

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITA POR EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

I. VULNERABILIDAD DEL DERECHO DE VISITA, REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA. II. EL DERECHO DE VISITA Y SU RELACIÓN CON LA VIDA FAMILIAR DEL ART. 8 DEL CONVENIO DE DERECHOS HUMANOS. 1. *Naturaleza y fundamento del derecho de visita en Derecho español*. A) Reconocimiento de su identidad de derecho. Naturaleza. B) Fundamento. 2. *Deberes que comporta el ejercicio del derecho de visita*. 3. *Formas y consecuencias del incumplimiento*. 4. *Relación del derecho de visita con la vida familiar (art. 8 del Convenio)*. III. DOCTRINA DEL TEDH. SOBRE EL DERECHO DE VISITA. 1. *Relaciones personales incluíbles en la vida familiar (art. 8 del Convenio)*. 2. *Doctrina general del TEDH sobre el derecho de visita*. A) Obligaciones que impone el Convenio de Derechos Humanos. B) Protección de Derecho material. Medidas que adoptar. C) Protección procesal. El art. 6.1 del Convenio. IV. REITERADO RECURSO DE LOS CIUDADANOS AL TEDH PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO VISITA. 1. *Tres asuntos recientes ante el TEDH*. A) Asunto Zawadka. Polonia (S. de 23 de junio 2005). B) Asunto Bove vs. Italia (S. de 30 de junio de 2005). C) Asunto Reigado Ramos vs. Portugal (S. de 22 de noviembre de 2005) 2. *Doctrina del TEDH común a esas sentencias*. 3. *Votos disidentes de miembros del Tribunal*. V. NECESIDAD DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA DEL DERECHO DE VISITA EN RAZÓN DE SU VULNERABILIDAD. 1. *¿Está dotado el ordenamiento español de un “arsenal jurídico adecuado y suficiente” para asegurar el respeto del derecho de visita ex art. 8 del Convenio?* 2. *Necesidad de una protección eficaz*. 3. *Mecanismos y medios de protección del derecho de visita en nuestro ordenamiento*. A) Medidas de tipo civil. B) Medidas de índole penal. VI. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITA EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 1. *Dimensión consti-*

tucional del Convenio. 2. Valor y alcance de las sentencias condenatorias del TEDH. 3. Dificil ejecución de las sentencias condenatorias del TEDH en el ordenamiento español. Posible intervención del Tribunal Constitucional. 4. Posibilidad de ejecución de las sentencias del TEDH (perspectivas de lege data y de lege ferenda). VII. CONCLUSIÓN. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) protege la *vida privada y familiar* (art.8); y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dice que el derecho de visita (en particular, las relaciones personales entre padres e hijos) afectan a la *vida familiar*, y que este derecho y aquella norma quedan vulnerados cuando su titular se ve interferido gravemente en el disfrute de tales relaciones. Entre las obligaciones *positivas* que el Convenio impone a los Estados-parte está la de proteger tal derecho y su efectividad (cumplimiento de las resoluciones que lo determinaron). Numerosas sentencias de dicho Tribunal (tres muy recientes) han condenado a Estados por esa vulneración del art. 8; sentencias cuya ejecución en España plantearía graves problemas por su naturaleza (declarativa, no ejecutoria) y falta de normas *ad hoc*. Este trabajo aborda la dimensión constitucional del Convenio y su protección del derecho de visita, y la posibilidad de ejecución de una sentencia condenatoria.

PALABRAS CLAVE: vida familiar, derecho de visita, relaciones personales, incumplimiento, protección.

ABSTRACT

The European Convention of Human Rights (1950) protects *private and family life* (art. 8); and the European Court of Human Rights states that access right (particularly personal relations between parents and children) affect *family life*, and this right and regulation are violated when the individual's relations are seriously interfered with. Among the *positive* obligations which the Convention imposes on States lies the obligation to protect such a right and its effectiveness (compliance with the resolutions which brought it about). Many rulings from this Court (three very recent ones) have condemned States for violation of art. 8. The execution of these rulings in Spain would pose serious problems, due to their declarative and non enforceable nature and the lack of *ad hoc* regulations. This paper deals with the constitutional aspects of the Convention, the protection afforded to access right and the possibility of executing a condemning judgment.

KEY WORDS: Family life, visiting rights, personal relations, non-compliance, protection.

I. VULNERABILIDAD DEL DERECHO DE VISITA, REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA

Aunque el problema no es de ahora, proliferan por doquier los pleitos más o menos sonoros sobre reclamación o incumplimiento del de-

recho de visita, no sólo en cuanto a las relaciones padres/hijos, sino también las entre abuelos y nietos, y otras menos notorias; incremento y actualidad que son consecuencia directa de una evolución y cambios sociales perfectamente conocidos (nuevas estructuras familiares, crisis de la pareja con repercusión en otros ámbitos de la familia), pero también de una nueva consideración del menor, cuya personalidad y socialización actual y futura interesan de forma señalada a la sociedad y al Derecho. Ello ha determinado una preocupación mayor por parte de los legisladores y los tribunales (nacionales y foráneos), e incluso en el ámbito internacional.

Quizá la nota más caracterizadora en este caso es la particular vulnerabilidad de este derecho y de aquellas relaciones, que obedece a varias causas, sobre todo en razón de la complejidad de la relación jurídico-familiar, que con sus acusadas componentes metajurídicas (afectivas, psicológicas, personales, sociales) desborda los esquemas jurídicos formales a que estamos acostumbrados. Las dificultades propias del derecho de visita se potencian con ocasión de la crisis de la pareja progeneradora (casada o no casada) y las llamadas “familias reconstituidas”, cuyas tensiones repercuten en otras personas próximas y multiplican los problemas ordinarios de cualquier otra crisis familiar (1).

Sin embargo, las relaciones personales de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, e incluso con otras personas calificadas (abuelos, hermanos, otros parientes o “allegados”: cfr. art. 160 Cc), es de notable importancia tanto para el padre o madre como para el hijo; importancia que va más allá de la propia de un abstracto derecho o deber jurídico, precisamente por la importante carga humana que acompaña siempre a todas las relaciones familiares, que son vivencia personal más y antes que categoría jurídica. En particular, *a) para el progenitor*, por la propia relación de filiación y de afecto que les une y que subsiste aunque no convivan, y en la recíproca necesidad personal y vital del padre o la madre y del hijo; amén del deber de cuidar y *velar* por los hijos menores, que se funda en normas éticas y de naturaleza humana

(1) La crisis matrimonial incorpora elementos cualificados y muy específicos, además de los de cualquier otra crisis familiar: un difícil funcionamiento de la patria potestad, los hijos son en muchos casos objeto de disputa entre los cónyuges que se separan, incluso a veces son arma arrojadiza que estos emplean el uno contra el otro; el estrés personal y afectivo a que se hallan sometidos esos menores en una de las etapas más difíciles de su personal biografía (época de formación y desarrollo de su personalidad), etc. Al propio tiempo las mismas causas de la crisis de la pareja, casada o no casada, lo son también a veces de riesgos nuevos para los hijos (violencia ejercida sobre ellos, abandono material o moral y las consiguientes repercusiones, entre otros).

que trascienden la pura legalidad; y *b) para el hijo*, por las necesidades personales y afectivas de éste –que tiene, en principio, derecho a seguir compartiendo vida y vivencias con ambos progenitores (de cuya separación él no tiene la culpa)– y las específicas de esa etapa vital para el desarrollo, equilibrado y sin influencias unilaterales, de su personalidad, requerimiento este particularmente grave en situaciones personales y familiares marginales.

La cuestión que ahora me ocupa (vulnerabilidad, necesidad de protección efectiva del derecho de visita) es tan general –se da en todos los meridianos geográficos y sistemas jurídicos– y grave, que ha desbordado los ámbitos estatales tanto en el orden legislativo –donde todos los ordenamientos del mundo occidental lo regulan y protegen en el orden sustantivo y procesal– como en el jurisdiccional, y ha motivado la creciente atención normativa supranacional (Convenios internacionales de diverso alcance) y de tribunales igualmente supraestatales.

a) En el primer aspecto, además de otros Convenios de orden más general (2), es importante, por lo que aquí concierne, el *Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (4 noviembre 1950, con protocolos posteriores) –ratificado por España, y publicado en el BOE, 10 octubre 1979–, cuyo art. 8 protege la *vida privada y familiar*, y, por su especificidad, la *Convention on Contact concerning Children*, de 15 mayo 2003, del Consejo de Europa –no ratificado por España en 1 junio 2006–, que invoca en su Preámbulo la necesidad de “preservar las relaciones personales entre los niños y sus padres, y con otras personas que tengan lazos familiares con los niños, de acuerdo con la protección asegurada por el art. 8 de la Convención sobre la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales”; incluye, entre las definiciones, lo que entiende por “rela-

(2) Así, la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* (20 noviembre 1989), ratificada por España en 30 noviembre 1990; el *Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores* (Luxemburgo, 20 mayo 1980), ratificado por el Estado español en 9 mayo 1984 y publicado en el BOE el 1 septiembre 1984; y el *Convenio de La Haya número XXXIII relativo a la protección del Niño y a la cooperación en materia de adopción internacional* (La Haya, 29 mayo 1993), ratificado el 30 junio 1995 y publicado en el BOE el 1 agosto 1995. Siguen estando vigentes y aplicables en lo menester a los menores de edad la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Nueva York, 10 diciembre 1948) y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 16 diciembre 1966); y, con diferente alcance y eficacia, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio.

ciones personales”, se refiere a las relaciones entre un hijo y sus padres (art. 4), y dedica el art. 5 a las relaciones con personas distintas de sus padres.

b) En cuanto a tribunales, destacan las *sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* [en adelante, TEDH], que en su interpretación y aplicación del mencionado art. 8 ha creado una idea y protección del derecho de visita a esos efectos y una jurisprudencia de notable altura científica e importancia internacional que merecen particular atención. Para nosotros, y aquí, tiene importancia destacada (además de otras consideraciones) porque la jurisprudencia de ese Tribunal Europeo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de derechos fundamentales, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Norma Fundamental (STC de 25 octubre 1993, entre otras).

