

EL DERECHO DEL MENOR A NO SER SEPARADO DE SUS PADRES

MARTA SALANOVA VILLANUEVA
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO. II. JUSTIFICACION DEL DERECHO. III. CONFIGURACION DEL DERECHO A PARTIR DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 1. Génesis del artículo 9. 2. Implicaciones del precepto. 3. Aportaciones de una lectura global de la Convención. 4. Invocabilidad de la Convención ante la jurisdicción interna. IV. PRINCIPIOS DIMANANTES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 1. El artículo 8 y el respeto a la vida familiar. 2. El artículo 6 y el derecho a un proceso equitativo. V. PLASMACION DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO. 1. Política social preventiva de las situaciones patológicas del núcleo familiar. 2. Primacía de las soluciones que no entrañen una separación. 3. Gravedad de las circunstancias que justifiquen la separación. 4. Adopción de medidas de cara a la reinserción del menor en su familia de origen. 5. Previsiones tendentes a garantizar el respeto de los derechos de la familia. VI. EL INTERES DEL MENOR COMO LIMITE AL DERECHO. BIBLIOGRAFIA.

El punto de partida del presente estudio es el art. 9 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (1) y vigente en nuestro país desde el 5 de enero de 1991. El precepto pone de relieve cómo *“los Estados parte velarán porque el niño (2) no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando (...) tal separación es necesaria en el interés superior de niño”*, añadiendo una serie de garantías que habrán de ser respetadas en los procedimientos a resultas de los cuales se determine la conveniencia o no de la separación y previendo asimismo derechos de visita y de información.

De aquí en adelante pretendo exponer mi personal comprensión del *“derecho del menor a no ser separado de sus padres”*, dotándolo de contenido principalmente a partir del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las directrices que cabe extraer de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos cuyos supuestos fácticos incluyen la salida de un niño de su entorno familiar. Tras ello, trataré de contrastar las conclusiones alcanzadas con nuestro Derecho vigente que, dada la posible incardinación de aquéllas en diversos preceptos de nuestra Constitución, habrá de ser interpretado a la luz de las mismas.

Conviene apuntar ya que no nos encontramos ante un derecho absoluto: de ningún modo cabe hablar de un derecho del menor a permanecer bajo cualquier circunstancia y a toda costa bajo la custodia de sus padres. A mi entender, lo que el respeto al derecho impone con carácter fundamental es que la separación solamente se dé cuando las circunstancias concurrentes en el caso revelen que ésta es absolutamente necesaria de acuerdo al bienestar o interés del niño. Esta primera afirmación es coherente con el principio —recogido en muchas de las normas autonómicas promulgadas sobre protección de menores— de la

(1) BOE, n.º 313, de 31-10-1990.

(2) A lo largo del trabajo se utilizarán indistintamente los términos *“niño”* y *“menor”*, equivalentes si atendemos a la definición que de niño da la Convención en su art. 1: *“Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*

Nótese sin embargo que recientemente la Ley Catalana 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (BOE, n.º 207, de 30-8-1995), diferencia en su art. 2 entre *“niño”* —toda persona de menos de doce años— y *“adolescente”* —toda persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por ley—; distinción esta de justificación poco clara y de escasa trascendencia práctica a lo largo de la ley.

primacía de aquellas actuaciones públicas en defensa del menor que no entrañen su desarraigo familiar. No obstante, el derecho que tratamos tiene una proyección tanto anterior como posterior a la separación: con carácter previo, el Estado estaría obligado a desarrollar una política social preventiva de tales situaciones familiares patológicas; en caso de sobrevenir éstas, deberían ponerse todos los remedios posibles para la erradicación de aquellos factores que aconsejaron el distanciamiento, propiciándose así el retorno del niño a la compañía de sus padres.

I. DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO

Ya se ha adelantado que el eje fundamental de la investigación lo constituye el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este precepto —tal y como afirma el presidente de la Comisión redactora de la Convención en la declaración subsiguiente a la segunda lectura del art. 9 (3)— solamente se aplica a las situaciones domésticas de separación, contemplándose en los arts. 10 y 11 aquellas en las que se vean envueltos más de un Estado. Estos supuestos, en los cuales igualmente cabría hablar de un derecho del menor a no ser separado de sus padres (4), quedan fuera del ámbito del presente estudio.

No obstante, interesa señalar que el art. 10 de la Convención presenta como consecuencia del art. 9.1. la obligación de los Estados parte de atender “*de manera positiva, humanitaria y expeditiva*” toda solicitud, ya de un niño, ya de sus padres de entrar en o salir de un Estado con vistas a la reunificación familiar. Ahora bien, tal disposición deberá contrastarse siempre con la legislación interna reguladora de la inmigración (5), a la que se subordina: el presidente de la Comisión redactora, en el lugar arriba mencionado, manifestó que el art. 10 (6) “*no pretende afectar al derecho general de los Estados a establecer y regular sus respectivas leyes de inmigración de acuerdo con sus obligaciones internacio-*

(3) Inicialmente art. 6. Vid. DETRICK, Sharon (editora), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the “Travaux Préparatoires”*, 1992, p. 181, § 203.

(4) De hecho, fue durante el proceso de redacción del originariamente art. 6 cuando se advirtió la necesidad de regular las cuestiones a la postre previstas en los arts. 10 y 11, finalmente redactados aparte. Vid. DETRICK, op. cit., pp. 162 y ss.

(5) En España, habrá que acudir principalmente a la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y a su Reglamento de ejecución (en concreto, el art. 7 del último regula la concesión de visados de residencia por causa de reagrupación familiar). Asimismo, habrá de tomarse en cuenta la normativa comunitaria incidente en la materia.

(6) Inicialmente, art. 6 bis. Vid. referencia en nota 3.

nales", circunstancia esta que algunos países se han preocupado de recalcar en las declaraciones que acompañaron a su ratificación de la Convención (7).

En su párrafo segundo el art. 10 reitera, ahora respecto a aquellos casos en que hijo y progenitor vivan en Estados diferentes, el derecho del menor a mantener contactos periódicos con ambos padres previamente reconocido en el art. 9.2, acompañándolo del consiguiente derecho de entrar y salir libremente de cualquier Estado parte. La cuestión de las visitas transfronterizas ha de reconducirse tanto al Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 (8) y al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (9).

Este último será asimismo el principal instrumento a tomar en cuenta al enfrentar el problema del traslado y retención ilícita de niños en el extranjero, punto abordado en el art. 11 de la Convención. En virtud de tal precepto los Estados parte se comprometen a adoptar medidas para luchar contra fenómeno de tan triste actualidad en los últimos tiempos, animándoseles además a concertar acuerdos sobre la materia y a adherirse a los ya existentes.

Dentro de las situaciones domésticas —a las que me circunscribiré— son dos los supuestos tipo (10):

a) Separación del niño de ambos padres a resultas de una decisión de la autoridad en cada caso competente merced a la cual los progenitores se ven privados de la guarda. Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, nos encontramos aquí con aquellos casos en que la entidad pública encargada de la protección de menores en cada territorio declara el desamparo del menor (art. 172 Cc), pero también con los de

(7) Así, el Reino Unido y Alemania (R. de la Secretaría General de AA. EE. sobre actuaciones de otros países respecto a tratados en los que España es parte de 26-1-1993, BOE, n.º 35, de 10-2-1993).

(8) Instrumento de ratificación en BOE, n.º 210, de 1-9-1984.

(9) Instrumento de ratificación en BOE, n.º 202, de 24-8-1987.

(10) Me limitaré al tratamiento de supuestos meramente civiles: no serán pues objeto de estudio aquellos casos en los que el menor se ve distanciado de sus padres a consecuencia de la imposición de una pena de privación de libertad ya sobre sus padres, ya sobre él mismo. Apúntese no obstante que para estos casos el art. 9.4 prevé un derecho de información indistintamente a favor de padres o hijos según quien sea el sujeto objeto de la sanción, y que el inciso c) del art. 37 reconoce el derecho del menor privado de libertad a "*mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales*".

privación judicial de la patria potestad merced al art. 170 e incluso con las medidas que el juez pueda adoptar en virtud del art. 158.3, entre las que puede figurar confiar la guarda del niño a personas distintas de sus padres.

b) Supuestos de inexistencia o ruptura de convivencia entre los padres. Esto es, casos en que los progenitores nunca llegaron a convivir establemente, uniones de hecho que se rompen y casos de separación *de facto* o judicial, nulidad o divorcio de matrimonios. En ellos el menor reside con uno solo de sus padres y consecuentemente —y por desgracia de manera inevitable— separado del otro.

El contenido del derecho que trataré de delimitar sólo se manifiesta con total plenitud en el primer grupo de situaciones: es evidente que poco se puede hacer para prevenir o solucionar rupturas en el seno de una pareja y que la gravedad de las circunstancias no necesita ser medida cuando tiene lugar. El derecho del niño ante tamañas tesituras se contrae a que la separación física no se vea acompañada de un distanciamiento emocional y afectivo, siendo fundamental para ello garantizar la existencia de un derecho de visita (11). Así, me ocuparé preferentemente del primer tipo de casos, sin dejar por ello de hacer las oportunas referencias a los segundos.

II. JUSTIFICACION DEL DERECHO

El porqué de la existencia de un derecho del menor a no ser separado de sus padres no es susceptible de explicación en términos jurídicos: la propia naturaleza y la experiencia seculares enseñan que el mejor entorno para un adecuado y armonioso desarrollo del niño es su propia familia. Así, lo manifiesta la Convención sobre los Derechos del Niño en los párrafos quinto y sexto de su Preámbulo, y de su artículo se colige que el niño es siempre contemplado en el contexto de su unidad familiar. Por su parte, el art. 1 de la Declaración sobre los principios sociales y legales relativos a la protección y bienestar de los niños, con especial referencia al acogimiento y a la adopción de 1986, estatuye que la primera prioridad para el niño es el ser cuidado por

(11) Utilizaré la expresión en el sentido amplio que convencionalmente se le viene atribuyendo entre nosotros: visita *strictu sensu*, comunicaciones y estancias. Cf., entre otros, MARTÍNEZ SAPIÑA ("El régimen de visitas: criterios para su determinación en los diversos supuestos fácticos", en RIVERO HERNANDEZ *et al.*, *El derecho de visita. Teoría y praxis*, 1982; p. 353) y GARCIA CANTERO, G. (Comentario a los arts. 90 a 94, en *Comentarios al Código Civil EDERSA*, t. II; 1982, pp. 400-1.)

sus propios padres (12). Tampoco faltan afirmaciones en tal sentido en legislaciones extranjeras (13).

Tal "ley natural" se ve corroborada por las diversas investigaciones efectuadas en el campo de la sociología y la psicología infantiles —de interés e importancia incuestionables en todo lo relacionado con menores—, hasta el punto de que aquellos supuestos en que la misma quiebra se califican acertadamente de patológicos.

Consecuencia lógica de lo dicho es el reconocimiento por parte del ordenamiento positivo del derecho-deber de los padres de cuidar y formar a sus hijos: el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño atribuye a los padres la responsabilidad principal de la crianza y el desarrollo del niño; el art. 39.3 de nuestra Constitución impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos y en términos similares se expresan las Constituciones alemana e italiana (14).

La toma de conciencia sobre la importancia social del papel desarrollado por el grupo familiar mueve a los Estados a comprometerse a apoyarlo y velar por él, poniéndolo en situación de satisfacer adecuadamente su tarea educadora y socializadora. Vemos como el principio de protección a la familia no sólo se pone de manifiesto en la Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo, párrafo 5.º), sino que aparece reflejado en diversos instrumentos internacionales —así la

(12) El art. 4 añade que sólo cuando tal cuidado no está disponible o cuando es inapropiado, la crianza por parte de parientes o por sustitutos (otra familia o una institución) podrá ser considerada.

(13) Así, una de las líneas inspiradoras de la regulación contenida en la Children Act 1989 (cap. 41) inglesa presupone que el medio ideal para velar por la educación del niño es su familia, y la ley italiana de 4 de mayo de 1983 sobre disciplina de la adopción y el acogimiento de menores, afirma en su art. 1. que "*il minore ha diritto di essere educato nell'ambito della propria famiglia*". Apúntese igualmente que "*el papel primordial de la familia y su estabilidad en el desarrollo armonioso y equilibrado del niño*" queda debidamente subrayado en la Resolución sobre una Carta Europea de Derechos del Niño del Parlamento Europeo (R. A3-0172/92, DOCE, de 21-9-92).

(14) Art. 30 de la Constitución italiana de 1947 — "*È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. / Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti*"— y párrafos 2 y 3 del art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn alemana de 1949— "*2. El cuidado y la educación de los hijos son derecho natural de los padres y constituyen una obligación incumbente primordialmente a ellos. La colectividad pública vela por su cumplimiento. 3. Contra la voluntad de los encargados de su educación, los niños sólo podrán ser separados de la familia en virtud de una ley, cuando los encargados de la educación no cumplan con su deber o, por otros motivos, los niños corran peligro de desamparo*" (traducción tomada del ejemplar de la Ley Fundamental de Bonn en castellano distribuido por la Embajada alemana en España); nótese las similitudes de este inciso tercero con el art. 9.1 de la Convención.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 16.3), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art. 10.1), y el de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) (15), la Carta Social Europea (art. 16), la Resolución del Parlamento Europeo de 1989, por la que se aprueba la *"Declaración de los Derechos y Libertades fundamentales"* (art. 7), etc., y Constituciones nacionales, haciéndolo la nuestra en su art. 39.1: *"Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia"* (16).

La tutela a la familia se presenta así como la vía fundamental merced a la cual el Estado articulará la protección de la infancia: al ser sus padres las personas más aptas para cuidar del menor, la política estatal tenderá a proteger a aquél indirectamente amparando a su familia (17), respetando su labor y evitando injerencias que no podrían ser sino perturbadoras. Nos encontramos de frente con la esfera de autonomía familiar, con la "privacy" anglosajona abiertamente reconocida en el principio II de la Declaración de Derechos del Niño de 1959: *"El niño debe ser cuidado con el debido respeto a la familia como entidad"*, y cuya intangibilidad inicial (18) reclama el art. 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño: *"Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres..."* No en vano nos hallamos ante un derecho a la vida privada familiar que nuestra Constitución reconoce

(15) Nótese no obstante que la protección brindada a la familia bajo el Pacto puede caer, merced al art. 4, en situación de emergencia pública debidamente declarada. No deja de ser paradójico, tal y como apunta VAN BUEREN (*The international law on the rights of the Child*, 1995, p. 86), que en aquellas circunstancias donde las familias necesitan de mayor ayuda sea lícito desampararlas.

(16) Declaraciones con el mismo objetivo se hallan en el art. 29 de la Constitución Italiana: *"La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio"*; art. 6.1 de la alemana: *"El matrimonio y la familia están bajo la protección particular del orden estatal"* (origen de la traducción en nota 14); y párrafos 9.º y 10.º del Preámbulo de la Constitución de la IV República francesa (todavía vigente): *"La nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo. La nación garantiza a todos, principalmente a los niños, a las madres y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material de descanso y el ocio debido."*

(17) Así, LACRUZ BERDEJO (t. IV, vol. I de *Elementos de Derecho Civil*, p. 19), tratando de las potestades y funciones familiares, habla de cómo el padre (o tutor) son *"órganos de un poder protector de la familia o, singularmente, de los débiles, desempeñando una función en cierto modo pública, especialmente cuando asumen el cuidado de personas incapaces, que en otro caso correspondería al Estado"*.

(18) Inicial en la medida de que, tal y como veremos, esta intangibilidad podrá quebrar de requerirlo una correcta protección del menor; *vid.* en tal sentido CASS (*"The limits of the public/private dichotomy"* en vol. col. *Children, Rights and the Law*; pp. 141 y ss.) o VAN BUEREN (*op. cit.*, pp. 72 y ss.; 106), entre otros.

como fundamental (art. 18) (19), recogido en la Declaración Universal del Derechos Humanos (art. 12) y generador de una rica jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En relación con tal esfera de autonomía surge la cuestión de la llamada “dicotomía público-privada” cuya formulación tradicional en materia de protección de menores resume CASS (20) indicando que correspondería a la esfera privada y por tanto al entorno familiar la alimentación, cuidados y protección personal del niño; mientras que quedaría a cargo de la pública —el Estado— la provisión de recursos y servicios adecuados para hacer viable el cumplimiento de tales cometidos por parte de los padres: infraestructuras educativas y sanitarias, subsidios familiares, etc. (21).

Tal dicotomía ha perdido los tintes de absoluta que en tiempos la adornaron, dando paso a un “principio de intervención subsidiaria” o “principio de subsidiariedad”: la autonomía de la familia es respetada en tanto cuanto ésta satisfaga las obligaciones que respecto al menor le incumben; cuando ello deje de ser así, la autoridad estatal no sólo está legitimada sino obligada a intervenir tomando a su cargo la protección directa del niño. En tales casos el eslabón que constituía la unidad familiar se ha roto, la protección indirecta resulta insuficiente y la “privacy” antes mencionada cede indiscutiblemente ante las exigencias del interés menor, siempre prevalentes y que ya no coinciden con las que la autonomía familiar impone (22).

(19) De cuya existencia se congratula LACRUZ (*op. cit.*, p. 12). El autor presenta “la autonomía del grupo familiar frente a una intromisión del Estado que no se dirija a tutelar evidentes derechos fundamentales de sus componentes” como principio común a la práctica totalidad de los modelos conocidos de familia, añade que “esto último no significa que se halle sustraída la familia al ordenamiento estatal, sino que tal ordenamiento ha de respetar las líneas maestras del modelo comúnmente aceptado y en particular el desarrollo interno de la vida familiar. Principio que viene reforzado por el derecho a la intimidad, que la Constitución española extiende, con acierto, de la persona a la familia: hay una esfera interna cada vez más amplia en la que ni el legislador ni el juez pueden inmiscuirse, excepción que se deduce de lo que tiene la familia de institución natural”.

(20) CASS, Bettina, *op. cit.*, pp. 141 y ss.

(21) LACRUZ (*op. cit.*, p. 26) refiriéndose al art. 39.1 de la Constitución, tras lamentarse de su no inclusión entre los derechos y libertades fundamentales del Cap. II, manifiesta que, “aun así, implica un reconocimiento del valor y sustantividad de la familia, que no sólo es digna de respeto, y por tanto de una actitud negativa del poder público evitando inmiscuirse en la vida familiar, sino que merece todas las ayudas externas que favorecen su desarrollo y el cumplimiento de su misión: el proyecto constitucional, siguiendo a la Carta Social Europea, destacaba las prestaciones sociales y las ventajas fiscales”.

(22) Prueba de esta evolución en la comprensión de la “autonomía familiar” es la consagración positiva de una tendencia intervencionista del Estado en la familia antaño impensable, tal y como señala CASTAN VAZQUEZ (en CASTAN TOBENAS, J. *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. 5, vol. I, 1994; pp. 78 y ss.). El autor añade que “especialmente en la esfera de las relaciones paterno-filiales, se ha realizado ya una evolución muy honda (...) El Estado tiene sometida a su alta inspección y tutela la educación y los intereses de

En tal sentido, señala gráficamente CASS (23) que hoy en día —y ello queda patentemente reflejado en la Convención sobre los Derechos del Niño— los derechos del menor se disgregan de los derechos de la familia (24): ya no se identifica siempre y en todo caso la protección de aquél con la protección de ésta, y precisamente de la conciencia que se tenga de tal realidad así como del escepticismo con el que se contemple la concepción de la dicotomía público-privada dependerá la efectividad de la protección que los Estados brinden a los menores.

Sin restarle acierto a tal consideración, tampoco procede llevarla al extremo de ignorar la existencia de un margen dentro del cual les cabe a los padres actuar en relación a sus hijos en el sentido que ellos juzguen conveniente, autorizando una injerencia pública ante la menor disfunción del grupo familiar (25). El que el interés del menor sea prevalente no significa que todos los demás intereses y derechos en presencia sean automáticamente ignorados, y en este caso se halla en juego un derecho fundamental —aunque no absoluto— como es el de la vida privada familiar (26).

los menores, y llega a privar del ejercicio de su autoridad a aquellos padres que abusen de la misma o no estén en condiciones morales de desempeñarla satisfactoriamente”.

Desde una perspectiva internacional, VAN BUEREN (*op. cit.*) apunta: “*la intimidad (privacy) de la familia ya no es sacrosanta. Así, para proteger los derechos de los niños, los foros de derechos humanos tienen que considerar ahora asuntos que conciernen al equilibrio entre la responsabilidad del Estado y la intimidad de individuos miembros de la familia. Por una parte, el Derecho Internacional respeta la intimidad de los miembros de la familia, mientras que por otra el Estado está bajo la obligación de intervenir cuando existe un riesgo de que miembros de la familia estén maltratando al niño*” (p. 72); “*Aunque la familia todavía es reconocida como la unidad básica de la sociedad, en virtud de la amplia aceptación de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados han admitido que no todas las formas de vida familiar son consecuentes con el interés del menor*” (p. 106).

(23) *Op. cit.*, p. 142.

(24) Tal disgregación podría igualmente deducirse de LACRUZ (*op. cit.*, p. 38), cuando señala que “*si los padres tienen frente al Estado un derecho fundamental (constitucional) de criar al hijo, controlar su educación y transformarlo en una persona responsable, este derecho, como dice BEITZKE, ‘debe ejercitarse considerando la propia dignidad humana del hijo y sus derechos al desarrollo de la personalidad’: derechos estos que asisten al hijo igualmente frente al Estado*”. El autor pone de relieve el posible conflicto entre protección del niño por parte del Estado y el respeto por el mismo a la intimidad familiar, apuntando, en relación al art. 39.2 de la CE, que la oferta de una “*protección integral de los hijos*” “*plantea al poder público como primer problema el de la integralidad (o integridad) de esa protección estatal, territorial o municipal, cuya puesta en práctica puede entrar en conflicto con los derechos que tradicionalmente vienen reconociéndose a los padres*”.

(25) En tal sentido, CASTAN VAZQUEZ (*loc. cit.*) continúa la reflexión arriba transcrita (nota 22) diciendo que “*(h)ay que reconocer que es ésta una orientación necesaria y plausible, mientras no se la exagere y saque de quicio.*”

(26) VAN BUEREN (*op. cit.*, p. 106) —quien refiere su análisis siempre a los textos internacionales existentes— manifiesta que “*el Derecho Internacional no encierra una división*

Así, GRASSO (27) apunta los dos extremos que tiene que tener en cuenta el legislador al incidir sobre la materia: de una parte, no cabe autorizar la violación sin más de los derechos de la familia abanderando como excusa el "*favor minoris*", y de otra el respeto de tales derechos no puede llevar a una configuración del grupo familiar como un ente intocable obstaculizándose con ello intervenciones en favor del menor cuando las circunstancias las requieran.

Si tal equilibrio puede buscarse y debe lograrse en abstracto en el tenor de la legislación protectora de menores —con lo que no se está diciendo que siempre ocurra así—, la cuestión presenta un cariz más arduo cuando se desciende al caso concreto.

