sentència han menat a la revisió de la jurisprudència constitucional italiana en la matèria, i a declarar la inconstitucionalitat de la llei italiana, en la part en què aquesta llei no permetia la fecundació heteròloga.²

En casos en què les jurisdiccions nacionals van més enllà d'allò exigint pel TEDH, a vegades els desenvolupaments nacionals serveixen de font d'inspiració i/o legitimació de la jurisprudència del propi TEDH. S'estableix així una mena de diàleg entre els òrgans jurisdiccionals nacionals i el TEDH amb relació a la protecció dels drets reconeguts pel conveni. Aquest diàleg pot influir en canvis posteriors tant a nivell intern com internacional. Aquesta perspectiva ajuda a situar una mica les sentències del TEDH en l'espinosa qüestió de la *maternitat subrogada*.

Amb ocasió de la negativa dels tribunals francesos a reconèixer acords vàlids a certs estats dels EUA i on s'estipulava que la mare legal de les criatures que es volien inscriure al registre civil francès era la dona que havia subscrit l'acord i no la que havia donat a llum, el TEDH ha conclòs que la situació resultant violava el dret a la protecció de la vida familiar dels infants ja que, tot i poder conviure de fet amb la parella, no tenien garantida una identitat conforme al dret francès. Això resultava contrari a l'interès superior de l'infant, amb el qual cal integrar l'art. 8 CEDH.³ Val a dir que, en contrast amb la freda recepció d'aquest *corpus* doctrinal pel Tribunal Suprem espanyol⁴, altres ordenaments—abans i després de les decisions del TEDH— ja h avien avançat

¹ El risc d'utilització de les paraules del TEDH en aquest sentit ja l'havien anticipat els jutges Malinverni i Kovler en els seus vots particulars concurrents. Com és conegut, el TC espanyol va recórrer addicionalment als desenvolupaments que reflecteix el dret comparat i a la necessitat d'una interpretació "evolutiva" del marc constitucional.

² Vegeu *Corte costituzionale* sentència n. 162/2014, de 9 d'abril.

³ *Menesson c França* (núm. 65192/11) i *Labassee c França* (núm. 65941/11), totes dues de 26 juny 2014. Posteriorment, *Paradiso i Campanelli c Itàlia* (núm. 25358/12) 27 gener 2015.

⁴ Vegeu la interlocutòria de la Sala Civil del Tribunal Suprem, de 2 de febrer de 2015, que refusa de pla revisar el pronunciament de la sentència de 6 de febrer de 2014, que havia confirmat la il·licitud de la inscripció dels fills nascuts als EUA com a propis de la parella d'homes que havia contractat la gestació per la mare de lloguer. Com al cas principal, l'incident resolt per l'esmentada interlocutòria també té un vot particular signat per 4 magistrats de la Sala.

solucions en la mateixa línia, o fins i tot havien anat més enllà que allò que exigeix Estrasburg. La sentència del Tribunal Constitucional austríac d'11 d'octubre de 2012 va declarar que la noció d'ordre públic internacional només incloïa els valors fonamentals del sistema jurídic austríac, i no la prohibició legal de la maternitat subrogada, si això acabava comportant lesionar greument l'interès superior de l'infant fruit de la maternitat subrogada. I una sentència del TS federal alemany, de la seva banda, va reconèixer el dret a inscriure com a propis els fills d'una parella enregistrada homosexual, que havien nascut mitjançant una maternitat subrogada als EUA, amb material biològic d'un dels membres de la parella.¹ Òbviament, els pronunciaments del TEDH i llur impacte sobre la jurisprudència nacional compliquen molt l'eficàcia de les normes nacionals que prohibeixen la maternitat subrogada i que volen prevenir i sancionar l'anomenat *turisme reproductiu*. D'aquí que la doctrina internacional estigui basculant cap a una postura que se centra en la necessitat imperiosa d'un instrument internacional on es pugui garantir la protecció real i efectiva dels interessos de totes les parts concernides, i molt en particular dels interessos dels nens fruit de maternitat subrogada i de les mares de lloguer.²

3.5. La crítica a la metodologia del TEDH

La metodologia del TEDH en la interpretació i aplicació del conveni, i particularment la interpretació de l'àmbit de l'art. 8 CEDH, han donat peu a un augment continuat dels assumptes susceptibles d'arribar a plantejar-se davant d'aquell tribunal. A més, l'enfocament creatiu del TEDH, que avalua la conformitat de les normes internes amb el que seria una ponderació raonable dels interessos fonamentals en joc, implica dur a terme un estudi aprofundit tant de les circumstàncies del cas com de les alternatives de regulació, cosa que fa que el dret comparat hi tingui un paper essencial.