Hace años que la protección del derecho de visita y relaciones personales ha ocupado al TEDH (3); pero llama la atención el que hace poco y en menos de seis meses haya debido pronunciarse tres veces sobre esa cuestión, condenando en las tres ocasiones a los Estados demandados por no haber protegido suficientemente (sus tribunales y autoridades correspondientes) aquel derecho y a las personas titulares del mismo (sendos padres, respecto de sus hijos no matrimoniales, tras la crisis y separación de la respectiva pareja). Me refiero a las sentencias de 23 junio 2005 (asunto *Zwadka vs. Polonia*), de 30 junio 2005 (*Bove vs. Italia*) y de 22 noviembre 2005 (*Reigado Ramos vs. Portugal*), a que enseguida me referiré.

II. EL DERECHO DE VISITA Y SU RELACIÓN CON LA VIDA FAMILIAR DEL ART. 8 DEL CONVENIO DE DERECHOS HUMANOS

El art. 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos [que a veces citaré como el *Convenio*] dice que “toda persona tiene derecho al respe-

(3) Dice el art. 8 del Convenio: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.- 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

to de su *vida privada y familiar*, [...]” (3), y el TEDH viene diciendo que las relaciones personales entre padres e hijos (el llamado “derecho de visita”, en expresión estereotipada, aunque hoy insuficiente) afectan notoriamente a la “vida familiar” que protege aquel precepto; y que el derecho de visita y dicha norma quedan vulnerados cuando su titular (padre o madre, en los casos resueltos por el Tribunal) se ve privado o interferido gravemente en el disfrute de las relaciones de referencia acordadas entre los interesados y por decisión judicial.

¿De qué tipo de relaciones se trata, y en qué consiste su vulneración?; ¿qué fundamento tienen esas relaciones para haber sido objeto de indirecta “tipificación” en el Convenio de Derechos Humanos y de protección específica por el TEDH?

Aunque no cabe hacer aquí una exposición detenida de tales cuestiones, sí debo examinarlas brevemente, en función de las preguntas que dejo formuladas, y para relacionar la concepción y régimen de este derecho en nuestro sistema jurídico con lo que dice ese Tribunal en un plano más general, cuyos pronunciamientos nos afectan, dado que, según su jurisprudencia, la protección que dispensa el Convenio es la relativa a “los derechos y obligaciones de carácter civil de los que pueda decirse, al menos de forma defendible, que están reconocidos en Derecho interno” (Ss. de 10 mayo 2001, en casos *TP y KM vs. Reino Unido*, y *Z y otros vs. Reino Unido*). Precisamente el alcance jurídico y repercusión de esa jurisprudencia del TEDH en nuestro ordenamiento será objeto de especial atención y motivo próximo de este comentario.

1. Naturaleza y fundamento del derecho de visita en Derecho español

A) Reconocimiento de su identidad de derecho. Naturaleza

Hoy prácticamente nadie discute la naturaleza de verdadero derecho (subjetivo) en cuanto al de relaciones personales que nuestro Derecho reconoce a los progenitores, no obstante los términos difusos del art. 160.1 Cc (y 135 CF cat.). Lo mencionan más o menos explícitamente, con ese nombre, otros textos legales: arts. 160, 161 Cc, y últimamente el art. 250.1-12 LEC. Dígase lo mismo de la doctrina y de la jurisprudencia, donde hay práctica unanimidad, lo que me exime de hacer citas concretas (4).

(4) Una posición matizada, si no contraria, a la tesis general es la de HERNÁNDEZ IBÁÑEZ –“Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil”, AC,

Mas es un derecho con notables particularidades. Dado que el derecho de visita puede ser denegado “conforme a lo dispuesto en resolución judicial” (art. 160-1º, *in fine*), y que el interés del hijo es el dato fundamental de su concesión y de su contenido, resulta ser una especie de derecho “de geometría variable”, en el que tanto su efectividad actual (si ha lugar en una situación y momento dado) como su contenido y alcance (tipo de relaciones, frecuencia, etc.) dependen del interés del menor, de que haya una “causa justa” para vedarlo o modularlo, y aun para modificar o suspender las relaciones concretas dictadas según convenga al menor (parámetro sociojurídico de valoración).

Este es importante carácter del derecho de visita: ese desdoblamiento en derecho *genérico* o *en abstracto*, que es lo único que sugiere y define la ley, y *derecho actual* o concreto en cada caso. Resulta que el *tatbestand* de la norma no es ya la existencia de una relación básica de parentesco (padre-hijo, abuelo-nieto), sino ese dato inicial (presupuesto del tipo legal) más el concurso del *interés del menor* (en y a esas relaciones) *in concreto*, en tal situación específica. Y ello también en cuanto a su contenido y ejercicio, punto en que el enunciado legal es totalmente inconcreto (“relaciones personales”; incluso en su traducción habitual en visitas, comunicación, estancias), y sólo con su concreción o determinación (convencional o judicial) deviene un derecho efectivo (lo que su titular puede exigir, y debe permitir el guardador del menor).

Nuestra doctrina, y algunas sentencias (5) hablan de que este derecho de relaciones personales sería un «derecho de la personalidad». La principal dificultad a ese respecto está, quizá, no tanto en este derecho concreto cuanto en el concepto y alcance de los llamados «derechos de

2002-2 (7-13 enero), p. 26, cuando dice compartir la opinión de TORRES PEREA, a quien cita: “[el art. 160.2] no regula propiamente un derecho de los abuelos a favor de los abuelos, porque esta norma únicamente se aplicará cuando surja un conflicto entre abuelos y padres del cual será víctima el menor. Dicho artículo, más que regular el derecho a relacionarse los abuelos con los nietos, establece una pauta de solución a un conflicto de intereses”.

(5) Entre los autores que así opinan cabe citar a GARCÍA CANTERO, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Madrid (Civitas), 2004; SALANOVA VILLANUEVA, “Aproximación al derecho de visita”, *AC*, 1995-2, 495 ss.; y “Notas al derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos (A propósito de la S. Sala 1ª TS de 7 abril 1994)”, *ADC*, 1996-I, pp. 943 ss.; BOTANA GARCÍA, “Derecho de visita de los abuelos”, *Actualidad Civil*, nº 5 (marzo 2004), pp. 548 y ss; y yo mismo en anteriores trabajos. Como sentencias, véase, entre otras, las de la AP de Cádiz, de 4 junio 1992, y AP Huesca, de 13 junio 1992.

la personalidad», que en algunos casos coinciden con los derechos fundamentales (constitucionales) y otras son meros derechos muy ceñidos a la persona, vinculados directamente a la entidad de ésta y a sus proyecciones más inmediatas. No es momento de detenerse en esta cuestión. Mas si hablamos de derecho de la personalidad hay que referirlo sobre todo al hijo (más, quizá, que al padre o madre), dada su justificación en las necesidades personales de aquél e importancia para el desarrollo de su personalidad. Aunque la calificación pueda ser discutible, por razón del abierto y difícil concepto de «derechos de la personalidad» (cuántos, cuáles, caracteres esenciales?), creo que cabe incluirlo en ese ámbito (6). En una acepción amplia de tales derechos, pienso que el que nos ocupa alcanza ciertamente esa categoría: quizá no tanto como un derecho concreto, autónomo y tipificado entre aquéllos, sino como manifestación y proyección del derecho de y a la libertad de relación de la persona.

Desde luego, es un derecho personalísimo de su titular, y muy vinculado a las necesidades del menor, directamente relacionadas con el desarrollo de su persona, como individuo, y de su personalidad joven, vulnerable y en formación, en todos los órdenes. En el plano constitucional cabe situarlo más en el plano del art. 10.1 y del 39.2 CE (donde encuentra su mejor fundamento) que en el de los arts. 15 a 29. Todo ello comporta que ese derecho y su régimen jurídico quede incluido en lo que se viene llamando «orden público familiar», que la normativa por la que se rige sea considerada como *ius cogens*, y la participación del Ministerio público en los procesos en que es objeto de discusión (cfr. art. 749.2 LEC y STS 7 abril 1994).

B) Fundamento

El derecho de visita y las *relaciones personales de los padres con su hijo* encuentran su justificación esencial, por un lado, en la relación de filiación (biológica y jurídica) y de afecto que les une, que subsiste aunque no convivan ni ejerzan la patria potestad, y en la recíproca ne-

(6) Decía yo a este respecto en ocasión anterior, a modo de conclusión: «Basadas tales relaciones en los sentimientos más nobles, si alguna regulación jurídica merecieran debiera ser del orden de auténticos derechos de la personalidad, o a ese nivel, como algo tan ceñido a la propia persona y tan innegable que su reconocimiento a todo ser humano fuera independiente de otras calidades jurídicas, como las de padre o hijo, hermano, abuelo, y demás» (*El derecho de visita*, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, p. 404).

cesidad personal y vital del padre o la madre y del hijo (es decir, en la naturaleza de las cosas); y, en un plano estrictamente jurídico, se fundan en el mandato constitucional de protección integral de los hijos y del deber de asistencia de todo orden que compete a los padres (art. 39.3 CE), con una obligación y proyección eminente de contribuir al mejor desarrollo de su personalidad; luego, de forma más concreta (art. 154-2º Cc), en la obligación de *velar* por los hijos menores (y poder comprobar con esas relaciones su salud física y psíquica, sus preocupaciones y problemas, sus alegrías y tristezas). Ese fundamento comporta que para los padres constituya un deber más que un derecho y tenga los caracteres de función familiar (cfr. STS de 26 diciembre 2002), y para los hijos, un derecho sutil y al más alto nivel (el del art. 39 CE).