Sobre lo que no debe quedar duda es que cualquier situación de peligro del menor habilita al organismo competente a intervenir siempre, pero no a hacer uso de determinadas medidas salvo que tras un examen exhaustivo de las circunstancias aquéllas se presenten como de imperiosa aplicación. Tal es el caso de la separación: dadas sus repercusiones sobre la vida familiar —sufre un ataque medular e irreparable—, y sobre el niño —psicológica y emocionalmente desestabilizado al ser sustraído de su medio habitual, considerado el ideal para su desarrollo—, sólo se justificará ante supuestos de gravedad contrastada, en los que no quepa solución alternativa y en el proceso de adopción de tamaña decisión habrá de observarse todo tipo de garantías (28).

III. CONFIGURACION DEL DERECHO A PARTIR DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Ya se ha tenido oportunidad de señalar cómo el art. 9 declara la inviabilidad de la separación de un niño de sus padres contra la voluntad de éstos salvo en circunstancias graves, rodeando al hecho

fundamental entre derechos de los niños y autonomía de la familia, poniendo a los unos por encima de la otra, más bien, pretende proteger la vida familiar sólo cuando ésta es consecuente con los derechos de los niños".

(27) GRASSO, Luciano, "L'affidamento e l'adozione", en vol. col. *I bambini e i loro diritti*, pp. 115.

(28) En palabras de LACRUZ (*op. cit.*, p. 41), "*esta intervención (la de las autoridades de cara a proteger al menor) ha de limitarse a lo indispensable para evitar el mal. Por ejemplo, si los padres no pueden o no quieren atender a la salud del hijo que necesita de cuidados médicos, el Estado puede proveer a que se le suministren esos cuidados, pero no puede trasladar innecesariamente al hijo a otro hogar. Si el padre no tiene medios económicos suficientes para atender al mantenimiento y educación de los hijos, el Estado puede prestarle ayuda financiera, pero sería inconstitucional que le exigiera, para esa prestación, el traslado de los hijos a distinto domicilio".*

de una serie de específicas garantías. Paso ahora a examinar el contenido de dicho precepto y las conclusiones a las que a partir del mismo cabe llegar. Su tenor es el siguiente:

9.1. *Los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

2. *En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo primero del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

3. *Los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*

4. *Cuando esta separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado parte proporcionará cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados parte se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.*

Procede, antes de continuar, hacer referencia a la evidente relación existente entre el precepto que nos ocupa y el art. 7.1, cuyo inciso final declara que el niño tendrá derecho “*en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”. Aunque fundamentar el derecho del menor a no ser separado de sus padres directamente en el art. 7.1 —considerando al art. 9 como un desarrollo del mismo en clave de obligaciones correlativas del Estado— presentase a primera vista la ventaja de que en aquél se habla específicamente de un derecho (más adelante veremos las implicaciones que ello puede llegar a tener para algunos), lo cierto es que la inclusión en el mismo de tal mención no estaba inicialmente prevista: el inciso no pasa de ser fruto de la insistencia de algunas delegaciones a la que las demás no se opusieron finalmente, dejándose eso sí constancia de que se estaba incurriendo en innecesarias reiteraciones dentro del

cuerpo de la Convención (29). Así pues, la sede principal del derecho del menor a no ser separado de sus padres se localiza en el art. 9, el que además goza de precisiones fundamentales de las que carece el art. 7.1, sin las cuales el derecho en sí quedaría muy debilitado (30).

1. Génesis del artículo 9 (31)

Como es de todos sabido, el punto de partida para la redacción en el seno de Naciones Unidas de un instrumento de carácter vinculante sobre los derechos del niño —recuérdese que tanto la Declaración de la Sociedad de Naciones de 1924, hecha en Ginebra, como la Declaración de N.U. de 1959, dada su condición de tales carecían de fuerza obligatoria— se encuentra en la propuesta presentada por el gobierno polaco durante la trigésimo cuarta sesión de la Comisión de Derechos Humanos de N.U. celebrada a principios de 1978. Se pretendía adoptar una

(29) El original art. 2 —finalmente, art. 7— pretendía garantizar el derecho de todo niño a un nombre y a una nacionalidad, aspectos relacionados con su identidad. Ciertamente la familia forma parte de la identidad de toda persona (*vid.* art. 8), y así el representante de Egipto —expresando la opinión de otros países, principalmente norteafricanos— propuso, con motivo de las consideraciones que siguieron a la primera lectura del texto de la Convención, una enmienda a resultas de la cual el art. 7.1 —hasta entonces limitado a reconocerle al niño los derechos precitados— leía: “El niño tendrá desde su nacimiento derecho a conocer y pertenecer (*belong*) a sus padres, así como el derecho a un nombre y a una nacionalidad” (*Vid.*, DETRICK, *op. cit.*, p. 127, §§ 93 y 94). Numerosos Estados objetaron la inclusión de la palabra “pertenecer” dado su implicación de una idea de propiedad (*ibid.* § 96). A continuación, se creó un grupo redactor reducido que presentó la configuración actual del precepto. Posteriormente, el representante de Italia planteó el añadir la frase “Ningún niño puede ser privado arbitrariamente de su familia”, a lo que otras delegaciones apuntaron que tal provisión ya estaba incluida en otro lugar del proyecto (futuro art. 9) y que no había necesidad de repetirla aquí (*loc. cit.*, p. 129, § 111). Finalmente, el observador de Canadá señaló que “*ciertas provisiones del art. 2 (finalmente, 7) tal y como se ha adoptado ya han sido incluidas en algunos de los otros artículos del proyecto de Convención, en concreto en el art. 6 (a la postre, 9)*”, urgiendo al grupo de trabajo a que se evitasen tales duplicidades en el futuro (*ibid.*, § 116).

(30) La expresión “*en la medida de lo posible*” motivó susceptibilidades en varias delegaciones en tanto en cuanto podía dar lugar a interpretaciones arbitrarias del artículo. Se propuso su sustitución por “*sujeto a las provisiones de esta Convención*” o “*en el interés superior del niño*”, sin que al final se retocase el tenor del artículo (*vid.*, DETRICK, *op. cit.*, p. 129, §§ 107, 108 y 115). La referencia al interés del menor sí consta expresamente en el art. 9 y en él aparecen diversas disposiciones tendentes a evitar arbitrariedades.

(31) Sobre el proceso de redacción de la Convención consúltese DETRICK (*op. cit.*, pp. 162 y ss. respecto al art. 9); o, más escueto, SAULLE, M. R. (a cargo de): *La Convenzione dei Diritti del Minore e l'ordinamento Italiano* (pp. 268 y ss. en cuanto al art. 9).

Convención en 1979, coincidiendo con el año internacional del niño. No obstante, los trabajos preparatorios se prolongaron nada menos que diez años, circunstancia esta que no ha de extrañar si se tiene en cuenta la dificultad de lograr el consenso entre los representantes de las distintas delegaciones participantes (32) en el proceso, abanderados de ideologías e intereses en muchos casos de difícil conciliación: he aquí una de las razones de la repetidamente señalada imprecisión, “abstracción” excesiva de la Convención, de importantes consecuencias como más adelante se verá.

La tendencia que queda patente tras el estudio del proceso de redacción del art. 9 es la ampliación clara de su contenido. El art. 6 del texto inicialmente propuesto por Polonia —que a la postre daría lugar, entre otros, al art. 9—, coincide en su formulación con el principio 6 de la Declaración de 1959, que reza: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre (...).” (33).

El texto fue enviado por la Secretaría General a los Estados miembros de Naciones Unidas y a organismos especializados, de cara a recabar sus “opiniones, observaciones y sugerencias” sobre el mismo. Merced a aquellas que tuvieron como objeto el tema que nos ocupa, se destacó la necesidad de atender a los supuestos de familias “internacionales” rotas (34) —cuestión llamada a resolverse en el art. 10—, y se hizo especial hincapié en la exigencia de que la no separación se refiriera tanto al padre como a la madre (35).

(32) No debe olvidarse que éstas no sólo representaban Estados: tal y como apunta DETRICK (*op. cit.*, pp. 24 y 25), la contribución realizada por diversas Organizaciones no gubernamentales —quienes formaron un Grupo conjunto *ad hoc*— no encuentra parangón en la historia de la redacción de instrumentos internacionales. En lo que al art. 9 se refiere, se las considera directamente responsables de la introducción de los párrafos tercero y cuarto.

(33) La continuación del precepto (“... La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole”), se recoge en la Convención en preceptos distintos: arts. 20.1 y 27.

(34) Así, Francia y la Sociedad de Legislación Comparada.

(35) Así, Francia, Finlandia, Grecia, Suecia, la Sociedad de Legislación Comparada y Nueva Zelanda, quien señaló que tal preferencia de la madre sobre el padre en cuanto a la custodia del niño era contraria a los principios de igualdad que inspiraban su regulación interna.

El grupo de trabajo inició su labor en 1980 a partir del texto revisado de la propuesta polaca, confluyendo en la materia a la postre tratada en el art. 9. Tanto el art. 6 (“*Los padres tendrán derecho a fijar el lugar de residencia del niño, a menos que, guiado por el interés superior del menor, un órgano estatal competente esté autorizado, de acuerdo con la ley nacional, a decidir sobre la cuestión*”); como el 10 (“*Un niño de edad preescolar no será separado de sus padres, salvo en los casos en los que tal separación sea necesaria en beneficio del menor*”) (36). El texto se fue modulando a raíz de las diversas objeciones y propuestas que fueron teniendo lugar: así, el representante australiano atinó a señalar la impropiedad de hablar de un derecho de los padres en una Convención sobre Derechos del Niño, y la redacción fue alterada en este sentido (37). Del mismo modo se acordó obviar la referencia a la edad del menor (38), introducir la necesidad de una revisión judicial de la medida, la audiencia de las partes, la ejemplificación de aquellas situaciones susceptibles de justificar una separación, la referencia al derecho de visita y a la información en los casos de separación, el tratamiento de los supuestos de residencia de los miembros de la familia en diferentes Estados y la prevención de los raptos internacionales —cuestiones estas dos últimas finalmente reconducidas a artículos independientes (39).

Este país hizo asimismo dos interesante puntualizaciones: de una parte, cuestionó la restricción de la declaración a los niños de “corta edad”, y de otra apuntó la necesidad de matizar la “no separación”, pues, de entenderse en sentido absoluto, se estaría negando a los padres la posibilidad de confiar a su hijo a instituciones —ya totalmente o en régimen ambulatorio— en aquellos casos en los que no se hallen en situación de atenderlo debidamente.

En cuanto a España, destaca su propuesta de que, tras la referencia a los niños sin medios materiales (en el inciso transcrito en nota 33), se especificase que debería proporcionárseles la adecuada asistencia, evitando su desarraigo del entorno familiar.

(36) Traducimos de la versión inglesa, que puede consultarse en DETRICK, *op. cit.*, p. 163.

(37) Nótese que durante el proceso de redacción de la Convención se sugirió la necesidad de que existiese una Convención sobre los Derechos del Padre (*vid.* VAN BUEREN, *op. cit.*, p. 68 y nota 8 en p. 107).

(38) Tal y como apunta VAN BUEREN (*op. cit.*, p. 80), la Convención amplía la estrecha perspectiva en este punto adoptada por la Declaración del 59 y reconoce “*la importancia de la vida familiar en el desarrollo de todos los niños, no sólo de los muy pequeños (...). La mayoría de los Estados (...) no quiso ver cómo se hacía una distinción tal entre niños mayores y pequeños en un ámbito tan fundamental como es la separación familiar*”.

(39) Cf., *in extenso*, DETRICK, *op. cit.*, pp. 162 a 181. Entre las propuestas que finalmente no encontraron acomodo en el art. 9, quisiera destacar la que en las sesiones de 1982 fue hecha por los representantes de varias delegaciones: según ella, la separación debía ser preferentemente de naturaleza temporal o provisional, el período de distanciamiento lo más corto posible, y el niño devuelto a la compañía de sus padres tan

2. Implicaciones del precepto

Procede comenzar haciendo una puntualización previa: el art. 9 estatuye un derecho a favor del niño, el de no ser separado arbitrariamente de sus padres, independientemente de que su enunciado comience con la imposición de una tarea a los Estados. El fenómeno se manifiesta en numerosos puntos del articulado de la Convención: frecuentemente se opta por la fórmula "*los Estados parte...*" velarán porque, garantizarán que, adoptarán medidas para que, etc. Ante ello podríamos preguntarnos: ¿nos encontramos ante una Convención sobre derechos del niño o sobre obligaciones de los Estados para con los niños? Personalmente, me adhiero a la postura (40) partidaria de que la disyuntiva se resuelva en favor de la primera proposición. Uno de los logros que repetidamente se atribuye a la Convención sobre los Derechos del Niño es dejar clara y patente la consideración del menor como sujeto de derechos: supone el abandono del "paternalismo recalcitrante" según el cual el niño sólo tenía derecho a que los adultos se ocupasen de él como mejor les pareciese (41) y la aceptación de la

pronto como las circunstancias cambiasen en sentido favorable, haciéndose superflua la separación (*loc. cit.*, p. 168, § 19). Considero que unas líneas en tal sentido no hubieran estado de más en el texto del art. 9.

(40) Así, entre otros EEKELAAR, VAN BUEREN, FREEMAN, CAMPBELL, MIRALLES SANGRO, RAYMOND, MORO y DOGLIOTTI (*vid.* obras citadas en bibliografía). Compárese no obstante con la posición contraria adoptada por la Cour de Cassation francesa expuesta más adelante (pp. 260 y ss.).

(41) BEVAN (*Child Law*, 1989, p. 12) cita el *dictum* de una sentencia inglesa (p. Crouse 4 Whart 9 at 11 (1838) Supreme Ct. Pa.) que refleja plásticamente lo que tal paternalismo suponía: "*El derecho básico de un menor no es a la libertad, sino a la custodia. Tiene derecho a que alguien cuide de él, y si sus padres no pueden proporcionarle este privilegio, la ley debe hacerlo.*" Frente a quienes pudieran rechazar de plano la viabilidad de mantener posturas paternalistas a partir de la Convención, FREEMAN ("*Taking Children's Rights more seriously*" en vol. col. *Children, rights and the law*, 1992, pp. 52 y ss.) defiende una —atractiva a mi entender— "vía media de paternalismo liberal", en virtud de la cual habrían de protegerse tanto a los menores en sí mismos como a sus derechos, señalando el autor la imposibilidad de dejar a los niños solos en el desarrollo de la autonomía que la concesión de derechos les proporciona, debiendo así intervenir en su interés de ser necesario. El problema —que Freeman no deja de apuntar— está en pergeñar los criterios de actuación y la orientación que cabe dar a la misma.

Por su parte, O'NEILL ("*Children's rights and children's lives*", en vol. col. *Children, rights and the law*, 1992; pp. 24 y ss.), considera que "*hay buenas razones para pensar que el paternalismo puede ser en gran medida lo que éticamente se requiere al tratar con niños, incluso si es inadecuado al tratar con menores maduros o en vías de madurar*" (p. 40); la autora desarrolla una construcción merced a la cual la protección de los niños se fundamenta mejor gracias a la existencia de "obligaciones fundamentales" gravando a otros sujetos, que merced a la atribución de "derechos fundamentales" a los niños, no

igualdad de las personas independientemente de su edad así como del valor de la autonomía del niño, siendo en este último sentido de mención inexcusable el art. 12 (42).

Las referencias al Estado hechas por la Convención deben considerarse como inevitables, sin que su existencia nos autorice a efectuar ningún tipo de diferenciación entre aquellos preceptos que —en palabras de EEKELAAR (43)— se expresan en el lenguaje de derechos y aquellos que disponen tareas específicas a cargo de los Estados: en consecuencia estos últimos deben entenderse también como creadores de derechos (44).

En último termino, si tal argumento no resultase convincente, podría (en lo que al derecho a no ser separado de sus padres se refiere) recurrirse al art. 7.1: como hemos visto, allí sí se habla expresamente de un derecho del niño a conocer y ser cuidado por sus padres, que habría de ser completado —sobre todo en lo que a la expresión “*en la medida de lo posible*” (45) se refiere— con el 9 (46).

dudando en tildar a algunos de los contenidos en la Convención de meros ‘derechos-manifiesto’. A resultados de ello el ámbito de la protección conseguida sería mayor: tales obligaciones son “imperfectas” en tanto que no se corresponden necesariamente con la existencia de un derecho en la contraparte; gracias a ello se lograría erradicar aquellas situaciones en las que cualquier adulto relacionado con un niño (en nuestro caso, los padres) no desarrolla adecuadamente su función para con él y sin embargo no está violentando derecho alguno de éste. Su propuesta puede calificarse sin titubeos de minoritaria.

(42) 12. 1. Los Estados parte garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. / 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

(43) EEKELAAR, John, “The importance of thinking that children have rights” en vol. col. *Children, rights and the law*, 1992, p. 235, nota 10. Por su parte, FREEMAN (*op. cit.*, p. 69) indica que “(la Convención) reconoce un gran número de derechos (...) La mayoría se expresan en términos de derechos (por ejemplo, libertad de expresión, pensamiento, asociación, seguridad social, educación), aunque algunos se conceptualizan como tareas del Estado (por ejemplo, la provisión relativa al abuso sexual). La distinción no responde a nada importante: desde luego no es reflejo de consideración filosófica alguna”.

(44) De otra parte, la cuestión de si en la Convención se contienen derechos del niño o obligaciones a cargo del Estado tiene importancia, como posteriormente se verá, de cara a examinar la cuestión de la aplicabilidad directa, el carácter “self-executing” de la Convención.

(45) *Vid.* nota 30.

(46) Ello como argumento último, pues como ya se ha advertido (pp. 241 y ss.), la sede original y principal del derecho debe ser y es el art. 9.

Sentado esto, corresponde extractar las enseñanzas fundamentales que a mi entender cabe deducir de la lectura del art. 9, puntos que en principio deberán respetar las diversas legislaciones internas sobre la materia para armonizar con la Convención:

a) El derecho del menor a no ser separado de sus padres que el art. 9 reconoce se halla sujeto a dos condiciones acumulativas: que los padres no deseen tal separación (47) y que la misma no venga exigida por el interés del menor (48).

La primera obedece a una lógica que responde a dos tipos de supuestos bien distintos. De una parte, nos podemos encontrar ante familias temporalmente imposibilitadas de atender a las necesidades de sus hijos y que recurren a los servicios sociales estatales confiándoles su guarda, sin albergar la menor intención de desentenderse de ellos: tal sería el caso de la guarda administrativa del art. 172.2 de nuestro Código civil. Resultaría paradójico que en tales casos la institución competente se negase a acoger al niño alegando el derecho que éste

(47) OLSEN ("Children's rights: some feminist approaches to the U. N. Convention on the rights of the child" en vol. col. *Children, rights and the law*, 1992, pp. 211 y ss.), critica la falta de una provisión en el sentido de impedir la separación de un niño de sus padres contra la voluntad del propio niño. Por su parte VAN BUEREN (*op. cit.*, p. 80) propone una interpretación —que ella misma reconoce optimista— del texto del art. 9.1 de cara a que la voluntad a tener en cuenta sea no exclusivamente la de los padres, sino la colectiva de padres e hijo. Si la cuestión pudiera llegar a plantearse en relación con la redacción inglesa del precepto, no es en absoluto viable con la española, la cual habla claramente de la voluntad de "éstos", pronombre demostrativo plural de primera instancia que necesariamente ha de referirse al sustantivo plural inmediatamente precitado, a saber, "sus padres": la inclusión de la voluntad del niño pasaría —en los términos en que el artículo está redactado—, por añadir "y de aquél". El texto inglés reza: "*States parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will*"; la palabra clave es aquí "their", posesivo referido a un poseedor plural (su de ellos), con lo que —en una lectura un tanto forzada— podría entenderse que "ellos" son los padres y el niño. No cabe duda que, tal y como señala la autora, tal exégesis del precepto casaría perfectamente con el énfasis que la Convención pone en la autonomía del menor y en su capacidad creciente para participar en —y hasta cierto punto determinar— la toma de elecciones; pero no puede olvidarse que en las primeras redacciones manejadas durante los trabajos preparatorios de la Convención se hablaba de que el niño no fuera separado "involuntariamente" de sus padres, vocablo el entrecomillado que sí podría dejar abierta la cuestión de cual era la voluntad a tener en cuenta y que, a sugerencia de Noruega (*Vid. DETRICK, op. cit.*, p. 167, § 21) fue sustituido por la expresión finalmente adoptada.

En último término nos encontraríamos ante un ejemplo de la problemática interpretativa que presentan los instrumentos redactados en varias lenguas todas ellas auténticas, pues según el art. 54 tanto el texto inglés como el español junto con el árabe, chino, ruso y francés lo son.

(48) Recuérdese la advertencia hecha en nota 10.

tiene a que no se le extraiga de su medio familiar, privándole de unos cuidados que mejorarían aquellos que la familia puede ofrecerle y que de hecho redundarían en su beneficio (49). De otra parte, estarían los supuestos en que los padres conscientemente desean desentenderse de sus hijos, ante los cuales lo único que cabe hacer es sancionarlos penalmente por abandono de familia y garantizar que seguirán contribuyendo a la manutención del menor mientras éste no sea reintegrado en una nueva familia con carácter definitivo (50); pero en ningún caso se debería forzar la permanencia del menor a su lado, simplemente porque ello chocaría directamente con su interés en la medida en que nadie puede ser compelido a prestar afecto a otra persona (51).

(49) Cf. las observaciones del gobierno de Nueva Zelanda a la propuesta polaca de Convención (cuyo texto carecía de toda alusión a la voluntad de los padres) en nota 35.

(50) No obstante, la viabilidad de tales medidas represoras depende de que sea conocida la identidad de los padres del niño: ¿a quién pedir responsabilidades en el típico caso del recién nacido cuya madre dio a luz fuera de una institución sanitaria, abandonado a la puerta de cualquier establecimiento religioso o de beneficencia?

