

**Las relaciones personales de los hijos tras la crisis matrimonial de los
progenitores.
Incidencias y protección**

Francisco Rivero

El autor es Abogado de la Universidad de Valladolid, y Doctor en Derecho
de la Universidad de Zaragoza
Es ex catedrático de la Universidad de Barcelona.

LAS RELACIONES PERSONALES DE LOS HIJOS TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL DE LOS PROGENITORES. INCIDENCIAS Y PROTECCIÓN¹

I. COMPLEJIDAD DE LAS RELACIONES PARENTALES

1. Componentes metajurídicas en las relaciones familiares y en la crisis de la pareja

Las relaciones de Derecho de familia, en general, y las parentales en particular, se caracterizan por su complejidad, dados los muchos elementos que se interrelacionan y otros que las interfieren. Hay en ellos importantes componentes extrajurídicos –afectivos, personales, sociales, de sentimientos más que de razón–; componentes que si por un lado las enriquecen, por otro lado las complican de manera notoria, imponen un razonamiento jurídico muy distinto al habitual del jurista y llevan a soluciones que desbordan las estrictamente racionales y legales. En esto se distinguen notablemente de otras relaciones jurídicas: de la deuda ordinaria o hipotecaria, de la reclamación de un legado y de un usufructo, del retracto arrendaticio o de la fusión de sociedades.

Esa complejidad, con los problemas humanos y jurídicos que le son inherentes, se agudiza, lógicamente, con ocasión de la crisis de la pareja, casada o no, cuya separación o disolución tiene a su vez causas igualmente no racionales con gran repercusión en varios sentidos. Quiero decir: los problemas propios de esa crisis se ven potenciados por aquellas fuerzas y componentes metajurídicas, cuando el sentimiento se convierte en resentimiento, el amor en odio, la atracción personal en repulsión. Sus consecuencias desbordan también a los protagonistas de la ruptura, y alcanzan, entre otros, a los hijos, que es en quienes voy a centrar mi atención.

¹ El equipo de redacción de la Revista señala que se ha mantenido el formato original de la conferencia a fin de reflejar lo más fielmente su espíritu.

2. Familias residuales y reconstituidas, y las relaciones personales padres/hijos

Tras la crisis de la pareja aparecen con frecuencia las llamadas familias residuales y las reconstituidas –amplia bibliografía, sobre todo anglosajona–, de las que cabe destacar:

a) Su *diversidad y complejidad*, resultante de las combinaciones aleatorias de los miembros de la pareja (divorciados, viudos, meramente separados, convivientes *more uxorio* y su situación precedente) y de los hijos menores de edad (de uno u otro de aquéllos, o de ambos, hermanos y medio hermanos);

b) La *fluidez e inestabilidad* de esas relaciones, mayor, en general, que las de las familias ordinarias, porque a los riesgos de éstas se añaden las componentes afectivas (positivas y negativas), las tensiones que crea la relación de ruptura y las interferencias exteriores.

Hay datos estadísticos de la vulnerabilidad de estas familias, de la incidencia de los factores mencionados y de su repercusión en los hijos, a que me remito.

En ese marco sociológico de fondo se insertan las relaciones parentales, de las que interesan especialmente las relaciones personales de los hijos *in potestate* no sólo con los progenitores sino también con otras personas próximas: hermanos mayores que salieron del hogar familiar, abuelos y otros “allegados”.

Dada la amplitud de esa cuestión, con diversas proyecciones individuales y familiares, donde los conflictos se multiplican más que se suman, limitaré mi atención solamente a algunos aspectos: las relaciones personales de los hijos con sus progenitores y con otras personas calificadas, y su protección jurídica, tan necesitada esta última por vulnerables aquéllas, y cómo esa defensa y protección ha traspasado las fronteras nacionales y ha dado lugar a una interesante doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H., en lo sucesivo).

Aunque buena parte de mi razonamiento jurídico irá referido al Derecho español, a veces incluso inconscientemente, intentaré hacer abstracción de él y centrar la atención en una perspectiva general del derecho de visita y relaciones personales con menores, con referencia eminentemente a ordenamientos europeos y a Convenciones internacionales que atañen a la materia; en algún momento, al Derecho chileno; parcamente, porque apenas lo conozco y ahí saben ustedes más que yo.

II. EL DERECHO DE VISITA Y RELACIONES PERSONALES

1. Origen y evolución del derecho de visita, en general

El llamado “derecho de visita” accede al mundo jurídico por vía jurisprudencial, es una clásica institución pretoriana. Sólo más tarde aparece en los cuerpos legales. La primera vez que es reconocido un derecho de visita es a favor de los abuelos en la S. de la *Cour de Cassation* francesa de 8 de julio 1857 (en que casaba la de Montpellier de 17 febrero 1855); en ella, si bien se dice aún que en principio el padre puede prohibir a sus hijos «la visita de personas, incluso de su familia, cuya influencia creería poder temer», afirmaba que ese derecho no es discrecional, y que a menos que haya motivos graves y legítimos, de los que el padre no puede ser «el único y soberano juez», no puede oponerse a las relaciones de sus hijos con los abuelos de éstos. Los Tribunales franceses fueron aceptando poco a poco esa posición, y desde entonces numerosas decisiones han admitido un derecho de visita, con alcance y contenido cada vez mayor. En términos semejantes en otros países y ordenamientos (España, Italia, Alemania; con más motivo, en el *Common Law*).

A partir de ahí, la historia del derecho de visita es la de su progresiva afirmación y extensión a un número de titulares cada día mayor (padres, hermanos, otros parientes y allegados del menor), y también la de su ampliación objetiva, en variedad y profundidad de las relaciones y en riqueza de contenido. Lo que nació como un simple derecho concedido a unos abuelos de ir a ver al menor en el domicilio de éste (visitarlo), se fue ampliando a la posibilidad de verse y reunirse unas horas “visitador” y menor “visitado” fuera del domicilio del guardador de éste, y luego se permitió otras formas de comunicación mediata (cartas, teléfono, noticias indirectas), para terminar concediéndose al titular de ese derecho el poder reunirse con el menor durante varios días, alojándolo en su propio domicilio. En algunos ordenamientos, como el alemán, incluye hoy también el derecho a obtener cierta información sobre el menor.

2. De qué relaciones personales se trata

El derecho de visita tiene por objeto un conjunto de relaciones, varias en su presentación (desde la simple visita en sentido estricto hasta estancias y convivencia de varias semanas y cualquier forma de comunicación) y cuan profundas y auténticas sea posible, entre dos personas, de las cuales una es un niño, un adolescente; personas que por diversos motivos tienen alguna dificultad de verse y relacionarse de manera normal.

Su finalidad no es otra que la de fomentar la relación humana (el verse, tratarse, conocerse mejor) y favorecer la corriente afectiva entre padre (madre) e hijo, a veces entre hermanos, abuelos y nietos..., separados por un grave enfrentamiento familiar o una situación concreta. Se trata, en última instancia, de no agravar, sobre todo para el niño, las secuelas de esas separaciones familiares de las que éste no es culpable y sí, en cambio, casi siempre primera víctima, directa o indirectamente. Se trata también de que no vea amputada su vida del afecto, el contacto, la relación y comunicación (siquiera periódicos) con persona que le es muy próxima humana y afectivamente, aunque un pleito y unas disensiones le separen de aquella persona.

Institucionalmente, este derecho no tiene otro objeto, no busca otros fines, no concede otras prerrogativas sobre el menor. Pero no es poco, ciertamente, el que a través de esas relaciones un padre o madre no sea un extraño para su hijo al cabo de algunos años; y que ese niño o joven, afectado por una situación familiar complicada, pueda comunicarse con otras personas de su entorno afectivo que le proporcionen ocasión y equilibrio psicológico necesario para su pleno desarrollo personal y social.

Pero sería un tanto ingenuo ignorar cómo en la realidad es a veces empleado el derecho de visita y comunicación, y el niño en quien se concreta, como arma arrojadiza entre los contendientes, y como medio de hacerse daño y crearse recíprocamente problemas: dificultando cada uno las relaciones del menor con el otro, fomentando enemistad entre el niño y el contrario, hablándole mal de éste. Empleado para el mal, el derecho de visita es un medio óptimo, con lo que, desnaturalizado, se convierte en algo peligroso en manos desaprensivas: y ello lo es particularmente para el niño, en cuyo desarrollo espiritual y afectivo puede hacer gran y negativa mella.

3. Naturaleza de este derecho: “derecho de geometría variable”

Hoy prácticamente nadie discute la naturaleza de verdadero derecho (subjetivo) en cuanto al de relaciones personales que nuestro Derecho reconoce a los progenitores, no obstante los términos difusos del artículo 160.1 C.C. español. Lo mencionan más o menos explícitamente, con ese nombre, otros textos legales: arts. 160, 161 C.C., y últimamente el artículo 250.1-12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Dígase lo mismo de la doctrina y de la jurisprudencia, donde hay práctica unanimidad, lo que me exige de hacer citas concretas.

Pero es un derecho con notables particularidades. Dado que el derecho de visita puede ser denegado “conforme a lo dispuesto en resolución judicial” (artículo 160-1° esp.), y que el interés del hijo es el dato fundamental de su concesión y de su contenido –en términos semejantes el artículo 229-2° C. C. chileno–, resulta ser una especie de derecho “de geometría variable”, en el que tanto su efectividad actual (si ha lugar en una situación y momento dado) como su contenido y alcance (tipo de relaciones, frecuencia, etc.) dependen del interés del menor, de que haya una “causa justa” para concederlo o denegarlo, y aun para modificar o suspender unas relaciones concretas según convenga al menor (parámetro sociojurídico de valoración).