El recurs al dret comparat pretén preservar el delicat equilibri entre el paper del TEDH i la sobirania nacional dels estats part: la condemna d'un estat membre es justificaria en la idea que el seu sistema jurídic no respecta els estàndards mínims establerts pel tribunal amb base en principis suposadament derivats de la comparació entre la situació als diferents sistemes jurídics nacionals.³ Aquest important rol atribuït a l'anàlisi comparada en la delimitació del dret europeu de família deixa força flancs per a la crítica, especialment per la doctrina reticent al desenvolupament de més drets individuals sota la cobertura de l'art. 8 CEDH.

Una de les crítiques que ha rebut el TEDH és que aquest tribunal no acostuma a fer públiques les fonts que utilitza en aquests exercicis de dret comparat, ni amb quin criteri tria una font o una altra. Certament, les sentències del TEDH no duen a terme mai una anàlisi comparada profunda i completa del dret dels quaranta-set estats membres. Aquesta anàlisi requeriria aplicar molt temps i recursos, cosa que podria posar en risc la viabilitat del TEDH com a òrgan jurisdiccional capaç

¹ BGH 10 desembre 2014, XII ZB 463/13. Vegeu també SCHERPE (2016, p. 96).

² BEAUMONT, TRIMMINGS (2016) i LAUFER-UKELES (2013).

³ MAHONEY /KONDAK (2015, p. 120).

de donar una resposta ben articulada i fonamentada als recursos que admet.¹ L'altra crítica és que –com ja he comentat– a vegades el TEDH posa èmfasi en què hi ha un *common core* europeu clarament discernible i que justifica el sentit d'una decisió, mentre que altres cops, tot i que aquest consens clarament manqui, s'adopta el criteri que es considera millor ateses les circumstàncies del moment en què s'ha d'aplicar el conveni i de quines són les tendències socials predominants. Això permet concloure que per al TEDH el dret comparat és sovint més aviat un instrument de justificació o legitimació de la decisió, més que no pas un mètode d'interpretació del conveni.²

Enfront a la primera crítica, tanmateix, penso que el tribunal ha de poder mantenir reservats els termes de la seva pròpia deliberació, i això inclou els materials que s'han fet servir per a preparar la sentència.³ El que és rellevant és que la motivació de la sentència es faci explícita, i que contingui una argumentació prou detallada per a poder-ne qüestionar la validesa o almenys el grau de convicció. D'altra banda, la crítica doctrinal⁴ sobre la qualitat del material comparat emprat en les deliberacions actualment és injusta. En els darrers anys la qualitat i fiabilitat dels informes previs de dret comparat ha augmentat. Avui en dia totes les sentències de la Gran Sala es basen en informes molt detallats de dret comparat, que cobreixen si no tots sí la majoria dels estats part.⁵ La millor dotació de personal i mitjans de la divisió de recerca permet al TEDH fer servir informes detallats, que són validats amb les aportacions de les parts i de tercers, i també pel coneixement dels propis magistrats que formen el tribunal.⁶ Pel que fa al risc de saturació, que podria impedir un estudi complet del context comparat, la solució passaria per l'admissió només dels casos vertaderament rellevants, en els que es plantegessin qüestions mai formulades i que impliquessin encarar com es desenvolupa la protecció dels drets fonamentals reconeguts al conveni.⁷

En tot cas, i relacionat amb la segona objecció, cal respondre que l'anàlisi comparada es presenta avui més aviat com un element informatiu o un factor de suport que, juntament amb d'altres consideracions, mena cap a un determinat desenllaç en un cas concret.⁸ Malgrat la importància de

¹ Vegeu GERARDS (2013, p. 96-7). Pel que fa a les dades d'assumptes tramitats i admesos, es pot consultar el lloc web www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2015_ENG.pdf <Consulta:10.08.2016>. L'any 2015, dels 45.576 casos decidits, només 2441 van ésser admesos i finalment resolt mitjançant sentència, el que representa que hi ha un 94,6% d'inadmissions.

² CAROZZA (1998, p. 1225).