En cualquier caso, su existencia es inexcusable. Como señala LACRUZ (*op. cit.*, pp. 40 y ss.), con motivo del art. 39.3 de la CE y de la asistencia de todo orden que los padres deben prestar a sus hijos, dicha asistencia "exige la posible convivencia, y sería contraria a la orientación del art. 39 la decisión de un padre (la ley que la autorice) de romper cualquier vínculo de trato personal con su hijo menor colocándolo en una institución que le permita prescindir de todo contacto con él". Un ejemplo del tipo de situaciones a las que se puede referir el autor nos lo ofrece la jurisprudencia penal francesa (Cass. Crim., 11-7-1994; comentario de EUDIER, F., en *Juris Classeur Périodique*, éd. Gralé, 1995, II-22441) en el que unos padres se ven sancionados por delito de abandono de familia: el hecho de haber enviado a su hijo de seis años y medio a estudiar a un colegio indio regentado por una secta cubre el supuesto de hecho del delito, apreciándose la existencia de una falta de la orientación necesaria al hijo, comprometiendo su salud, su seguridad o su moralidad. El niño logró volver a Francia merced a la comunicación de los hechos a las autoridades por parte de sus abuelos, a quienes envió una carta pidiéndoles literalmente socorro. Los padres se defendieron argumentando en torno a la libre elección de la religión de los hijos y alegaron su "buena fe": creyeron hacerle un bien al niño brindándole la "oportunidad" de formarse junto a una especie de monjes tibetanos de costumbres austeras, en una región de dura climatología (de hecho, el niño no sólo se vio psicológicamente alterado, sino que enfermó físicamente), alejado de su entorno habitual y sin que sus padres —legalmente encargados de velar por él— pudieran ejercer ningún tipo de control sobre su evolución. La Cour de Cassation estimó que la puesta en práctica de tales elecciones educativas por los progenitores no escapa al control judicial; y en cuanto a la falta de dolo, el antiguo art. 357.1 del Código Penal francés no lo exigía, cabiendo la comisión culposa del delito (lo que también parece viable en nuestro ordenamiento en cuanto a los arts. 487, 488 y 489. Cf. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 8.ª ed., pp. 174 y ss.).

(51) Nos referimos claro está a casos de abandono consciente y malicioso, al que no considero equiparable aquellas hipótesis en que algún trastorno psicológico o similar lleva a uno o ambos padres a rechazar al niño: en tales supuestos una separación temporal sería necesaria, pero las autoridades estarían obligadas a proporcionar al progenitor terapias conducentes a facilitar la reconstrucción del núcleo familiar.

La segunda condición, la relativa al omnipresente “interés superior del menor” reviste entidad suficiente como para ser merecedora de tratamiento específico en epígrafe posterior (52). Simplificando extraordinariamente la cuestión y a reserva de lo que más tarde se dirá, este condicionante viene a suponer que el bienestar —tanto físico, como psicológico y material, presente y futuro— del niño no se vea amenazado de continuar la convivencia con sus padres.

El art. 9 cita, “por ejemplo”, dos situaciones en las que la separación viene exigida por el interés del menor. La primera es aquella en la que “el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres”; el problema, como era de esperar, surge a la hora de determinar qué debe entenderse por “maltrato o descuido”, dilema similar al que plantea la concreción de “la privación de la necesaria asistencia moral o material” de nuestro art. 172. El inciso debe ponerse en relación con el art.19.1, en virtud del cual “los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres (...)”. Tales conceptos —en concreto, el de abuso o descuido— son, tal y como señala Van Bueren, deliberadamente indeterminados de cara a evitar los peligros de arbitrariedad que una definición de los mismos podría entrañar (53). A ello cabe añadir que, salvo en casos de evidencia palmaria (abuso sexual, explotación económica o sexual, fuertes malos tratos físicos, etc.), en el fondo será el examen de las circunstancias fácticas concretas y la percepción que de las mismas alcance la persona encargada de valorar su peso lo que determinará la conveniencia o no de la separación. La aceptación de tal realidad lleva a conceder una relevancia especial al proceso de adopción de la decisión de sustraer al menor de su entorno, que deberá estar rodeado de una serie de garantías de cumplimiento insoslayable.

Respecto al segundo ejemplo del precepto, ya se ha tenido ocasión de hacer referencia a los casos en los que los padres “viven separados y

(52) *Infra*, pp. 285 y ss.

(53) *Op. cit.*, p. 88. A pesar de ello, la autora nos brinda una aproximación general a la noción de ‘descuido’ (“implica ya la incapacidad ya el rechazo deliberado a cuidar del niño, con el resultado de que el desarrollo del niño se ve perjudicado. También está claro que el abuso y el descuido incluyen todos los actos u omisiones cuya única motivación es el deseo de dañar al niño. Lo que no está claro es qué tipos de conducta están incluidos cuando las acciones desarrolladas carecen de la necesaria intencionalidad”) y a la de abuso, que comprende tanto el mental (“abuso emocional hasta el punto de convertirse en degradante y humillante”) como el sexual.

debe adoptarse una decisión en cuanto al lugar de residencia del niño". El alejamiento de uno de los progenitores se manifiesta como inevitable y el interés del menor —que, en principio, reclama que el niño crezca en la compañía de ambos padres y que cada uno de ellos cumpla sus respectivos e igualmente importantes papeles en la crianza del hijo— cede ante las exigencias de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad de sus mayores (54). Aun siendo cierta esta primera observación, no cabe negar que en no pocas situaciones la tirantez de las relaciones entre los padres conduciría a que, de forzarse la convivencia entre ellos, el niño se desarrollase en un ambiente crispado e inestable en nada positivo para él: el interés del menor, que en abstracto se revela contrario a la separación, acaba por aconsejarla cuando se desciende al caso concreto.

b) Decisión adoptada por las "autoridades competentes". La resolución merced a la cual se opera la separación de un niño sólo podrá ser adoptada por los órganos legalmente predeterminados. Se desprende de ello la ilegitimidad de toda sustracción del niño por parte de cualquier particular, independientemente de su parentesco con él: quedan pues comprendidos los supuestos en los que el artífice de la separación es uno de los progenitores en caso de ruptura de la pareja. Así pues, se están sancionando ya —aparte de lo dispuesto en el art. 11— los traslados ilícitos de menores, sean o no al extranjero (55).

De otra parte, el precepto se refiere únicamente a "*autoridades competentes*" sin exigir, en este primer estadio de toma inicial de la deci-

(54) CARBONNIER (*Droit Civil 2. La Famille, les Incapacités*; 11 ed., 1979; pp. 232 y ss.) se plantea la cuestión de si el interés (material, moral y sobre todo educativo) de los hijos menores no debería constituir una causa de desestimación del divorcio o cuando menos de su "suspensión" hasta que el más joven de los hijos haya llegado a la mayoría. La Ley francesa de 1975 sobre divorcio no acepta en sí el principio, pero hace "*una concesión al interés del niño en el art. 240, bajo la cobertura de la 'cláusula de dureza'*" (art. 240.1: "*Si el otro esposo (el que no ha entablado la acción de divorcio) declara que el divorcio tendría, ya para él, teniendo en cuenta especialmente su edad o la duración del matrimonio, ya para los hijos, consecuencias materiales o morales de excepcional dureza, el juez rechaza la demanda*"). Tal disposición —de indudable interés, a pesar de lo previsiblemente limitado de su juego— no tiene paralelo alguno en nuestro ordenamiento.

(55) Adviértase que un padre, ante la sospecha de que su hijo está siendo indebidamente tratado por el progenitor custodio, deberá reclamar la ayuda de las autoridades (en nuestro ordenamiento de la judicial, solicitando un cambio de custodia, acompañado de una petición de medida provisional de considerarse el caso urgente) sin que en ningún caso esté legitimado a actuar por su cuenta apartando sin más al menor de la compañía de su guardador.

sión, su carácter judicial: así, el que sea un ente administrativo el que decrete la separación (56) no debe considerarse *ab initio* contrario al tenor de la Convención.

c) Previsión legal de la separación. Las mencionadas autoridades deberán ajustar su actuación a la "*ley (...) aplicable(s)*": la posibilidad de una separación ha de contemplarse expresamente en norma legal que, a mi modo de ver y dada las repercusiones de la medida que se está aplicando —no perdamos de vista que está en juego un derecho fundamental como es el de la vida privada familiar— deberá ser de rango superior (57). Del mismo modo, la norma debería especificar en grado suficiente los supuestos susceptibles de motivarla: evidentemente, no se trata de una precisión "matemática" extraña al Derecho en general y aún más al campo concreto del mismo en el que nos estamos moviendo, pero el omnipresente principio de seguridad jurídica reclama un esfuerzo por parte del legislador de cara a perfilar lo más posible su postura, sin que con ello se esté desautorizando el recurso a cláusulas generales ni olvidando el papel que en todos estos casos está llamada a jugar la discrecionalidad —que nunca arbitrariedad— del encargado de pronunciarse sobre la separación.

d) Requisitos procedimentales. La autoridad habilitada para decidir sobre la separación habrá de llegar a tal resolución tras la observancia de los "*procedimientos aplicables*", los cuales habrán de estar pues mínimamente previstos legalmente. No se está exigiendo con ello la existencia de un cauce procedimental específico para solventar la cuestión, pero sí que el mismo pueda ser fácilmente determinado. Sobre tal procedimiento pesa un requisito cualitativo de trascendencia fundamental cuya preclusión inicial solamente podría justificarse en casos de verdadera urgencia y peligro inminente para el menor, como

(56) La apreciación se extiende únicamente a la decisión sobre la medida de extraer al niño de su entorno familiar: otra cuestión es la de que en nuestro ordenamiento ello conlleve la suspensión de la patria potestad de los padres, con el atípico resultado de que sea un órgano no judicial el que la provoque. Hablo de suspensión —aun consciente de que la doctrina no es pacífica en este punto— al ser ésta la postura adoptada por el Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código civil (BOCG, n.º 117.1, de 16-5-1995; en adelante lo mencionaremos abreviadamente como "Proyecto de Ley del Menor"): su disposición final 4ª modifica el art. 172.1 del Cc, que pasa a declarar abiertamente que "*la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria*".

(57) Está claro que deberá tratarse de una ley; ¿cabría plantear la necesidad de una Ley Orgánica, al afectar la separación de lleno a un derecho fundamental como es el de intimidad familiar?

es la vigencia en el mismo del principio de contradicción: el párrafo 2.º del art. 9 exige taxativamente que “*cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1.º del presente artículo... (ofrezca)... a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones*”, sin hacerse excepción alguna. Reténgase que partes interesadas serán por supuesto los padres y demás familiares o allegados del niño, pero también él mismo, sobre todo todo si conectamos lo dispuesto en este inciso con el art. 12 de la Convención.

e) Revisión judicial de la decisión. Ya se ha dicho que el art. 9.1 no obsta a que la resolución de separar al niño de sus padres sea adoptada por un organismo de carácter administrativo, pero tal afirmación viene puntualizada por el inciso “*a reserva de revisión judicial*”. Cabría cuestionarse si del mismo puede inferirse que toda decisión de la cual dimana una separación deba siempre y en todo caso ser confirmada por el juez o si la exigencia impuesta por la Convención se vería satisfecha con la posibilidad de impugnar judicialmente la misma. Sin duda, sería deseable que el trámite judicial no se obviase en ningún caso, pero no se puede soslayar que el art. 9.1 habla de “revisión” y no de “confirmación” judicial, e interpretarlo en el segundo sentido sería forzar su tenor, sin apoyo aparente en el proceso de redacción del mismo (58). En todo caso, queda patente que injerencia tal en un derecho fundamental tanto de hijos como de padres no se debe dejar únicamente al arbitrio de una autoridad administrativa (59), y debe poder instarse su examen por órganos judiciales.

No obstante, la mera posibilidad de impugnación judicial tiene sus limitaciones, en tanto en cuanto la ignorancia, falta de información e incluso de ánimos de los afectados podrían derivar en la persistencia de una separación erróneamente decretada. La objeción podría salvarse autorizando a un órgano público —en el caso español el Ministerio Fiscal, que por ley debe ser informado de toda actuación de la Administración sobre menores (art. 174.2 Cc)— a actuar de oficio y cuestionar judi-

(58) El inciso fue propuesto por el representante de Estados Unidos en las sesiones de 1983 (*vid.* DETRICK, *op. cit.*, p. 168, § 20), sin que aparezcan observaciones posteriores al mismo.

(59) Aunque algunos países —en sus reservas con motivo de la ratificación del Convenio— han indicado la posibilidad bajo su legislación de que una autoridad no judicial resuelva con carácter definitivo sobre la separación: Yugoslavia (R. de la Secretaría General de AA. EE. sobre actuaciones de otros países respecto a tratados en los que España es parte de 3-1-1991, *BOE*, n.º 33, de 7-2-1992) y sus Estados sucesores (Eslovenia, R. 7-2-1994, *BOE*, n.º 41, de 17-2-1994; Croacia, [*ibídem.*] y Bosnia-Herzegovina, R. 31-5-1994, *BOE*, n.º 138, de 10-6-94] así como Islandia (R. 7-2-1994, *BOE*, n.º 41, de 17-2-1994).

cialmente la medida; se presupone, claro está, un correcto y dinámico funcionamiento de la institución correspondiente (60).

f) Derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular con ambos padres. El párrafo tercero del artículo que estudiamos impone a los Estados parte la obligación de respetar tal derecho, apareciendo una vez más la eterna excepción basada en el interés superior del niño.

El derecho de visita —cuya titularidad se atribuye claramente al menor (61)— cumple una función distinta según el tipo de separación ante la que nos encontremos: de tratarse de padres con distinta residencia, tenderá a no distanciar totalmente al niño de aquél con el que no convive, posibilitándose la conservación de lazos afectivos entre ambos. De haber sido el niño retirado de su entorno familiar, las relaciones tendrán importancia decisiva a la hora de preparar la reunión de la familia, objetivo prioritario de toda medida de separación.

g) Derecho de información de los padres respecto al paradero de sus hijos y viceversa. Si bien es cierto que el párrafo cuarto del art. 9 parece referirse con preferencia a supuestos de imposición de algún tipo de sanción penal por parte del Estado a los padres o incluso al niño (se habla de detención, encarcelamiento, exilio, deportación o muerte), no resulta descabellado afirmar que en una tesitura de gravedad en principio menor como sería la retirada del niño de su familia, tal deber de información existe igualmente siempre y cuando, tal y como el mencionado párrafo se encarga de reiterar, ello no resulte perjudicial para el bienestar del niño.

3. Aportaciones de una lectura global de la Convención

La Convención constituye un cuerpo global y unitario, con lo que cada precepto debe completarse con lo dispuesto en los demás e inter-

(60) En todo caso, el sistema de toma de la decisión por parte de una autoridad no judicial sujeta siempre a revisión judicial tendría a su favor, tal y como señala PEREZ MARTIN (*Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, 1995, pp. 181 y ss.) el combinar de una parte la necesidad de rapidez que la actuación administrativa está en disposición de proporcionar y de otra la seguridad y las garantías que otorga la intervención del poder judicial.

(61) No se pierda de vista que tal declaración no obsta a que tal titularidad sea compartida con los padres, con la única diferencia de que serán siempre los intereses del menor los que determinen la procedencia o no de las visitas en caso de conflicto. Tal es la postura que, como se verá (*infra.*, pp. 272 y ss.) adopta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

pretarse a la luz de los mismos. Las afirmaciones hechas respecto al art. 9 pueden enriquecerse merced a su conexión con otras disposiciones del instrumento:

a) Necesaria gravedad de las circunstancias que autoricen la separación. Tal y como señala Van Bueren *"una de las premisas subyacentes en la Convención es que la intervención del Estado en forma de separación del niño de la familia es una 'solución' extrema para una situación extrema"* (62). A tal conclusión —de la que escaparán obviamente los casos de separación, fruto de la ruptura de la convivencia de los progenitores— podemos llegar tras la lectura contrastada en primer lugar de los ya mencionados párrafos quinto y sexto del propio Preámbulo de la Convención —cuyo valor interpretativo no debe perderse de vista—, donde se consagra a la familia de origen como hábitat natural e idóneo para el desarrollo del menor. De otra parte, el principio de subsidiariedad de la responsabilidad del Estado en la crianza del niño aparece reflejado en los arts. 3.2 —en cuya virtud las acciones por parte del Estado en garantía del bienestar del niño tendrán en cuenta los derechos y deberes de sus padres (entre los que ocupará lugar destacado el derecho a la vida privada familiar)—; 5 —que exige respeto a las responsabilidades, derechos y deberes de los padres a la hora de impartirle al menor la dirección y orientación que consideren apropiada—; y 18.1 —según el cual incumbe a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. A ellos hay que añadir el ya mencionado art. 7 —derecho del niño a ser cuidado por sus padres en la medida de lo posible (inciso este que, en cuanto constituye una excepción a un derecho fundamental, deberá ser apreciado con el consiguiente carácter restrictivo); el 8 —derecho del niño a conservar las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas—; y el mismo art. 16, que prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales en la familia del niño (63). Téngase en cuenta además que todas aquellas disposiciones merced a las cuales se potencia la política preventiva de situaciones patológicas en el núcleo familiar o que declaran la primacía de las soluciones dentro de la propia familia, son un argu-

(62) *Op. cit.*, p. 87. Continúa la autora: *"Así pues, los motivos para tal separación pretenden evitar una 'intervención indiscriminada basada en los pánicos morales de moda', a lo que se añade el medio de cuestionar tal separación, la revisión judicial."*

(63) El art. 16 no hace sino reiterar el derecho a la vida privada familiar que al niño, en su calidad de ser humano, ya le estaba reconocido por otros instrumentos internacionales y, en lo que a nuestro ordenamiento respecta, por el art. 18 de la Constitución.

mento más en favor de la afirmación de que la separación debe responder a condicionantes de gravedad probada (64).

b) Articulación de una política social que prevenga la aparición de anomalías familiares que redunden en la necesidad de una separación. Tal directriz —fácilmente deducible de todas aquellas disposiciones que a nivel internacional y nacional establecen el principio de protección de todo tipo a la familia (65)— encuentra base tanto en el Preámbulo como en los preceptos arriba citados consagradores del que venimos denominando “principio de subsidiariedad”. Por su parte, el art. 18.2 prevé expresamente que *“a los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados parte prestarán la asistencia apropiada (66) a los padres (...) para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”* (67). El art. 27, tras declarar el derecho del niño a un nivel de vida adecuado y dejar constancia de que es a los padres a quienes les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionarle al niño las condiciones de vida necesarias, ordena en su párrafo tercero que *“los Estados parte, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por (sic) el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, vestuario y vivienda.”* La prevención encuentra igualmente acomodo en el art. 19.2, transcrito a continuación.

c) Primacía de las medidas de asistencia que no impliquen la separación. Los preceptos anteriormente enumerados justificadores de una urgencia real en la separación del niño de sus padres fundamentan lógicamente el que se deba recurrir al distanciamiento como última

(64) Por ejemplo, de la previsión de apoyo económico a las familias por parte del Estado contemplada en el art. 27, cabe colegir que la pobreza, tal y como recuerda VAN BUEREN (*op. cit.*, pp. 80 y ss.), *“nunca debería ser una razón que justifique separar a los niños de su familia biológica contra su deseo”*.

(65) Vid. las enumeradas en pp. 236 y ss.

(66) VAN BUEREN (*op. cit.*, p. 77) propone una interpretación del concepto de “asistencia adecuada” a la luz de la Declaración de 1969 sobre progreso y desarrollo social, inferiéndose de la misma que la asistencia deberá prestarse a un nivel tal *“que ponga a la familia en disposición de asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”*, siendo la principal de ellas el cuidado y formación de los niños.

(67) Por tales instituciones, instalaciones y servicios no debe entenderse automáticamente hogares de acogida que reciban al niño separado de sus padres, sino también centros de atención diaria al menor, comedores sociales, centros recreativos, servicios de guardería, etc.

solución, tras haber agotado previamente todas las alternativas viables. Lo mismo cabe predicar del apoyo previsto en el art. 18.2 y muy especialmente del art. 19 el cual, tras obligar en su párrafo primero a los Estados parte a adoptar *“todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres (...)”*, da contenido a tales medidas en el párrafo segundo, las cuales deberán comprender *“según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención (...)”*.

d) Reintegración en la propia familia como objetivo a perseguir tras la separación. Las referencias ya examinadas a la primacía del rol de la familia natural en la crianza del menor abonan esta afirmación, igualmente sostenida por la alusión a los programas sociales en el art. 19.2: tales programas que deberán seguir funcionando tras la separación, siendo tratado no sólo el menor sino también sus padres —la referencia a los mismos es expresa en dicho precepto—. Del mismo modo debe prestarse atención a las especiales garantías con las que el inciso a) del art. 21 rodea la adopción, única actuación capaz de romper con carácter definitivo los vínculos entre el niño y su familia natural: así, sólo las autoridades competentes podrán determinar *“con arreglo a las leyes y procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento su consentimiento sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”*.

4. Invocabilidad de la Convención ante la jurisdicción interna

Uno de los avances fundamentales operados por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 respecto a sus precedentes inmediatos —las Declaraciones de 1924 y de 1959— es su naturaleza de Convención y sus consiguientes carácter vinculante y obligatorio cumplimiento. En lo que a España se refiere, de acuerdo a los arts. 96.1 de la Constitución y 1.5. del Código Civil, la Convención forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 31 de diciembre de 1990

—fecha de su publicación en el BOE—, estando en vigor desde el 5 de enero del año siguiente. A mayor abundamiento, el art. 39.4 de la Constitución declara que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Ahora bien, ¿les cabe a los particulares invocar las disposiciones de la Convención ante las autoridades correspondientes en cualquier litigio que verse sobre materia objeto de la misma (dicho de otro modo, cabe atribuir a la Convención carácter “self-executing”), o debe ser considerada únicamente como un cuerpo cuyos principios deben ser retenidos en la interpretación del Derecho interno vigente e inspirar la creación del futuro?

Siguiendo los postulados del Derecho Internacional Público (68), un instrumento internacional vinculante no podría ser invocado por los particulares si:

a) El objeto de éste no es crear derechos y obligaciones sobre los individuos sino obligaciones sobre los Estados. Procede traer a colación las reflexiones que anteriormente hemos hecho (69) sobre el reconocimiento por parte de la Convención de derechos en favor de los niños independientemente de su formulación como tales derechos o de la imposición de tareas diversas sobre los Estados: repitamos una vez más que nos hallamos ante una Convención *sobre Derechos del Niño*, que opta por una vía de protección basada en la atribución de derechos fundamentales, no en la imposición de obligaciones fundamentales (70).

b) Aun cuando el instrumento engendre derechos y obligaciones para los particulares, sus disposiciones sólo serán directamente aplicables (“self-executing”) si éstas son lo suficientemente concretas en sus términos como para no requerir de desarrollo legislativo o reglamentario para

(68) Cfr. DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t. 1, 8ª ed., pp. 164 y ss. y en especial 178 y ss., así como la exposición que de los principios de Derecho Internacional Público hacen BENHAMOU (“La Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l’enfant, le Droit International et le Droit Français”, nota a la sentencia de la Cour de Cassation Civile de 15-7-1993; *Juris Classeur Periodique*, Éd. grale., 1994, II-22219., pp. 83 y ss.) y RONDEAU-RIVIER (“La Convention des Nations Unies sur les droits de l’enfant devant la Cour de Cassation: un Traité mis hors jeu”; *Dalloz* 1993, chr. LIV, pp. 203 y ss.). Las consideraciones hechas por estos autores franceses nos son de utilidad en la medida que Francia, al igual que España, opta por el sistema de incorporación directa de los Tratados debidamente ratificados y publicados en el ordenamiento interno.

(69) Pp. 245 y ss.