Así como en el derecho subjetivo patrimonial (legítima de los descendientes, derecho de usufructo o de servidumbre de paso) es perfectamente conocido su contenido y efectos, esa *geometría variable* es un importante carácter del derecho de visita: ese desdoblamiento en derecho *genérico o en abstracto*, que es lo único que sugiere y define la ley, y *derecho actual* o concreto en cada caso. Resulta que el *tatbestand* de la norma no es ya la existencia de una relación básica de parentesco (padre-hijo, abuelo-nieto), sino ese dato inicial (presupuesto del tipo legal) más el concurso del *interés del menor* (a esas relaciones) *in concreto*, en tal situación específica. Y ello también en cuanto a su contenido y ejercicio, porque el enunciado legal es inconcreto (“relaciones personales”; visitas, comunicación, estancias), y sólo con su determinación (convencional o judicial) deviene un derecho efectivo (lo que su titular puede exigir, y debe permitir el guardador del menor). Por otro lado, para el progenitor las relaciones personales con su hijo son un deber al tiempo que un derecho, el derecho-deber (cfr. artículo 229 C.C. Chile) o función familiar propio de las relaciones jurídico-familiares, típico de este ámbito y parte del Derecho.

Nuestra doctrina y algunas sentencias hablan de que este derecho de relaciones personales sería un “derecho de la personalidad”. La principal dificultad a ese respecto está, quizá, no tanto en este derecho concreto cuanto en el concepto y alcance de los llamados “derechos de la personalidad”, que en algunos casos coinciden con los derechos fundamentales (constitucionales) y otras son meros derechos muy ceñidos a la persona, vinculados directamente a la entidad de ésta y a sus proyecciones más inmediatas. Mas si hablamos de derecho de la personalidad hay que referirlo sobre todo al hijo, dada su justificación en las necesidades personales de aquél e importancia para el desarrollo de su personalidad. Aunque la calificación pueda ser discutible, por razón del abierto y difícil concepto de “derechos de la personalidad” (¿Cuántos? ¿Cuáles? ¿Caracteres esenciales?), creo que cabe incluirlo en ese ámbito. En una acepción amplia de tales derechos, pienso que el que nos ocupa alcanza ciertamente esa categoría. El T.E.D.H. lo ha considerado como uno de los “derechos humanos” que protege el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que lo aproxima con los llamados derechos fundamentales de la persona; calificación ya generalmente aceptada por la doctrina europea.

Por otra parte, es un derecho personalísimo de su titular, y muy vinculado a las necesidades del menor, directamente relacionadas con el desarrollo de su persona, como individuo, y de su personalidad joven, en formación en todos los órdenes.

Todo ello comporta que ese derecho o derecho-deber y su régimen jurídico quede incluido en lo que se viene llamando “orden público familiar”, que la normativa por la que se rige sea considerada como *ius cogens*, y la participación del Ministerio público en los procesos en que es objeto de discusión (cfr. artículo 749.2 LEC esp. y S. T.S. esp. de 7 abril 1994).

4. Fundamento, justificación

El derecho de visita y las *relaciones personales de los padres con su hijo* encuentran su justificación esencial, por un lado, en la relación de filiación (biológica y jurídica) y de afecto que les une, que subsiste aunque no convivan ni ejerzan la patria potestad, y en la recíproca necesidad personal y vital del padre o la madre y del hijo (es decir, en la naturaleza de las cosas). En un plano estrictamente jurídico, se fundan en el mandato constitucional (hoy general en los ordenamientos del mundo occidental) de protección integral de los hijos y del deber de asistencia de todo orden que compete a los padres (artículo 39.3 C.E.), con una obligación y proyección eminente de contribuir al mejor desarrollo de su personalidad; luego, de forma más concreta (artículo 154-2° C.C.), en la obligación de *velar* por los hijos menores (y poder comprobar con esas relaciones su salud física y psíquica, sus preocupaciones y problemas, sus alegrías y tristezas). Ese fundamento comporta que para los padres constituya un deber más que un derecho –derecho y deber explícitamente en el artículo 229 C.C. Chile– y tenga los caracteres de función familiar (cfr. S. T.S. esp. de 26 diciembre 2002), y para los hijos, un derecho sutil y al más alto nivel (el del artículo 39. C.E. esp.).

A su vez, desde la perspectiva del hijo, se funda en las necesidades personales de éste –porque sigue necesitando el afecto y protección de ambos progenitores, aun separados, y a veces de otras personas– y en las del desarrollo de su personalidad (en época difícil, de formación y afirmación de la misma), requerimiento este particularmente exigente y grave en situaciones familiares marginales. Es decir, se basa, en última instancia, en lo que llamamos el *interés superior del menor*, aquí con dimensión específica, que se convierte por ese conducto en parámetro fundamental de su existencia y entidad, y, con ello, de su concesión efectiva, su régimen concreto.

5. El interés superior del menor, parámetro fundamental

5.1. Idea general. Un apunte de Derecho alemán reciente

El interés del menor que manejan los textos jurídicos nacionales e internacionales es un concepto jurídico indeterminado de muy difícil definición, en términos generales, y no fácil concreción, también, en los casos particulares que lo requieran. En los ordenamientos anglosajones, en los que el *the best interest of the child* y el *welfare principle* tiene larga tradición, se ha optado por presentar una lista de criterios que puedan manejar, en principio, los tribunales: tal, en la *Children Act 1989*, criticada, sin embargo, por jueces y comentaristas. En cambio, en los ordenamientos eurocontinentales, latinos y germánicos, predomina la técnica legislativa de la cláusula general, que se limita a enunciar el interés como principio general de Derecho, y requiere luego individualizarlo para cada caso y menor afectado. Así también en el C.C. de Chile: arts. 222 y 225, en su referencia al “interés superior del hijo”, y 229 y 234 (“bienestar del hijo”).

El *Derecho alemán*, hoy quizá el más avanzado en esta materia en Europa, lo ha introducido a partir del año 2000 como principio jurídico y criterio judicial en el § 1697-a BGB, donde dice que para su aplicación se tendrán en cuenta los hechos y las posibilidades así como los intereses de los afectados. Un sector de la prestigiosa doctrina alemana ha discutido esa idea y expresión, porque la generalidad, apertura e inconcreción del principio perjudica a la seguridad jurídica (aplicación aleatoria por los tribunales). Esa misma doctrina ha subrayado que interesa más la esfera espiritual del niño, en su doble perspectiva actual (minoría) y futura (devenir), que la corporal o material (bienestar físico). En la aplicación del principio del interés del menor los tribunales alemanes ponen el acento en el sentimiento infantil del tiempo a efectos de la separación del niño de sus padres: unos meses, un año –dicen–, tienen para él un valor muy diferente que para los adultos. Las sentencias de los tribunales alemanes, y su doctrina, manejan a este respecto el “principio de continuidad”, por cuya virtud no debe alterarse, o lo menos posible, el *statu quo* en que se desenvuelve la vida del niño afectado por la crisis de pareja de sus progenitores; y, por lo que aquí interesa, ha insistido en la importancia que tiene cuando la separación de los padres divide a los hermanos; ha limitado la libertad de cambio de residencia del progenitor guardador del menor si ello perjudica a las relaciones del niño con el otro progenitor; o pone a cargo del primero los gastos de desplazamiento del segundo para ir a visitarlo; al tiempo que exige al guardador, si cambia de domicilio, que cuide del mantenimiento del contacto del niño con el otro progenitor.

5.2. *El interés del menor en la jurisprudencia constitucional española*

Recientemente el Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de hacer importantes precisiones acerca del interés del menor en la determinación del régimen de visita y relaciones personales padre/hijo. Me refiero a la S. T.C. 176/2008, de 22 diciembre, que ha dicho, entre otras cosas y con cita de legislación interna y supranacional (Convención de Derechos del Niño, de 1989, y otras):

“Constituye doctrina consolidada de este Tribunal que en materia de relaciones paternofiliales el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo; 124/2002, de 20 de mayo; 144/2003, de 14 de julio; 71/2004, de 19 de abril; 11/2008, de 21 de enero. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, Ss. de 24 de marzo de 1988, caso *Olsson*; 28 de noviembre de 1988, caso *Nielsen*; de 25 de febrero de 1992, caso *Andersson*; de 23 de junio de 1993, caso *Hoffmann*; de 23 de septiembre de 1994, caso *Hokkanen*; de 24 de febrero de 1995, caso *McMichael*; de 9 de junio de 1998, caso *Bronda*; de 16 de noviembre de 1999, caso *E.P. contra Italia*; y de 21 de diciembre de 1999, caso *X contra Portugal*). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada. Por otra parte, cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no es necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de «un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse» (STC 221/2002, de 25 de noviembre; en el mismo sentido STC 71/2004, de 19 de abril). Es decir, un riesgo consistente en la alteración efectiva de la personalidad del hijo menor, merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos que de manera persistente alteran o perturban su psique. Sean cuales fueren los motivos de esa perturbación –concluye–, incluso si se debieran a

circunstancias incontrolables para el progenitor causante (depresiones o problemas mentales de diversa índole), resulta inequívoco y absoluto que el hijo menor no está en modo alguno obligado a sufrirlos, y sí la autoridad competente a arbitrar los instrumentos para evitarlo, incluso con restricción o suspensión de ese derecho de comunicación filial, según la gravedad de los hechos”.