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

En cuanto a la *finalidad* de aquellas relaciones, parece clara desde el primer momento: propiciar un desarrollo integral del hijo, en todos los aspectos, los afectivos y educacionales sobre todo, en un entorno personal y familiar adecuado; un desarrollo de su personalidad equilibrada y armónica, por encima de influencias unilaterales de otros miembros de la familia del menor con quienes la convivencia y compañía es más inmediata; diversificar y ampliar a veces su mundo relacional más próximo (que los padres ya no monopolizan), enriqueciéndolo con nuevas perspectivas y afectos.

2. Deberes que comporta el ejercicio del derecho de visita

Guarda directa relación el cumplimiento con el contenido del régimen de relaciones personales, ya que sólo será correcto el primero si el ejercicio de las facultades y deberes que confiere se acomoda efectivamente al contenido prefigurado por los interesados o por el juez. En

nuestro ordenamiento no hay definición, sino indirecta alusión a ese contenido, que han ido fijando los tribunales en la práctica (7). El art. 160 Cc habla del “derecho de relacionarse [los progenitores] con sus hijos menores” y de “las relaciones personales del hijo con sus abuelos” (cfr. también art. 135 CFcat). En ambos casos el término central es de gran amplitud semántica y jurídica –más, desde luego, que el viejo de “visitas”–. La STS de 28 junio 2004 hace el mismo comentario: “la expresión *relaciones personales* adolece de una evidente vaguedad y se presta al debate, sin embargo, habida cuenta lo dicho, permite una evidente flexibilidad al juez para emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las circunstancias del caso”; hasta el punto que “nada impide que pueda comprender ‘pernoctar en caso o pasar una temporada’ con los mismos”.

En cambio, la *Convention on Contact concerning Children* concreta lo que entiende por “relaciones personales”: comprenden “a) la estancia del niño con la persona con quien no convive, o el encuentro entre el niño y esa persona; b) todas las formas de comunicación entre el niño y esa persona; y c) toda comunicación de información relativa al menor, a esa persona, o a la inversa”. Y se refiere a las relaciones entre un hijo y sus padres (art. 4: “1. El niño y sus padres tienen el derecho de obtener y mantener contacto y relación recíproca de forma regular. 2. Tal relación puede ser restringida o excluida sólo cuando sea necesario de acuerdo con el mejor interés del hijo”). El propio TEDH se ha referido en alguna ocasión al contenido del derecho de visita, que ha considerado de forma amplia, incluyendo no sólo la relación directa con presencia recíproca, sino cualquier forma de comunicación (epistolar, telefónica, correo electrónico) (8).

(7) El contenido más general de las relaciones personales que conceden nuestros tribunales consiste en visitas en sentido estricto, comunicación indirecta (por medio de correo escrito o electrónico, teléfono, etc) y estancia del menor durante unos días en casa del padre (madre) o abuelos. Es conocida la insuficiencia y problemas concretos de las visitas *stricto sensu* –inevitables, sin embargo, en caso de imposibilidad de otros medios–, hasta la generalización de las estancias, que van de unas horas hasta semanas vacacionales. Son menos frecuentes otras formas de comunicación, aunque acordadas en algunas sentencias. La de la AP Toledo de 3 junio 1994, al señalar un «mínimo régimen de visitas» a favor de unos abuelos maternos, establece, además de otras relaciones –visitar el abuelo a su nieto y tenerlo en su compañía dos viernes al mes, desde las 18 a las 20’30 h–, las siguientes: «B) Debiendo permitir el padre, como mínimo, las llamadas telefónicas por el abuelo y demás allegados de éste, todos los viernes del año y en el horario indicado [entre las 18 y las 20 horas]».

(8) Algunas sentencias del TEDH han tenido ocasión de referirse a esta cuestión. Cfr. S. 25 febrero 1992 (*caso Anderson vs. Suecia*), sobre comunicación escrita o telefónica entre madre e hijo, y S. 19 noviembre 2000 (*caso Glaser vs. Reino Unido*), sobre correo electrónico como medio de comunicación. Para el Derecho español, véase STS 28 junio 2004, que cito en el texto.

En esa inteligencia, las partes implicadas en esas relaciones deben cumplir con esmero fáctico y jurídico los deberes respectivos: *a)* el padre o madre “gravado” debe no sólo facilitar las relaciones personales *de quo*, sino propiciarlas, puesto que redundan en interés del menor, y cumplimentar otros deberes accesorios (traslados, horarios de entrega y recepción del menor); y *b)* el titular del derecho ha de limitar las relaciones con el hijo (o nieto) a gozarse en la recíproca compañía, conocerse mejor, ayudarle en lo necesario y posible, pero sin inmiscuirse en la educación y dirección de vida, que compete al titular de la guarda, y evitar el exacerbar el enfrentamiento directo o indirecto con este último.

El ejercicio de ese derecho, personalísimo –indelegable, por tanto, ni cedible su goce a otra persona–, ha de hacerse de buena fe (art. 7.1 Cc), lo que comporta un puntual cumplimiento del régimen de visita y relaciones acordado, sin incurrir en abuso del derecho ni en otra clase de infracción, que tendría las consecuencias pertinentes (incluso a la modificación o suspensión de las relaciones de referencia) (9).

Protagonismo especial tiene, a efectos de cumplimiento o incumplimiento, la *persona gravada*, en cuanto debe permitir las relaciones personales y colaborar a su cumplimiento. En principio, «gravado» en razón del régimen de visitas es la persona encargada, por cualquier título jurídico, de la guarda jurídica del menor, persona que controla su vida: aquélla con quien éste último convive y está a su cargo (madre, tutor, guardador de hecho, etc). El título jurídico de esa guarda sólo modula a veces su status en lo accidental, mas no en lo esencial de su posición jurídica (10). Sus derechos y deberes generales son, por tanto, los de la patria potestad, la función tutelar, guarda, .., en cuya virtud tiene con-

(9) En ese mismo contexto de buena fe hay que situar el deber que a una y otra parte compete de contribuir a un correcto desarrollo de las relaciones personales, que el BGB recoge en el § 1684.2 y su “cláusula de buen comportamiento” (y el 1634.1, para las relaciones con los padres); y el que el “visitador” deba hacer saber al padre o madre guardador el cambio de residencia del hijo, si tiene lugar en el marco de las relaciones personales (estancia de éste con aquéllos).

(10) Normalmente, serán «gravados» el padre o madre a quién es confiada la guarda del hijo tras la crisis de la pareja; excepcionalmente, la persona o institución a quién se encomiende la guarda y custodia de los hijos *in potestate* (art. 103-1^a-2^o Cc), el tutor, el guardador de hecho, o la persona o personas que tienen al menor en acogimiento –su cualquier forma o causa. En términos generales, el estatuto jurídico del gravado –su posición jurídica genérica en la que se inserta el «gravamen»–, viene definida por el título que ampara la guarda habitual del menor que ejerce: es decir, la patria potestad ejercitada conjuntamente por padre y madre o la residual del progenitor a quien se confía la guarda y custodia; la guarda jurídica de la persona o institución la tutela, la guarda de hecho, el acogimiento.

sigo al menor y dirige su vida; y que definen su posición jurídica no sólo respecto de éste, sino también respecto del titular del derecho de visita en los conflictos que su ejercicio genere.

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

Las relaciones personales con el otro progenitor comportan, por tanto, una limitación de su potestad o función tuitiva en tanto que cercenan el control y dirección que el guardador ejerce normalmente sobre la persona y vida del menor. Junto a ese «gravamen» o deber esencial, y como derivado del mismo, puede haber lugar en algunos casos a cargas o deberes secundarios (11).

3. Formas y consecuencias del incumplimiento

El incumplimiento es, obviamente, el reverso del cumplimiento correcto y efectivo tanto en el deber que compete al “gravado” como en el ejercicio del derecho por su titular. Hay incumplimiento no sólo cuando no se cumple en absoluto el régimen de relaciones personales acordado sino cuando se cumple sólo en parte, o se cumple mal (en sentido cualitativo y de contenido, más que en sentido cuantitativo): por ejemplo, cuando se realiza parcialmente o con graves restricciones, o las relaciones están mediatizadas (control ilegal de conversaciones o de correspondencia), o el gravado desincentiva gravemente esas relaciones

(11) Entre ellos estará el ya citado de proporcionar cierta información al titular sobre el régimen de las relaciones personales, de trasladar el menor al lugar acordado por el Juez (a un domicilio concreto, al tren o al avión que le llevará hasta el abuelo), pagar los gastos de desplazamiento cuando proceda, o tener que estar en un lugar o momento determinado para recibir al menor que regresa de pasar un fin de semana con los abuelos (a título de ejemplo). Véase sobre la cuestión mi *El derecho de visita*, cit., pp. 142 y ss.

en vez de propiciarlas, y van decayendo en frecuencia o en intensidad y naturalidad de la relación personal por culpa de una labor de zapa, negativa; etc.

Aquí nos interesa especialmente el incumplimiento por el “gravado”. Es el caso más frecuente y típico por ser el guardador jurídico del hijo y principal obligado, precisamente a consentir y facilitar esas relaciones. Ese incumplimiento se produce fundamentalmente cuando aquel impide las relaciones (en sentido amplio), cualquiera que sea la forma y excusa que ponga para obstaculizarlas. Al lado de esa restricción cuantitativa, no es menos grave para la efectividad de las relaciones padre (madre) e hijo –que en ello consiste el verdadero cumplimiento– otros obstáculos más sutiles (de tipo cualitativo) que puede oponer el gravado a dichas relaciones creando un clima adverso, desinteresando progresivamente al menor a mantenerlas, quien puede terminar por oponerse a ellas (lo que crea un nuevo obstáculo, suplementario) (12).