(70) Ello a pesar de lo que a continuación se expone sobre la postura adoptada por el gobierno alemán y por los tribunales franceses respecto a la cuestión (pp. 260 y ss.).

su correcta aplicación (71). Surgiría aquí la cuestión de la criticada imprecisión de las disposiciones de la Convención, que podría de hecho llevarle a añadir poco o nada a las Declaraciones que la precedieron. Aun en este caso, sentado que lo que la Convención establece son derechos y no obligaciones sobre los Estados, ganaríamos el que cada uno de los preceptos de la misma habría de ser examinado de cara a debatir su aplicabilidad directa o no, lo que posiblemente nos llevaría a resultados diversos según los casos. Además, puede ocurrir que el Estado disponga de la legislación complementaria necesaria para hacer viable su aplicación, que, eso sí, debería ser interpretada a la luz de la Convención.

En nuestra doctrina, Miralles Sangro (72) opta abiertamente por la invocabilidad directa de la Convención a pesar de sus imprecisiones técnicas, sin tratar específicamente los argumentos en virtud de los cuales la misma podría ser desbaratada. En el mismo sentido se pronuncia Álvarez Vélez, apoyándose en los arts. 10.2, 39.4 y 96.1 de la Constitución (73). En cuanto a la postura jurisprudencial, en el momento de elaboración de este estudio no se ha localizado ninguna sentencia (74) en la que la Convención haya servido de fundamento a las pretensiones de los particulares, habiendo eso sí el Tribunal Supremo tenido oportunidad de mencionarla —y concretamente su art. 9— como *obiter dicta* para fundamentar su decisión final (75).

(71) Explica DIEZ DE VELASCO (*op. cit.*, pp. 178 y 179), "...si el contenido del tratado es suficientemente preciso e incondicional (tratado directamente aplicable o 'self-executing') tendrá eficacia directa e inmediata y afectará a los derechos y obligaciones de los particulares, debiendo asumir los órganos judiciales y administrativos del Estado y de las Comunidades Autónomas la vigilancia, aplicación y protección de los derechos y obligaciones establecidos por el tratado. / Pero sucede con gran frecuencia que los tratados no puedan ser aplicados directamente (tratados no 'self-executing') precisando de un desarrollo legislativo que corresponderá a las Cortes Generales o al legislativo autonómico (cuando afecte a la competencia de una Comunidad Autónoma) si la materia a la que se refiere el tratado es objeto de reserva legal o exige modificación de leyes anteriores o puede precisar de un desarrollo reglamentario que corresponderá al Gobierno de la nación o al ejecutivo autonómico".

(72) "La Ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño" *Actualidad Civil*, n.º 39, 1991, p. 533.

(73) ALVAREZ VELEZ, M. I., *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, UPCO, Madrid 1994, pp. 154 y ss.

(74) Me refiero a sentencias en el ámbito de la jurisdicción ordinaria: la Generalitat de Cataluña sí que invocó la Convención en el recurso de amparo resuelto por STC 260/1994, de 3 de octubre de 1994 (BJC, n.º 163, 1994), sin que el Tribunal Constitucional hiciera ningún tipo de referencia en su fundamentación jurídica a la Convención.

(75) STS civil de 12 de febrero de 1992 (C. L. 128). En su FD 3.º se aduce el art. 9 de la Convención en relación con el 3 para reforzar los argumentos previamente desarrollados (en torno a los arts. 158 y 170 del Código civil) en justificación de la

Procedamos ahora a repasar las conclusiones que sobre la cuestión han sido alcanzadas en países de nuestro entorno. Comenzando por Italia, constatamos de entrada que el inciso primero del art. 10 de su Constitución de 1947 sólo reconoce como parte del ordenamiento jurídico interno el Derecho Internacional general —esto es, normas consuetudinarias internacionales— siendo necesaria para la incorporación de tratados a la legislación interna la promulgación de una ley expresamente a ello destinada: la Convención sobre los Derechos del Niño lo fue merced a la ley de 27 de mayo de 1991, n.º 176. En cuanto a la cuestión de si la Convención es lo suficientemente precisa en su contenido como para ser de aplicación directa, Longobardo (76) aboga por el estudio de cada una de las disposiciones de la misma en particular, atendiendo a su formulación y a su carácter preceptivo o meramente programático. En cuanto a aquellas que dada su imprecisión necesiten de la promulgación de posteriores normas internas para su aplicación directa, considera que constituyen ya de entrada nuevos principios del ordenamiento: en consecuencia habrán de ser tomados en cuenta por el intérprete en la aplicación de las normas existentes, con las que deberán coordinarse e integrarse de cara a mantener la armonía y coherencia del ordenamiento merced a una interpretación sistemática del mismo. Por su parte, Dogliotti (77), defiende el carácter “self-executing” de la Convención que, como fuente de Derecho que es, deberá actuar como tamiz en la interpretación de la legislación existente, cubrirá las posibles lagunas del ordenamiento interno e incluso redundará en la abrogación implícita de las normas internas incompatibles con ella. Debe aclararse que tales deducciones son perfectamente cohe-

permanencia de un menor bajo la guarda de sus abuelos maternos una vez fallecida la madre —a quien tras proceso de separación le fue en su día concedida la custodia del menor—, y frente a las reclamaciones del padre tendentes a recuperar la compañía de su hijo. Si bien es cierto que debemos congratularnos de que nuestro alto tribunal recurra a la Convención en sus sentencias, quisiera manifestar mi decepción al ver cómo se cita el art. 9 para justificar una separación: no estoy diciendo con esto que la mención del precepto sea en sí desacertada, pero considero que su espíritu hubiese quedado mejor reflejado haciéndose referencia previa al art. 19 o apuntando el carácter excepcional con el que el art. 9 prevé la separación. Del texto de la sentencia parece deducirse que la finalidad del art. 9 es legitimar el alejamiento del niño de sus padres, siendo que a mi entender su objetivo es precisamente el contrario.

(76) “La Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1991, n.º. 1 y 2, pp. 575 y 576.

(77) DOGLIOTTI, Massimo, “I Diritti del Menore e la Convenzione dell’ONU”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1992, § 7, pp. 311 y 312.

rentes con su visión de los enunciados contenidos en la Convención como perfectamente concretos (78).

La discusión no se plantea en Alemania: a pesar de que el art. 25 de la Ley Fundamental de 1949 dispone: *"Las reglas generales del Derecho Internacional son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal"*, en las declaraciones que acompañaron a su instrumento de ratificación (79) expresamente se hizo constar que *"... la Convención no se aplicará directamente dentro del país. En ella se establecen obligaciones a los Estados con arreglo al Derecho Internacional que la República Federal de Alemania cumple con arreglo a su derecho interno, lo cual es conforme con la Convención"* (80).

De notable interés resulta la situación vivida por la Convención en Francia. El art. 55 de la Constitución francesa de 1958 (81) reconoce a los acuerdos o tratados debidamente ratificados y publicados autoridad superior a la de la legislación interna. Así, no es de extrañar que aquellos autores galos que escribieron sobre la Convención al poco de ratificarse (82) celebrasen la llegada de la misma como una necesitada renovación del Derecho francés en materia de menores y no dudasen de su aplicabilidad directa (83). La Convención empezó a ser invocada al poco

(78) Así, en *op. cit.*, § 3, p. 304, refiriéndose a la Convención, leemos: *"Si tratta di un vero e proprio statuto dei diritti del minore, che avrà profonda influenza sugli ordinamenti degli Stati contraenti. I diritti sono enunciati con precisione, senza ambiguità ed incertezze..."* Tal consideración debe contemplarse como claramente minoritaria, de hecho es el único de los autores consultados que se expresa en tal sentido.

(79) De 6 de marzo de 1992, *vid.* R. 26-1-1993 de la Secretaría de AA. EE. sobre actuaciones de otros estados contratantes respecto a tratados de los que España es parte, BOE, n.º 35, de 10 de febrero de 1993.

(80) Decimos "a pesar" del art. 25 de la Ley Fundamental porque tanto VAN BUREN (*op. cit.*, p. 381) como BENHAMOU (*op. cit.*, p. 87) ponen el precepto alemán como ejemplo de norma constitucional merced a la cual la Convención crearía sin lugar a dudas derechos en favor de los particulares y consiguientemente sería de posible invocación ante los tribunales nacionales.

(81) *"Los tratados o acuerdos ratificados o aprobados regularmente tienen a partir de su publicación una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, respecto a cada acuerdo o tratado de su aplicación por la otra parte."*

(82) Ratificación el 2 de julio de 1990 (Loi, n.º 90-548, de 2-7-1990), publicación el 12 de octubre de 1990 por Decr. n.º 90-917, de 8-10-1990.

(83) Así, NEIRINCK (voz "Enfance"; *Encyclopedie Juridique Dalloz Civil*, t. IV, 1991; § 6, p. 2), no dudaba en 1991 de que la Convención podía desde el momento de su publicación *"...ser invocada ante todas las jurisdicciones francesas, civiles o administrativas"*, ni de que *"en caso de conflicto entre la norma interna y la regla contenida en la Convención ésta deberá prevalecer"*; ponía igualmente de relieve el autor que, dada la pluralidad de interpretaciones a las que podían dar cobijo los amplios términos del texto, *"el impacto de*

tiempo y la cuestión acabó llegando a la Cour de Cassation civile, que en sentencia de 10 de marzo de 1993 (84) declara taxativamente que la Convención de Nueva York —toda ella— únicamente crea obligaciones a cargo de los Estados y en consecuencia no es directamente invocable ante la jurisdicción interna, apoyándose para ello en el art. 4 (85) de la misma. No se hacen esperar las críticas por parte de determinados sectores de la doctrina (86) a una decisión juzgada en exceso conservadora y “monolítica”, frente a los distinguos en razón de la precisión de las diferentes disposiciones del instrumento que hacían determinadas sentencias de instancia (87). Lo que pudo considerarse como desafortunada pero aislada decisión vio confirmada su tendencia por sentencias de la

*la Convención sobre el Derecho francés de la infancia dependerá así en gran medida de su interpretación jurisprudencial”, punto este en el que su intuición acertó plenamente, aunque como se verá no en el sentido en el que él hablaba. Parecida convicción sobre la aplicabilidad directa de la Convención mantenía RAYMOND (“La Convention des Nations Unies sur les Droits de l’enfant et le Droit Français de l’enfance”, *Juris Classeur Périodique*, Ed. grale. 1990, I-3451, § 3).*

(84) El padre natural de una niña que vivía con su madre tras la ruptura del concubinato solicitó la fijación de un régimen de visitas a su favor, a lo que la niña parecía oponerse. Se ordenó la realización de una “encuesta social” (medida prevista en el art. 287-2 del Código civil francés que tiende a recabar datos sobre “la situación material y moral de la familia, sobre las condiciones en las que viven y son educados los niños y sobre las medidas que ha lugar adoptar en su interés”) y un examen médico de cara a oír a la pequeña, determinar las causas de su oposición y valorar si la ausencia de contactos con su padre armonizaba o no con su interés. El tribunal de Rennes se negó a escuchar a la menor, y el padre en su recurso invocaba la infracción de los arts. 1, 3, 9 y 12 de Convención.

(85) “Los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

(86) Vid. en tal sentido HAUSER, Jean, “Jurisprudence française en matière de Droit Civil: Personnes et Droits de la Famille”; *Revue Trimestrielle Droit Civil*, n.º 2 y 3 de 1993, pp. 341 y ss. y 572 y ss., respectivamente; RUBELLIN-DEVICHI, “Droit de la famille”, *Juris Classeur Périodique*, Ed. grale, 1993, I —3688, p. 300, § 4, donde leemos “Esperemos que la sentencia de 10 de marzo de 1993 no haga jurisprudencia”, líneas abajo dice la autora: “El consuelo, para aquellos a quienes la redacción —sin duda demasiado apresurada y demasiado general— de la sentencia de la primera Sala civil de 10 de marzo de 1993 hubiera inquietado, vendrá sin duda de la lectura de la sentencia dada el 27 de noviembre de 1992 por la Cour de Paris (...).” Esta sentencia, que declara directamente aplicable el art. 26 de la Convención (derecho a la Seguridad Social) en sustitución de las provisiones del art. R. 313.12 del Código de la Seguridad Social, fue sin embargo casada por s. de la Cour de Cassation social de 13 de julio de 1994 (*Juris Classeur periodique*, Ed. grale., 1995, II-22363).

(87) Así, la precitada sentencia de la Cour de Paris de 27 de noviembre de 1992, también mencionada *ad exemplum* de la orientación indicada por HAUSER en *op. cit.*, n.º 3, de 1993, p. 573.

sala civil de 2-6-1993 y las dos de 13-7-1993, postura a la que se vino a adherir la sala social por sentencia de 13 de julio de 1994. Mientras algunos justifican la tendencia (88), otros se cuestionan la carencia de mecanismo de control de la aplicación de la Convención por parte de los Estados a ello obligados, vislumbrándose como posible salida el planteamiento de una reclamación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (89). No se había pronunciado todavía sobre la materia el *Conseil d'Etat*: lo hizo por sentencia de 29 de julio de 1994, apreciándose (90) una corriente ligeramente más receptiva que la de las salas civil y social de la Cour de Cassation, en tanto en cuanto excluía la aplicación del artículo invocado —precisamente el 9— por considerar que merced al mismo se estaba imponiendo una obligación al Estado (91), de donde cabría deducir que aquellos preceptos donde no aparece referencia alguna al mismo serían susceptibles de aplicación directa de presentar a su contenido un grado de precisión suficiente.

Vistas las posturas seguidas, me inclino por la construcción expuesta por Longobardo (92), perfectamente extrapolable a nuestro ordenamiento. Recordando la misma, el único factor a retener para decidir sobre el carácter “self-executing” o no de las disposiciones de

(88) Así, el magistrado BENHAMOU en sus notas a las sentencias de 13-7-1993 (*Juris Classeur Periodique*, Ed. grale., 1994, II-22219) y de 13-7-1994 (*ibid.*, 1995 II-22363).

(89) La cuestión de la falta de mecanismo de garantías es abordada por HAUSER (*op. cit.*, n.º 4, de 1993, p. 804), y BENHAMOU (*op. prima. cit.*, p. 85). Proponen el recurso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos —teniendo en cuenta las dificultades existentes dada la no total coincidencia entre las pretensiones defendibles desde la Convención sobre los Derechos del Niño y desde el Convenio de Roma— RONDEAU-RIVIER (*op. cit.*, pp. 205 y s.) y RUBELLIN-DEVICHI (*en op. cit.*, p. 300, “Le Principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises”; *Juris Classeur Periodique*, Ed. grale., 1994, I-3739., p. 92 y ss. y en “Droit de la Famille”; *Juris Classeur Periodique*, Ed. grale., 1995, I-3813., p. 11, donde la autora reflexiona: “¿Podemos esperar que el temor a un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando la violación de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño constituya al mismo tiempo una violación de la Convención Europea de Derechos del Hombre, conduzca a la Cour de Cassation a modificar su jurisprudencia?”).

(90) *Vid.* comentario de MONEGER, F., “La famille et l'enfance”, *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n.º 1, 1995, pp. 167 y ss.

(91) Artículo éste que sin embargo el TGI de Rennes, en sentencia de 13-6-94 considera directamente aplicable —a pesar de la doctrina jurisprudencial de la Cour de Cassation—, juzgándolo “suficientemente completo y preciso como para dispensarse de textos de acompañamiento de Derecho interno”. (*Vid.* comentario en HAUSER, *op. cit.*, n.º 3, de 1994, pp. 581 y s. y referencia en RUBELLIN-DEVICHI, “Droit de la Famille”; *Juris Classeur Periodique*, Ed. grale., 1995, I-3813., p. 11).

(92) *Vid.* p. 259.

la Convención sería la precisión de que hacen gala cada uno de sus preceptos, y aun aquellos que no superasen tal examen, habrían de ser tenidos en cuenta como principios de interpretación de la legislación interna existente de cara a mantener la coherencia de un ordenamiento jurídico del que también forma parte la Convención. En lo que al art. 9 en concreto atañe, y dado que España dispone de legislación donde se contempla la separación del niño de sus padres y existen procedimientos aplicables para operarla, considero que el art. 9 es plenamente invocable ante nuestros tribunales, y en cualquier caso la legislación vigente sería susceptible de acomodarse a sus dictados.

IV. PRINCIPIOS DIMANANTES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —así como, en menor medida, de las opiniones de la Comisión— requiere de poca explicación: constituye la vía autorizada de interpretación de las disposiciones del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950 (93), de acuerdo al cual —y en virtud de lo dispuesto por el art. 10.2 de nuestra Constitución— habrán de interpretarse las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce. Entre ellos se encuentra el derecho a la intimidad familiar —noción reconducible a la “vida privada familiar” de la que habla el Convenio— del art. 18, directamente implicado, como ya se ha tenido ocasión de apuntar, en la materia que nos ocupa.

Han sido múltiples las ocasiones en las que, en los últimos tiempos, el Tribunal de Estrasburgo ha debido pronunciarse en controversias en torno a la separación de un menor de sus padres a resultas de la intervención de las autoridades a las que en cada país se halla confiada la protección de la infancia. Contra el Estado implicado actuaban como demandantes el o los padres del niño, y en ocasiones incluso éste mismo (94). Los preceptos principalmente invocados, y en los que nos centraremos, son el art. 8 —derecho al respeto de la vida privada y

(93) Ratificado por España merced a instrumento de 29 de septiembre de 1979 (BOE, de 10-10-1979)

(94) Nótese marginalmente que el niño aparece representado normalmente por el padre codemandante, lo que en algún caso puede plantear dudas sobre la existencia o no de conflicto de intereses (por ejemplo, caso ERIKSSON, v. Suecia, s. de 22-6-89 (BJC, 1991, p. 181), *vid.* voto particular disidente de SCHERMERS, p. 206, § 4).

familiar, siendo su paralelo constitucional el art. 18— y el art. 6 —derecho a un proceso justo, parangonable a nuestro art. 24.

1. El artículo 8 y el respeto a la vida privada familiar

Procede hacer unas consideraciones preliminares en torno a la noción que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido sosteniendo de vida familiar (95). En síntesis, ésta se da en todo grupo fundado o no sobre el matrimonio y debe considerarse subsistente tanto tras el divorcio (punto a retener en los casos de discusión sobre visitas entre el niño y el padre con el que no convive), como tras las medidas adoptadas por los organismos correspondientes que tienen como efecto la retirada del menor del núcleo familiar.

La apreciación de la realidad de una “vida familiar” que legitime la invocación del precepto exige la presencia de un vínculo preexistente (96), efectivo y que implique una relación lo suficientemente real y estrecha entre los sujetos implicados, sin que sea *conductio sine qua non* la convivencia (97).

(95) Vid. principalmente DRZEMCZEWSKI, Andrew, *Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance tel que le garantit l'article 8 de la CDEH*; Dossiers sur le droit de l'homme n.º 7, 1985; pp. 10 y ss.; e INTERNATIONAL MOVEMENT OF CATHOLIC LAWYERS & CENTRE INTERNATIONAL DES AVOCATS DE STRASBOURG, *Law relating to minors and minor's rights: the protection of minors under the European Convention on Human Rights. Analysis of case-law*, conferencia 1989, pp. 2 y ss.

(96) Tal principio, consolidado hasta ahora, parece en opinión de algunos tambalearse a raíz del caso KEEGAN, v. Irlanda, sentencia de 26-5-1994, serie A, n.º 291 (vid. nota a la misma de SHERLOCK en *European Law Review*, v. 20, n.º 1, de 1995, pp. 111 y ss.). En ella se reconoce la existencia de vida familiar entre un padre natural y su hija —dada en adopción sin su conocimiento— nacida al tiempo de la ruptura entre sus padres y que por tanto nunca convivió con él. En palabras de SUDRE, F. (“Droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme”; *Juris Classeur Périodique*, Ed. grale., 1995; I-3823, p. 89, § 32) “la noción de ‘vida familiar’ se extiende a la vida familiar potencial, que habría podido desarrollarse entre un padre y su hijo nacido fuera del matrimonio”. Debe matizarse a ello que, tal y como señala SHERLOCK, el tribunal toma buena cuenta del hecho de que la pareja había mantenido una relación de dos años de los cuales uno fue de convivencia, planeó en su día casarse y decidió conscientemente concebir al hijo: existía pues vida familiar entre los padres y consecuentemente también entre el padre y su hija desde el momento del nacimiento de ésta, aunque el concubinato de los progenitores se disolviese. Se quiere decir con ello que la sentencia KEEGAN no da pie de por sí a considerar que existe vida familiar entre todo padre biológico y el fruto —quizá no deseado— de una relación —quizá esporádica o incluso accidental— sostenida por el mismo.

(97) Vid. caso Berrehab, v. Países Bajos, sentencia de 21-6-1988, serie A, n.º 138; donde se aprecia la existencia de vida familiar entre un padre y su hija, que convivía con su madre tras el divorcio del matrimonio pero que había sido regularmente visitada por él (BJC, 1990, p. 76, § 21).

Como es sabido, el art. 8 presenta una doble línea de desarrollo, positiva y negativa, cuyos postulados habrán en ambos casos de ser seguidos por los Estados para no incurrir en violación del derecho garantizado (98). La vertiente negativa se traduce en una obligación a cargo del Estado de no interferir en la vida privada de los particulares, salvo que concurran los presupuestos enumerados en el párrafo segundo del precepto —de interpretación restrictiva dado su cariz limitador de un derecho fundamental—, a saber: previsión por ley de la injerencia, finalidad legítima de la misma y calidad de necesaria en una sociedad democrática (99). De no ser así, la injerencia será arbitraria y consecuentemente violará el art. 8.

Centrándonos en los casos de separación de un menor de su familia, el tribunal ha sentado que para padres e hijos, el estar juntos supone un elemento fundamental de su vida familiar: toda separación constituye una injerencia grave en la misma que habrá de ser satisfactoriamente fundamentada de acuerdo al art. 8.2 (100). La extraordinaria gravedad de la inmisión requiere que los argumentos aducidos en su defensa sean de peso: como era de esperar, los gobiernos alegan siempre en su descargo el haber actuado en pos del interés del menor (101). Quedarían por esta vía cubiertas las exigencias del art. 8.2: la previsión legal de la medida no suele plantear problemas, nadie duda de la legitimidad de la finalidad de una acción emprendida de acuerdo

(98) Una rápida explicación de tal interpretación del precepto se puede encontrar —entre otros— en CONNELLY, "Problems of interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights", *International and Comparative Law Review*, julio, 1986, pp. 567 y ss.

(99) Una buena exposición de lo que cada uno de tales requisitos supone la hallamos en el caso OLSSON 1, v. Suecia, sentencia de 24-3-1988, serie A, n.º 130 (BJC, 1989, pp. 844 y ss., § § 60 a 68; véase también el desarrollo efectuado por la Comisión en pp. 853 y ss., § § 132 a 152).