³ S'ha qüestionat que el TEDH no reveli els informes de dret comparat que fa servir durant les deliberacions, respecte als quals la doctrina podria realitzar els comentaris pertinents per avaluar la correcció de l'argumentació del TEDH. Com que cada cas s'ha de resoldre en les seves pròpies circumstàncies, haver de fer públic el tipus d'informe comparat fet servir en la deliberació i quina situació ha tingut present el tribunal podria contribuir a criticar un resultat que s'explica per les seves pròpies circumstàncies, tenint en compte, a més, que el context comparat no resulta decisiu del sentit de la sentència.

⁴ Un resum a CAROZZA (1998, p. 1225) ("lack of depth, rigor, and transparency").

⁵ MAHONEY/KONDAK (2015, p. 126-7).

⁶ MAHONEY/KONDAK (2015, p. 139). El TEDH també recorre, si escau, a informes d'institucions especialitzades.

⁷ PINTENS (2016, p. 350). Una perspectiva més general a TOMUSCHAT (2009, p. 6-12).

⁸ MAHONEY/KONDAK (2015, p. 121).

l'argument de dret comparat en la jurisprudència del TEDH, es reconeix obertament que aquest no és mai ni l'únic, ni el decisiu.¹ S'ha afirmat fins i tot que no cal prendre's al peu de la lletra l'expressió *consens entre els estats membres*, que apareix a nombroses sentències amb diferents formulacions textuais.² Aquesta expressió no faria referència, en cap cas, a la unanimitat de tots els drets dels diferents estats membres, ni tampoc al fet que hagi d'existir una tendència majoritària o almenys compartida per la majoria dels estats part.³ Si cal, pot ésser tan sols una tendència emergent, amb exemples europeus però que també es pot traçar mitjançant els desenvolupaments internacionals, palesats en instruments convencionals o en decisions o normes produïdes en altres jurisdiccions internacionals o en els tribunals de països no europeus, com el Canadà o els EUA.

La crítica doctrinal podria estar justificada si adoptéssim la idea que el dret comparat és capaç, per sí sol, de furnir regles o principis d'aplicació universal, al marge del context que els explica i que eventualment els justifica en els drets nacionals que es comparen. Però això no és així. A pesar del seu valor com a instrument de coneixement, el dret comparat –com qualsevol altra metodologia jurídica⁴– és inviable com a font per a derivar aquells principis.⁵ En el cas particular de la jurisprudència entorn a l'art. 8 CEDH, el recurs al dret comparat i la cerca i constatació d'amplis consensos en els drets dels Estats membres és un element que s'ha de relacionar amb l'actitud d'extrema prudència que ha caracteritzat l'activitat del TEDH en aquesta matèria a causa de la posició institucional que ocupa.⁶ Algun autor⁷ conclou per això que les regles desenvolupades pel TEDH podrien considerar-se en realitat desenvolupaments *de baix a dalt* i no a l'inrevés, com podria pensar-se precisament per aquella posició institucional del TEDH.⁸

¹ MAHONEY/KONDAK (2015, p. 140).

² MAHONEY/KONDAK (2015, p. 122) diuen que el TEDH més aviat "is looking to find a trend rather than an agreement as such or an outright majority". SCHERPE (2016, p. 18) comenta que en l'examen de dret comparat del TEDH hi ha molta ambivalència i que, de vegades, n'hi hagut prou amb un "*emerging trend*", i que no cal que es tracti, per tant, d'una tendència ja consolidada. En aquest sentit, CAROZZA (1998, p. 1221).

³ De vegades fins i tot els resultats de l'anàlisi comparada que efectua el propi tribunal són objecte de debat intern entre els jutges. Els magistrats alineats en una o altra postura en un cas determinat valoren des de diferents punt de vista la situació: el que uns llegeixen com una tendència els altres la ignoren, fent tots plegats un ús clarament argumentatiu i no interpretatiu d'aquesta dada, amb la voluntat de reforçar la postura d'uns o altres (MAHONEY/KONDAK 2015, p. 135-6).

⁴ En aquest sentit, lúcidament, SMITS (2012, p. 85 ss).

⁵ Semblantment, sobre la possibilitat de deduir de l'anàlisi comparada principis d'aplicació universal que puguin constituir la base d'instruments d'harmonització o aproximació dels diferents drets nacionals o també per a fixar els estàndards als que el TEDH sotmet l'activitat dels estats part en el conveni, ANTOKOLSKAIA (2003, p. 174).

⁶ La funció del TEDH no és "to predict tomorrow's values" ni "to act as a radically progressive leader imposing on the 47 Contracting States and their democràtic institutions social or moral policies which it, the Court, considers would be good for society" (MAHONEY/KONDAK 2015, p.123). Més referències a ALMEIDA (2015, p. 66-9).