III. RÉGIMEN FUNCIONAL DEL DERECHO DE VISITA

1. Determinación del régimen de relaciones personales padre/madre e hijo

1.1. En general

En Derecho español, en defecto de acuerdo de los progenitores sobre el régimen de relaciones de los hijos con el no guardador –acuerdo que en todo caso está sujeto a control judicial y necesita de su aprobación–, compete al Juez la determinación: tanto si procede la concesión efectiva en ese caso concreto, como su contenido y alcance. (Así también en el C.C. chileno: artículo 229). Habida cuenta de que se reconoce (arts. 94 y 160 C.C.) ese derecho al progenitor, como regla general, la cuestión radica en las causas para su denegación: sólo “por graves circunstancias” o por justa causa; unas y otras, en cuanto excluyentes o limitadoras de un derecho fundamental para el niño, han de ser de interpretación restrictiva.

En los casos más habituales, sin ninguna connotación o circunstancia especial, los tribunales españoles –también los franceses e italianos, por lo que conozco– hacen una aplicación razonable del principio del “interés superior del menor” tomando en consideración los datos fácticos y circunstancias concretas. En este sentido, ha habido una notable apertura en las últimas décadas, en que superando tópicos conocidos y algunos prejuicios (sociales, ideológicos), los tribunales han concedido un régimen de relaciones personales con sus hijos a progenitores con ciertas enfermedades físicas o psiquiátricas, incluso al homosexual o drogodependiente, siempre que esas afecciones o situaciones personales no perjudican al menor (de lo que se deja constancia en la resolución judicial). Creo innecesario hacer citas concretas ni mayores precisiones al respecto.

1.2. Situaciones marginales. Progenitor transexual

Me permito, sin embargo, traer la S. T.C. esp. 176/2008, antes citada, porque se refiere a un caso poco frecuente: progenitor transexual, que cambió de sexo (de

varón a mujer) durante la vigencia de unas relaciones de visita. El caso judicial era el siguiente:

El Juzgado de Primera instancia núm. 4 de Lugo decretó la separación de unos cónyuges concediendo la patria potestad del hijo común menor de edad a ambos, y la custodia a la madre con un régimen de visitas y relaciones personales para el padre del tipo común en España: fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo en que dejaría el hijo en el domicilio materno. La esposa solicitó un par de años después modificación del régimen de visitas, pidiendo la suspensión del mismo y de la comunicación del padre con el hijo; aducía que desde hacía unos meses se estaba sometiendo a un tratamiento de cambio de sexo y que se maquillaba y se vestía habitualmente como una mujer. El Juzgado estimó en parte la petición de suspensión del régimen de visitas, sustituyéndolo por otro, que lo limitaba a tres horas los sábados alternos de cada mes, por la tarde, con algunas restricciones (lugar concreto, presencia de otras personas). El padre mencionado apeló ante la Audiencia Provincial, que mantuvo sustancialmente el régimen tan restrictivo acordado por el Juzgado. Tras esa decisión, el demandado interpuso recurso de amparo ante el T.C. contra la sentencia de la Audiencia de Lugo invocando haber sido discriminado en el régimen de visitas con su hijo por razón de su transexualidad, lo que era contrario al artículo 14 de la Constitución española que prohíbe la discriminación, entre otros hechos, por causa de la sexualidad de la persona.

El Tribunal Constitucional, tras razonar acerca del interés del menor como principio y criterio esencial determinante en esta materia –párrafos antes leídos–, dijo:

“Es claro que lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el artículo 14 CE. Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar el alcance del artículo 14 Convención EDH, que sanciona el principio de no discriminación, «especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», cláusula abierta que incluye la orientación sexual, así como el artículo 8 CEDH, que reconoce el derecho al respeto

de la vida privada y familiar. En tal sentido valga recordar que en la S. del T.E.D.H. de 25 de marzo de 1992, caso B. contra Francia, § 48, el Tribunal Europeo ya afirmó en relación con el transexualismo que «considera innegable que las mentalidades han evolucionado, que la ciencia ha progresado y que se concede una importancia creciente al mismo», destacando además la complejidad de las relaciones jurídicas que se vinculan a aquél [...]. En suma, una decisión judicial que suprima, suspenda o restrinja los derechos del progenitor en relación con sus hijos menores, cuya ratio decidendi descansa de manera decisiva en la orientación sexual de dicho progenitor supone una diferenciación discriminatoria proscrita por el artículo 14 CE, pues en ningún caso el mero dato de la orientación sexual o, más específicamente, de la disforia de género puede erigirse en justificación objetiva y razonable para dispensar un trato discriminatorio en perjuicio de ese progenitor en el marco de sus relaciones paternofiliales [...]”.

El Tribunal Constitucional desestimó, sin embargo, el recurso de amparo de aquel padre, pero no en razón de la transexualidad, sino por culpa de un informe pericial aportado al pleito: “No es, en definitiva, la transexualidad del recurrente la causa de la restricción del régimen de visitas acordada en las Sentencias impugnadas, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquél atraviesa, según el dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales, y que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad (de seis años) y la etapa evolutiva en la que se encuentra”.

2. Contenido y ejercicio del derecho de visita y relaciones personales

2.1. Idea general del contenido

En nuestro ordenamiento no hay definición, sino indirecta alusión a ese contenido, que han ido fijando los tribunales en la práctica. Es la “relación directa y regular” del artículo 229 del C.C. de Chile, y de los arts. 21, 23 y 27 de su Ley de Matrimonio Civil. El contenido más general de las relaciones personales que conceden los tribunales españoles consiste en visitas en sentido estricto, comunicación indirecta (por medio de correo escrito o electrónico, teléfono, etc.) y estancia del menor durante unos días en casa del padre (madre) o abuelos.

En cambio, la *Convention on Contact concerning Children* (2003) concreta lo

que entiende por “relaciones personales”: comprenden “a) la estancia del niño con la persona con quien no convive, o el encuentro entre el niño y esa persona; b) todas las formas de comunicación entre el niño y esa persona; y c) toda comunicación de información relativa al menor, a esa persona, o a la inversa”). Y se refiere a las relaciones entre un hijo y sus padres (artículo 4: “1. *El niño y sus padres tienen el derecho de obtener y mantener contacto y relación recíproca de forma regular. 2. Tal relación puede ser restringida o excluida sólo cuando sea necesario de acuerdo con el mejor interés del hijo*”).

El T.E.D.H. se ha referido en alguna ocasión al contenido del derecho de visita, que ha considerado de forma amplia, incluyendo no sólo la relación directa con presencia recíproca, sino cualquier forma de comunicación (epistolar, telefónica, correo electrónico) [Cfr. S. T.E.D.H. 25 febrero 1992 (*caso Anderson vs. Suecia*), sobre comunicación escrita o telefónica entre madre e hijo, y S. 19 noviembre 2000 (*caso Glaser vs. Reino Unido*), sobre correo electrónico como medio de comunicación. Para el Derecho español, véase S. T.S. 28 junio 2004].

2.2. *Cumplimiento e incumplimiento. Papel de la persona “gravada”*

En esa inteligencia, las partes implicadas en esas relaciones deben cumplir con esmero fáctico y jurídico los deberes respectivos. El ejercicio de ese derecho, personalísimo –indelegable a otra persona–, ha de hacerse de buena fe (artículo 7.1 C.C.), con puntual cumplimiento del régimen de visita y relaciones acordado, sin incurrir en abuso del derecho ni en otra clase de infracción, que tendría las consecuencias pertinentes (modificación o suspensión de las relaciones de referencia) [El BGB recoge en el § 1684.2 la “cláusula de buen comportamiento”].

Importante protagonismo tiene, a efectos de cumplimiento o incumplimiento, la *persona gravada* (la encargada, por cualquier título jurídico, de la guarda jurídica del menor) en cuanto debe no sólo permitir las relaciones personales y colaborar a su cumplimiento, sino propiciarlas, puesto que redundan en interés del hijo, y cumplimentar otros deberes accesorios (traslados, horarios de entrega y recepción del menor).

La carga o gravamen más caracterizada consiste en (tener que) consentir las relaciones personales de referencia; tiene que facilitarlas material y moralmente, incluso propiciarlas, ya que son, eminentemente, en interés del menor, y el “gravado” debe actuar de acuerdo con él; a veces, proporcionar información sobre el menor (su salud, estado anímico, estudios, su disposición sobre las visitas). El dificultarlas en uno u otro aspecto puede suponer incurrir en cierta responsabilidad y tener consecuencias indirectas (por ejemplo, en algún caso, modificación del régimen de guarda y custodia).