Compárese, por otra parte, tales exigencias con las que el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño pone para la viabilidad de una separación: la existencia de ley aplicable que la prevea aparece expresamente, la finalidad legítima se plasma en la referencia a la necesidad de la medida de acuerdo al interés superior del niño y en cuanto a la necesidad en democracia, el parámetro de la gravedad de las circunstancias y el carácter de única solución posible tomado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se recoge igualmente, como hemos visto, en la Convención.

(100) *Vid.*, entre otras, ERIKSSON (*loc. cit.*, p. 193, § 58); OLSSON 1 (*loc. cit.*, p. 844, § § 59, 72) o caso *W v. Reino Unido*, sentencia de 8-7-1987 (Series A, vol. 121, 1987, p. 27, § 59)

(101) *Vid.* ERIKSSON (*loc. cit.*, p. 194, § § 66 y 67); OLSSON 1 (*loc. cit.*, p. 85, § § 64 y 65); HENDRIKS, v. Países Bajos, opinión de la Comisión de 8-3-1982 (European Commission of Human Rights. Decisions and Reports, n.º 29, diciembre 1982, p. 18, § 115).

a los dictados del interés del menor y, en cuanto a su necesidad en una sociedad democrática, dado que una de las obligaciones de todo Estado democrático es la protección de la infancia (102), toda actuación en tal sentido cumpliría la tercera condición del precepto. Freinando aquí la argumentación, prácticamente toda intervención estatal en la familia sería susceptible de justificación, pero el tribunal exige un “plus” para que la injerencia sea catalogable de necesaria en democracia: la medida adoptada habrá de ser proporcional a la finalidad por ella perseguida. Así pues, una solución tan tajante como la separación del niño de sus padres —ataque frontal a la vida familiar— deberá ir avalada por factores de gravedad tal que no permitan otra alternativa respetuosa con el interés del menor: el que el niño estaría presumiblemente mejor atendido fuera de su entorno familiar sin más es insuficiente (103).

Para calibrar la proporcionalidad de la actuación al fin perseguido será trámite inexcusable el estudiar a fondo la coyuntura familiar y recabar sobre ella todo tipo de información, ocupando dentro de ésta lugar destacado las opiniones y posibles justificaciones de los

(102) Así, lo manifiesta la Comisión en HENDRIKS, v. Países Bajos, opinión de la Comisión de 8-3-1982 (*loc. cit.*, p. 18, § § 120-121).

(103) Con motivo del caso OLSSON 1 (padres de tres hijos cuya custodia es asumida por las autoridades suecas, colocándolos en hogares distintos y a considerable distancia entre sí y de la residencia de los demandantes) el tribunal, tras analizar las razones —de gravedad palmaria— en las que el tribunal administrativo del Condado correspondiente se apoyó para confirmar la resolución de hacerse cargo de los niños, manifestó que *“estas razones eran, evidentemente, ‘aplicables’ para acordar hacerse cargo de los niños, pero la ruptura de una familia es una injerencia muy grave. Por ello, una medida así tiene que fundarse en consideraciones de peso, movidas por el interés del niño; pues, como señala la Comisión, no es suficiente comprobar que estaría mejor atendido en su nueva situación”* (*loc. cit.*, p. 846, § 72). Por su parte, la Comisión rebate de entrada el argumento —precisamente tomado de resoluciones anteriores de la propia Comisión— que el gobierno sueco esgrime al afirmar que *“cuando existe un conflicto importante entre el interés del niño y el de los padres, que sólo puede garantizarse (sic) en perjuicio de uno de ellos, debe prevalecer el primero”*. Tal razonamiento es procedente en casos de separación o divorcio, pero el problema *“cuando se trata de un caso de asistencia pública, es por completo distinto en el ámbito del Convenio. El art. 8 reconoce el derecho de los padres de cuidar de sus niños y de educarlos, derecho que se ha de ejercitar en interés de éstos. El Estado sólo puede limitar este derecho cuando se prueba claramente que los padres lo ejercitan en contra de los intereses del niño. / La separación de un niño de sus padres en aplicación de una resolución sobre su guarda es una injerencia grave del Poder público que no se puede justificar limitándose a decir que es preferible confiarlo a otras personas dispuestas a acogerlo. El art. 8 impone al Estado la carga de probar las razones poderosas y suficientes que justifican la medida. Estas razones deben ser de tanto peso que hagan que la resolución sea necesaria en una sociedad democrática en el propio interés del niño”* (*loc. cit.*, p. 855, § § 148 a 150).

padres (104), quienes en consecuencia deberán ser cumplidamente ilustrados de toda acción concerniente a su hijo (105). La cuestión tiene importancia no sólo desde el punto de vista del respeto a los derechos de los padres, sino también de los derechos e intereses de los hijos: el interés del menor —único capaz de legitimar la medida— es, como se verá, de determinación suficientemente compleja de por sí como para que las autoridades se permitan ignorar fuentes de primera mano como son los propios miembros del entorno familiar. A ello se añade que una apreciación errónea de las demandas del interés del menor puede tener efectos de hecho irreversibles: un niño alejado innecesariamente de sus padres y colocado en un hogar acogedor puede ver cómo con el paso del tiempo su bienestar, que un día exigía permanecer con su familia de origen, acaba reclamando el carácter definitivo de la separación como fruto de la adaptación del niño a su nuevo hogar y del debilitamiento —cuando no ruptura total— de vínculos con su padres biológicos (106).

Podemos pues extraer como conclusiones de esta obligación negativa del Estado algunas de las ya apuntadas en torno al art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño: especial gravedad de las circunstancias que aconsejen la separación —con el consiguiente agotamiento previo de todas aquellas alternativas que no la lleven inherente—, derecho de información de los padres y participación de los mismos en el procedimiento merced al cual se ha de resolver sobre la misma.

(104) Así, se desprende de las sentencias de 8-7-1987 en los casos R., W. y B. todos ellos contra el Reino Unido (las tres Serie A 121, 1987). *Vid.* por todas caso W, §§ 61 a 65 (*loc. cit.*, pp. 27 y ss.); donde el tribunal señala que, aunque el art. 8 no contenga ningún tipo de requisito procedimental expreso, ello no obsta a que los procesos —de todo tipo, no sólo los judiciales— aplicables a la resolución de asuntos relativos a la vida familiar deban ser respetuosos con la misma. En lo que se refiere a la toma de decisiones en virtud de las cuales un niño pasará a estar bajo el cuidado de las autoridades, entre los aspectos relevantes a sopesar por éstas deberán incluirse las opiniones e intereses de los padres: “*Así pues, el proceso decisorio debe, en opinión del tribunal, ser capaz de garantizar que sus (de los padres) opiniones e intereses serán oídos y debidamente tenidos en cuenta por la autoridad local y que ellos (los padres) podrán ejercitar a su debido tiempo cualquier recurso a su disposición*” (§ 63). Reténgase que tales apreciaciones basadas en el art. 8 —frente a las que se fundamentan en el art. 6— son aplicables tanto a procedimientos propiamente judiciales como a los administrativos.

(105) A salvo, como siempre, de que el interés del menor aconseje lo contrario.

(106) *Vid.* entre otros casos W, (*loc. cit.*, p. 28, § 62). Se podría incluso llegar a plantear el respeto al derecho a la vida familiar de los acogedores con el niño y viceversa: así, se apunta en el voto particular del señor SCHERMERS en ERIKSSON (*loc. cit.*, p. 206, § 3). La cuestión, de indudable interés, escapa al ámbito de este trabajo, dedicado a la relación entre familia de origen y menor.

La vertiente positiva del art. 8. obliga a los Estados a adoptar todo tipo de medidas para garantizar a sus súbditos un goce efectivo de los derechos reconocidos en el precepto, sin que juegue en este caso la excepción del art. 8.2.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ampara en el art. 8 el derecho de aquellos que han visto su núcleo familiar disgregado como consecuencia de una actuación protectora sobre el menor —derecho pues tanto de éste como de sus padres— a que se desplieguen todos los medios posibles de cara a propiciar una reunión tan pronto como sea posible (107). En este sentido, la autorización de visitas entre padres e hijo cobrará un protagonismo absoluto: difícilmente estará en armonía con el interés del menor devolverlo, tras períodos de tiempo normalmente largos, a una familia que era la propia pero que se ha convertido en una extraña debido a la ruptura de relaciones con ella: así, la privación absoluta o la limitación excesiva de las visitas obstaculizan e incluso pueden aniquilar la reunión familiar (108), deri-

(107) *Vid. OLSSON 1 (loc. cit., p. 848, § 81)* donde el tribunal señala que, al no perseguirse la adopción de los niños “había que considerar dicha resolución (la de hacerse cargo de los niños) como una medida temporal que se suspendería tan pronto como las circunstancias lo permitieran y cualesquiera acciones de ejecución debían armonizar con la última finalidad: reunir de nuevo a la familia”; por su parte, la Comisión consideró que “la medida de hacerse cargo de un niño debe ser, en la mayoría de los casos, de carácter temporal puesto que, en definitiva, la finalidad es volver a unificar la familia. Incluso cuando hay que prolongar el período en cuestión, las medidas de colocación se han de tomar teniendo presente el alzamiento futuro de la de hacerse cargo del niño. Sólo en circunstancias excepcionales se puede actuar como si la resolución no debiera revocarse nunca.” (*loc. cit., p. 857, § 175*). Adviértase que los señores Olsson impugnaron en virtud del art. 8 tanto la resolución merced a la cual las autoridades suecas se hicieron cargo de sus hijos, como la negativa a levantar la medida y el modo de ejecución de la resolución. El tribunal absolvió a Suecia de los dos primeros cargos, condenándola por el tercero ya que el emplazamiento de los niños en hogares separados y en algunos casos a considerable distancia del domicilio de los demandantes, unido a las restricciones impuestas a sus visitas, obstaculizaron de hecho el logro de una pronta reunión familiar. En *ERIKSSON (loc. cit., p. 194, § 71)* el tribunal afirma que “el derecho de una madre al respeto de su vida familiar, garantizado por el art. 8, implica el derecho a las medidas adecuadas para reunirse con su hija”.

(108) Merece la pena como prueba de ello detenernos en los antecedentes del caso *ERIKSSON*. Los servicios sociales suecos tomaron a su cargo a la hija de la señora Eriksson en 1978, a los dos meses de nacer, dada la manifiesta imposibilidad de la madre de hacerse cargo de ella (se le había impuesto una pena de catorce de meses de cárcel por receptación y tenencia de drogas). La niña fue entregada en acogimiento, dos años después la madre —de cuya rehabilitación social no cabía ninguna duda pues de hecho se la consideró plenamente apta para hacerse cargo de su hija— solicitó la finalización de la medida adoptada. La petición no fue estimada hasta 1983: las autoridades suecas consideraron entonces que ya no había motivo para mantener la resolución inicialmente adoptada, con lo que la misma se levantó. Ahora bien, al mismo tiempo se prohibió a los padres que retirasen a la niña del hogar donde vivía “hasta que otra cosa

vando tales supuestos en violaciones del art. 8, sin que quepa alegar frente a ello, tal y como se ha señalado, que ya no existe vida familiar entre los padres y el hijo del que han sido separados (109).

La violación del art. 8 por no concesión de visitas puede discutirse igualmente —ahora con independencia de la apuntada función de facilitar la reunión familiar— en los casos de no convivencia de los padres. La cuestión se planteó, entre otros, en el caso *Hendriks v. Holanda* (110), asunto en el que la Comisión no estimó la existencia de infracción

se acordara" (el ordenamiento sueco prevé medidas de tal tipo, de cara a que el cambio de guarda no sea excesivamente brusco para el niño), autorizándoseles a visitar a la niña una vez cada dos meses. A partir de aquí se suceden los intentos de la madre de recuperar la compañía de su hija al tiempo que los contactos con ésta se ven continuamente impedidos no sólo por los acogedores, sino por los propios asistentes sociales encargados del caso (parece ser que la madre llegó a ser "chantajeada" en el sentido de que si desistía de las acciones judiciales que incansablemente emprendía podría ver con más frecuencia a la niña). Llegamos así a 1987, y nos encontramos con una madre que sólo ha visto a su hija desde que se la separó de ella hace nueve años —y recuérdese que ésta era entonces un bebé de dos meses— en 33 ocasiones, nunca más de dos horas y salvo en cuatro ocasiones siempre ante la presencia de extraños: la niña —de nueve años y que hasta los seis pensó que sus acogedores eran sus padres verdaderos— no desea regresar con ella, y forzarla a ello le causaría trastornos emocionales, psicológicos e incluso somáticos graves, en definitiva sería contrario a su interés superior. El relato es un ejemplo tan triste como real de cómo la impericia e indolencia del Estado puede exterminar una familia.

(109) Junto a los ya vistos OLSSON 1 y ERIKSSON, cabe citar OLSSON 2 (S. de 27-11-1993, serie A, vol. 250); ANDERSSON (S. de 25-2-1993, serie A, vol. 226) donde a la madre se le impidió no sólo las visitas sino todo tipo de comunicación, incluida la epistolar y la telefónica con su hijo durante casi dieciocho meses; o el caso HOKKANNEN v. Finlandia, (S. de 23-9-1994 serie A, vol. 299a) en el cual el tribunal aclara que las medidas a tomar de cara a la reunión familiar deberán ser adoptadas desde la perspectiva del interés del menor: así, en el caso, la ausencia de un derecho de visita a favor del padre transgredía el art. 8, pero no la negativa de las autoridades a cederle la guarda del niño (*Vid.* referencia en SUDRE, *loc. cit.*).

(110) Demanda n.º 9427/78, opinión de la Comisión de 8-3-1982 (European Commission of Human Rights. Decisions and Reports, n.º 29, diciembre 1982, pp. 5 y ss.) El Sr. HENDRIKS alegaba que la legislación holandesa no garantizaba suficientemente su derecho a mantener relaciones con su hijo en tanto en cuanto en última instancia la madre podía en todo caso frustrarlo oponiéndose simple y llanamente a las visitas. La Comisión justificó la situación de acuerdo al interés del menor, quien presumiblemente vería su nuevo ambiente familiar —el hogar formado por la madre y su nuevo compañero— trastornado por las tensiones que las visitas del padre traerían consigo. Frente a ello, el voto particular conjunto de MELCHLOR, SAMPALO, WEITZEL y SCHERMERS (pp. 22 y ss.) —en la postura que a mi entender resulta más adecuada— motejó a la interpretación que del interés del menor hizo la mayoría de la Comisión de "rara", recordando que las visitas debían considerarse en principio y salvo que poderosas razones indicasen lo contrario como beneficiosas para el niño, que su interés debía interpretarse no de un modo "estático" sino dinámico (aunque inicialmente las visitas podrían desestabilizar ligeramente al menor, a la larga éste se vería enriquecido por su relación con su padre), y que en ningún caso era de recibo amparar una eliminación total de la vida familiar del niño y su padre por respeto a la vida familiar de la madre y su segundo esposo.

alguna, siendo decidido por el Consejo de Ministros. Lo cierto es que tales supuestos no son considerados del mismo modo que los anteriormente tratados, pareciendo resentirse a consecuencia de ello la protección brindada a los derechos del padre no custodio (111).

2. El artículo 6 y el derecho a un proceso equitativo

Si bien es cierto que el art. 6 se dirige con preferencia a dotar de garantías al procesado en una causa penal, también tienen en él acomodo los asuntos civiles, y así comienza su párrafo 1: *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil...”*

Centrándonos en la cuestión que nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado con carácter general que negar a los padres la posibilidad de participar en el procedimiento de adopción de una determinada medida concerniente a su hijo infringe —aparte de lo dicho respecto al art. 8— también el art. 6 (112).

La invocación del precepto en casos en los que los ordenamientos internos no preveían un procedimiento independiente de cara a solu-

(111) *Vid.* lo manifestado en tal sentido por la Comisión en su opinión al caso OLSSON 1, reproducido en nota 103. Comparemos el caso OLSSON con el caso HENDRIKS en lo que a las visitas se refiere: Suecia es condenada por limitar el derecho de visita a unos padres que venían obstaculizando sistemáticamente las acciones que en favor de sus hijos se emprendían, hostilizando insistentemente a las familias acogedoras y perturbando emocionalmente a algunos de sus niños cuando se acordaban de que tenían un derecho de visita a su favor y lo ejercitaban; mientras que Holanda es absuelta pese a que sus tribunales impiden a un padre —cuyas pretensiones se reconocen como legítimas y razonables— volver a ver a su hijo tras su divorcio recurriendo a argumentos que más que proteger los intereses del niño amparan los de una madre egoísta. Parece ser que, en estos casos, al convivir el niño con el otro progenitor goza ya de una vida familiar, sin importar demasiado que sea una vida familiar “a medias”.

(112) Así, en *Keegan v. Irlanda* (*loc. cit.*, p. 113): la legislación irlandesa no permite a un padre natural ser oído por el Consejo de Adopción o por los tribunales de cara a oponerse a un acogimiento preadoptivo (en la especie, la madre había entregado a la niña de menos de dos meses a las autoridades sin conocimiento del padre). La única vía a su alcance es entablar un proceso de cara a obtener la guarda y custodia de la niña, para *a posteriori* impugnar la medida. Tal remedio es juzgado insatisfactorio por el tribunal ya que, dada la duración de tales procedimientos, para cuando éstos hubiesen concluido el bienestar de la niña requeriría el permanecer con los futuros adoptantes.

cionar la cuestión de las visitas (113) ha propiciado interesantes declaraciones del tribunal en cuanto a tal derecho. En virtud de las mismas no cabe discutir el carácter de derecho civil —como derecho de familia que es— del derecho de visita, y por tanto susceptible de demandar la aplicación del art. 6 (114): en tal sentido, el derecho a que un tribunal decida en los litigios sobre el mismo no se ve satisfecho con la posibilidad de pedir su regulación en el seno de procedimientos de miras más amplias —por ejemplo, solicitando la revisión de la medida de poner al niño bajo el cuidado de los servicios sociales correspondientes— en tanto en cuanto los argumentos que para la cuestión de las visitas serían suficientes pudieran muy bien no serlo para el debate de la cuestión que necesariamente ha de aparecer como principal. A ello se añade una dilatación de la duración del procedimiento, que dejaría de ser “razonable”, frente a las exigencias del art. 6.1.

La cuestión de cuándo un plazo es “razonable” se presenta de difícil determinación en los casos que estudiamos. El problema requiere de la conjugación de dos exigencias igualmente importantes y totalmente contradictorias: de una parte, dada la delicadeza de los derechos que se barajan, las circunstancias concurrentes en cada caso deben ser cuidadosamente sopesadas de cara a determinar con acierto qué es lo mejor para el niño; de otra, la trascendencia de esos mismos derechos se acomoda mal con la prolongación de situaciones de incertidumbre, cuyas consecuencias como ya se ha señalado pueden ser determinantes en el sentido de debilitar e incluso extinguir los lazos entre padres e hijos (115). El equilibrio es de definición compleja, máxime si añadimos a lo visto la sobrecarga de trabajo y la lentitud en la toma de decisiones que adquiere matices de mal endémico en las jurisdicciones de algunos países.

(113) ERIKSSON (*loc. cit.*, p. 195, §§ 80 a 82) y B., W. y R. (serie A, vol. 121) y O. (serie A, vol. 120), todos v. Reino Unido, sentencias de 8-7-1987.

(114) *Vid.*, por todas las sentencias de 8-7-87, la del caso W. (§ 78, pp. 34 y s.) donde se declara abiertamente que el derecho de visita, “como parte integral de la vida de familia” es sin duda un derecho civil. En ERIKSSON, la Comisión opinó que “*un litigio sobre el derecho de un padre a visitar a su niño, existiendo una prohibición de recuperarlo de la familia en que está acogido, afecta a los ‘derechos de naturaleza civil’ paternos*” (§ 242, p. 203).

(115) HENDRIKS (*loc. cit.*, § 137, p. 21). *Vid.* asimismo caso H. v. Reino Unido, sentencia de 8-7-87 (serie A., 120b, § § 90 y 101), en el que sí se apreció violación del art. 6 por excesiva duración (dos años y siete meses) del proceso en el que se decidió sobre las visitas.

En el ámbito de la legislaciones internas, indudable interés presenta la s. 1 (2) de la Children Act 1989 inglesa, que advierte que en todo proceso en el que surja alguna cuestión que afecte a la crianza (“upbringing”) de un niño, el tribunal deberá tener en cuenta el principio general de que cualquier retraso en la resolución de la cuestión es susceptible de perjudicar el bienestar del niño.

Por último, es interesante destacar que, frente a las alegaciones de algún gobierno de que el derecho de visita es únicamente un derecho del niño —con la consiguiente improcedencia de reclamaciones sobre el mismo por parte de los padres—, el tribunal ha tomado la postura de atribuir su titularidad tanto a uno como a otros, con la única matización de que, al ser el interés del menor prevalente, en caso de conflicto las exigencias de este último primarán sobre las pretensiones, aun legítimas, de los padres (116).

(116) La objeción fue planteada por el gobierno del Reino Unido en los casos O., W., B., y R. precitados bajo términos idénticos. Aquél se opuso a la aplicabilidad del art. 6.1 ya que *“no había ‘derecho’ alguno en juego”*, basándose en cuatro argumentos sistemáticamente desmontados por el tribunal (en W. se hallan en § 72, p. 32). En primer lugar, Reino Unido admite que el concepto de “derecho civil” en el contexto del art. 6.1 es autónomo, pero sin embargo aduce que el precepto no es aplicable a menos que el objeto del litigio constituya un derecho dentro de la legislación interna, a la cual debe por tanto atenderse. En segundo lugar manifiesta el gobierno británico que *“la noción de ‘derechos’ parentales sobre los hijos estaba superada; además, de acuerdo a los dicta de los jueces ingleses, el llamado ‘derecho’ de visita de un padre a su hijo se definía preferentemente como un derecho del niño”*. En tercer lugar, se dice que *“en cualquier caso el mencionado derecho era ‘teórico’ (‘rhetorical’), y no legal”*. Por último, se añade que, aun de haber existido un derecho tal al principio, éste habría desaparecido tras el pronunciamiento de una orden de asistencia o de una resolución sobre la patria potestad, ya que a consecuencia de las misma se transfieren a la autoridad local —salvo limitadas excepciones— *“todos los derechos, poderes y deberes del padre con respecto al hijo. La mera posibilidad o esperanza de que la autoridad pudiera, en uso de su discreción, permitir ulteriormente al padre visitar a su hijo no constituye un ‘derecho’”*. En cuanto a la primera afirmación, el tribunal no le resta valor pero *“no suscribe la tesis del Gobierno de que ningún derecho de tal tipo esté en juego en el caso presente”* (W. § 73). Especial interés revisten las reflexiones del tribunal frente a la obsolescencia de la noción de derechos paternos que el Reino Unido esgrimió: *“Para calificar como superada la noción de los derechos patenorfiliales, el Gobierno se apoya en la idea de que aquéllos se derivan de los deberes y responsabilidades de los padres y existen sólo en tanto son necesarios para la protección de la persona o los bienes del niño. Esta concepción parece responder al deseo esencial no de negar la existencia de derechos paternos, sino de acentuar que no son absolutos y pueden ser anulados si no se ejercen de acuerdo con el bienestar del niño (...). Además, cuando los tribunales ingleses hablaban de la visita como de un derecho del niño, parecían no haber estado proclamando la ausencia de cualquier derecho paterno de visita, sino el principio de que en caso de conflicto entre derechos concurrentes de padre e hijo es el bienestar del niño el que debe ser considerado como la razón fundamental.”* (W., § 74, p. 34). Frente al tercer argumento se objeta que el derecho de visita tiene precisamente su proyección práctica cuando la convivencia del núcleo familiar se ha roto (W. § 75), y en cuanto a la última observación del Gobierno, se afirma que el que la autoridad a cuyo cargo pasa a estar el niño tenga potestades sobre el mismo —entre ellas la regulación de sus contactos con los padres— no supone la desaparición de todo derecho paterno en cuanto a las visitas, tal extinción *“no sería compatible con las nociones fundamentales de vida familiar ni con los vínculos familiares que el art. 8 pretende proteger”* (W., § 77).