⁷ SCHERPE (2016, p. 3).

⁸ A diferència de l'evolució transnacional fruit de l'evolució espontània de les societats, les transformacions jurídiques induïdes per les obligacions derivades dels tractats internacionals s'imposen als estats i per tant els estàndards podrien representar regles de dret europeu de família creades *de dalt a baix*. En aquest sentit BÜCHLER/KELLER (2016, p. 520) i allà més referències.

Ocasionalment, la deferència envers el marge estatal d'apreciació relativitza el pes de l'argumentació de dret comparat, fent prevaler el respecte per les tradicions o la realitat política nacional davant un consens pràcticament universal quant a una determinada regla o solució. Rere les regles legals que es comparen, s'admet que hi ha una dimensió que, en l'àmbit personal i familiar, connecta amb els valors morals o religiosos, la ideologia que marca les diferències entre posicions polítiques, els interessos professionals, o la visió del món que tenen les diferents seccions de la societat, en atenció a elements com la situació socioeconòmica, l'origen ètnic, etc. Això significa que l'eina de dret comparat és important, però que cal estar amatent a prendre en consideració aquestes dimensions i a extreure de l'anàlisi comparada quines consideracions econòmiques, culturals o sociològiques impregnen una determinada política jurídica.¹ Cal ésser conscients, però, que la prudència que alenteix el desenvolupament de nous drets o esferes de llibertat en el marc de l'art. 8 CEDH, a l'espera que es comprovi l'existència d'un *common core* prou significatiu, pot acabar cedint per evitar que, amb el pas del temps, es generin distàncies insalvables en el tracte que reben els ciutadans d'un o altre estat europeu en el gaudi dels seus drets fonamentals. En aquest punt, es fa difícil creure que la sortida que en ocasions ha ofert el TEDH, dient que un estat no viola un dret fonamental inclòs al conveni pel simple expedient que els seus ciutadans poden rebre resposta a les seves demandes viatjant als països veïns², sigui una manera convincent d'abordar els reptes que planteja el desenvolupament dels drets fonamentals del conveni en l'àmbit del dret de la persona i la família. Tard o d'hora, el TEDH s'ha de pronunciar i ho farà fent créixer l'arbre viu en què consisteix el CEDH a desgrat del nivell de convergència dels estats-part que posi de manifest el dret comparat.

4. Taula de jurisprudència citada

Tribunal Europeu de Drets Humans

<i>Data</i>	<i>Ar.</i>	<i>Parts</i>
13.06.1979	6833/77	<i>Marckx c. Bèlgica</i>
18.12.1986	9697/82	<i>Johnston c. Irlanda</i>
18.12.1987	11329/85	<i>F c. Suïssa</i>
07.07.1989	10454/83	<i>Gaskin c. Regne Unit</i>
29.11.1991	12849/87	<i>Vermeire c. Bèlgica</i>

¹ Sobre la necessitat d'argumentar jurídicament d'una manera "contextual", amb referència a la integració dins del discurs jurídic de la perspectiva que proporcionen altres disciplines (història, economia, sociologia, psicologia), vegeu LOTH (2009, 36).

² Com ha sostingut el TEDH amb relació a qüestions com ara l'avortament -*A. B. i C. c. Irlanda*, (núm. 25579/05), (Gran Sala) 16 Octubre 2010- o els tractaments de reproducció assistida -*S.H. i altres c Àustria*, núm. 57813/00 (Gran Sala) 3 Novembre 2011.

1.02.2000	34406/97	<i>Mazurek c. França</i>
11.07.2002	28957/95	<i>Christine Goodwin c. Regne Unit</i>
11.07.2002	25680/94	<i>I c. Regne Unit</i>
13.02.2003	42326/98	<i>Odièvre c. França</i>
13.09.2005	36536/02	<i>B. i L. c. Regne Unit</i>
13.07.2006	58757/00	<i>Jäggi c. Suïssa</i>
Gran Sala, 04.12.2007	44362/04	<i>Dickson c. Regne Unit</i>
Gran Sala, 29.04.2008	13378/05	<i>Burden c. Regne Unit</i>
24.06.2010	30141/04	<i>Schalk i Kopf c. Àustria</i>
Gran Sala, 16 Octubre 2010	25579/05	<i>A. B. i C. c. Irlanda</i>
Gran Sala, 03.11.2011	57813/00	<i>S.H. i altres c. Àustria</i>
28.08.2012	54270/10	<i>Costa i Pavan c. Itàlia</i>
25.09.2012	33783/09	<i>Godelli c. Itàlia</i>
07.11.2013	29381/09 i 32684/09	<i>Vallianatos c. Grècia</i>
26.06.2014	65192/11	<i>Menesson c. França</i>
26.06.2014	65941/11	<i>Labassee c. França</i>
27.01.2015	25358/12	<i>Paradiso i Campanelli c. Itàlia</i>
21.07.2015	18766/11 i 36030/11	<i>Oliari c. Itàlia</i>
23.02.2016	68453/13	<i>Pajić c. Croàcia</i>