3. Interferencias específicas: el síndrome de alienación parental

Una de las interferencias de tipo patológico (de patología social e individual ha sido calificada) que se ha detectado en las relaciones de los hijos menores con sus padres y en el ejercicio del derecho de visita es lo que se ha llamado “síndrome de alienación parental”, que debe su nombre a Richard GARDNER, psiquiatra norteamericano que publicó un trabajo con ese título en 1987. Está caracterizado este síndrome por un conjunto de síntomas que aparecen en el curso de la crisis de pareja cuando un progenitor influye decididamente en la conciencia de sus hijos por distintos conductos y diferentes estrategias con objeto de obstaculizar los vínculos afectivos con el otro progenitor, y luego sus relaciones personales. Supone una inculcación progresiva en el hijo de sentimientos de rechazo y a veces de odio hacia el otro progenitor, en general el no guardador. Ese rechazo se desarrolla en la época de mayor dependencia personal y afectiva del hijo respecto del guardador, y va disminuyendo a medida que el hijo alcanza cierta autonomía personal y psicológica con la edad. Se presenta ese “síndrome de alienación parental” con algunos de estos síntomas: una campaña de denigración, en general por el progenitor guardador, contra el otro; las razones invocadas para tal descrédito pueden ser variadas, casi siempre absurdas cuando no frívolas o mendaces; el menor suele afirmar que es propia la decisión de exclusión o rechazo del otro progenitor, y apoya con más o menos razones a aquél del que se siente más próximo; no siempre culpabiliza en su desprecio hacia el progenitor alienado y con frecuencia la animosidad del menor alcanza a la familia y personas asociadas con el progenitor denostado.

Esa patología, como la llaman algunos psiquiatras, no sólo interfiere la relación personal del menor con el progenitor odiado, sino que a veces alcanza y perjudica notablemente al propio menor, manipulado al tiempo que manipulador. Puede tener más o menos gravedad, y el impacto en las relaciones personales puede ser variable, llegando las más de las veces a arruinarlas. Con frecuencia no es detectado en el curso de la crisis matrimonial y las relaciones padres/hijos. Discutido este síndrome por los especialistas, ha sido reconocido, con las consecuencias pertinentes, por los tribunales españoles; igualmente por los de otros países. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha reconocido en varios casos, de los que el más conocido es el del asunto *Koudelka vs. República Checa* (S. de 20 julio 2006), a que me referiré.

Paralelamente al anterior, y próximo a él, se ha detectado el “síndrome de la madre maliciosa”, consistente en la utilización de diversos medios de obstrucción, incluidos los jurídicos y aprovechando los procesos matrimoniales, que se procura hacer interminables, o fácticos (excusas en la entrega del hijo, impedimentos en la

comunicación con el padre visitador) para obstaculizar la efectividad del régimen de relaciones personales padres/hijos, cuyo retardo malicioso acaba incidiendo de forma severa en la relación general de referencia. Como se observará, hay poca diferencia con aquel síndrome, más en los medios empleados que en los fines.

4. Incumplimiento del régimen de visitas. Consecuencias

Antes me he referido a la necesidad de un cumplimiento puntual, escrupuloso, del derecho de visita y relaciones personales. A su vez, hay incumplimiento no sólo cuando no se cumple en absoluto el régimen de relaciones personales acordado por pacto o judicialmente sino cuando se cumple sólo en parte, o se cumple mal (en sentido cualitativo y de contenido, más que cuantitativo): por ejemplo, si se realiza parcialmente o con graves restricciones, o las relaciones están mediatizadas (control ilegal de conversaciones o de correspondencia), o el gravado desincentiva gravemente esas relaciones en vez de propiciarlas, y van decayendo en frecuencia o en intensidad y naturalidad de la relación personal por culpa de una labor de zapa, negativa; etc.

Aquí interesa especialmente el incumplimiento por el “gravado”. Es el caso más frecuente y típico por ser el guardador jurídico del hijo y principal obligado, precisamente a consentir y facilitar esas relaciones. Ese incumplimiento se produce fundamentalmente cuando aquel las impide, cualquiera que sea la forma y excusa que ponga para obstaculizarlas. Al lado de esa restricción cuantitativa, no son menos graves para la efectividad de las relaciones padre (madre) e hijo otros obstáculos más sutiles (de tipo cualitativo) que puede oponer el gravado a dichas relaciones, creando un clima adverso, desinteresando progresivamente al menor a mantenerlas, quien puede terminar por oponerse a ellas.

Las consecuencias del incumplimiento pueden ser varias, en función de su entidad y forma, y quién sea el incumplidor. El dato más importante es el impacto negativo de ese incumplimiento para el hijo, principal interesado y protagonista principal de estas relaciones, y cuyo interés constituye el elemento humano y jurídico más relevante. Cuando el incumplidor sea el titular del derecho —ejercicio contrario a las reglas de la buena fe u otra clase de infracción, o en forma abusiva— puede dar lugar a la modificación cuantitativa o cualitativa de las relaciones; en algún caso incluso a la suspensión de las mismas. Si provienen del “gravado” (caso que interesa más aquí), dará lugar a las medidas de protección (del derecho) que veremos.

5. Vulnerabilidad del derecho de visita

Quizá la nota más caracterizadora en este caso es la particular vulnerabilidad de este derecho y de aquellas relaciones, que obedece a varias causas, sobre todo en razón de la complejidad de la relación jurídico-familiar, que con sus acusados componentes metajurídicos (afectivos, psicológicos, personales, sociales) desborda los esquemas jurídicos formales habituales.

Sin embargo, las relaciones personales de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, e incluso con otras personas cualificadas (abuelos, hermanos, otros parientes o allegados), son de notable importancia tanto para el padre o madre (vivencia personal, deber jurídico) como para el hijo; en particular para éste, por las necesidades personales y afectivas –tiene, en principio, derecho a seguir compartiendo vida y vivencias con ambos progenitores– y las específicas de esa etapa vital para el desarrollo, equilibrado y sin influencias unilaterales, de su personalidad, requerimiento este particularmente grave en situaciones personales y familiares marginales.

Esa vulnerabilidad (y necesidad de protección efectiva del derecho de visita) es tan general que ha motivado la creciente atención normativa supranacional (Convenios internacionales de diverso alcance) y de tribunales igualmente supraestatales.

a) En el primer aspecto, además de otros Convenios de orden más general, son importantes, por lo que aquí concierne, el *Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (4 noviembre 1950, con protocolos posteriores) –ratificado por España, y publicado en el BOE, 10 octubre 1979–, cuyo artículo 8 protege la *vida privada y familiar*; la *Carta Europea de los derechos del niño* (Resolución del Parlamento Europeo, de 1992), cuyo artículo 14 establece que “el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con sus dos padres” en caso de separación, divorcio o nulidad matrimonial; la *Carta de los derechos fundamentales* de la Unión Europea (año 2000), artículo 24.3; y, por su especificidad, la *Convention on Contact concerning Children*, de 15 mayo 2003, del Consejo de Europa, que invoca en su Preámbulo la necesidad de “preservar las relaciones personales entre los niños y sus padres, y con otras personas que tengan lazos familiares con los niños, de acuerdo con la protección asegurada por el artículo 8 de la Convención sobre la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales”.

b) En cuanto a tribunales, destacan las *sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, que en su interpretación y aplicación del artículo 8 del Convenio ha creado una idea y protección del derecho de visita a

esos efectos y una jurisprudencia de notable altura científica e importancia internacional. Para el Derecho español tiene importancia destacada (además de otras consideraciones) porque la jurisprudencia del Tribunal Europeo sirve de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de derechos fundamentales (artículo 10.2 C. E. y S. T.C. de 25 octubre 1993, entre otras).

6. Protección específica del derecho de visita en razón de su vulnerabilidad

Esa particular vulnerabilidad exige una protección más exigente del derecho de visita. Buena parte de la doctrina construida sobre este tipo de relaciones padres/hijo gira alrededor de su incumplimiento y ha sido motivada por su muy frecuente vulneración, y con ocasión de su necesaria y particular protección por los tribunales.

La protección efectiva de este derecho se alcanza, frente a quien impide o dificulta seriamente las relaciones personales, por vía judicial (única que cabe contemplar aquí). Y aun en este caso tal protección nunca será plena y satisfactoria porque al padre/madre y al hijo no se le podrá devolver las pérdidas, impedidas o dificultadas antes de recurrir a los tribunales. Es evidente la notable dificultad que presenta esta materia, en la que a la genérica y típica del incumplimiento de las obligaciones de hacer, del tipo de prestación infungible, se une su particular naturaleza personal-familiar y los sentimientos y resentimientos, sobre todo, que le acompañan. Pero, ello no obstante, parece claro que, determinado judicial y formalmente el régimen concreto de esas relaciones, aquel derecho debe ser *protegido y cumplido a toda costa* mientras no se disponga otra cosa, máxime cuando está por el medio el interés preminente del menor y altos valores éticos y constitucionales.

Todo lo que no sea eso –y mientras no haya una causa nueva y poderosa que justifique la no realización de las relaciones acordadas– supone un fracaso del Derecho como instrumento de organización social y de justicia. No puede olvidarse que es principio constitucional el que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (Constituciones española, alemana, italiana), y que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes. Aunque no son absolutos tales mandatos constitucionales, ni siempre se puede garantizar con el mismo rigor su cumplimiento puntual, éste debe constituir el principio rector, y el cumplimiento de un régimen de visitas acordado por un Juez en resolución firme debe tener a

su disposición todos los instrumentos jurídicos posibles en un ordenamiento para hacerse efectivo, pues el derecho de visita, en el que se hallan implicados bienes jurídicos del menor y valores tipificados y protegidos en los arts. 10 y 39.2 C.E., es institución de *ius cogens* necesitada de especial protección. El incumplimiento de ese régimen de relaciones personales supone en alguna medida el fracaso del sistema jurídico que lo regula y protege.