A todas las consideraciones hechas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos deberá ajustarse nuestra legislación interna sobre menores y la actuación de las autoridades sobre ellos, en la medida en que de lo contrario se vulnerarían derechos que tienen su correlativo en nuestra Constitución —arts. 18 y 24— y que han de ser interpretados a luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (117).

V. PLASMACION DEL DERECHO EN NUESTRO ORDENAMIENTO INTERNO

A continuación, se contrastará ordenadamente cada una de las directrices que en torno a la separación de un niño de sus padres hemos ido extrayendo tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el panorama que la cuestión presenta en nuestro país. Aquél se revela especialmente complejo dada la convivencia de la legislación estatal con las disposiciones de distinto rango normativo que, en virtud de la competencia de las Comunidades Autónomas sobre protección de menores, han ido surgiendo en los distintos territorios. No se pretende efectuar un estudio detallado de la prolífica —y en continuo aumento— normativa autonómica, haciéndose no obstante referencia a la misma allí donde sea necesario.

1. Política social preventiva de situaciones patológicas del núcleo familiar

Ya se ha apuntado anteriormente que aquellas situaciones en las que el principio natural de que el mejor entorno para el desarrollo

(117) El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en alguna ocasión sobre recursos de amparo en asuntos como los que nos ocupan, sin que en ninguno de los consultados se apreciase infracción ya de los art. 18, ni del 24, bien por motivos sustantivos, bien por no haber sido debidamente alegadas las infracciones que se pretendían ante la jurisdicción ordinaria en su momento. Así ocurre, entre otros, en el Auto n.º 535/1985, de 24 de julio —invocación de los arts. 18, 24 y 25 por un padre bajo prisión preventiva cuya hija había sido confiada por las autoridades a la abuela materna; Auto n.º 137/1992 de 25 de mayo — alegación de los arts. 14, 18 y 24 por los padres de tres hijos, respecto a dos de los cuales se había constituido acogimiento judicial contra su voluntad; o en la Sentencia 289/1993, de 18 de octubre, donde una madre soltera denuncia la violación del art. 24 ante su falta de oportunidad de presentar los medios de prueba que considerase pertinentes de cara a demostrar que su hijo —confiado por ella al cuidado de dos señoras, dada su imposibilidad de atenderlo por razones laborales— no estaba desamparado.

armónico del menor es su propia familia quiebra, deben calificarse de patológicas. También se ha dejado constancia de que la prevención de las mismas forma parte de la política de protección familiar de todo tipo que a nivel internacional se reclama y que el art. 39.1 de nuestra Constitución presenta como “asegurada” por los poderes públicos en su vertiente social, económica y jurídica.

En consonancia con el mandato constitucional, las leyes sobre servicios sociales promulgadas en las distintas Comunidades Autónomas (118) tienden a incluir entre sus áreas de actuación la de protección y promoción de la familia (119): tienen así cabida el desarrollo de políticas de prevención de situaciones de riesgo (120) para el menor. Tales actuaciones se encuentran igualmente previstas con carácter genérico en el art. 1 del Proyecto de Ley del Menor (121).

La eficacia real de tales políticas vendrá condicionada por un doble factor: la dotación a los servicios encargados de llevarlas a cabo de medios materiales y personales suficientes y lo acertado del contenido de las mismas. Si bien es cierto que en cuanto al primer aspecto las disponibilidades económicas de cada Comunidad determinarán en muchos casos lo adecuado del funcionamiento de sus servicios (122),

(118) Pueden consultarse en CREUS I FERRE, E. (dirigido por), *Legislació estatal i autonòmica sobre protecció dels menors en situació d'alt risc social*, Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar Social, junio 1994. Algunas de las normas autonómicas que a continuación irán apareciendo se encuentran recogidas en tales volúmenes, no así las de fecha posterior a la edición de los mismos; junto a éstas últimas se indicará el lugar donde pueden ser consultadas.

(119) Por ejemplo, la catalana 26/1985, de 27 de diciembre, art. 5.2 a); la canaria 9/1987, de 28 de abril, art. 4 y la vasca 6/1982, de 20 de mayo, art. 3.2; etc.

(120) Hablamos de situaciones de riesgo en sentido amplio: el Proyecto de Ley del Menor (*vid.* E. M., II, párrafo quinto) diferencia entre situaciones de riesgo y desamparo, dando las primeras —frente a las segundas— origen a actuaciones que no entrañan la separación del menor de su familia. Lógico es que al prevenirse situaciones más leves —las de riesgo— se eviten al mismo tiempo las más graves —las de desamparo.

(121) Art. 1. Actuaciones de protección. 1. “La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante el establecimiento de servicios, la prevención y reparación de situaciones de riesgo, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. 2. Los poderes públicos velarán por que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afecten al desarrollo del menor.”

(122) Resulta de un acierto indudable la observación genérica que al tratar sobre los límites generales a los derechos de los niños hace FREEMAN (*op. cit.*, p. 61), en el sentido de que “los derechos sin servicios carecen de significado, y los servicios no pueden prestarse sin recursos. ‘Ninguna ley’, escribió Monrad Paulsen (1974) en relación con la legislación obligatoria sobre abuso de niños en los Estados Unidos, ‘puede ser mejor de lo que los recursos permiten’ (...). En otras palabras, tiene poco sentido crear y mejorar el marco legal o instituir grandes derechos en favor de los niños, a menos que junto a ello se prevea y reestructure la asignación de

no debería olvidarse la necesidad de formar a profesionales cualificados y debidamente concienciados de las fuertes implicaciones de las tareas que están llamados a desempeñar. Respecto al segundo, sería útil tener en cuenta las líneas apuntadas por el Consejo de Europa a través de distintas Recomendaciones tocantes a la materia (123): vías de preparación a la gente joven de cara a asumir con éxito sus futuras responsabilidades paternas —incluyendo programas escolares en tal sentido—, amplia información sobre la existencia de servicios de apoyo familiar y potenciación del recurso a los mismos por parte de las familias, fomento de las instituciones privadas que desarrollen funciones similares, etc.

2. Primacía de las soluciones que no entrañen una separación

Una vez que se detectan signos de deterioro del medio familiar, la autoridad estatal deberá intervenir con presteza (124), sin que ello suponga automáticamente un recurso a medidas de separación: es principio repetidamente manifestado en la legislación autonómica sobre servicios sociales el de “integración” o “normalización”, en virtud del cual la actuación de los mismos deberá tender siempre al mantenimiento del sujeto (en nuestro caso, el niño) en su ambiente familiar y social. De otra parte, las normas propiamente atinentes a protección de menores no pierden ocasión de destacar en sus preámbulos la prioridad del tratamiento del menor en su propia familia, pasando a tratar en su articulado aquellas soluciones que conlleven el desarraigo del

recursos”. En este sentido, reviste gran interés el art. 16 de la Ley catalana 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes (BOE, n.º 127, de 30-8-1995); el cual, bajo la rúbrica “Prioridad presupuestaria”, indica que “La Generalitat debe procurar que sus presupuestos tengan en cuenta de forma prioritaria las actividades de atención, formación, promoción, reinserción, protección, integración y ocio de los niños y los adolescentes de Cataluña. Asimismo, debe procurarse que los entes de la Administración local asuman dicha prioridad.”

(123) Vid. principalmente R. No. R. (79) 17 del Comité de Ministros sobre protección de los niños contra los malos tratos; R. 874 (1979) de la Asamblea sobre una Carta Europea sobre los Derechos del Niño; R. No. R (81) 3 del Comité de Ministros sobre la acogida y la educación del niño desde el nacimiento a los ocho años; R. No. R. (85) 4 del Comité de Ministros sobre la violencia en la familia.

(124) El art. 3 del Proyecto de Ley del Menor, rubricado “Atención inmediata”, dispone: “Las Autoridades y Servicios Públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal.”

niño de su medio en último lugar y con carácter claramente subsidiario respecto al llamado "apoyo familiar" (125). En esta línea, es digna de todo elogio la distinción que el Proyecto de Ley del Menor introduce entre las actuaciones en situación de riesgo [art. 5 (126)] y las actuaciones en situación de desamparo [art. 6 (127)] que, en palabras de la Exposición de Motivos (II, párrafo quinto) *"dan lugar a un grado distinto de intervención de la Entidad Pública. Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la Entidad Pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria"* (128).

(125) Por ejemplo, Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores; Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción; Decreto gallego 196/1988, de 28 de julio, sobre protección y tutela de menores desamparados; Ley asturiana 1/1995 de 27 de enero, de protección del menor (A. C. legislación, 1995, § 125); Ley valenciana 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia, BOE, n.º 21, de 25-1-1995), etc.

(126) Art. 5. Actuaciones en situaciones de riesgo. *"En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social en que se encuentre. / Una vez apreciada la situación de riesgo, la Entidad Pública competente en materia de Protección de menores, realizará un seguimiento de la evolución del menor en la familia, a fin de comprobar si se han disminuido los factores de riesgo."*

(127) Art. 6. Actuaciones en situación de desamparo. *"1. Cuando la Entidad Pública considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el art. 172 y siguientes del Código civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. / 2. Cada Entidad Pública designará el órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas en funcionamiento."*

(128) La introducción de tal distinción despeja las dudas que *de lege data* pudieran plantearse sobre si la existencia de una declaración de desamparo del menor por parte de la Administración es requisito para que ésta lleve a cabo cualquier tipo de actuación sobre el mismo, aunque ésta no suponga la separación del menor de su familia: la respuesta será claramente negativa. Bajo la legislación vigente cabe alcanzar los mismos resultados dada la diferenciación que en el art. 172 se hace entre los supuestos de tutela automática (172.1), de guarda (172.2) y de apoyo familiar, que SERRANO GARCIA (en su comentario al art. 172 en Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia, 1993, p. 578) localiza en el art. 172.4. Tal solución se deduce con mayor claridad en los textos de algunas normas autonómicas, por ejemplo, en Extremadura (Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores [A. C. legislación, § 960, pp. 2389 y ss.]); Asturias (Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor) o Valencia (Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia) —siendo aquí la exclusión expresa (*vid.* arts. 22 y 23). No obstante, no

A tal apoyo se le suele dotar de un contenido económico —cuando los problemas familiares vengan motivados por la carencia de recursos de este tipo, traduciéndose en la percepción por parte de la familia de prestaciones ya en dinero, ya en especie (servicios de comedor, ropas, vivienda, etc.)— y/o técnico —atención domiciliaria a cargo de asistentes sociales, guarda diurna de niños, atención psicológica a la familia, etc.

3. Gravedad de las circunstancias que justifiquen la separación

En nuestro ordenamiento jurídico la separación del menor de su familia exige como presupuesto que éste se halle en situación de desamparo, descrita en el art. 172 del Cc. como *“la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”* (129), en expresión que parece confirmar la vieja cita de que *omnis definitio in iura periculosa est*, sin que ello obste a que en ocasiones —como sin duda es ésta— haya que pechar con todos los riesgos que una definición pueda conllevar, en pos de una mayor seguridad jurídica. Antes de referirnos a la misma, procede hacer algunas consideraciones en torno a la legislación autonómica en la materia.

Ya hemos señalado que el apoyo familiar se diseña como instrumento prioritario de protección al menor, y solamente de resultar éste inoperante se autoriza la adopción de otras medidas —las que implican separación— plásticamente calificadas en ciertos textos de *“alternativas”*. En algunos casos el legislador o ejecutivo autonómico se muestra más concreto que el estatal proporcionando, frente a la generalidad de la definición del art. 172, un catálogo de supuestos en los que el recurso a tales soluciones extremas se autoriza. Tomando como ejemplo el Decreto Foral navarro 90/1986 sobre adopción, acogimiento familiar y atención a menores, leemos en su art. 6: *“Los Servicios Sociales de Base informarán al Servicio Regional de Bienestar Social, a fin de que se adopten soluciones alternativas al apoyo familiar en los siguientes supuestos en que resulten víctimas los menores: a) graves carencias afectivas, por parte de ambos*

parece ser la misma la conclusión a la que se llega tras la lectura de los arts. 5 y ss. de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, donde entre las medidas a adoptar mientras el niño está bajo la tutela de la Generalitat se encuentra la atención en la propia familia.

(129) El proyecto de Ley del Menor, que amplía notablemente el contenido del art. 172.1, mantiene la definición de situación de desamparo en todos sus extremos.

padres. / b) Malos tratos físicos o psíquicos, por parte de uno o ambos padres. / c) Violación o abusos sexuales, por parte de alguno de ellos / d) Explotación económica o utilización para la mendicidad. / e) Abandono. / f) Otras situaciones manifiestamente vejatorias de la dignidad y derechos del menor." Tanto éste como otros preceptos con el mismo objeto (130) tienen el mérito de ofrecer ejemplos de situaciones concretas de desamparo evidente, pero no pueden evitar el recurrir a cláusulas más o menos generales de interpretación igualmente controvertida que la del art. 172 del Código (en el ejemplo propuesto, los dos últimos supuestos).

Respecto a la exégesis —sin duda complicada— del art. 172, nos interesa poner de manifiesto que, desde el momento en que la Convención sobre los Derechos del Niño pasó a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, deberá hacerse a la luz de las disposiciones de ésta. Ello supone de entrada, en lo que a la noción de desamparo atañe, que la misma sólo se deberá apreciar ante casos realmente graves: así, tal y como apunta Vargas Cabrera (131) la desasistencia moral o material deberá ser total, de acuerdo con el significado literal de los términos "privación" y "necesaria" que aparecen en el precepto. Además, deberán ser efecto directo del "incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección" (132).

En cuanto a la consideración de tales causas, puede resultar de fundamental importancia la diferenciación entre lo que se ha dado en llamar desamparo "forzoso" o "involuntario" —aquellos casos en que la situación de riesgo para el menor acontece sin intervención y en contra de la voluntad de los padres—, y el "culposo" —cuando la desasisten-

(130) Por ejemplo, art. 8 del Decreto valenciano 23/1988, de 8 de febrero, sobre medidas de protección de menores desamparados; art. 6 de la Ley extremeña 4/1994, de 10 de noviembre, sobre protección y atención de menores (A. C. Legislación, 1994, § 960, pp. 2389 y ss.); art. 31 de la Ley asturiana 1/1995, de 27 de enero o el art. 2.2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre protección de los menores desamparados y de la adopción.

(131) "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas", *ADC*, 1991, I, pp. 623 y ss.

(132) *Vid.* también, entre otros, DE PABLO CONTRERAS ("Comentario al art. 172 del Cc" en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO *Comentarios a las reformas del Código Civil*, 1993, pp. 40 y ss.); PEREZ ALVAREZ (*La nueva adopción*, 1989, pp. 76 y ss.); SERRANO GARCÍA (*op. cit.*, p. 579); PEREZ MARTIN (*Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, 1995, pp. 173 y ss.); RUIZ-RICO RUIZ ("La tutela *ex-lege*, la guarda y el acogimiento de menores", *Actualidad Civil*, 1988, pp. 63 y ss.) o GONZALEZ DE LEON (*El abandono de menores en el Código Civil*, 1995, p. 78 y ss. y 105 y ss.), quien en concreto considera necesario que la situación de desasistencia sea tan grave y definitiva como para que la reinserción en la familia se presente como imposible, lo que sería coherente con su visión del abandono (pues la autora habla de abandono) como vinculado de por sí a la adopción.

cia tiene su origen en la consciente indolencia de aquéllos, a pesar de los tintes objetivos con el que el art. 172 expone la noción de desamparo. Si bien es cierto que en algunos casos de desamparo involuntario se revelará conveniente la separación del menor de su entorno (así, enfermedades graves de los padres, trastornos mentales, etc.), no cabe predicar lo mismo respecto de otros: así, un supuesto típico de desamparo "forzoso" como es el de privaciones materiales del menor a consecuencia de la indigencia de los padres no debería solucionarse con el recurso expeditivo a la declaración de desamparo: ello podría suponer un atentado directo al principio de igualdad constitucionalmente reconocido en el art. 14 de nuestra norma fundamental, en tanto en cuanto los núcleos familiares con escasez de recursos sufrirían, por tal razón, una desintegración que no hubiese tenido lugar de ser distinta su situación económica (133); nótese lo incongruente que resulta que el niño se vea separado de sus padres por una Administración cuya política asistencial general ha podido fracasar. En cualquier caso, no se excluye que

(133) Así, lo plantean PEREZ MARTIN (*op. cit.*, p. 185 y ss.) y en Italia GRASSO (*op. cit.*, p. 116) respecto del art. 3 de la Constitución Italiana.

La cuestión se aborda en el Auto de la A. P. de Córdoba de 19-10-1990 (Actualidad Civil Audiencias, 1991, pp. 138 y ss.). La Audiencia se plantea la existencia de dos vías de proteger a los menores: una sería "proteger al menor por encima de todo, sin tener en cuenta las circunstancias que rodean su entorno familiar: problemas de trabajo de los padres, estado de salud, etc., no constituirían circunstancias a tener en cuenta a la hora de actuar en este terreno. Llevada al extremo, esta vía podría suponer ciertamente una especie de 'confiscación' de los hijos de los pobres en favor de los ricos, pues el interés del menor estaría mejor atendido en una familia de buena posición económica y social. Parece evidente que tal postura no es defendible en el terreno de los principios. La segunda vía vendría a coordinar el interés del menor con el de la familia en conjunto. El menor tendría que ser protegido en todo caso, pero el tipo de protección vendría determinado por sus circunstancias familiares. Esta es una solución mucho más adecuada desde el punto de vista constitucional". A la postre, la resolución opta por mantener la declaración de desamparo y constituir el acogimiento judicial de dos de los hijos de los demandantes, reintegrando el tercero —el mayor— a su compañía. Los padres —cuyo recurso de casación no fue aceptado a trámite— buscaron el amparo del Tribunal Constitucional, que resolvió por Auto 137/1992 de 25 de mayo. Se alegó, entre otras, la infracción del art. 14 de la Constitución en tanto que existió una discriminación injustificada de los padres respecto de las familias escogidas por el ente público para su acogimiento "puesto que es únicamente la mejor posición económica y mayor estabilidad social de los acogedores frente a los padres naturales lo que determina, en fin, el sentido de la decisión" (antecedente 3). El Tribunal Constitucional desestimó el recurso en todos sus extremos, basando el rechazo del art. 14 en que "el fundamento de la decisión no fue sólo la diferente posición económica de los padres naturales frente a los acogedores, sino también la apreciación de un 'descuido' de los progenitores respecto de la educación de sus hijos (FJ 6); y, además, también porque, pese a alegarse respecto a una resolución judicial, no se aporta término de comparación válido, representado por otra u otras decisiones judiciales que, en supuesto análogo, resolvieran de forma diferente; lo que, conforme a la doctrina de este tribunal, impide ya la apreciación de dicha lesión".

puedan existir casos de falta de medios económicos en los que, dada su previsible irreversibilidad a corto plazo, una separación sea ineludible: es aquí donde entra en juego la obligación de las autoridades de poner todos los medios posibles para reintegrar al niño en su hogar, y será precisamente en las hipótesis de problemas exclusivamente económicos donde tal reintegración será más fácil de potenciar.

El Proyecto de Ley del Menor parece tomar buena nota de la inminente seriedad de los peligros que debe correr el menor para que proceda su extracción de la familia, consagrando en consecuencia la ya referida distinción entre medidas en situación de riesgo y medidas en situaciones de desamparo, reservándose la separación únicamente para estas últimas (134).

4. Adopción de medidas de cara a la reinserción del menor en su familia de origen

El art. 172.4 del Cc dispone que *“se procurará la reinserción del menor en la propia familia (...) siempre que redunde en interés del menor”*, (135) indicación diáfana a mi entender de los derroteros por los que debe discurrir la actuación de los servicios competentes tras la asunción por la Administración de la tutela del menor y su consiguiente desarraigo familiar: con la toma bajo su guarda del niño desamparado y la previsión de su internamiento en un centro o de su entrega a un hogar acogedor no acaban las responsabilidades de tan singular tutor, sino que éste deberá poner todos los medios posibles para lograr la vuelta del niño a la compañía de sus padres en el período más breve posible (136).

(134) *Vid.* Exposición de Motivos, párrafo transcrito en p. 276.

(135) El Anteproyecto de Ley del Menor elaborado por el Ministerio de Asuntos Sociales suprimía del art. 172.4 la referencia a la reintegración en la propia familia, imperdonable omisión que el Proyecto se encarga de subsanar en los siguientes términos: *“Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.”*

(136) Tal interpretación del inciso es sostenida por PEREZ ALVAREZ (*op. cit.*, pp. 121 y ss.); quien pone de manifiesto cómo *“la norma del art. 172.4 contiene un mandato que condiciona las actuaciones referentes al menor que se encuentra en situación de desamparo. En particular, el artículo 172.4 configura un mandato, en beneficio del menor y al menos en favor de sus padres, de procurar la consecución de la compañía ex artículo 154.1 y demás funciones de la patria potestad que hubieren sido detraídas a los progenitores por haberse hecho efectiva la tutela prevista por el artículo 172.1 Cc (...) el mandato que impone el art. 172.4 vincula a la entidad pública competente, al ministerio fiscal y a la autoridad judicial”* (pp. 126 y ss.); asimismo considera posible inducir del art. 172.4 un derecho del menor a ser reintegrado en su propia familia, cuya eficacia supedita a la *condictio* del interés del menor (pp. 125 y ss.).

Debería tenerse siempre presente que cuando la Administración interviene, no sólo se ve afectado el menor sino la familia toda —si bien es cierto que el móvil de su acción es la protección del niño—, y del mismo modo que la actuación sobre el niño no es puntual —en tanto en cuanto luego se sigue cuidando de su desarrollo y evolución— tampoco debería serlo la actuación sobre los padres, a quienes se ha de prestar toda la asistencia y apoyo disponibles de cara a que los factores que en su momento aconsejaron retirar al niño del ambiente familiar desaparezcan, y éste pueda regresar al mismo con todas las garantías de recibir las atenciones que su formación y desarrollo necesitan (137).