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

4. Relación del derecho de visita con la vida familiar (art. 8 del Convenio)

La relevancia de las relaciones entre un padre o madre no custodio con su hijo en el orden familiar es tan notoria –constituye un deber que trasciende de la simple esfera privada (por ser una función familiar) y queda incluido en el llamado “orden público familiar”, regi-

(12) Cfr. más ampliamente RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita*, cit., pp. 269 ss. Lamento las autocitas que me veo obligado a hacer, mas es en esa obra donde he estudiado ampliamente las cuestiones que abordo aquí y donde pueden encontrarse otros datos y referencias.

do por normas de *ius cogens*, y obvia, que no requiere ahora más atención en ese plano general. (En términos semejantes, próximos, las relaciones abuelos-nietos). Sí la merece aquí en tanto que el TEDH las ha considerado subsumibles en la expresión *vida familiar* del art. 8 de la Convención en múltiples sentencias.

Mas ¿de qué *vida familiar* se trata?; ¿cómo la concibe el TEDH y cabe relacionarla con el derecho de visita?

Hay que decir, de entrada, que a efectos de las relaciones que aquí interesan, el Tribunal maneja una idea muy amplia de *vida familiar*. Ha ido, incluso, ampliándola en el curso de su producción jurisprudencial. No es ajeno a ello la propia evolución social y jurídica del concepto de familia –noción autónoma, influida por ideas socio-culturales y convicciones ideológicas y religiosas– en el ámbito cultural y jurídico al que llegan las sentencias del Tribunal (13).

Semántica y jurídicamente el concepto de familia (y vida familiar) presupone la existencia de un vínculo de parentesco (biológico o meramente jurídico) que une a ciertas personas. En ese sentido, desde la primera hora el TEDH incluyó a estos efectos la familia no matrimonial junto con la matrimonial (asunto *Marcks vs. Bélgica*, S. de 13 junio 1979); lo ha dicho luego explícitamente la S. de 11 octubre 2001, asunto *Hoffmann vs. Alemania* (14). La cuestión más problemática aquí (*vida privada y familiar*, y su relación con el derecho de visita) se da en ciertas situaciones límite y, en particular, consiste en si se requiere que haya una relación fáctica que se superponga (preceda o siga) al aludido vínculo subyacente; es decir, si es protegible un derecho de visita entre personas que nunca han mantenido antes una convivencia o relación efectiva, real.

En la jurisprudencia del TEDH la *vida familiar* del art. 8 del Convenio no alcanza sólo a la familia de derecho, sino también a la familia de hecho, que incluirá la llamada convivencia *more uxorio* y sus consecuencias (la pareja estable de ciertos ordenamientos) y la matrimonial tras su disolución (divorcio, muerte), cuando alcance a ciertos miembros

(13) No se olvide el concepto amplio de nuestro Tribunal Constitucional de *familia*, y que hoy en nuestro sistema jurídico puede y debe hablarse de “familias” más que de *familia*.

(14) Dice esa sentencia: “El Tribunal recuerda que el concepto de familia no está limitado a la basada en relaciones matrimoniales y puede incluir otros vínculos de familia *de facto* donde las partes están viviendo juntos al margen del matrimonio. Un hijo nacido al margen de esa relación participa *ipso iure* de esa célula “familiar” desde el momento del mismo hecho del nacimiento” (§ 34). En el caso *Elsholz vs. Alemania* (S. de 13 julio 2000) se reproducen prácticamente los mismos términos, literalmente (§ 43).

(relación de abuelos con sus nietos, tras la muerte del progenitor de éstos) y la que se da en las familias reconstituidas tras la crisis de la pareja inicial.

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

III. DOCTRINA DEL TEDH SOBRE EL DERECHO DE VISITA

1. Relaciones personales incluíbles en la vida familiar (art. 8 del Convenio)

La amplitud de la expresión *vida familiar*, en los términos vistos, y la inconcreción del art. 8 del Convenio a ese respecto, obliga a plantearse la cuestión de qué relaciones entre miembros de una familia quedarían comprendidas en dicha expresión a los efectos de su protección en ese marco por el Convenio. El Tribunal europeo, sin pronunciamiento general o definitorio, ha ido concretándolo de forma tópica, al encontrarse con asuntos que se le han planteado y resolver el problema correspondiente.

El punto de partida a ese respecto es el de la finalidad de proteger los intereses familiares y el derecho de las personas que componen la

(15) Cfr. de nuevo caso *Elsholz vs. Alemania* (sentencia citada), y caso *Scozzari y Giunta vs. Italia* (S. 13 julio 2000).

familia a relacionarse entre sí no sólo cuando la familia convive junta, sino tras la ruptura y la separación material de sus miembros, en tanto que subsisten tras la crisis lazos y afectos, deberes y derechos, algunos de los cuales sólo pueden salvarse o cumplirse manteniendo (cuidando) una mínima relación personal. "Para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar y las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el art. 8" (*Johansen vs. Noruega*, S. 7 agosto 1996, § 52, que se apoya en la *S. McMichael vs. Reino Unido*) (16).

En principio, desde esa consideración teleológica, cabe decir que quedarán incluidas en aquella expresión (*vida familiar*) todas las relaciones vivenciales e interpersonales entre sus miembros en su proyección o dimensión privada (no pública), cuya lesión en su goce o legítima vivencia afecte negativamente a alguno de sus protagonistas o a la protección de los derechos individuales implícitos (17).

Con esa referencia de fondo, dentro de la gran variedad de hipótesis dables (como posibilidad y como realidad), las relaciones personales entre miembros de una familia sobre las que se ha pronunciado más veces el Tribunal europeo afectan a los siguientes ámbitos: *a*) la guarda de menores, disputada entre sus padres o entre alguno de éstos y la autoridad administrativa a la que se haya confiado (acogimiento o figura afín); casi inseparable de esa cuestión es la de la relación residual entre el menor y sus progenitores y su alcance; *b*) la asunción de la tutela de un menor por las autoridades administrativas, y restricción por las mismas de los derechos y las relaciones de los padres respecto de los hijos, así como las garantías destinadas a la protección efectiva de esos derechos y relaciones (cfr. *Johansen vs. Noruega*, S. de 7 agosto 1996); *c*) el regreso o retorno de los hijos con sus padres biológicos tras la estancia de los primeros en acogida por otra familia o una autoridad administrativa (reagrupamiento familiar), y la adopción y ejecución de las medidas apropiadas (asuntos *Rieme vs. Suecia*, S. 22 abril 1992; y *Olsson II vs. Suecia*, S. 27 noviembre 1992); *d*) el ejercicio de la patria potestad, incluida la facultad de guarda y cus-

(16) En idénticos términos en las Ss. de 2 junio 1989 (*caso Ericsson vs. Suecia*, § 58) y de 13 julio 2000 (*caso Scozzari vs. Italia*, § 169).

(17) "Entre aquellas relaciones –dice la S. 23 junio 2005, *caso Zawadka*– se cuentan el diseño de un marco que regule el procedimiento de adjudicación y ejecución de las medidas de protección de los derechos individuales, y la puesta en marcha, si fuera necesario, de medidas específicas (véase, entre otras autoridades, *X e Y vs. Países Bajos*, S. de 26 marzo 1985 y, *mutatis mutandis*, *Osman vs. Reino Unido*, S. de 28 octubre 1998)".

todia por los padres (a veces, por terceros), con los particulares problemas de su suspensión o privación; *e*) las relaciones personales (derecho de visita, como expresión más común) de los hijos con uno de sus progenitores tras la separación de éstos, en particular tras la crisis de la pareja, casada o no; *f*) también las de menores con personas distintas de los padres (abuelos, hermanos y otras personas próximas) (18); *g*) la recuperación por un progenitor de la guarda de su hijo, sustraído o llevado por el otro fuera del alcance (casi siempre en otro país, o en lugar desconocido) del guardador legal (asunto *Iglesias Gil vs. España*, S. de 29 abril 2003).

Dada la especial competencia del TEDH en esta materia, buena parte del debate en los asuntos de que ha conocido versa acerca de las medidas adoptadas por las autoridades estatales (judiciales o, en su caso, administrativas) para la protección de esas relaciones familiares y de los derechos individuales correspondientes. Y en el caso de restricción de tales relaciones (por ejemplo, del derecho de visita, como más frecuente), si ella se basó no sólo en motivos “pertinentes” (ingerencias del Estado “previstas por la ley” y “necesarias en una sociedad democrática”: art. 8.2 del Convenio) sino también si, vistas las circunstancias, eran “suficientes” (cfr. caso *Olsson II*, §§ 90 y 91), a los efectos de su consideración como injerencia en la *vida familiar*.

2. Doctrina general del TEDH sobre el derecho de visita

A) Obligaciones que impone el Convenio de Derechos Humanos

Toda la doctrina y pronunciamientos de este Tribunal están impregnados de la idea y finalidad de protección de la *vida familiar* en el sentido dicho, de los intereses espirituales y relaciones afectivas entre los miembros de la familia. Cuando se trata de reunión de un progenitor con sus hijos, considera el Tribunal que el art. 8 del Convenio debe interpretarse a la luz del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles del raptó internacional de niños (asunto *Ignaccolo-Zenide vs. Rumanía*, S. 25 enero 2000, § 95).

(18) “El Tribunal hace notar que no se discute que las cuestiones relativas a las relaciones entre la segunda demandante y sus nietos están cubiertas por el art. 8 del Convenio. Recuerda además a ese respecto que la *vida familiar* en el sentido del art. 8 engloba desde luego las relaciones entre parientes próximos, que pueden jugar en ellas un papel importante, por ejemplo entre abuelos y nietos” (caso *Scozzari vs. Italia*, cit., § 221).