Tribunal Constitucional

<i>Data</i>	<i>Ar.</i>	<i>Parts</i>
6.11.2012	198/2012	<i>Pablo Pérez Tremps</i>
23.4.2013	93/2013	<i>Adela Asúa Batarrita</i>

Tribunal Suprem

<i>Sala i data</i>	<i>Ar.</i>	<i>Parts</i>
1 ^a , 06.02.2014	833\2014	<i>Rafael Sarazá Jimena</i>
Interlocutòria 1 ^a , 02.02.2015	141\2015	<i>Rafael Sarazá Jimena</i>

5. Bibliografia

Susana ALMEIDA (2015), *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Lisboa, Juruá.

Masha ANTOKOLSKAIA (2003), "The 'better law' approach and the harmonisation of family law", a Katharina Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerp: Intersentia, 2003, pàgs. 159-182.

Masha ANTOKOLSKAIA (2004), "Human rights as a basis for the harmonisation of family law?" a Peter LØDRUP, Eva MODVAR (eds), *Family Life and Human Rights*, Gyldendal, Oslo, pàgs. 29-47.

Masha ANTOKOLSKAIA (2008), "Family law and national culture. Arguing against the cultural constraints argument", *Utrecht Law Review* 4(2), pàgs. 25-34.

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (2009), "Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar", a Iñaki Lasagabaster Herrarte (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2ª ed., Madrid, Civitas, pàgs. 293-389.

Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS (2016), "Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?" (Centre for Private International Law - University of Aberdeen, Working Paper No. 2016/4) accessible a <http://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php>

Katharina BOELE-WOELKI (ed.), (2003) *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerp, Intersentia.

Katharina BOELE-WOELKI et alii (2004), *Principles of European family law regarding divorce and maintenance between former spouses* Antwerp, Oxford, Intersentia.

Katharina BOELE-WOELKI et alii (2007), *Principles of European family law regarding parental responsibilities*, Antwerp, Oxford, Intersentia.

Katharina BOELE-WOELKI et alii (2013), *Principles of European family law regarding property relations between spouses*, Antwerp, Oxford, Intersentia.

David BRADLEY (2012), "Family Law" a Jan M. Smits, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham. Elgar, pàgs. 314-338.

Andrea BÜCHLER (2011), "Jenseits des ganz normalen Chaos des Familienrecht", a Andrea Büchler, Markus Müller-Chen, *Private Law. National - global- comparative. Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Band I, Bern, Antwerp, Stämpfli, Intersentia, pàgs. 285-304.

Andrea BÜCHLER, Helen KELLER (2016), "Synthesis", a *Family Forms and Parenthood. Theory and practice of Article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Antwerp, Intersentia, pàgs. 501-544.

Māris BURBERGS (2013), "How the right to respect for private and family life, home and correspondence became the nursery in which new rights are born (Article 8 ECHR)", a Eva Brems, Janneke Gerards (eds.), *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*, Cambridge, CUP, pàgs. 315-329.

Paolo G. CAROZZA (1998), "Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Notre Dame Law Review*, vol. 73(5), pàgs. 1217-1237.

Carlo CASTRONOVO (2011), "L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles: Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita", *Europa e Diritto privato*, vol. 4, pàgs. 837-859.

Dagmar COESTER-WALTJEN (2016), "The impact of the European Convention of Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law", a Jens Scherpe (ed.), *European Family Law*, vol. 1, Cheltenham, Elgar, pàgs. 49-93.

Geert DE BAERE, Kathleen GUTMAN (2016), "The impact of the European Union and the European Court of Justice on European family law", a Jens Scherpe (ed.), *European Family Law*, vol. 1, Cheltenham, Elgar, pàgs. 4-48.

Nina DETHLOFF (2003), "Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe", a Katharina Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerp, Intersentia, pàgs. 37-64.