Junto a tal línea de trabajo por parte de los servicios sociales con la familia biológica, en ningún caso podrá descuidarse el mantenimiento de contactos entre padres e hijos: ya hemos tenido oportunidad de hacer referencia al carácter fundamental que tiene el derecho de visita en situaciones de separación de cara a la futura reunión familiar, impensable si los padres se han convertido en unos extraños para el menor (138). En nuestro ordenamiento la visita está suficientemente garantizada legalmente, tanto en los arts. 160 como 161 del Código civil (el último en concreto sobre los casos de acogimiento) como en la normativa autonómica sobre menores. Recuérdese que el único motivo aceptable para suspender (139) las visitas es que el interés del menor las desaconseje profundamente: la mera oposición de los acogedores —de existir— nunca sería de recibo.

En relación con la continuación de las relaciones entre padres y hijos se halla el derecho de los padres a recibir cumplida información sobre las causas y efectos de la medida que sobre su hijo se adopta, indispensable de cara a solucionar las deficiencias que la provocaron y

(137) Previsiones de este tipo las hallamos en la Orden gallega de 13 de enero de 1993, por la que se establecen ayudas periódicas a familias para la integración del menor.

(138) Recuérdese una vez más lo ilustrativo que resulta respecto a tal realidad el caso ERIKSSON (*vid.* nota 108)

(139) Una privación irrevocable de las visitas sólo sería admisible de proyectarse la adopción del menor. *Vid.* en tal sentido PEREZ MARTIN (*op. cit.*, p. 450) quien prolonga la posibilidad de continuar las visitas hasta la constitución de la adopción, pues hasta entonces considera la reinserción en la familia posible. Personalmente, opino que en los casos de acogimiento preadoptivo —que el Proyecto de Ley del Menor regula específicamente en el que será art. 173 bis 3.º del Código civil— las visitas ya no serán beneficiosas para un menor cuyo retorno al medio familiar biológico ha tenido que revelarse inviable, habiendo fracasado pues todos los intentos de la Administración en ese sentido.

afrontar posteriormente el cuidado en exclusiva del mismo. La normativa autonómica contiene previsiones en torno a la necesidad de que los propios menores y sus padres sean notificados de las medidas que se adopten, sus consecuencias, su previsible duración y de los derechos que asisten al niño, con la misma salvedad contenida en el art. 9.4 de la Convención, a saber, que el bienestar del menor no se vea dañado por ello (140). El Proyecto de Ley del Menor prevé la información a los familiares en su art. 11 (141).

5. Previsiones tendentes a garantizar el respeto de los derechos de la familia

Ya se ha apuntado líneas arriba que la obligada protección del menor por parte de las autoridades no puede amparar injerencias arbitrarias en la familia, con el consecuente ataque al derecho fundamental a la intimidad de todos los miembros de la misma: no sólo de los padres, sino también del propio niño. Deberá buscarse un criterio de actuación compensado, en cuya determinación habrán de tenerse en cuenta las conclusiones que anteriormente hemos extraído de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Comenzando por la previsión legal y en términos restrictivos de la separación, cabe considerar que el art. 172, a pesar de sus deficiencias, es susceptible de recibir una exégesis restringida en armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño; por otra parte, como ya se ha indicado, el Proyecto de Ley patentiza el carácter extremo de la separación dada su diferenciación entre situaciones de riesgo y de desamparo.

(140) Por ejemplo, art. 3.4 de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores; art. 7 de la Ley catalana 37/1991; o art. 19 de la Ley asturiana 1/1995.

(141) *"La Entidad Pública que tenga menores bajo su guarda o tutela deberá informar a los padres sobre la situación de aquellos cuando no exista resolución judicial que lo prohíba."* El tenor del artículo permite dar cabida no sólo a informaciones sobre la acción inicialmente emprendida, sino también a la obtención de noticias periódicas sobre la evolución del niño, extremo este de indudable interés que si bien podría parecer de forzado acomodo en el art. 9.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin duda se hace necesario tras una lectura global de la misma, en especial de aquellos preceptos de los que se infiere la vuelta a la familia de origen como objetivo prioritario (*supra*, p. 256.): para que tal retorno se produzca con éxito los padres deberán saber en qué condiciones educativas, evolutivas, somáticas, etc., se encuentra su hijo, requiriéndose para ello la ilustración por parte del personal cualificado que se ha encargado de efectuar el necesario seguimiento del menor, siendo insuficientes en cuanto a tales aspectos técnicos las impresiones que intuitivamente los padres hayan obtenido merced a las visitas.

En cuanto a la autoridad competente para decidir sobre la separación, ninguna crítica puede hacerse con apoyo en la Convención frente al hecho de que sean autoridades administrativas las que en nuestro país resuelvan de entrada sobre la cuestión, en la medida en que son ellas las encargadas de declarar el desamparo del menor (142). Las lógicas reservas que levanta el que una autoridad no judicial decida sobre la separación del niño de sus padres —interferiendo así en un derecho fundamental de éstos y de aquél— desaparecen en el ámbito de la Convención merced al control judicial al que el art. 9 somete sus determinaciones. La nueva redacción que del art. 172 ofrece el Proyecto de Ley del Menor incluye un apartado 6 que expresamente manifiesta que *“las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa”*, adición que, de prosperar, sin duda habremos de celebrar (143).

En lo que atañe a los requisitos procedimentales, toda declaración de desamparo —salvo los supuestos de extrema urgencia, que requieran de una intervención inmediata— deberá ir precedida por el correspondiente expediente administrativo, en el que habrá de recabarse todo tipo de información sobre el menor y su entorno, estudiarse la misma detenidamente y muy especialmente dar la posibilidad de participar a todos los interesados, a los padres y a los hijos de tener éstos capacidad suficiente para expresarse. Tal trámite de audiencia y parti-

(142) Nótese que únicamente se está haciendo referencia a la adopción de la decisión de la separación merced a una declaración de desamparo, sin que con ello se esté simpatizando con el hecho de que de la misma haya de deducirse una suspensión automática de la patria potestad.

(143) Al tratar de la “reserva judicial” del art. 9 de la Convención (pp. 252 y ss.) se planteó una posible interpretación de la misma en el sentido de una confirmación judicial de la decisión tomada por la autoridad administrativa obligatoria en todo caso, independientemente de la existencia de demanda a instancia de parte. Se concluyó entonces que, a pesar de lo interesante de la propuesta, no parece que el precepto pretenda llegar a ese extremo. Sin embargo, no faltan en nuestra doctrina autores que propugnen tal control judicial sistemático: así, RUIZ-RICO RUIZ (*op. cit.*) propone aplicar analógicamente el mecanismo previsto en el art. 211 para el supuesto de internamiento de incapacitados; o PEREZ MARTIN (*op. cit.*, pp. 181 y ss.) quien, como ya se ha indicado, menciona entre las ventajas de un sistema así construido el conjugar la rapidez de acción que exigirá bajo determinadas circunstancias la protección del menor —proporcionada por una declaración de desamparo directamente desde la Administración— con las necesarias garantías debidas a los derechos en juego —suministradas por la confirmación judicial de tal desamparo.

Nótese, por otra parte, que el inciso aclara definitivamente que la jurisdicción competente es la civil, frente a las dudas que en algún momento se han suscitado, de *lege data*, en cuanto a este punto.

cipación se contempla en algunas normas autonómicas, autorizándose su preclusión únicamente en los mencionados casos de urgencia (144). Sin embargo, parece ser que la práctica tiende a invertir el orden de los acontecimientos: primero, se declara el desamparo, y *a posteriori* son notificados los padres (145). A tal praxis —desde luego viciosa— parece responder la redacción que al art. 172 pretende dar el Proyecto de Ley del Menor: tras obligarse a la Entidad Pública competente en cada caso a adoptar las medidas de protección necesarias para la guarda de todo menor que se encuentre en situación de desamparo y consecuentemente bajo su tutela, se añade “poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada”. Nada cabe objetar a la inclusión —necesaria por otra parte— de una precisión tal, pero debería haberse hecho mención al derecho de los padres de manifestar lo que entiendan procedente en su descargo no sólo ante los órganos judiciales, sino también ante las autoridades administrativas. Quizá al ser el procedimiento previo a la declaración de desamparo de carácter administrativo, pudiese disculparse la carencia de una referencia como la que se propone en un artículo del Código civil, pero en cualquier caso debería haberse hecho en el articulado del Proyecto.

(144) Así, Orden aragonesa de 30 de septiembre de 1988, por la que se dictan normas para la aplicación del Decreto 119/1988, §§ 3 y 7 frente al 5 (situaciones urgentes); Decreto canario 103/1994, de 10 de junio regulador de los procedimientos y registros de la adopción y las formas de protección de menores en el ámbito de la C. A. (A. C. legislación, 1994, § 733, pp. 1766 y ss.) art. 7 frente al art. 11 (necesidad de intervención urgente); Ley extremeña 4/1994 (*loc. cit.*) art. 8 frente art. 12 (grave riesgo para la integridad física o psíquica del menor); o en Ley asturiana 1/1995 (*loc. cit.*) cuyo art. 33 hace referencia a la existencia de expediente previo a la declaración de desamparo salvo en “supuestos de urgencia debeidamente justificada”, sin que se haga referencia expresa a la audiencia de los padres en el expediente.

En todo caso, tal y como ponen de relieve PEREZ MARTIN (*op. cit.*, pp. 177 y ss.) y DE PABLO CONTRERAS (Comentario a la STC 298/1993 de 18 de octubre, CCJC, n.º 34, 1994, p. 83), el expediente administrativo previo a la declaración de desamparo deberá ajustarse a lo que con carácter general impone la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en lo que nos interesa al art. 84 —donde se prevé el trámite de audiencia a los interesados (y sin duda alguna, de acuerdo al art. 31.1. b) padres e hijos lo son)— así como al art. 35 —donde se enuncian los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública.

(145) Así, lo indica PEREZ MARTIN —secretario de Juzgado de Familia— en *op. cit.*, pp. 177 y ss.

Esperemos que la deficiencia se subsane durante los trámites parlamentarios, poniéndose así la ley interna de acuerdo con el art. 9.2 de una Convención que la Exposición de Motivos del Proyecto no pierde ocasión de mencionar, y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia (146).

VI. EL INTERES DEL MENOR COMO LIMITE AL DERECHO

Ya adelantamos al tratar sobre las condiciones de operatividad del derecho del menor a no ser separado de sus padres que una de ellas era que la separación no viniese exigida por su interés superior (147), interés este que asimismo es el único en disposición de desplazar al derecho de visita o al derecho de información.

Procede señalar de entrada que en lugar alguno, ni a nivel nacional ni internacional, encontramos definición legal del interés del menor (148), punto en nada criticable si atendemos al dato de que el mismo deberá ser apreciado respecto a un menor concreto, de acuerdo a su concreta personalidad, en virtud de las concretas circunstancias que lo rodean y de acuerdo al concreto momento de su existencia en que se halle pero sin perder de vista su evolución futura... frente a tanta concreción, dar una definición general resulta complicado. Tampoco cabe negar que todos tenemos una aproximación "intuitiva" a lo que el interés del menor representa: actuar guiados por el interés del menor sería hacer lo

(146) *Vid. supra*, pp. 266 y s. (en especial, la referencia a las sentencias W., R. y B. de 8-7-1987, en nota 104).

(147) ¿Qué interpretación cabe dar a la calificación de superior ("the best interest of the child" en la versión inglesa) que en la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño —como ya ocurría en la Declaración de 1959— recibe el interés del menor? ¿Quiere decirse que el interés del menor se impone sistemáticamente a los demás en presencia?, como veremos ello es indefendible desde el momento en que tal interés superior es sólo "una" consideración primordial a tener en cuenta, pero no la única. ¿Supone que de los múltiples intereses con demandas quizás contradictorias que puede tener el niño, debe atenderse al superior, al "mejor"?

RUBELLIN-DEVICHI ("Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises", *Juris Classeur Périodique, Ed. grale.*, 1994, I — 3739, p. 90) considera que no se añade nada al "intérêt de l'enfant" presente en la legislación francesa, con lo que siguiendo su consideración, nada añadiría el que la Convención hable de "interés superior del niño" a nuestro tradicional "interés del menor"; de hecho, el Proyecto de Ley del Menor sólo utiliza la expresión "interés superior" en la Exposición de Motivos, manteniéndose las referencias del articulado al "interés del menor".

(148) Ni por supuesto de su interés superior: como señala VAN BUEREN (*op. cit.*, p. 45) "no existe acuerdo sobre lo que constituye el interés del menor, por no hablar de su interés superior".

que más va a beneficiarle de cara a su desarrollo armónico y equilibrado como individuo, hacer “lo mejor para él”; quizás a fin de cuentas la dificultad no radique tanto en el concepto abstracto del interés del menor, sino en la determinación de lo que en cada caso éste exige.

Ante ello la doctrina opta ya por enumerar factores a retener de cara a su determinación (149), ya —conscientes de que el menor no tiene un único interés, sino varios— establecen sistemas de preferencia entre las distintas categorías de intereses concurrentes (150), ya formulan aproximaciones a la noción (151), proponen el recurso a los “usos sociales generalizados” para dotarla de contenido (152), ya critican

(149) CRETNEY (*Principles of Family Law*, 1979, pp. 491 y ss., *Elements of Family Law*, 1987, pp. 159 y ss.) enumera —en lista abierta— una serie de factores a examinar de cara a dotar de contenido en cada caso al principio de bienestar del menor (“the welfare principle”, antecedente anglosajón del “the best interests of the child”), entre ellos los deseos de los padres naturales, su conducta para con los hijos, la edad y sexo del niño, sus deseos, educación, religión, ventajas materiales, factores médicos y psicológicos, etc, VAN BUEREN (*op. cit.*, p. 47), refiriéndose al art. 3 de la Convención, adelanta que la lista de aspectos a considerar es casi infinita y que dependerán de cada caso concreto, estando entre ellos las opiniones del niño y de los miembros de su familia, su noción del tiempo (“sense of time”), la necesidad de continuidad en la evolución del menor, el riesgo de daño y las necesidades del niño.

Similares listas de circunstancias gozan en ocasiones de consagración legal: así, la sentencia 1 (3) de la Children Act 1989 inglesa dispone que los tribunales, a la hora de adoptar determinadas medidas concernientes a un menor, habrán de prestar atención en especial a los deseos y sentimientos probados del menor implicado, considerados a la luz de su edad y madurez; sus necesidades físicas, emocionales y educativas; el probable efecto que sobre él tenga cualquier cambio en sus circunstancias; su edad, sexo, origen y cualquier característica suya que el tribunal considere pertinente; cualquier daño que el niño haya sufrido o corra el riesgo de sufrir; hasta qué punto son capaces cada uno de sus padres —y cualquier otra persona que el tribunal crea oportuno tomar en consideración— de satisfacer sus necesidades; y el grado de discrecionalidad que la propia ley permite a los tribunales en el proceso en cuestión (esto es, el tipo de medidas que les es posible decretar). Por su parte, la Ley catalana 8/1995 de atención y protección de los niños y adolescentes se muestra mucho más escueta cuando manifiesta en su art. 4 que para la determinación del interés superior del niño y el adolescente “*debe tenerse en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones de los niños y los adolescentes, y también su individualidad en el marco familiar y social*”.

(150) Cf. RIVERO HERNANDEZ, “El derecho de visita, ensayo de una construcción unitaria”, en RIVERO HERNANDEZ *et al.*, *El derecho de visita. Teoría y praxis*, 1982, pp. 113 y ss.

(151) Así, GONZALEZ LEON (*op. cit.*, p. 22), define el principio de interés del menor en el ámbito de la protección de menores como aquél en virtud del cual “*el menor tiene derecho a una adecuada asistencia moral y material que garantice el pleno desarrollo de su personalidad, preferentemente en el seno de su propia familia*”.

(152) Cf. DIEZ-PICAZO, *Familia y Derecho*, 1984, pp. 175 y ss. El autor, trata sobre el principio de protección integral de los hijos, y al enfrentarse con la determinación en concreto de cuál es el beneficio de los mismos indica que “*como en tantos otros*

abiertamente el principio dada la inseguridad que genera —en último término, todo queda a la percepción que del interés del menor tenga la autoridad encargada de decidir en el asunto que se plantee— y proponen alternativas al mismo buscando con ello objetivizar en mayor medida tal interés (153).

Recordemos el tenor del art. 3.1 de la Convención, donde se formula con carácter general el “principio del interés del menor”: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá es el interés superior del niño*”: el interés del menor será “una” pero no “la” consideración primordial a la hora de adoptar una determinación que le afecte, y nótese que la expresión del art. 3 no es fruto de un descuido sino que intencionalmente fue buscada (154), varián-

conceptos y cláusulas generales se produce aquí una fórmula de gran ambigüedad, en la que sólo la casuística puede ir perfilando las líneas del dibujo”. No obstante, avanza que lo más beneficioso no será necesariamente ni lo que el padre considere ni lo que los órganos judiciales crean —aunque sean las opiniones de estos últimos las que se impongan—, sino que “*habrán de ser las convicciones generalizadas en la sociedad o grupo humano las que determinen lo que haya de considerarse como más beneficioso*” (p. 176).

(153) Así, CARBONNIER (nota a la S. Cour d’Appel de Paris de 30-4-1959; Dalloz 1960, pp. 673 y ss) califica al interés del menor de noción fugaz susceptible de abrir vías insospechadas al arbitrio judicial y que el abuso de la misma puede acabar por convertir en inútiles las instituciones positivas de Derecho de Familia; advierte de su dificultad de aprehensión —si cualquier interés es difícil de determinar, todavía más el del menor, que en un interés “*en devenir*”, para acabar señalando que la decisión judicial acabará tomándose de acuerdo a la “*pedagogía de moda*”. BENHAMOU (“*Réflexions en vue d’une meilleure défense en justice de l’enfant*”, Dalloz 1993, Chron. XXII, pp. 103 y ss.) al plantearse las funciones de la figura del “*abogado de los niños*”, manifiesta que éstos deberán defender siempre los derechos y no el “*interés*” del mismo, dada la imprecisión de wste último, la supuesta caducidad de la noción en la sociedad actual y el recorte de la discrecionalidad del juez que con la invocación de derechos se lograría. RUBELLIN DEVICHI (“*Le principe de l’intérêt de l’enfant dans la loi et la jurisprudence françaises*”, *Juris classeur périodique, ed. grale*, 1994, I-3739, pp. 89 y ss.) apunta que la sobrevaloración del principio del interés del menor conduce a olvidar que el niño es titular de derechos: allí cuando el niño tiene derechos, o cuando es posible concedérselos, debe evitarse el “*paternalismo jurídico*” que decidir en su lugar supone. Un rápido repaso a las duras críticas que entre los juristas anglosajones ha merecido el principio del interés del menor dada su indeterminación la encontramos en EEKELAAR, “*The interests of the child and the child’s wishes: the role of dynamic self-determinism*”, *International Journal of Law and the Family*, 8, 1994, pp. 45 y ss.

(154) Aunque no faltaron delegaciones que criticaron el descenso en el nivel de protección que se garantizaba al menor —la redacción de la propuesta polaca hablaba de “*la*” consideración, no una, y de “*fundamental*”, no primordial — se impuso la opinión de quienes argumentaban que podían concurrir intereses y consideraciones que, bajo determinadas circunstancias, prevaleciesen sobre los del menor (*Vid.* DETRICK, *op. cit.*, pp. 131 y ss.).

dose en este punto la formulación que del principio se hacía en la Declaración de 1959 (155). Así pues, en lo que a la separación de un niño de sus padres se refiere, no bastará con considerar exclusivamente el interés del niño, esto es, si éste estaría objetivamente “mejor”, con sus necesidades de todo tipo —materiales, educacionales, afectivas, etc.— mejor cubiertas bien con sus padres bien alejado de ellos. Por el contrario, habrán de sopesarse todos los intereses —también el derecho de sus padres a la vida familiar y a educar a sus propios hijos— y agotar todas las posibilidades de cohesionarlos, y únicamente cuando el bienestar del niño no pueda en modo alguno compatibilizarse con el derecho de sus padres a cuidar de él, podrá ser separado de ellos. En otras palabras, el interés del menor tendrá que *exigir perentoriamente* la separación, sin que sea suficiente que éste esté mejor servido merced a la misma —criterio en principio suficiente si el interés del menor fuera el único punto a considerar (156).

Esto nos lleva a la conclusión de que cuando cualquier autoridad haya de decidir en un asunto en el que un menor se vea concernido, deberá tomar en cuenta todos y cada uno de los intereses concurrentes —también los de los padres—, proceder a calibrarlos, prestar especial atención a las demandas del interés del menor y resolver en consecuencia. Quizá un ejemplo —con base en un caso resuelto por los tribunales ingleses (157)— aclare la idea que trato de expresar: una niña de seis semanas es confiada a un matrimonio sin hijos por sus padres, quienes atraviesan una situación familiar tensa —el matrimonio sufre graves dificultades económicas y la madre está siendo sometida a tratamiento contra su heroínomanía—. Algunos meses más tarde la madre reclama la devolución del bebé, a lo que los acogedores se niegan, pretendiendo su adopción. En primera instancia se falló en favor de los acogedores: la niña —que apenas si había vivido con su madre y dado lo escaso de su edad, sin duda no tuvo tiempo de crear vínculos

(155) El principio 2 dispone: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del menor.” El paralelismo tampoco es absoluto en lo que al campo de actuación del principio se refiere, pues la Declaración lo limita a la actuación del legislador.

(156) *Vid.* la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto, expuesta en p. 36 (nota 103).

(157) En *Re. K. (A minor)* (Warship: adoption) 1 F. L. R. 57, tomado de ECKE-LAAR, J., “The Wardship Jurisdiction, children’s welfare and parent’s rights”, *The Law Quarterly Review*, v. 107, julio 1991; pp. 386.

afectivos con ella— obviamente se desarrollaría mejor en el seno de una familia acomodada y respetable que con su madre, carente de estabilidad económica y hasta hace poco —y quizás todavía— drogo-dependiente (nada se dice del padre, quien presumiblemente había roto su convivencia con la mujer); nadie podría acusar a la decisión de no atender al interés fundamental del menor. No obstante, en segunda instancia se rechaza la resolución inicial, tomándose ahora en cuenta también los intereses y derechos de la madre a cuidar y educar a su hija: la niña podría estar abstractamente “mejor” con sus acogedores que con su madre, pero ello no es suficiente para dar al traste con la vida familiar de ésta, haría falta que el interés de la niña se revelase claramente contrario a su vuelta junto a ella para que la separación fuese viable. La sentencia nos advierte de los excesos a que un enfoque distinto de la cuestión puede llevarnos, y así declara que *“la madre debe mostrarse totalmente carente de aptitud (unsuitable) antes de que otra familia se tome en consideración, de lo contrario estamos en grave riesgo de caer en la ‘ingeniería social’ (‘social engineering’)”* (158).