En esa inteligencia, junto al objetivo esencial del art. 8 del Convenio –dice la S. de 23 junio 2005, caso *Zawadka vs. Polonia*, entre las recientes– de que el individuo goce de protección frente a la injerencia arbitraria de las autoridades públicas (obligación negativa), existen *obligaciones positivas* inherentes al «respeto» efectivo de la vida familiar; obligaciones que comportan la adopción de medidas destinadas a asegurar el respeto de la vida familiar, incluso en el ámbito de las relaciones entre individuos. Esa obligación positiva implica el derecho de un progenitor a la adopción de medidas adecuadas para que se pueda reunir con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de tomar dichas medidas (casos *Ericsson vs. Suecia*, *Olsson II vs. Suecia* y *Hokkanen vs. Finlandia*). Corresponde, así, a cada Estado-Parte dotarse de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el respeto de las obligaciones positivas que le incumben de acuerdo con el artículo 8 del Convenio (caso *Maire contra Portugal*, § 76). El Estado debe poseer, paralelamente, una panoplia de sanciones adecuadas, eficaces y capaces de asegurar los derechos legítimos de los interesados, así como el respeto de las decisiones judiciales que los disciplinen y protejan.

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

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

B) Protección de Derecho material. Medidas que adoptar

La obligación de las autoridades de adoptar medidas con este fin –dicen casi todas las sentencias– no es absoluta, ya que resulta a veces que la reunión entre un padre y un hijo que vive desde hace tiempo con otras personas no puede tener lugar inmediatamente, y requiere preparativos (caso *Hokkanen*). Su naturaleza y su alcance depende de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación del conjunto de personas afectadas siempre constituirá un factor importante; y su falta de entendimiento y cooperación multiplica los problemas. Sin embargo, la falta de cooperación entre los padres separados no es una circunstancia que pueda por sí misma eximir a las autoridades de sus obligaciones positivas según el art. 8. Bien al contrario, éste impone a las autoridades la obligación de adoptar medidas que reconcilien los intereses en conflicto de las partes, teniendo siempre muy presente la necesidad de proteger sobre todo los intereses del menor. Mientras las autoridades nacionales deben hacer todo lo posible para facilitar dicha cooperación, cualquier obligación de aplicar el poder coercitivo en este aspecto debe limitarse, ya que los intereses y los derechos y libertades de todas las partes deben tenerse en consideración, y más en concreto el mejor interés del menor y sus derechos al amparo del art. 8 del Convenio. Suponiendo que estos intereses puedan verse amenazados por las relaciones del menor con su padre/madre (u otras personas) o vulneren este derecho, las autoridades nacionales deberán velar por un equilibrio justo entre ellos (19). El punto decisivo, a efectos de su control por el TEDH, consiste en saber si las autoridades nacionales han adoptado, para facilitar aquellas relaciones, todas las medidas necesarias que razonablemente se les puedan exigir (ver caso *Hokkanen vs. Finlandia*, § 58, y *Zawadka vs. Polonia*).

El Tribunal europeo reconoce al respecto reiteradamente que no le corresponde sustituir su valoración a la de las autoridades nacionales competentes en cuanto a las medidas que deberían haber sido adopta-

(19) “El Tribunal recuerda –dice en el caso *Elsholz*, cit., § 50– que debe alcanzarse un equilibrio justo entre los intereses del niño y los de los padres (cfr. *S. Olsson II*, § 90). AL hacerlo el Tribunal concederá una particular importancia al interés del niño que, según su naturaleza y gravedad, podrá prevalecer sobre el del padre. En concreto, el art. 8 no podría autorizar al padre a tomar medidas que perjudicaran la salud o el desarrollo del niño (*S. Johansen vs. Suecia*, § 38)”. En términos casi idénticos, la sentencia *Hoffmann vs. Alemania*, § 42).

das, ya que estas autoridades son más capaces, en principio, para proceder a dicha evaluación porque están en contacto directo con el contexto del asunto y las partes implicadas. Además –añade–, la mayor prudencia se impone cuando se trata de recurrir a la coerción en este campo tan delicado. Cuando las medidas adoptables se refieren a las disputas entre padres acerca de sus hijos no debe ser el Tribunal quien regule las cuestiones relativas al derecho de visita en sustitución de las autoridades domésticas competentes, sino que su obligación es la de revisar las decisiones que adoptaron dichas autoridades en el ejercicio de su poder de apreciación.

Numerosas sentencias destacan que en la adopción de medidas relativas a relaciones personales entre padres e hijos (y con otras personas calificadas), el interés del menor (*the best interests of the child*) es determinante, de suma importancia (cfr. *Johansen vs. Noruega*) (20), y que los deseos y sentimientos del niño deberán ser tomados en consideración en todo cuanto concierne a éste (*Hokkanen vs. Finlandia*).

El art. 8 implica el derecho de un padre a la adopción de medidas que propicien el que pueda reunirse con su hijo, y la obligación de las autoridades nacionales a adoptarlas. Este principio es aplicable igualmente en asuntos en que la transmisión provisional de la toma en consideración tiene su origen en un acuerdo entre particulares (*Hokkanen vs. Finlandia*).

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

(20) “El Tribunal –dice esta sentencia– concederá una importancia particular a la supremacía del interés del menor que, según su naturaleza y gravedad, podrá superar al del padre. [...] Tales medidas [privación de los derechos parentales y del de visita] no deben ser aplicadas sino en circunstancias excepcionales y sólo podrá justificarse si se inspiran en una exigencia primordial que afecte a la supremacía del interés del menor [...]”.

diciales, además de que el simple paso del tiempo estaba teniendo consecuencias cada vez más graves para el demandante, privado del contacto con su hija menor (21).

Con ocasión de la interpretación y aplicación del art. 8 del Convenio y de las obligaciones positivas de los Estados-parte el TEDH ha puesto el acento en el *principio de proporcionalidad*, sobre todo en cuanto a la valoración de los límites y restricciones que los tribunales y autoridades nacionales pueden poner a las relaciones familiares, y del justo equilibrio entre los intereses individuales y generales; también para la interpretación del concepto jurídico indeterminado “*necesario en una sociedad democrática*” que menciona el art. 8.2 como permitida injerencia de la autoridad estatal en el ejercicio del derecho que regula (22).

C) Protección procesal. El art. 6.1 del Convenio

Este artículo garantiza el derecho a un proceso justo (23). Frente a quienes entendieron ese derecho como independiente de otros, y que en el art. 8 sólo se abordan cuestiones de Derecho material, el Tribunal –que ha insistido en una interpretación conjunta y sistemática del Convenio, considerado unitariamente– ha relacionado reiteradamente el primero de ellos con el segundo (cfr. *Airey vs. Irlanda*, S. de 9 octubre 1979), ya que la efectividad de los derechos materiales –dice– viene condicionada por el procedimiento en que son juzgados y en

(21) “En esta materia hay que tener en cuenta el riesgo elevado de que una interrupción prolongada de las relaciones entre el padre e hijo o que los encuentros demasiado espaciados en el tiempo comprometan toda oportunidad seria de ayudar a los interesados a superar las dificultades aparecidas en la vida familiar y de reagruparlos (riesgo aún mayor en el caso del niño pequeño habida cuenta de su muy corta edad en el momentote la separación)”, dice la sentencia *Scozzari*, cit., § 177. Cfr. nota 48.

(22) Cfr. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid (Tecnos), 2003, pp. 96-98, donde habla de cómo ese principio ha sido un factor de corrección del margen nacional de apreciación de los Estados y uno de los más fecundos principios generales del Derecho en la construcción jurisprudencial de un *ius commune* europeo de los derechos humanos.

(23) Dice este artículo (*Derecho a un proceso equitativo*) (en lo que aquí concierne): “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 o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. [...]”.

que se adopta las decisiones y medidas pertinentes –cfr. asuntos *H, B, W y R vs. Reino Unido*, los cuatro de 8 julio 1987– (24). No sólo eso: una interpretación sociológica (evolutiva) y finalista del Convenio, del TEDH, ha llevado a una ampliación de las obligaciones asumidas por los Estados-parte con el fin de dar mayor protección, más efectiva y oportuna (forma, tiempo), a los derechos garantizados por aquél; y en esa inteligencia el Tribunal viene exigiéndoles el asegurar en los procedimientos (estatales) correspondientes el goce efectivo de los derechos y libertades públicas reconocidos en el Convenio, haciendo de ella una de las obligaciones positivas más importantes de los Estados, cuya relevancia ha destacado en numerosas sentencias –en el ámbito del art. 8, y otros–.

A partir de ahí, y por lo que aquí concierne, el Tribunal ha examinado, a petición de quienes se han sentido agraviados, si en los procedimientos seguidos ante las jurisdicciones nacionales se permitió la intervención procesal de personas legitimadas para reclamar protección de su vida familiar (punto en que la posición del Tribunal es abierta, de amplia legitimación), si fueron oídas en el proceso (incluidos los menores) y, sobre todo, si hubo dilación excesiva en la adopción de las medidas pertinentes que las haga extemporáneas o ineficaces, y en la resolución del procedimiento (25).

El Tribunal europeo ha tomado en consideración de forma especial, a la hora de examinar si se adoptaron ciertas medidas con la urgencia que requería el caso, el carácter irreversible de aquellas y las consecuencias de la no adopción a tiempo (cfr. *Johansen vs. Noruega*, S. de 7 agosto 1996). En relación con el derecho de visita, ha valorado especialmente el efecto negativo del transcurso del tiempo cuando se demora en exceso el disfrute de las relaciones personales padre/hijo por irrecuperables las pérdidas; igualmente, la im-

(24) “El Tribunal recuerda que según su jurisprudencia constante, ‘el art. 6.1 sólo es válido para las impugnaciones relativas a los ‘derechos y obligaciones’ (de carácter civil) de los que pueda decirse, al menos de forma defendible, que están reconocidos en Derecho interno; no asegura en sí mismo a los ‘derechos y obligaciones’ (de carácter civil) ningún contenido material determinado en el orden jurídico de los Estados contratantes [con cita de otros casos anteriores]” (S. de 10 mayo 2001, *caso TP y KM vs. Reino Unido*).