En aras del cumplimiento de aquel mandato constitucional y de este principio, *deben emplearse todos los medios jurídicos para la efectividad* de tales relaciones personales y consecución de los fines personales e institucionales a que atienden, con respeto, evidentemente, del principio de proporcionalidad y de la menor lesión de otros bienes e intereses jurídicos (sobre todo, los del hijo). Aunque es a veces difícil o imposible la coerción o imposición del deber ser jurídico, no creo que sea incoercible el derecho-deber de visita; al menos, no siempre. Sólo el cumplimiento específico del deber del obligado (“gravado”) puede evitar que se consoliden situaciones de hecho y conductas irregulares, y satisfacer el interés de los afectados y el fin esencial que con tales relaciones se persigue. Por ello, los medios e instrumentos habituales y consecuencias alternativas al cumplimiento específico de la obligación de hacer (indemnizaciones, sanciones), son desmedrados remedios que si pueden dar una satisfacción subsidiaria a uno de los perjudicados, dejan insatisfecho el interés primordial y el fin esencial a que atienden estas relaciones.

No es dato menos importante aquí que en el incumplimiento o retraso en el cumplimiento el tiempo juega a favor del incumplidor del régimen de esas relaciones personales y en detrimento del niño –como ha observado el T.E.D.H. (caso *Lafargue vs. Rumania*, S. 13 julio 2006)–: además de ser dinámico el interés del menor, puede influir progresivamente en la voluntad de éste, que cada día exigirá más respeto de su propia opinión o deseo a medida que crezca, y puede llegar a ser decisiva; en alguna ocasión puede alcanzar la emancipación sin haberse cumplido el régimen de visita y la resolución judicial.

En atención a todo eso, creo que *deben agotarse* (destaco el término) los caminos y medios jurídicos para lograr el efectivo cumplimiento y goce de aquellas relaciones –sólo así queda realmente protegido–, con respeto del principio de proporcionalidad. Ante el fracaso o inviabilidad de los medios directos, difíciles aquí, habrá que recurrir a medios indirectos, tanto de coerción (incluida en su caso la penal) como de “cumplimiento por equivalencia” o indemnización (cfr. artículo 709 ss. LEC), de forma que esos medios indirectos desincentiven el incumplimiento o contribuyan a mover la voluntad de la parte renuente o negadora e inclinarla al cumplimiento –lo que sólo se logrará cuando las consecuencias de esos medios indirectos sean para ella menos deseables que el cumplir lo que debe–.

7. Medios de protección del derecho de visita en Derecho español

Creo interesante examinar las medidas de protección del derecho de visita que brinda nuestro ordenamiento, porque el dejar de cumplir esta obligación (positiva) por parte de las autoridades estatales comporta la violación del artículo 8 del Convenio y puede dar lugar a la condena del Estado; amén de otras posibles consecuencias, como la responsabilidad de la Administración de Justicia frente al perjudicado, de la que también ha tenido ocasión de ocuparse el Tribunal Europeo.

7.1. Medidas de tipo civil

Varían esas medidas, según ordenamientos. En Derecho español, son, sustancialmente, las que sugiere el artículo 158 C.C., y las previstas por la Ley de Enjuiciamiento Civil para los casos de condena de hacer personalísimo (artículo 709), incluidas las multas coercitivas (artículo 711), de las que debiera hacerse un uso más frecuente. Son específicas, a nuestros efectos, las medidas que contempla el artículo 776 LEC, su regla 3ª: el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por una u otra parte podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas. En efecto: aunque debe hacerse un uso prudente y razonable, en no pocos casos puede ser aconsejable modificar el régimen de guarda del hijo (su organización es considerada modificable siempre en interés del menor), y confiarlo al otro progenitor o, si esto no es posible, a persona distinta de aquella que impide las relaciones *de quo*, si se estimara que este impedimento perjudica al menor más que el cambio de la guarda; ello comportará el del régimen de visita y relaciones personales con el que ha dejado de ser guardador. Esta medida (modificación de la guarda, inversión de las relaciones de guarda y de visita), introducida por la LEC de 2000, será en la práctica judicial una de las más eficaces ante la actitud injustificada y resistente del guardador.

El juez, según la situación y riesgos, puede disponer ciertas restricciones (que la relación y comunicación tenga lugar en sitio o con la presencia de persona determinada), hasta la prohibición de salida del territorio nacional, denegación de pasaporte (cfr. artículo 158-3º C.C.), y aun medidas acordes con Convenios internacionales frente a la retención ilícita de los menores.

Por lo que respecta a la ejecución forzosa, es muy difícil y casi siempre poco aconsejable la imposición *manu militari* de la resolución judicial, porque la violencia puede afectar más negativamente al menor. Pero quizá no siempre sea desestimable esa medida coercitiva, como medida extrema, excepcional y última

(sobre todo, si se lleva a cabo con prudencia y delicadeza: la dificultad está en su práctica, no en su previsión) ante una actitud grave y reiteradamente incumplidora del guardador del menor. Pienso que la imposición coactiva no debe rechazarse *a priori* con la generalidad con que se hace porque en ocasiones será ése el último recurso para alcanzar lo que el ordenamiento jurídico y un Juez han determinado, y debe ser. Sin olvidar, obviamente, el principio de proporcionalidad que debe presidir toda reacción jurídica frente a la conducta ilegal. Me parece más frívolo e indeseable el banalizar este incumplimiento, resignarse al mismo (ocurre con excesiva frecuencia) y dejar impunes ciertas conductas ilícitas de personas que sólo reaccionan a cierto tipo de coerción (y el Derecho tiene altas dosis de coerción, evidentemente). En última instancia, son esas conductas ilícitas las que justifican y hacen inevitables estos medios coercitivos de protección de un derecho. También en otras ocasiones es inevitable el uso de la fuerza en este ámbito: por ejemplo, cuando el juez acuerda la guarda a favor de la madre y se opone a ello el padre, que retiene a los hijos en su domicilio: ¿cómo se cumple esa decisión judicial sino a la fuerza, con ayuda de la policía, si es necesario?

Particular dificultad puede presentar aquí la actitud negativa del hijo. En principio, la sola negativa del menor no es suficiente para denegar las relaciones que nos ocupan. Más importante que esa negativa son las razones que pueda aducir para oponerse drásticamente a mantener relaciones personales *de quo*. En este punto (hechos, razones que invoque) es particularmente importante la edad y discernimiento del menor, en función de todo lo cual decidirá el juez. Hay diferentes soluciones en los tribunales españoles. La jurisprudencia alemana, como la de otros países, pondera en alto grado la voluntad del menor, como ámbito propio para el desarrollo de su personalidad, en particular cuando se trata de derechos fundamentales; y en el derecho de relaciones personales padres/hijos hay implicados principios y valores a ese alto nivel jurídico.

7.2. Medidas de índole penal

Algunos ordenamientos prevén *sanción penal* con tipificación específica: el Código penal francés tipifica el delito de *non representation* en su artículo 227.5; también el Código penal rumano (artículo 307). Es cuestión y procedimiento muy discutible, ciertamente, ése de la sanción penal de ilícitos civiles. Mas ello no quiere decir que la criminalización de esas conductas incumplidoras sea general o frívolamente utilizada: deberá ser bien ponderada, y aplicada limitada y correctamente al caso concreto.

En este orden, en defecto de tipificación directa del incumplimiento del régimen de visitas en el ordenamiento español, cabe distinguir:

A) “*Delitos contra los derechos y deberes familiares*”:

a) El artículo 223 C.P., en cuanto castiga al “que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentara a sus padres o guardadores sin justificación para ello”: sólo puede comprender la no devolución del hijo (o del nieto), terminadas las relaciones procedentes, si los tribunales consideran que éstas constituyen una forma de *custodia*; más difícil me parece su aplicación al padre o madre que impiden esas relaciones.

b) El artículo 224-2º, que sanciona al “progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa”: comprende la conducta del padre o madre titular de un derecho de visita que *induce* al hijo a abandonar el domicilio familiar (de su guardador) en contra del régimen de custodia acordado judicialmente, y la del guardador que induce al menor a incumplir el régimen de visitas legalmente establecido.

c) El artículo 225 bis (redacción L.O. 9/2002) tipifica “la sustracción” y “la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa” (núm. 2-b) –que alcanza también a los abuelos (nº 5)–: el “deber establecido por resolución judicial” sería el de permitir las relaciones personales y cumplirlas correctamente; y deja de ser punible cuando el autor de esa retención o sustracción tenga “causa justificada”.

d) La falta del artículo 622: infracción leve del “régimen de custodia” establecido por la autoridad judicial.

B) Por otro lado, cabe pensar en el *delito de desobediencia grave* (artículo 556 C.P.: “[...] los que resistieren a la autoridad o sus agentes, o los *desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones*”). La actual tipificación (1995) de este delito requiere que haya un mandato concreto y personalmente dirigido al sujeto (cfr. Ss. T.S., Sala 2ª, de 21 mayo 1983 y 5 junio 2003) –aquí, al guardador del menor, “gravado” con un régimen de visitas–. La jurisprudencia y la doctrina españolas dicen que es necesario que se requiera al destinatario a que cumpla el mandato. La desobediencia puede consistir en acción u omisión, exigiendo la jurisprudencia una voluntad o un acto de oposición persistente y reiterada; y debe ser grave, dato este eminentemente valorativo, centrado en la contumacia en la desobediencia (Ss. Sala 2ª T. S. de 5 junio 1989 y 29 junio 1992) o en la importancia de la materia. No se requiere dolo específico (de ofender a la autoridad). Este delito de desobediencia grave se ha aplicado muy pocas veces en nuestro país al incumplimiento del derecho de visita (al menos, bajo la legalidad

anterior al vigente C.P. de 1995, por mor de una jurisprudencia un tanto restrictiva): sólo tengo noticia de la S. Sala 2ª T.S. de 27 octubre 1962.

IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO DE VISITA

Me ocupo de este Alto Tribunal y su jurisprudencia prestigiosa porque, de un lado, ha revalorizado el derecho de visita y relaciones personales padres/hijo al considerarlo como un “derecho humano”, próximo a la categoría de los fundamentales de la persona; y por otra parte le ha dispensado una especial protección al llegar a condenar a algunos países por no haber hecho cumplir por sus tribunales y autoridades el régimen de relaciones personales que la autoridad judicial competente había establecido en casos concretos. Y esas condenas, aun de difícil imposición, tienen gran relevancia en el orden internacional por cuanto suponen un desprestigio para el Estado condenado, lo que en ocasiones ha llevado a modificar algunas leyes o estructuras administrativas ineficaces.

1. Relaciones personales incluibles en la vida familiar (artículo 8 del Convenio)

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos dice que “toda persona tiene derecho al respeto de su *vida privada y familiar* [...]”, y el T.E.D.H. viene diciendo que las relaciones personales entre padres e hijos afectan notoriamente a la “vida familiar” que protege aquel precepto; y que el derecho de visita y dicha norma quedan vulnerados cuando su titular se ve privado o interferido gravemente en el disfrute de las relaciones de referencia acordadas por decisión judicial.

El Tribunal maneja una idea muy amplia de *vida familiar*. Ha ido, incluso, ampliándola en el curso de su producción jurisprudencial. No es ajeno a ello la propia evolución social y jurídica del concepto de familia –noción autónoma, influida por ideas socio-culturales y convicciones ideológicas y religiosas– en el ámbito cultural y jurídico al que llegan las sentencias del Tribunal.

Semántica y jurídicamente el concepto de familia (y vida familiar) presupone la existencia de un vínculo de parentesco (biológico o meramente jurídico) que une a ciertas personas. En ese sentido, desde la primera hora el T.E.D.H. incluyó a estos efectos la familia no matrimonial junto con la matrimonial (asunto *Marcks vs. Bélgica*, S. de 13 junio 1979); lo ha dicho luego explícitamente la S. de 11 octubre 2001, *asunto Hoffmann vs. Alemania*). La cuestión más problemática aquí

(*vida privada y familiar*, y su relación con el derecho de visita) se da en ciertas situaciones límite y, en particular, consiste en si se requiere que haya una relación fáctica que se superponga (preceda o siga) al aludido vínculo subyacente; es decir, si es protegible un derecho de visita entre personas que nunca han mantenido antes una convivencia o relación efectiva, real.

En la jurisprudencia del T.E.D.H. la *vida familiar* del artículo 8 del Convenio no alcanza sólo a la familia de derecho, sino también a la familia de hecho, que incluirá la llamada convivencia *more uxorio* y sus consecuencias (la pareja estable de ciertos ordenamientos) y la matrimonial tras su disolución (divorcio, muerte), cuando alcance a ciertos miembros (relación de abuelos con sus nietos, tras la muerte del progenitor de éstos) y la que se da en las familias reconstituidas tras la crisis de la pareja inicial.

Ciertas sentencias del Tribunal europeo de la década de los 70 del siglo pasado parecieron exigir que la *vida familiar* requería que junto a vínculos jurídicos existiera una relación fáctica efectiva para poder invocar su protección en el marco del Convenio: así, la S. de 15 diciembre 1977 (asunto *X e Y vs. Reino Unido*). Sin embargo, a partir de la Sentencia *Keegan vs. Irlanda* (de 26 mayo 1994), se aligeró aquella exigencia al protegerse relaciones de un padre no matrimonial con su hija, a la que nunca había visto con anterioridad (y menos convivido). Numerosas sentencias han destacado la efectividad de los lazos “familiares” y basando la protección en la existencia de vínculos reales suficientemente estrechos (S. de 24 febrero 1995, caso *McMichael vs. Reino Unido*), y el reconocimiento de derechos individuales, entre los que sobresale el de relacionarse el hijo menor con su padre y madre. Por la misma razón, se considera que hay *vida familiar* protegible cuando ha cesado la convivencia, sea por separación o divorcio, ya por colocación del menor en acogida o bajo la asistencia o la administración pública.

El Tribunal Europeo, sin pronunciamiento general o definitivo, ha ido concretando la cuestión de qué relaciones entre miembros de una familia quedarían comprendidas en dicha expresión a los efectos de su protección en ese marco por el Convenio de forma tópica, al encontrarse con asuntos que se le han planteado y resolver el problema correspondiente. En principio, desde una consideración teleológica, quedarán incluidas en aquella expresión (*vida familiar*) todas las relaciones vivenciales e interpersonales entre sus miembros en su proyección o dimensión privada (no pública), cuya lesión en su goce o legítima vivencia afecte negativamente a alguno de sus protagonistas o a la protección de los derechos individuales implícitos.

Las relaciones personales entre miembros de una familia sobre las que se ha pronunciado más veces el Tribunal europeo afectan a los siguientes ámbitos:

a) La guarda de menores, disputada entre sus padres o entre alguno de éstos y la autoridad administrativa a la que se haya confiado; casi inseparable de esa cuestión es la de la relación residual entre el menor y sus progenitores y su alcance.

b) La asunción de la tutela de un menor por las autoridades administrativas, y restricción por las mismas de los derechos y las relaciones de los padres respecto de los hijos, así como las garantías destinadas a la protección efectiva de esos derechos y relaciones (cfr. *Johansen vs. Noruega*, S. de 7 agosto 1996).

c) El regreso o retorno de los hijos con sus padres biológicos tras la estancia de los primeros en acogida por otra familia o una autoridad administrativa (reagrupamiento familiar), y la adopción y ejecución de las medidas apropiadas (asuntos *Rieme vs. Suecia*, S. 22 abril 1992; y *Olsson II vs. Suecia*, S. 27 noviembre 1992).

d) El ejercicio de la patria potestad, incluida la facultad de guarda y custodia por los padres (a veces, por terceros), con los particulares problemas de su suspensión o privación.

e) Las relaciones personales (derecho de visita, como expresión más común) de los hijos con uno de sus progenitores tras la separación de éstos, en particular tras la crisis de la pareja, casada o no; y las de menores con personas distintas de los padres (abuelos, hermanos y otras personas próximas).

f) La recuperación por un progenitor de la guarda de su hijo, sustraído o llevado por el otro fuera del alcance (casi siempre en otro país, o en lugar desconocido) del guardador legal (asunto *Iglesias Gil vs. España*, S. de 29 abril 2003).

Dada la especial competencia del T.E.D.H. en esta materia, buena parte del debate en los asuntos de que ha conocido versa acerca de las medidas adoptadas por las autoridades estatales (judiciales o, en su caso, administrativas) para la protección de esas relaciones familiares y de los derechos individuales correspondientes.

2. Doctrina general del T.E.D.H. sobre el derecho de visita

2.1. Obligaciones que impone el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Toda la doctrina y pronunciamientos de este Tribunal están impregnados de la idea y finalidad de protección de la *vida familiar* en el sentido dicho, de los intereses

espirituales y relaciones afectivas entre los miembros de la familia. Cuando se trata de reunión de un progenitor con sus hijos, considera el Tribunal que el artículo 8 del Convenio debe interpretarse a la luz del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles del rapto internacional de niños (asunto *Ignaccolo-Zenide vs. Rumanía*, S. 25 enero 2000, § 95); y de la Convención de Derechos del Niño (asunto *Lafargue c/ Rumanía*, S. 13 julio 2006).

En esa inteligencia, junto al objetivo esencial de protección frente a la injerencia arbitraria de las autoridades públicas (obligación negativa), existen *obligaciones positivas* de los Estados (firmantes de Convenio) inherentes al «respeto» efectivo de la vida familiar; obligaciones que comportan la adopción de medidas destinadas a asegurarla. Esa obligación positiva implica el derecho de un progenitor a la adopción de medidas adecuadas para que se pueda reunir con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de tomar dichas medidas (casos *Ericsson vs. Suecia*, *Olsson II vs. Suecia* y *Hokkanen vs. Finlandia*). Corresponde, así, a cada Estado-Parte dotarse de un arsenal jurídico adecuado para asegurar el respeto de las obligaciones positivas que le incumben de acuerdo con el artículo 8 del Convenio (caso *Maire contra Portugal*, § 76). El Estado debe poseer, paralelamente, una panoplia de sanciones adecuadas, eficaces y capaces de asegurar los derechos legítimos de los interesados, así como el respeto de las decisiones judiciales que los disciplinen y protejan.

Además de normas legales aptas y suficientes para garantizar la *vida familiar* y las relaciones familiares, las autoridades estatales deben asegurar su efectividad. El T.E.D.H. ha insistido en que la inejecución judicial de las decisiones concernientes a los derechos y responsabilidades paternas, incluidos el derecho de visita y relaciones personales con un menor, pueden constituir una violación del derecho al respeto de la *vida familiar* del artículo 8. Aunque los Estados gozan de un margen de apreciación en este ámbito, el Tribunal juzga especialmente si las medidas tomadas por la autoridad nacional fueron adecuadas y suficientes para garantizar la efectividad del derecho al respeto de la vida familiar (*Ignaccolo-Zenide vs. Rumanía*, cit.).