La enseñanza que de todo ello podemos extraer es que la observancia del principio del interés del menor no conlleva la ignorancia sistemática de las prerrogativas de los padres, sino únicamente una subordinación de éstas en favor de aquél de ser irreconciliables (159).

No obstante, el interés del menor deberá seguir siendo “determinado”, y con lo visto en nada hemos aligerado la tarea de las autoridades llamadas a decidir sino que más bien hemos añadido un factor de complejidad, pues ya no basta con calibrar aisladamente el interés del menor. Ya se ha hecho mención de los recelos que la imprecisa noción del interés del menor viene causando a determinados autores, y de sus intentos por reconducirla a parámetros más objetivos. En tal sentido, la opción de la consideración de los derechos del menor —mucho más concretos— gana partidarios (160): los niños gozan claramente de un catálogo de derechos —la existencia de una Convención de Naciones

(158) Relaciónese con lo afirmado por la Comisión Europea de Derechos Humanos, nota 101.

(159) E incluso podría discutirse si ello siempre es así: piénsese en un caso de divorcio o separación de los padres —uno de los “ejemplos” puestos por el art. 9—, el interés del menor reclamará (al menos en principio, *vid. supra*, p. 250) seguir siendo criado por ambos padres —salvo que uno de ellos presente conductas violentas o asociales—, y, sin embargo, la separación se considera justificada, prueba clara de que intereses distintos al del menor son tenidos en cuenta y en ocasiones valorados por encima de ellos (*vid. además* nota 54).

(160) *Vid.* referencia a BENHAMOU y RUBELLIN-DEVICHI en nota 153 y lo que a continuación se expone sobre EEKELAAR.

Unidas sobre los mismos lo confirma—, y quizá fuera el momento de dar un paso más frente al “paternalismo” que supone que alguien vele por el niño decidiendo en su interés. Respecto a ello, las propuestas de EEKELAAR (161) son merecedoras de atención: quien esté llamado a resolver en asuntos como los que nos ocupan, deberá confrontar los derechos del menor frente a los de los demás implicados —casi siempre los padres— y buscar un acomodo entre ellos, lo que frecuentemente será posible en opinión del autor; de no ser así, los derechos del niño tendrán prioridad. EEKELAAR señala que una de las ventajas de tal construcción sería la disminución del papel del subjetivismo del juzgador en estos casos, ganándose así en objetividad (162).

Con todo, pienso que las dificultades permanecen: la contraposición y evaluación de derechos no es ni mucho menos fácil; en última instancia habría que concretar las exigencias que un derecho presenta para ser respetado —por ejemplo, el derecho del niño a la seguridad física y emocional, a la potenciación de sus capacidades—; de otra parte, pueden surgir contradicciones entre los propios derechos de niño —uno de los cuales vengo sosteniendo que es el de no ser separado de sus padres—, con lo que habría primero que tratar de reconcii-

(161) EEKELAAR, J., “The Wardship Jurisdiction, children’s welfare and parent’s rights”, *The Law Quarterly Review*, v. 107, julio 1991; pp. 386 y ss. El autor refiere su análisis a la actuación de los tribunales de la *warship jurisdiction*, encargados —entre otros asuntos— de resolver sobre la conveniencia de separar a un menor de sus padres; sus propuestas podrían igualmente aplicarse a toda decisión sobre cuestión tal, independientemente del carácter judicial o administrativo de la autoridad.

(162) En palabras del autor (*op. ult. cit.*, p. 389): “*Si se acepta que los tribunales de ‘tutelas’ (‘wardship courts’) no pueden derogar los derechos de los padres, tampoco deberían derogar los derechos de los niños. Los niños tienen derecho a la seguridad física y emocional, a la promoción de sus talentos y capacidades y en circunstancias reconocidas en Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority (1986) A. C. 112 (*), al ejercicio de su autonomía personal. Son estos derechos los pesados frente a los de los padres en casos como los que se consideran. Con frecuencia se puede dar con una solución que compagine todos los derechos comprometidos. De no ser así, los tribunales tendrán que articular el equilibrio entre ellos. El principio del ‘bienestar’ (the ‘welfare’ principle) debe reformularse como un principio que dé prioridad a los derechos de los niños sobre los de los padres. Así, los tribunales tendrán vía libre para desempeñar el papel que les es propio de proteger los derechos de las personas y de decidir entre derechos concurrentes, en vez de imponer sus concepciones sobre el bienestar de la gente sin límite alguno.*”

(*) El caso es de crucial importancia en Inglaterra, al haber dado lugar a la configuración de uno de los principios de mayor trascendencia en el Derecho de menores de ese país y que de hecho se conoce como ‘el principio Gillick’. Su formulación —en palabras de Lord Scarman— sería: “*El derecho de los padres cede ante el derecho del hijo de adoptar sus propias decisiones cuando éste alcanza entendimiento e inteligencia suficientes para ser capaz de decidir por sí mismo sobre el asunto que requiera decisión*” (Gillick, [1986] A C 112, en 186 D).

liar los propios derechos del niño, para luego cohesionarlos con los de los padres. Me permito opinar que, al final, la diferencia entre considerar el "interés del menor" o sus derechos sería nimia: el interés del menor aspira a colocarlo en la mejor situación posible de cara a su futuro desarrollo como ser humano, y los derechos del menor han sido pensados con el mismo objetivo: cada uno de ellos ha sido formulado "en interés del menor", cada uno de ellos protegería una parcela de ese bienestar del menor. En última instancia, el art. 3 se considera principio interpretativo de toda la Convención (163), con lo que todo derecho del menor debería ser interpretado, debería concedérsele mayor o menor juego de acuerdo al interés del menor y la composición que de sus derechos contradictorios hubiera de hacerse se haría en último término de acuerdo a ese mismo "interés"... de acuerdo a la percepción que de él tenga quien está llamado a apreciarlo. En el fondo, el cambio sería sólo semántico, y en tal sentido hablar de interés superior del menor permite poner de manifiesto adecuadamente cuál es el sujeto cuyos derechos tienen primacía.

Así pues, no creo que la apreciación del interés superior del menor, de lo que su bienestar demanda, deba ser simple y llanamente sustituida por la de sus derechos: lo que sí debe hacerse es examinar todos y cada uno de los derechos del menor en tal proceso de evaluación, sencillamente porque todo derecho protege un interés legítimo, en este caso del niño, y es su interés lo que se pretende determinar. Y no olvidemos que uno de tales derechos es, tal y como reconoce el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el de "*expresar su opinión libremente en todos los asuntos que (le afecten), teniéndose debidamente en cuenta (sus) opiniones, en función de (su) edad y madurez*".

Ello nos lleva al tema de la *participación del menor* en el proceso de apreciación de la necesidad de la separación.

El niño es sujeto de derechos, entre ellos derecho a su "autonomía", a decidir sobre su propia existencia, eso sí dentro de un orden: como recuerda FREEMAN (164), "*los niños no deben ser abandonados a sus derechos*"; debe permitirse al niño asumir su autonomía, pero esto debe conjugarse con su necesidad de protección. Así pues, los deseos y sentimientos del menor deberán ser tenidos en cuenta siempre que sea capaz de expresarlos, valorándose su razonabilidad en función no sólo de su edad y madurez, sino del conjunto de circunstancias que lo rodean. Queremos destacar aquí que la edad no será un factor decisivo

(163) VAN BUEREN (*op. cit.*, pp. 45 y ss.) o MORO (*op. cit.*, pp. 34 y ss.)

(164) *Op. cit.*, p. 66.

en todos los casos: sabido es que nuestro ordenamiento tiende a hacer preceptiva la audiencia del menor cuando éste ha alcanzado los doce años, siendo aconsejable aunque facultativa en los demás. Ello no debe llevarnos al engaño de pensar que las opiniones del menor tendrán más peso por el mero hecho de haber celebrado su décimosegundo cumpleaños: no ya sólo porque puede haber niños de edad menor con mayor grado de madurez y capacidad de asumir su situación que los que la hayan alcanzado, sino porque uno de estos últimos puede estar sometido a mayores presiones y coacciones —dando la vuelta al argumento de la “madurez con la edad” será más capaz de comprender, temer, y respetar— que hagan sus testimonios menos dignos de consideración que los de un niño de ocho, cuatro o incluso menos años. A mi modo de ver la exploración y audiencia del menor deberían darse en todo caso —salvo que éste careciese de la destreza lingüística suficientes para hacerlo o se encontrase por cualquier motivo grave imposibilitado para ello (165)—. Adviértase que la Convención no fija límite de edad alguno: lo que debe ser valorado de acuerdo a su edad y su madurez son las opiniones por él expresadas, no la conveniencia de escucharle.

Lo visto no comporta la observancia rigurosa de los deseos por el niño expresados: éstos constituirán un factor —importante sin duda— a retener; vendrían a representar la “línea de actuación”, la información que su derecho a ser oído nos proporciona, y que deberá ser apreciada globalmente junto a las otras directrices suministradas por los demás derechos del niño de cara a componer el “interés superior del menor” (166), que, como vemos, no se identifica con su voluntad. Así, puede ocurrir que un niño manifieste su deseo de seguir conviviendo con sus padres, pero que su derecho a la integridad física aconseje terminantemente lo contrario y en el mismo sentido se pronuncien su derecho a la seguridad afectiva y material, estabilidad psicológica, etc. En tal hipótesis, el interés del niño demandaría una separación que debería llevarse a cabo (167).

(165) Y aun en estos casos, ¿qué pensar cuando un niño de apenas un año o menos llora insistentemente y presenta un estado de agitación notable cuando se le distancia de su madre y sólo se calma al volver junto a ella?

(166) Estados Unidos insistió en la inclusión de una referencia a la expresión por parte del menor de sus deseos durante el proceso de redacción del art. 3 de la Convención, lo que finalmente no se hizo al estar la previsión contemplada en el art. 12 (*vid. VAN BUEREN, op. cit.*, p. 47).

(167) Con todo, encontramos alguna voz en favor del respeto inquebrantable a la voluntad del menor. OLSEN (*op. cit.*, pp. 211 y ss.), expone como una de las razones por la que los niños callan los maltratos o abusos a los que son sometidos en su ambiente

Hasta aquí llegamos a la conclusión de que la voluntad del menor no es determinante en la resolución de cuestiones que le conciernen (en lo que nos interesa su extracción del núcleo familiar propio), y ello es así porque, como persona que todavía no ha alcanzado su madurez intelectual y emocional, necesita ser protegido frente a inclinaciones que podrían comprometer su futuro. Así pues, parece ser que lo que nos autoriza a soslayar el derecho a la autonomía del menor e injerir en su vida privada es su carencia de plena capacidad. Es aquí donde entra en juego el que se ha dado en llamar “principio de las capacidades evolutivas del menor” (“the evolving capacities of the child principle”), el cual —junto al del interés superior del menor— se presenta como pauta a tener en cuenta en la interpretación de la Convención sobre Derechos del Niño (168).

En virtud del mismo, a los niños —y no se olvide que como tales se considera a toda persona menor de dieciocho años de edad— deberá permitírseles asumir gradualmente mayores responsabilidades sobre su propia vida según avancen en su desarrollo: su voluntad tendría un papel cada vez más relevante en todo aquello que le afecte, y nada puede hacerlo de forma más directa que el separarlo de su núcleo familiar. Podemos preguntarnos si no llegaría un momento en la evolución del menor (169) en el que su interés superior —decidido por

familiar por miedo a las consecuencias que ello pueda tener: no sólo por posibles represalias del “abusador”, sino por el hecho de que se inmiscuirá en su vida una serie de personas extrañas que lo van a apartar del mundo que conoce. Dice la autora que la reacción habitual de las autoridades viene a confirmar al niño en lo acertado de la amenaza “cállate, o habrá problemas”. De acuerdo a ello, pone como principio el de que “ningún niño debe cargar con el temor adicional de que los trabajadores sociales descubran su situación y actúen contra sus deseos”, para continuar afirmando que lo más que se le puede permitir a una autoridad es garantizarle al niño que puede manifestar sus preferencias en un ambiente libre de la coerción inmediata de cualquier miembro de la familia o de cualquier otra persona, incluído a la misma autoridad. Si tras ello “el niño continúa expresando su deseo de quedarse en casa, incluso en un ambiente peligroso, el Estado debería limitarse a métodos alternativos de protección. Ciertamente, alarmas electrónicas que puedan ser activadas por el niño son una posibilidad en los países industrializados de Occidente, tales como Estados Unidos. Incluso sería posible introducir un trabajador social en el hogar del niño que sufre los abusos”. No comparto en absoluto las opiniones de la autora, que en algunos extremos, como las originalísimas medidas de protección que propone, me parecen poco serias.

(168) Vid. VAN BUEREN, *op. cit.*, pp. 49 y ss. y MORO, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

(169) Momento este que vendría determinado por la adquisición por parte del menor de entendimiento y madurez suficientes para comprender no sólo la situación que tiene ante sí, sino las implicaciones de la misma y los efectos de la decisión que pretenda adoptar. La fijación de tal momento es controvertida, máxime si recordamos que la edad no es un parámetro seguro.

otros— dejaría de presentarse como un límite no ya a su derecho a no ser separado de sus padres, sino a su derecho a que nadie interfiriera en su vida privada (170). Lo que se está planteando en último término es cómo cohonestar el principio el interés superior del menor y el de su capacidad evolutiva en aquellos supuestos en los que parecen contradecirse; la cuestión, de fundamental trascendencia y compleja solución, supera con creces las modestas pretensiones del estudio que aquí concluyo.

BIBLIOGRAFIA

- ALSTON, P., PARKEN, S. y SEYMOUR, J. (editores) (1992), *Children, Rights and the Law*; Clarendon Paperbooks, Oxford.
- ALVAREZ VELEZ, M. I. (1994), *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. UPCO, Madrid.
- BENHAMOU, Y. (1994), "La Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, le Droit International et le Droit Français", nota a la S. de la Cour de Cassation Civile de 15-7-1993, *Juris Classeur Périodique, Ed. grale*, II-22219.
- BENHAMOU, Y. (1995), "La Convention de New York, le Droit International et le Juge Français", nota a la S. de la Cour de Cassation Sociale de 13-7-1994, *Juris Classeur Periodique, Ed. grale.*, II-22363.
- BENHAMOU, Y. (1993), "Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant", *Dalloz*, Chr. XXII, pp. 103 y ss.
- BERGER, V. (1991), *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 3.^a éd. Ed. Sirey.
- BEVAN, H. K. (1989): *Child Law*, Butlerworths, London.

(170) EEKELAAR ("The emergence of children's rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1986, pp. y ss), desde la perspectiva del Derecho inglés y con el principio Gillick como principal argumento, responde afirmativamente a la cuestión. El autor razona que, una vez que el niño ha alcanzado aquellos "entendimiento e inteligencia suficientes para ser capaz de decidir por sí mismo sobre el asunto que requiera decisión" de los que habla el principio (vid. referencia en nota 162), sus padres no podrán imponerle un parecer contrario al suyo propio aunque aquél este más de acuerdo con su superior interés. Tal limitación pesa no sólo sobre los padres sino también sobre la autoridad, y así el autor afirma que en aquellos casos en los que se ven envueltos niños mayores "la principal cuestión (...) ya no puede ser: ¿qué es lo que contribuye al interés superior del menor? Debe ser, ¿tiene el niño capacidad para hacer sus propias decisiones?" (p. 181). Así pues, cuando el menor disponga de la capacidad necesaria su autonomía tendrá plena primacía, aunque los dictados de la misma contravengan su bienestar. Eekelaar concluye "los niños tendrán ahora (a partir del caso Gillick), en mayor medida que nunca, el más peligroso pero el más precioso de los derechos: el derecho a cometer sus propios errores" (p. 182).

- CARBONNIER, J. (1979), *Droit Civil 2. La Famille, les Incapacités*, 11.^a Ed. PUF, Paris.
- CARBONNIER, J. (1960), Nota a la S. Cour d'Appel de Paris de 30-4-1959; *Dalloz*, pp. 673 y ss.
- CASTAN TOBEÑAS, J. (1994), *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. 5, vol. I, 12.^a ed., Ed. Reus, S. A., Madrid.
- CONNELLY, A. M. (1986), "Problems of interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly Review*, vol. 35, julio, pp. 567 y ss.
- CRETNEY, S.M. (1993), "Litigation May Seriously Endanger your Welfare: Locus Standi and the Family", *The Law Quarterly Review*, vol. 109, abril.
- CRETNEY, S. M. (1995), "State and Family: back to basis?", *The Law Quarterly Review*, vol. 111, enero.
- CRETNEY, S. M. (1987), *Elements of Family Law*, Sweet & Maxwell, London.
- CRETNEY, S. M. (1979), *Principles of Family Law*, 3.^a ed. Sweet & Maxwell, London.
- CREUS I FERRÉ, E. (dirigido por) (1994), *Legislació estatal i autonòmica sobre protecció dels menors en situació d'alt risc social*, Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar Social, junio.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (1993), Comentario al art. 172 del Cc en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Tecnos, Madrid.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (1994), Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18-10-1993, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 34, pp. 75 y ss.
- DETRICK, SHARON (editora) (1992), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the 'Travaux Préparatoires'*, Martinus Nijhoff Publishers, Holanda.
- DIEZ DE VELASCO, M. (1988), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, T. 1, 8.^a ed. Tecnos. Madrid.
- DINGWALL, R.; EEKELAAR, J., y MURRAY, T. (1983), *The Protection of Children. State Intervention and Family Life*, Basil Blackwell, Oxford.
- DOGLIOTTI, M. (1992), "I Diritti del Minore e la Convenzione Dell' ONU", *Il Diritto di Famiglia e delle Persona*, n.º 2, pp. 301 y ss.
- DRZEMCZEWSKI, A. (1985), *Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance tel que le garantit l'article 8 de la CDEH*, Dossiers sur le droit de l'homme n.º 7, Direction des Droits de l'Homme, Estrasburgo.
- EEKELAAR, J. (1986), "The emergence of children's rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, pp. 161 y ss.
- EEKELAAR, J. (1994), "The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism", *International Journal of Law and the Family*, 8, pp. 42 y ss.
- EEKELAAR, J. (1991), "The Wardship Jurisdiction, children's welfare and parent's rights", *The Law Quarterly Review*, v.107, julio; pp. 386 y ss.

- EUQUIER, F. (1995), "Le contrôle du juge sur le choix de la religion de l'enfant", nota a la S. de la Cour de Cassation penal de 11 de julio de 1994, *Juris Classeur Periodique*, ed. grale, II — 22441.
- GALVEZ, F. J. (1980), Comentario al art. 39 en vol. col. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid.
- GARCIA ENTERRIA, E. et al. (1979), *El sistema europeo de protección de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid.
- GONZALEZ LEON, C. (1995), *El abandono de menores en el Código Civil*, Bosch, Barcelona.
- GRASSO, L. (1991), "L'affidamento e l'adozione" en vol. col. *I bambini e i loro diritti*, Il Molino, Bologna. pp. 115 y ss.
- HAUSER, J., "Jurisprudence française en matière de Droit Civil: Personnes et Droits de la Famille", *Revue Trimestrielle Droit Civil*, n.ºs 2 de 1993 (pp. 340 y ss.), 3 de 1993 (pp. 572 y ss.), 4 de 1993 (pp. 813 y ss.) y 3 de 1994 (pp. 581 y ss.).
- HERVADA, J. y ZUMAQUERO, J. M. (1978), *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, Ed. Eunsa, Pamplona.
- INTERNATIONAL MOVEMENT OF CATHOLIC LAWYERS; CENTRE INTERNATIONAL DES AVOCATS DE STRASBOURG (1990), *Law relating to minors and minor's rights: the protection of minors under the European Convention on Human Rights. Analysis of case-law*, Council of Europe, Estrasburgo, 20 de junio.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, v. 1, 3.ª ed. (1990) y vol. 2, 3.ª ed. (1989), Ed. Bosch, Barcelona.
- LONGOBARDO, T. (1991), "La Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, n.ºs 1 y 2, pp. 370 y ss.
- MASSON, J. y MORRIS, M. (1992), *The Children Act manual*, Sweet & Maxwell, London.
- MIRALLES SANGRO, P. P. (1991), "La Ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño", *Actualidad Civil*, n.º 39, pp. 535 y ss.
- MONEGER, F. (1995), "La Famille et L'Enfance", *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n.º 1, pp. 167 y ss.
- MORO, A. C. (1991), *Il Bambino è un Cittadino: Conquista di libertà e itinerari formativi: la Convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Mursia, Milano.
- NEIRINCK, C. (1989), voz "Enfance", *Encyclopedie Juridique Dalloz Civil*, t. IV.
- PEREZ ALVAREZ, M. A. (1989), *La nueva adopción*, Civitas, Madrid.
- PEREZ MARTIN, A. J. (1995), *Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid.
- POUSSON-PETIT, J. (1992), "Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe", *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 4.
- RAYMOND, G. (1990), "La Convention des Nations Unies sur les Droits de l'enfant et le Droit Français de l'enfance", *Juris Classeur Periodique*, Éd. grale. I-3451.

- RONDEAU-RIVIER, M. C (1993), "La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de Cassation: un Traité mis hors jeu", *Dalloz Chr.* LIV, pp.203 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, J. (1995), "Droit de la Famille", *Juris Classeur Periodique*, Éd. grale., 1993, I-3688; I-3813.
- RUBELLIN-DEVICHI, J. (1994), "Le Principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises", *Juris Classeur Periodique*, Éd. grale., I-3739.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (1988), *La tutela 'ex-lege', la guarda y el acogimiento de menores I y II*, Actualidad Civil, pp. 57 y ss. (I) y 137 y ss. (II).
- SAULLE, M. R. (a cargo de) (1994), *La Convezione dei Diritti del Minore e L'ordinamento Italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- SERRANO ALBERCA, J. M. (1980), Comentario al art. 18 en vol. col. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid.
- SERRANO GARCIA, I. (1993), Comentario al art. 172 en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, Madrid.
- SHERLOCK, A. (1994), "Rights of the natural father of a child placed for adoption", reseña de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Keegan v. Ireland, Series A., N.º 291, 26-5, *European Law Review*, vol. 20, n.º 1; pp. 111 y ss.
- STOUFFLET, J. (1970), voz "Abandon"; *Encyclopedie Juridique Dalloz Civil*, t. I.
- SUDRE, F., "Droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Juris Classeur Periodique*, Éd. grale. 1993, I-3654 y 1995 I-3823.
- VAN BUEREN, G. (1995), *The International law on the rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos.
- VARGAS CABRERA, B. (1991), "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas", *Anuario de Derecho Civil*, I, pp. 661 y ss.
- ZECCHINI, L., "Les Enfants Britanniques ont désormais un 'statut d'individu' et des 'droits'", *Les droits de l'enfant*, n.º 669 de *Problèmes politiques et sociaux, dossiers d'actualité mondiale*.

COMENTARIOS Y NOTAS