(25) Para juzgar acerca de la “duración razonable” de un procedimiento, la S. 23 septiembre 1994 (*Hokkanen vs. Finlandia*) apeló a los criterios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal –dice–, destacando los de complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y el de las autoridades estatales competentes; en este aspecto, debe tenerse también en cuenta el objeto del litigio.

portancia de la audiencia de las personas más directamente interesadas en esas relaciones, al efecto de la valoración del interés del menor (26).

IV. REITERADO RECURSO DE LOS CIUDADANOS AL TEDH PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITA

Los problemas del derecho de visita que hemos visto en nuestro país y en relación con nuestro ordenamiento jurídico no son exclusivos de aquí, sino que se reproducen en términos semejantes en otros países y sistemas jurídicos; y la vulneración de cuanto tiene de derecho y por quienes deberían hacerlo cumplir con esmero es, igualmente, demasiado general. Ello ha dado lugar a que, ante la deficiente protección por el Derecho interno y las autoridades estatales de numerosos países, hayan debido recurrir los afectados en múltiples ocasiones ante el TEDH (decenas de veces), invocando el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, de 1950, y su art. 8, citado.

1. Tres asuntos recientes ante el TEDH

Entre el amplio muestrario de reclamaciones ante dicho Tribunal, hay tres relativamente recientes (año 2005) con sendas sentencias recaídas en menos de seis meses. Su proximidad temporal y muy parecidos supuestos de hecho llaman la atención; su similitud también con numerosos casos de nuestra vida judicial invita a traerlas aquí. Me refiero a las sentencias de 23 junio 2005 (Sección 1ª de Tribunal: asunto *Zawadka vs. Polonia*), de 30 junio 2005 (Sección 3ª: *Bove vs. Italia*) y de 22 noviembre 2005 (Sección 2ª: *Reigado Ramos vs. Portugal*). Tienen los tres varios datos en común: reclamación por el padre no matrimonial contra el respectivo Estado por incumplimiento del derecho de visita respecto del hijo nacido de relaciones de pareja no casada tras la ruptura de la misma y no protección suficiente por las autoridades nacionales. En los tres casos hubo situaciones fácticas complejas e incidentes múltiples; y también en los tres hubo sendas

(26) En algún caso ha sido determinante para estimar violado el art. 6 el hecho de que no fuera oído el interesado en vista ante el tribunal nacional, ya que no podían resolverse de manera satisfactoria las cuestiones de hecho y de derecho con los solos documentos escritos de que disponía el tribunal (caso *Elsholz vs. Alemania*).

condenas de los Estados demandados y votos disidentes de miembros del Tribunal, relacionados siempre con la valoración de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales en vista del comportamiento de los protagonistas afectados (no, en cambio, con los aspectos jurídicos, en los que se mantiene una línea uniforme y coherente con la anterior del mismo Tribunal en casos parecidos).

Veamos un poco más de cerca cada uno de esos casos y sentencias.

A) *Asunto Zawadka vs. Polonia* (S. de 23 junio 2005)

El demandante, Z., polaco y residente en Polonia, tuvo en 1990 un hijo, P., de su relación extramatrimonial con la Sra. O. Esta cambió de domicilio y se llevó consigo al hijo, impidiendo que el Sr. Z tuviera relación con él; más adelante ese padre se llevó al niño a su casa sin el consentimiento de aquélla. Tras discusiones y reclamaciones judiciales relativas a la patria potestad y otros extremos, en 1996 los dos progenitores llegaron a un acuerdo amistoso sobre la residencia del hijo con la madre y régimen de visita y relaciones con el padre. La madre obstaculizó con excusas, meses después, que el padre viera al hijo. Nuevo proceso sobre patria potestad, sustracción del hijo por el padre; actuaciones penales, requerimiento de devolución del niño, limitación de la patria potestad y de las relaciones padre/hijo; devolución de éste a la madre, actuación del Defensor del Pueblo, investigaciones policiales, marcha de la madre al extranjero, más actuaciones judiciales en diferentes instancias, etc. Desde el principio de 2001 el padre dejó de tener noticia del hijo y su paradero; las restricciones para verlo eran anteriores (1998).

B) *Asunto Bove vs. Italia* (S. de 30 junio 2005)

De la relación de Luigi Bove, ciudadano italiano, con la Sra. V. nació en enero de 1995 una niña, C, reconocida por ambos. Desde que concluyó aquella relación intentó el Sr. Bove ver con regularidad a su hija, a lo que se negaba la madre. El Tribunal de Menores concedió la custodia a la madre y un régimen de visitas al padre. El servicio social local vigilaría las relaciones de la pareja, en conflicto permanente. El tribunal amplió las relaciones padre/hija, pero en mayo de 2000 la madre alegó que la niña no deseaba ver al abuelo paterno ni a dos amigos, quienes habían importunado a la niña con actos de naturale-

za sexual. El tribunal restringió dichas relaciones, que tendrían lugar en presencia de un asistente social; relaciones luego ampliadas a petición de Bove, y siempre bajo control. En enero de 2001 nueva reducción de las visitas y prohibición de contacto telefónico de la niña con los abuelos paternos. El Fiscal de la República solicitó que se negara al padre la custodia de la hija, pero se ampliara las relaciones, sin control. En septiembre de 2002 tuvo lugar el último encuentro entre padre e hija, en presencia de la madre. El tribunal de apelación concedió la custodia de la niña a la madre y la reanudación de las visitas en presencia de un psicólogo y de la madre, reanudación que no tuvo lugar, obstaculizada por ésta última, que dejó de presentarse a las audiencias judiciales y de presentar a la hija ante el psicólogo. La hija, además, se negó a ver a su padre.

C) *Asunto Reigado Ramos vs. Portugal* (S. de 22 noviembre 2005)

El demandante y la Sra. M.O. tuvieron una hija, Inés (junio 1995); aquéllos nunca vivieron juntos y su relación terminó cuando la hija tenía siete meses. Los padres llegaron a un acuerdo, homologado por el juez: la madre obtuvo la guarda y custodia de Inés y el padre un régimen de visitas. La madre incumplió el acuerdo; el padre sólo vio a su hija en cinco ocasiones y en presencia de la madre o abuelos maternos, y desde octubre de 1997 no volvió a verla. Recurrió a los tribunales, que no encontraron a la madre en las direcciones que había dado. La Policía informó que ella había trasladado su residencia a Azores. Sólo en 1999 intervino esa señora en el proceso por medio de su abogado, quien más adelante informó que no podía contactar con su cliente por nuevos cambios de residencia. La Policía no pudo haberla; los servicios sociales tampoco. En junio de 2002 el demandante solicitó la adopción de medidas coercitivas, y en abril de 2003 el tribunal local consideró probado el no respeto del derecho de visita y condenó a la Sra. M.O. a una multa de 249 euros e indemnización al padre de la misma cantidad por daños y perjuicios. Se siguió causa penal contra la madre por sustracción de menores, que fue archivada sin más.

2. *Doctrina del TEDH común a esas sentencias.*

Parte el Tribunal, en su razonamiento y en los tres casos aquí considerados, de que el art. 8 del Convenio ampara el derecho de todo padre

o madre a que se adopten medidas que le ayuden a reunirse con su hijo; y la obligación de las autoridades nacionales de adoptar dichas medidas, aunque esa obligación no sea absoluta (27). Recuerda, además, cómo el tiempo corre en perjuicio de las relaciones padre/hijo, con el riesgo de consolidar una situación *de facto* ignorando las decisiones judiciales, además de que el simple paso del tiempo tiene consecuencias cada vez más graves para el padre privado del contacto con su hijo menor.

A) En el caso *Zawadka* el Tribunal europeo considera no convincentes las razones aducidas por las autoridades polacas en su propia defensa y justificación; dice que no se halló prueba alguna que permitiera demostrar que la limitación de la patria potestad del demandante sirviera al mejor interés del menor, ni que el contacto continuado y regular con el padre le causase daño alguno (28). Considera que una negativa sin razonar de una autoridad estatal relativa a prestación de ayuda, en el caso, es incompatible con las obligaciones positivas que hace recaer sobre el Estado el art. 8 del Convenio. Reconoce que la labor de los tribunales domésticos se vio dificultada por las tensas relaciones existentes entre los progenitores; mas eso no exime a las autoridades de sus obligaciones positivas: el art. 8 les impone la obligación de adoptar medidas que reconcilien los intereses en conflicto de las partes, teniendo siempre presente la necesidad de proteger sobre todo los intereses del menor; hacer todo lo posible para facilitar la cooperación y el entendimiento de todos los implicados, y que cualquier obligación de aplicar la coerción en este aspecto debe limitarse, ya que deben tenerse en cuenta los intereses y derechos de todas las partes, y más en concreto el

(27) “Estas obligaciones –dice la S. *Zawadka*– pueden conllevar la adopción de medidas destinadas a asegurar el respeto por la vida familiar, incluso en el ámbito de las relaciones entre individuos, entre ellas se cuentan tanto el diseño de un marco que regule el procedimiento de adjudicación y ejecución de las medidas de protección de los derechos individuales, como la puesta en marcha, donde fuera necesario, de medidas específicas (véase *X e Y vs. Países Bajos*, S. 26 de marzo de 1985) y *mutatis mutandis*, *Osman vs. Reino Unido*, S. 28 de octubre de 1998). Tanto en el contexto negativo como en el positivo, debe ponerse especial atención al equilibrio equitativo que es preciso establecer entre los intereses en litigio tanto de los individuos como de la comunidad, incluidos aquellos relativos a terceras partes, así como el margen de apreciación del Estado (véase *Keegan c. Irlanda*, S. 26 de mayo de 1994)”.