En el contexto negativo (no ingerencia) como en el positivo, debe prestarse especial atención al equilibrio equitativo que es preciso establecer entre los intereses en litigio tanto de los individuos como de la comunidad, incluidos aquellos relativos a terceras personas, así como el margen de apreciación del Estado (véase, entre otras, *Keegan vs. Irlanda*, S. de 26 mayo 1994). La frontera entre las obligaciones positivas y negativas del Estado no se presta a una definición precisa; los principios aplicables son, en cambio, comparables.

2.2. Protección de Derecho material. Medidas que adoptar

La obligación de las autoridades de adoptar medidas con este fin –dicen casi todas las sentencias– no es absoluta, ya que resulta a veces que la reunión entre un padre y un hijo que vive desde hace tiempo con otras personas no puede tener lugar inmediatamente, y requiere preparativos (caso *Hokkanen*). Su naturaleza y su alcance depende de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación del conjunto de personas afectadas siempre constituirá un factor importante; y su falta multiplica los problemas. Sin embargo, la no cooperación entre los padres separados no es una circunstancia que pueda por sí misma eximir a las autoridades de sus obligaciones positivas según el artículo 8. Bien al contrario, éste les impone la obligación de adoptar medidas que reconcilien los intereses en conflicto de las partes, teniendo siempre muy presente la necesidad de proteger sobre todo los intereses del menor. Cualquier obligación de aplicar el poder coercitivo en este aspecto debe limitarse, ya que los intereses y los derechos y libertades de todas las partes deben tenerse en consideración, y más en concreto el mejor interés del menor y sus derechos al amparo del artículo 8 del Convenio. Suponiendo que estos intereses puedan verse amenazados por las relaciones del menor con su padre/madre (u otras personas) o vulneren este derecho, las autoridades nacionales deberán velar por un equilibrio justo entre ellos. El punto decisivo, a efectos de su control por el T.E.D.H., consiste en saber si las autoridades nacionales han adoptado, para facilitar aquellas relaciones, todas las medidas necesarias que razonablemente se les puedan exigir (ver caso *Hokkanen vs. Finlandia*, § 58, y *Zawadka vs. Polonia*).

Numerosas sentencias destacan que en la adopción de medidas relativas a relaciones personales entre padres e hijos (y con otras personas calificadas), el interés del menor (*the best interest of the child*) es determinante, de suma importancia (cfr. *Johansen vs. Noruega*), y que los deseos y sentimientos del niño deberán ser tomados en consideración en todo cuanto concierne a éste (*Hokkanen vs. Finlandia*).

Sin embargo, el T.E.D.H. se encuentra con la misma dificultad que los tribunales nacionales a la hora de definir en qué consiste ese interés y en la aplicación de las normas que incorporan dicho concepto jurídico indeterminado. A ese respecto ha acogido a veces los criterios casuistas de los ordenamientos anglosajones (por ejemplo, los de la *Children Act* británica).

Ese casuismo ha dado lugar a pronunciamientos aparentemente contradictorios. Así, ha dicho que el menor necesita desarrollar su joven personalidad en un ambiente personal equilibrado, lo cual ha llevado a decisiones como la de la necesidad de separarlo a veces de sus padres cuando son éstos los desequilibradores. Pero

también ha sostenido las más de las veces que el menor tiene derecho a mantenerse en el seno de su familia para que no pierda su identidad –la idea de “vida familiar” aplicada a él–, salvo que ella se muestre indigna o peligrosa para el menor.

El principio del interés superior del menor no es, sin embargo, absoluto en la jurisprudencia del T.E.D.H., sino claramente preponderante. A veces ha debido ceder ante otros intereses valiosos, en lo que han influido circunstancias concretas (justicia del caso): sobre todo en interés de los padres, que ha sido tomado en consideración (caso B c/ Reino Unido, S. 8 julio 1987). En su justificación ha invocado el Tribunal el *principio de proporcionalidad*, sobre todo en cuanto a la valoración de los límites y restricciones que los tribunales y autoridades nacionales pueden poner a las relaciones familiares, y del justo equilibrio entre los intereses individuales y generales.

La adecuación de las medidas adoptadas por la autoridad nacional se juzga no sólo por su entidad, calidad, contenido, sino a veces por la rapidez de su puesta en práctica para la efectividad de las mismas. Los procedimientos relativos a la patria potestad y relaciones padres-hijos, incluida la ejecución de la decisión adoptada, exigen con frecuencia un tratamiento urgente, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables en las relaciones entre los hijos y el progenitor que no vive con ellos (*Ignaccolo vs. Rumanía*, § 102). En no pocas ocasiones el Tribunal Europeo ha juzgado críticamente que las autoridades nacionales dejaron que se consolidara una situación *de facto* contraria a las relaciones personales ignorando las decisiones judiciales, además de que el simple paso del tiempo estaba teniendo consecuencias cada vez más graves para el demandante, privado del contacto con su hija menor.

El Tribunal Europeo ha tomado en consideración de forma especial, a la hora de examinar si se adoptaron ciertas medidas con la urgencia que requería el caso, el carácter irreversible de aquellas y las consecuencias de la no adopción a tiempo (cfr. *Johansen vs. Noruega*, S. de 7 agosto 1996); y ha valorado especialmente el efecto negativo del transcurso del tiempo cuando se demora en exceso el disfrute de las relaciones personales padre/hijo como una pérdida irrecuperable.

A la hora de la ejecución de las resoluciones judiciales, el T.E.D.H. se ha mostrado, en general, contrario a la ejecución *manu militari* de las decisiones sobre derecho de visita. Sin embargo, ha reconocido la ineficacia de la aplicación de ciertas sanciones (multas y asimiladas) y de cómo el tiempo juega a favor del incumplidor y en perjuicio del derecho de visita y del interés del menor en esas relaciones. La reciente S. de 8 diciembre 2007 (caso *Maumousseau vs. Francia*) ha dicho que “el Tribunal estima que recurrir a medidas coercitivas no infringiría el artículo 8 del Convenio”.

V. REITERADO RECURSO DE LOS CIUDADANOS AL T.E.D.H. PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITA

La insuficiente protección que con frecuencia han dispensado los tribunales nacionales y autoridades administrativas al derecho de visita y de relaciones personales establecidas legalmente ha llevado a sus titulares, que se sienten lesionados en su derecho por aquella desprotección, a recurrir ante el prestigioso Tribunal de Estrasburgo invocando la infracción del derecho a la “vida familiar” recién comentado, y buscando la condena correspondiente del Estado infractor, a veces incluso con condena a indemnización por los perjuicios materiales y morales sufridos.

1. Tres casos interesantes

Entre el amplio muestrario de reclamaciones ante dicho Tribunal, adquirieron en su día notoriedad (año 2005) tres con sendas sentencias recaídas en menos de seis meses. Su proximidad temporal, muy parecidos supuestos de hecho y similitud con numerosos casos de nuestra vida judicial, invitan a traerlas aquí. Me refiero a las sentencias de 23 junio 2005 (Sección 1ª de Tribunal: asunto *Zawadka vs. Polonia*), de 30 junio 2005 (Sección 3ª: *Bove vs. Italia*) y de 22 noviembre 2005 (Sección 2ª: *Reigado Ramos vs. Portugal*). Tienen las tres varios datos en común: reclamación por el padre no matrimonial contra el respectivo Estado por incumplimiento del derecho de visita respecto del hijo nacido de relaciones de pareja no casada tras la ruptura de la misma y no protección suficiente por las autoridades nacionales. En los tres casos hubo situaciones fácticas complejas e incidentes múltiples; y también en los tres hubo sendas condenas de los Estados demandados y votos disidentes de miembros del Tribunal, relacionados siempre con la valoración de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales en vista del comportamiento de los protagonistas afectados (no, en cambio, con los aspectos jurídicos, en los que se mantiene una línea uniforme y coherente con la anterior del mismo Tribunal en casos parecidos).

Como ejemplo de cómo ocurrieron los hechos, sucintamente, el *asunto Zawadka vs. Polonia*. El demandante, Z., polaco, tuvo en 1990 un hijo de su relación extramatrimonial con la Sra. O. Esta cambió de domicilio y se llevó consigo al hijo, impidiendo que el Sr. Z tuviera relación con él; más adelante ese padre se llevó al niño a su casa sin el consentimiento de aquélla. Tras discusiones y reclamaciones judiciales relativas a la patria potestad y otros extremos, en 1996 los dos progenitores llegaron a un acuerdo amistoso sobre la residencia del hijo

con la madre y régimen de visita y relaciones con el padre. La madre obstaculizó con excusas, meses después, que el padre viera al hijo. Nuevo proceso sobre patria potestad, sustracción del hijo por el padre; actuaciones penales, requerimiento de devolución del niño, limitación de la patria potestad y de las relaciones padre/hijo; devolución de éste a la madre, actuación del Defensor del Pueblo, investigaciones policiales, marcha de la madre al extranjero, más actuaciones judiciales en diferentes instancias, etc. Desde el principio de 2001 el padre dejó de tener noticia del hijo y su paradero; las restricciones para verlo eran anteriores (1998).