Anatol DUTTA, Dieter SCHWAB, Dieter HENRICH, Peter GOTTWALD, Martin LÖHNIG (Hrsg.) (2015) *Vormundschaft in Europa*, Gieseking: Bielefeld.

Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (2011), "Las normas internacionales de Derechos Humanos en el orden interno Español", a *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Paracuellos del Jarama, Dilex, pàgs. 571-596.

Claire FENTON-GLYNN (2014), "Anonymous Relinquishment and Baby-boxes. Life-Saving Mechanisms or a Violation of Human Rights", a Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff, Werner Gephart (eds.), *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, pàgs. 185-197.

Janneke GERARDS, (2013), "The scope of ECHR rights and institutional concerns: the relationship between proliferation of rights and the case load of the ECtHR", a Eva Brems, Janneke Gerards (eds.), *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the*

scope of human rights, Cambridge, CUP, pàgs. 84-105.

Martijn W. HESSELINK (2007), "European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?", *European Review of Private Law*, vol. 3, pàgs. 323-348.

Helen KELLER, Alec STONE SWEET, (2008), "Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems", a Helen Keller, Alec Stone Sweet (eds.), *A Europe of rights: the impact of the ECHR on National Legal Systems*, New York, Oxford University Press, pàgs. 677-710.

Pamela LAUFER-UKELES (2013), "Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy", *Indiana Law Journal*, vol. 1, pàgs. 1223-1279.

Marc A. LOTH (2009), "Private Law and the Limits of Legal Dogmatics", a Erik Claes, Wouter Devroe, Bert Keirsbilck (Eds.), *Facing the Limits of the Law*, Berlin, Heidelberg, Springer, pàgs. 25-44.

Harry D. KRAUSE (2006), "Comparative family law. Past traditions battle future trends—and vice versa", a Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, pàgs. 1099-1129.

Paul MAHONEY, Rachael KONDAK (2015), "Common Ground. A Starting Point or Destination for Comparative-Law Analysis by the European Court of Human Rights?", a Mads Andenas, Duncan Fairgrieve, *Courts and Comparative Law*, Oxford, OUP, p. 119-140.

Dieter MARTINY, "The impact of the EU private international law instruments on European family law" a Jens Scherpe (ed.), *European Family Law*, vol. 1, Cheltenham, Elgar, pàgs. 261-293.

Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN (1996), "Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille: un voyage sans destination?" a *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, París, LGDJ, pàgs. 177-213.

Alastair MOWBRAY (2013), "Between the will of the Contracting Parties and the needs of today", a Eva Brems, Janneke Gerards (eds.), *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*, Cambridge, CUP, pàgs. 17-37.

Stefn MÜCKL (2010), „Ehe und Familie“ a Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (Hrsgs.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, VI/1, Europäische Grundrechte I, Heidelberg, C.F. Müller, pàgs. 191-217.

Walter PINTENS (2016), "Familienrecht un Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte", *FamRZ* 63, pàgs. 341-351.

Walter PINTENS, Jens SCHERPE (2011), "The *Marckx* case: A 'Whole Code of Family Law'?" a Stephen Gilmore, Jonathan Herring, Rebecca Probert (eds.), *Landmark cases in family law*, Oxford,

Hart, pàgs. 155-175.

Miguel Ángel PRESNO LINERA (2008), *El Derecho Europeo de Familia*, Aranzadi Thomson, Pamplona.

William A. SCHABAS (2015), *The European Convention of Human Rights*, Oxford, OUP.

Jens M. SCHERPE (2016), *The Present and Future of European Family Law*, Cheltenham, Elgar.

Ingeborg SCHWENZER (2003), "Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law", a Katharina Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerp, Intersentia, pàgs. 143-158.

Claire SIMMONDS (2013), "An Unbalanced Scale: Anonymous Birth and the European Court of Human Rights", *Cambridge Law Journal*, vol. 72, pàgs. 263-266.

Jan M. SMITS (2012), *The Mind and Method of the Legal Academic*, Cheltenham, Elgar.

Christian TOMUSCHAT (2009), "The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions", a Rüdiger Wolfrum, Ulrike Deutsch (eds.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Berlin, Heidelberg, Springer, pàgs. 1-18.

Bastiaan VAN ZELST (2008), *The Politics of European sales law: a legal-political inquiry into the drafting of the uniform commercial code, the Vienna Sales Convention, the Dutch Civil Code and the European Consumer Sales Directive in the context of the Europeanization of contract Law*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business.