(28) El Tribunal hace notar que en la evaluación del asunto en su totalidad, es importante poner de manifiesto que en ningún momento se puso en duda seriamente la capacidad del demandante como padre. Tampoco se observa indicio alguno de que los contactos con el demandante dañara el mejor interés del menor. Bien al contrario, el Tribunal del Distrito de Bialystok observó que no había nada en el sumario que demostrara que las habilidades como padre del demandante fueran insuficientes, y que el niño estaba emocionalmente vinculado a ambos progenitores.

mejor interés del menor (con cita de los casos *Hokkanen*, § 58, y *Olsson II*, § 90). Estima el Tribunal que en el asunto enjuiciado las autoridades nacionales no adoptaron medidas prácticas que alentaran a las partes a cooperar en la ejecución del acuerdo sobre visitas, y concluye que fracasaron en el cumplimiento de sus obligaciones positivas de proporcionar al demandante la ayuda necesaria que le hubiera permitido gozar de forma efectiva sus derechos de visita y patria potestad; y que, en consecuencia, hubo violación del art. 8 del Convenio, por lo que condena al Estado demandado.

B) En el asunto *Bove vs. Italia* el TEDH señala que el tribunal de menores de Nápoles no intervino con el fin de poner en marcha los encuentros previstos entre padre e hija, aun difíciles de organizar, y aunque el de apelación autorizó una reanudación gradual de las relaciones padre/hija en un lugar protegido, esa decisión no fue ejecutada. Tras varios incidentes procesales, a pesar de la orden dada a una psicóloga de desarrollar una estrategia para una reanudación progresiva de tales relaciones, constata el Tribunal que Bove no vio apenas a su hija y que las autoridades no fijaron el calendario de visitas. Valora las dificultades encontradas en la organización de las mismas, por la animosidad entre los progenitores, así como de la reticencia de la menor a ver a su padre. Dice que no cabía imputar al demandante la responsabilidad de la inactividad de las decisiones o medidas pertinentes para instaurar visitas y relaciones efectivas, y que, a pesar de las múltiples demandas presentadas y recursos interpuestos ante los tribunales competentes, la situación se deterioró hasta el punto de que ya no existía relación entre él y su hija (29). Por ello, teniendo en cuenta los intereses en juego, resulta que las autoridades italianas no se esforzaron razonablemente en facilitar el reencuentro entre padre e hija, y concluye el Tribunal que, a pesar del margen de apreciación del que gozan las autoridades nacio-

(29) "El Tribunal –dice esta sentencia– señala que el demandante no ha visto a su hija desde septiembre de 2002 y que las autoridades no han fijado el calendario de visitas. Las dificultades encontradas en la organización de las mismas provenían por un lado de la animosidad entre la madre de C y el demandante, así como de la reticencia de la menor a ver a su padre. El Tribunal no podría, por tanto, admitir que se imputara al demandante la responsabilidad de la inactividad de las decisiones o medidas pertinentes para instaurar contactos efectivos. El Tribunal constata que el Gobierno no se pronunció sobre la cuestión de saber cual fue la asistencia ofrecida por las autoridades internas para garantizar la regularidad de los encuentros entre el demandante y su hija según las modalidades protegidas. En definitiva, señala que, a pesar de las múltiples demandas presentadas ante el Tribunal de menores de Nápoles y los recursos interpuestos ante el Tribunal de apelación de Nápoles por el demandante, la situación se deterioró hasta el punto de que ya no existía relación entre él y su hija".

nales, el incumplimiento del derecho de visita del demandante y la falta de protección se constituía una vulneración de su derecho al respeto de su vida familiar garantizado por el art. 8 del Convenio.

C) En el *caso Reigado Ramos vs. Portugal*, el Tribunal constata que las autoridades nacionales no actuaron como razonablemente se podía esperar para tratar de reunir a los interesados o de implicar activamente a los trabajadores sociales en la solución del problema, ni cumplieron con su deber de adoptar las medidas prácticas con el fin de incitarlos a una mejor cooperación, teniendo en cuenta el interés del menor. En cambio, las autoridades dejaron que se consolidara una situación *de facto* ignorando las decisiones judiciales, con consecuencias cada vez más graves del paso del tiempo para el demandante, privado del contacto con su hija. El Tribunal europeo recuerda al respecto que el demandante pudo ver a su hija por última vez cuando apenas tenía dos años, y que el tribunal de Cascais tardó cinco años y un mes en tomar medidas oportunas. La falta de colaboración de la madre no dispensa a las autoridades competentes de actuar todos los medios susceptibles de permitir el mantenimiento del vínculo familiar (30). El proceso de ejecución forzosa desembocó en la condena de la madre al pago de una módica multa y de una indemnización muy modesta, todo ello notoriamente insuficiente. El Tribunal concluye que las autoridades portuguesas omitieron hacer los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de visita del demandante, ignorando así el respeto de su vida familiar garantizado por el art. 8, que estimó violado, por lo que condenó al Estado portugués.

3. Votos disidentes de miembros del Tribunal

En esas tres sentencias hubo votos disidentes de algunos de los jueces integrantes de las Salas juzgadoras. Es curioso este dato: con carácter más general, en casi todas las sentencias del TEDH recaídas en relación con el art. 8 se han producido votos disidentes, semejantes a los que ahora comento. Mas no puede sorprendernos: las cuestiones abordadas –forma en que las autoridades nacionales protegieron (o no) el derecho de visita u otras relaciones familiares– y la interpretación del interés del

(30) “El Gobierno lo señala, el hecho de llegar hasta este punto se debió a la falta de colaboración de M. O., que consiguió sustraerse de casi todas las notificaciones de los actos de proceso. Sin embargo, dicha falta de cooperación no dispensaría a las autoridades competentes de poner en marcha todos los medios susceptibles de permitir el mantenimiento del vínculo familiar”.

menor afectado van tan ceñidas a la realidad concreta y a sus circunstancias particulares (personas determinadas en situaciones individuales: edad, salud, personalidad, comportamiento, etc.), que al calificar aquellos jueces los hechos y la actitud de las personas implicadas y la de las autoridades estatales hay inevitablemente valoraciones diferentes, aporatorias o no, según las opiniones y juicios de valor respectivos.

Eso aparece con claridad en las tres sentencias que comento: si bien hay acuerdo de todos los jueces (y en las tres resoluciones) acerca de la inteligencia e interpretación del art. 8 del Convenio, hay desacuerdo de algunos en el enjuiciamiento de hechos y conductas, y de cómo la autoridades estatales protegieron, restringieron o dejaron de hacer efectivas las relaciones padre (madre)-hijo en las respectivas situaciones juzgadas.

Así, en el asunto *Zawadka vs. Polonia* los jueces Bîrsan, Garlicki y Myjer valoraron de forma diferente (respecto de la mayoría) el comportamiento de los progenitores y la reacción frente al mismo de los tribunales polacos, apreciaron que la actitud de la madre al viajar con su hijo al extranjero ejercitaba un derecho suyo fundamental, y que no podía culparse a las autoridades nacionales de que ella deseara iniciar una nueva vida con su hijo rompiendo toda relación con el padre, ni que aquéllas hubieran dejado de cumplir sus obligaciones positivas (31).

En el caso *Bove vs. Italia*, en forma paralela, el juez Myjer disintió de la mayoría al enjuiciar las complejas incidencias fácticas (denuncias penales, restricciones en el régimen de relaciones padre/hija, negativa de ésta a las mismas y a ver a la psicóloga) y las medidas de los tribunales italianos al respecto, para concluir que no hubo dejación por parte de éstos de las obligaciones positivas *ex art. 8 del Convenio* (32). En térmi-

(31) Dice es voto disidente: “¿Puede alguien afirmar que las autoridades nacionales tenían la obligación legal (o moral) de avisar al demandante, quien había perdido la patria potestad, de que la madre, que tenía la patria potestad del menor, iba a viajar al extranjero el 30 de mayo de 2000? ¿Y puede culparse al Estado de que la madre deseara aparentemente iniciar una nueva vida con el niño fuera del país, y romper todo contacto con el demandante? No puede esperarse lo imposible de las autoridades nacionales.- En este asunto no se trata sólo del margen de apreciación; se trata también de los límites de las obligaciones positivas. ¿Puede culparse a las autoridades nacionales de aquellas situaciones en las que ambos progenitores han demostrado que no desean cumplir las órdenes judiciales y en las que cada uno de ellos hace lo imposible para evitar que el otro vea al niño?” (§§ 5 y 6).

(32) Argumenta el juez Myjer en su voto particular: “Como en todos los casos de este tipo, el asunto es triste. Pero en mi opinión resulta claramente de los hechos que las autoridades nacionales son de la opinión de permitir al padre ejercer su derecho de visita, sean las que fueren las condiciones. No se puede obviar las conjeturas en cuanto a los motivos que condujeron a la menor a negarse a ver a la psicólogo-

nos muy semejantes, *mutatis mutandis*, el voto disidente de la juez Fu-ra-Sandström en el caso *Reigado Ramos vs. Portugal* (33).

V. NECESIDAD DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA DEL DERECHO DE VISITA EN RAZÓN DE SU VULNERABILIDAD

1.- *¿Está dotado el ordenamiento español de un “arsenal jurídico adecuado y suficiente” para asegurar el respeto del derecho de visita ex art. 8 del Convenio?*

Esta es una de las obligaciones positivas que el TEDH considera incluidas entre las que impone el art. 8 del Convenio a los Estados-Parte del mismo. Visto cuanto precede, y las condenas de los Estados demandados que acabamos de ver, es obligada la pregunta que encabeza este apartado. ¿Tiene, en efecto, nuestro ordenamiento un “arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el respeto de las obligaciones positivas que le incumben” ex art. 8 del Convenio, y una “panoplia de sanciones adecuadas, eficaces y capaces de asegurar los derechos legítimos de los interesados”, así como el respeto de las decisiones judiciales? –como dice alguna sentencia del TEDH–.