En términos semejantes (con las oportunas variantes personales) los *asuntos Bove vs. Italia* (S. de 30 junio 2005) y *Reigado Ramos vs. Portugal* (S. de 22 noviembre 2005).

2. Doctrina del T.E.D.H. común a esas sentencias

Parte el Tribunal, en su razonamiento y en los tres casos aquí considerados, de que el artículo 8 del Convenio ampara el derecho de todo padre o madre a que se adopten medidas que le ayuden a reunirse con su hijo; y la obligación de las autoridades nacionales de adoptar dichas medidas, aunque esa obligación no sea absoluta. Recuerda, además, cómo el tiempo corre en perjuicio de las relaciones padre/hijo, con el riesgo de consolidar una situación *de facto* ignorando las decisiones judiciales, además de que el simple paso del tiempo tiene consecuencias cada vez más graves para el padre privado del contacto con su hijo menor.

De nuevo, y como muestra del razonamiento del T.E.D.H., señaló las consideraciones en el *caso Zawadka*. El Tribunal considera no convincentes las razones aducidas por las autoridades polacas en su propia defensa y justificación; reconoce que la labor de los tribunales domésticos se vio dificultada por las tensas relaciones existentes entre los progenitores; mas eso no les exime de sus obligaciones positivas: el artículo 8 de la Convención les impone la obligación de adoptar medidas que reconcilien los intereses en conflicto de las partes, teniendo siempre presente la necesidad de proteger sobre todo los intereses del menor; hacer todo lo posible para facilitar la cooperación y el entendimiento de todos los implicados, y que cualquier obligación de aplicar la coerción en este aspecto debe limitarse, ya que deben tenerse en cuenta los intereses y derechos de todas las partes, y más en concreto el mejor interés del menor (con cita de los casos *Hokkanen*, § 58, y *Olsson II*, § 90). Estima el Tribunal que las autoridades nacionales no adoptaron medidas prácticas que alentaran a las partes a cooperar en la ejecución del acuerdo sobre visitas, y concluye que fracasaron en el cumplimiento de sus obligaciones positivas de proporcionar al demandante la

ayuda necesaria que le hubiera permitido gozar de forma efectiva sus derechos de visita y patria potestad; y que, en consecuencia, hubo violación del artículo 8 del Convenio, por lo que condena al Estado demandado.

No difiere sustancialmente la argumentación del T.E.D.H. en los asuntos *Bove vs. Italia* y *Reigado Ramos vs. Portugal*, en los que concluyó que las autoridades respectivas omitieron hacer los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de visita del demandante, ignorando así el respeto de su vida familiar garantizado por el artículo 8, que estimó violado, por lo que condenó a ambos Estados.

3. Otros casos relevantes ante el T.E.D.H.

Entre los varios que se han presentado en los últimos años, me parecen más interesantes los siguientes:

3.1. Caso Koudelka vs. República Checa (S. de 20 julio 2006)

El reclamante, Sr. Koudelka, separado de la madre de su hija, demandó a un tribunal checo su derecho de visita respecto de la hija, cuya guarda había sido conferida a la madre, alegando que ésta le impedía verla. La madre solicitó que se privara a aquél de la patria potestad, lo que fue rechazado. El tribunal acordó un derecho de visita mediatizado (encuentros padre-hija en un centro de prevención social y con la asistencia de un especialista). Koudelka fue denunciado por la hija anterior y mayor de la señora por abusos sexuales, denuncia que no prosperó. Hubo numerosos incidentes con acusaciones recíprocas de incumplimiento, con nombramiento de tutor para la hija, y nuevas incumplimientos, quejas y demás a lo largo de más de diez años, los tres últimos sin resolución judicial.

El T.E.D.H. ha tomado en consideración, como hechos probados que “según el psicólogo, E.P. [la madre] hacía desarrollar en la hija [de 12 años en la época] el *síndrome de alienación parental*, comprometiéndola así la evolución de sus relaciones [de la hija] frente al otro sexo, animándola en sus reacciones histéricas y egocéntricas”. Volvió a reiterar su conocida doctrina de resoluciones anteriores, y dijo –como más relevante a nuestros efectos–:

“Es importante notar que desde 1995 los expertos han llamado la atención sobre la actitud negativa de la madre y sobre el hecho de que el derecho de visita no podía realizarse sin su cooperación; las relaciones posteriores ha demostrado en la hija su fijación patológica en la madre y el síndrome de alienación parental. Era,

pues, más que evidente que el paso del tiempo tenía en este caso consecuencias desfavorables para el reclamante. [...] En vista de los hechos probados, el Tribunal admite que el incumplimiento del derecho de visita es imputable sobre todo al rechazo de la madre, y después al de la hija, programada por la madre; estima que los tribunales checos no han tomado las medidas que podían razonablemente exigir y que no se han mostrado suficientemente rápidos en su recurso a los diferentes medios de ejecución previstos en el Derecho interno”.

Y concluyó condenando al Estado demandado.

3.2. Caso Lafargue vs. Rumanía (S. de 13 julio 2006)

Los hechos no difieren mucho de los anteriores. Pronunciamiento de divorcio del ciudadano francés Lafargue y su esposa, rumana; asignación de la guarda de la hija común a la madre, con ejercicio de la autoridad parental, y derecho del padre de velar por la educación, desarrollo y formación de la hija; reclamación por este último de un derecho de visita, que le fue concedido; tentativa y discusiones procesales para su cumplimiento, con avatares varios, que omito por innecesarios.

El Tribunal, después de reiterar su conocida doctrina, con citas de casos y sentencias anteriores, dijo: “Conviene recordar que en un asunto de esta clase el carácter adecuado de una medida se juzga en función de la rapidez con que se lleva a cabo. En efecto, los procesos relativos a la autoridad paterna y al derecho de visita, comprendida la ejecución de la decisión adoptada, requieren un tratamiento urgente, pues el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el hijo y el progenitor que no vive con él”.

3.3. Caso Audleva c/ República Checa (S. de 2 febrero 2008)

Se trata de un matrimonio divorciado, en el que el marido abandonó el domicilio conyugal con la hija de ambos. Un tribunal acordó devolver la hija a la madre; una medida provisional posterior la dejó sin efecto y confió la guarda al padre. Tras una entrevista con una asistente de protección de menores, la niña habría declarado que deseaba vivir con su madre y no quería ver a su padre, y que había sido influenciada por éste con ocasión de declaraciones anteriores. Ello no obstante, el tribunal mantuvo su decisión anterior, que ordenó ejecutar, acordando más tarde un derecho de visita a favor de la madre, decisión confirmada por el tribunal superior. A partir de esta decisión se produjeron nuevas incidencias, complejas y parecidas a las de casos anteriores, que no merecen ser reproducidas.

De los varios argumentos del T.E.D.H. para apreciar que hubo infracción del artículo 8 de la Convención (y condenar al Estado demandado), quiero destacar éste: “[...] dado que en materia de ejecución de los derechos de guarda y de visita los tribunales checos debían actuar sin retrasos inútiles e incluso sin que las partes lo pidieran, se plantea la cuestión de saber por qué los tribunales no han adoptado al menos una nueva medida provisional para decidir las modalidades del derecho de visita de la demandante. En opinión del T.E.D.H., eso habría permitido clarificar la situación y responder a las objeciones de la reclamante quejándose de que el ejercicio de su derecho de visita había quedado a discreción del padre y del psicólogo elegido por este último. No parece que las autoridades (checas) hayan visto, habida cuenta de las dificultades de ponerse de acuerdo los padres sobre la elección de psicólogo, que éstos se vieran obligados a seguir una terapia familiar o que los encuentros se desarrollen en el seno de una estructura especializada”.

La línea argumental y decisiones de estas y anteriores sentencias se viene manteniendo, con coherencia y continuidad, en otros asuntos posteriores.

3.4. Caso *V.A.M. vs. Serbia* (S. de 13 marzo 2007)

Los hechos son parecidos a los casos anteriores, así como el razonamiento jurídico del Tribunal, por lo que les ahorro detalles y párrafos de la sentencia.

VI. CONCLUSIÓN

El *derecho de visita* y de relaciones personales entre padres e hijos en situaciones familiares marginales (crisis de la pareja) ya no es valorado según los parámetros jurídicos ordinarios. Convenios internacionales y Tribunales al más alto nivel (los constitucionales alemán y español), incluso los supranacionales, lo califican como uno de los *derechos humanos*, con relevancia semejante a la de los *derechos fundamentales de la persona*. Su protección jurídica trasciende también las normas con simple rango de ley ordinaria y de jurisdicción nacional. Una protección insuficiente –por su efectividad o por la rapidez– por los tribunales puede dar lugar a reclamaciones de los ciudadanos ante el T.E.D.H. (en Europa) o semejante, con graves consecuencias: desde la responsabilidad de la Administración de Justicia ante el agraviado por no garantizar una tutela judicial efectiva, hasta la condena del Estado infractor.

Creo que ese riesgo de condena es muy verosímil, incluso probable, por lo que

conciene a España, en muchos casos juzgados por tribunales españoles, y, como habrán podido comprobar con los casos y ejemplos que les he presentado, a otros países. No tanto por esto, vano prestigio, aun negativo, sino por la importancia de los valores éticos y jurídicos en juego (el interés y a veces la felicidad de un niño), pienso que merece la pena reclamar, exigir a los tribunales de cualquier país de nuestra área cultural y jurídica una mayor atención y protección de aquel derecho y relaciones personales entre padres e hijos.