Quizá el mayor problema real (procesal, vivencial) que tienen planteadas las relaciones que ahora me ocupan es el de su protección efectiva en caso de incumplimiento por quienes deben propiciarlas o dis-

ga. Pero teniendo en cuenta dicho rechazo y además los abusos sexuales cometidos por su abuelo y dos amigos de su padre, los tribunales nacionales consideraron que el padre sólo podía ejercer su derecho de visita según las modalidades particulares; ¿podría nuestro Tribunal verdaderamente reprochar a las autoridades nacionales no haberse esforzado en restablecer este derecho de visita? Cuando un padre obstaculiza el disfrute del otro de su derecho de visita y de la compañía de su hijo, las autoridades nacionales pueden estar obligadas a adoptar medidas judiciales contra este padre. Pero cuando es el propio hijo el que se niega a cooperar, ¿qué es lo que se debe hacer? La solución que las autoridades nacionales eligieron: solicitar a una psicóloga que desarrollara una estrategia para la reanudación de las visitas del padre”.

(33) “La cuestión que se plantea es la de saber [...] si las autoridades nacionales adoptaron todas las medidas necesarias que razonablemente se podía esperar de ellas (ver apartado 48 de la sentencia). En mi opinión la respuesta es afirmativa. No comparo la opinión de la mayoría según la cual constata que el desarrollo del proceso hizo que aparecieran una serie de medidas automáticas y estereotipadas (ver apartado 54). No veo cómo las autoridades podían haber hecho más para forzar a M. O. a que cooperara. ¿Con qué medios? ¿Enviando a la policía a buscar a la niña al colegio o al domicilio de su madre? y ¿si Inés no se hubiera negado a ver al demandante, su padre?”, dice ese voto disidente.

frutarlas. Por lo que concierne al Derecho español pienso, en una primera aproximación y en términos generales, que no proporciona –en mi opinión– protección necesaria y suficiente; al menos en la realidad jurídica (resoluciones judiciales y su cumplimiento), por la forma y frecuente ineficacia con que se vienen aplicando las normas pertinentes. Con más precisión: en el ordenamiento español el problema a ese respecto no es tanto el de la deficiencia de normas jurídicas, que las hay, y quizá suficientes, cuanto el de su aplicación eficaz para proteger aquel derecho y relaciones (es decir, que se cumplan). No hace falta ser consumado jurista, por otro lado, para llegar a esa conclusión, que está en la calle (apreciación que hace la sociedad), donde ya es casi un lugar común el juicio crítico y comentario negativo.

La cuestión a ese respecto no es, pues, si nuestro ordenamiento jurídico dispone de aquel “arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el respeto” de ese derecho, sino si se aplican bien las normas y cumplen efectivamente las resoluciones judiciales que establecen unas determinadas relaciones personales; porque, como dije, el Tribunal europeo tiene establecido que entre las obligaciones positivas que impone el art. 8 a los Estados-parte está precisamente la de garantizar la ejecución de esas decisiones judiciales y la efectividad del derecho y relaciones personales de referencia.

2. Necesidad de una protección eficaz

La protección efectiva de este derecho se alcanza, ciertamente, cuando, frente a quien impide o dificulta seriamente las relaciones personales, se obtienen por vía judicial (única que cabe contemplar aquí). Y aun en este caso tal protección nunca será plena y satisfactiva porque al padre/madre y al hijo no se le podrá devolver las pérdidas, impedidas o dificultadas antes de recurrir a y obtenerlas de los tribunales. Es evidente la notable dificultad que presenta esta materia, en la que a la genérica y típica del incumplimiento de las obligaciones de hacer, del tipo de prestación infungible, se une la específica complejidad proveniente de su particular naturaleza personal-familiar y las otras componentes metajurídicas (sentimientos y resentimientos, sobre todo) que le acompañan. Pero, ello no obstante, parece claro que una vez establecido jurídicamente que un padre o madre tiene derecho a comunicarse y mantener relaciones personales con su hijo, y determinado formalmente el régimen concreto de esas relaciones, aquel derecho debe ser *protegido y cumplido a toda costa* mientras no se dis-

ponga otra cosa, y estas relaciones efectivamente gozadas, máxime cuando está por el medio el interés preminente del menor, con lo que el efecto del incumplimiento trasciende el solo perjuicio del titular formal del derecho lesionado.

Todo lo que no sea eso –y mientras no haya una causa nueva y poderosa que justifique *in concreto* la no realización de las relaciones acordadas– supone un fracaso del Derecho como instrumento de organización social y de justicia. No puede olvidarse que es principio constitucional el que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE), y que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, así como prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en ejecución de lo resuelto (art. 118 CE). Aunque no son absolutos tales mandatos constitucionales –la tutela judicial *ex art.* 24.1, por ejemplo, debe ser obtenida por los cauces sustantivos y procesales pertinentes–, ni siempre se puede garantizar con el mismo rigor su cumplimiento puntual, éste debe constituir el principio rector, y el cumplimiento de un régimen de visitas acordado por un Juez en resolución firme debe tener a su disposición todos los instrumentos jurídicos posibles en un ordenamiento para hacerse efectivo, pues el derecho de visita, en el que se hallan implicados bienes jurídicos del menor y valores tipificados y protegidos en los arts. 10 y 39.2 CE, es institución de *ius cogens* necesitada de especial protección. El incumplimiento de ese régimen de relaciones personales supone en alguna medida el fracaso del sistema jurídico que lo regula y protege y el incumplimiento o infracción –por quien sea, tribunales y/o particulares– del propio ordenamiento (34).

En aras del cumplimiento de aquel mandato constitucional y de este principio, *debe emplearse todos los medios jurídicos para la efectividad* de tales relaciones personales y consecución de los fines personales e institucionales a que las mismas atienden, con respeto, evidentemente, del principio de proporcionalidad y de la menor lesión de otros bienes e intereses jurídicos (sobre todo, los del hijo). Aunque es a veces difícil o

(34) Me parecen interesantes las consideraciones finales que hacen los jueces Zupanic, Pan Íru y Túrmen en su voto disidente de la S. 27 junio 2000, *caso Nuutinen vs. Finlandia*: “The essence of the rule of law is that the logic of private force be replaced by public force of logic. To render justice is to enforce the satisfaction of the law-abiding party. This implies that the other party, found not to be in the right, must unconditionally subordinate itself to the ruling of the court. Unless that happens, private arbitrariness has prevailed over the public force of the law. The enforcement of the judicial decisions, in other words, is an essential and unchangeable element of the rule of law”.

imposible la coerción o imposición del deber ser jurídico, no creo que sea incoercible el derecho-deber de visita; al menos, no siempre. Sólo el cumplimiento específico del deber del obligado (“gravado”) puede impedir que se consoliden situaciones de hecho y conductas irregulares, y satisfacer no sólo el interés de los afectados sino el fin esencial que con tales relaciones se persigue, y justifica su concesión. Por ello, los medios e instrumentos habituales y consecuencias alternativas al cumplimiento específico de la obligación de hacer (indemnizaciones, sanciones), son desmedrados remedios que si pueden dar una satisfacción subsidiaria a uno de los perjudicados, dejan insatisfecho el interés primordial y el fin esencial a que atienden las relaciones *de quo* y su cumplimiento.

No es dato menos importante aquí que en el incumplimiento o retraso en el cumplimiento el tiempo juega a favor del incumplidor del régimen de esas relaciones personales –como ha observado el TEDH–, ya que, además de ser dinámico el interés del menor, puede influir progresivamente en la voluntad de éste, que cada día exigirá más respeto de su propia opinión o deseo a medida que crezca, y puede llegar a ser decisiva; en alguna ocasión puede alcanzar la emancipación sin haberse cumplido el régimen de visita y la resolución judicial.

En atención a todo eso, creo que *deben agotarse* (subrayo el término) los caminos y medios jurídicos para lograr el efectivo cumplimiento y goce de aquellas relaciones –sólo así queda realmente protegido–, con respeto del principio de proporcionalidad y no lesión de otros bienes e intereses superiores que los que se pretende salvaguardar. Ante el fracaso o inviabilidad de los medios directos, difíciles aquí, habrá que recurrir a medios indirectos, tanto de coerción (incluida la penal) como de «cumplimiento por equivalencia» o indemnización (cfr. art. 709 ss. LEC), de forma que, además de otros fines y funciones (castigar la conducta ilícita, reparar los perjuicios producidos) esos medios indirectos desincentiven el incumplimiento o contribuyan a mover la voluntad de la parte renuente o negadora e inclinarla al cumplimiento –lo que sólo se logrará cuando las consecuencias de esos medios indirectos sean para ella menos deseables que el cumplir lo que debe– (35).

(35) Traigo aquí ideas de mi *El derecho de visita*, pp. 283 y ss., y párrafos incluso de otro trabajo más reciente, “Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas”, en *Nous reptes del Dret de família (Materials de les XIII Jornades de Dret Català a Tossa, setembre 2004)*, Girona, 2005, pp. 275 ss. (325 ss.). Ha sido en esos trabajos donde he fijado mi posición sobre la cuestión que ahora me ocupa.

3. Mecanismos y medios de protección del derecho de visita en nuestro ordenamiento

¿Qué medidas de protección del derecho de visita brinda nuestro ordenamiento a los titulares del mismo, y pone a disposición de los tribunales, como obligación positiva, en el contexto del art. 8 del Convenio y de la jurisprudencia del TEDH?

Creo interesante examinarlas, porque el dejar de cumplir esta obligación (positiva) por parte de las autoridades estatales (aquí, los tribunales españoles) comporta la violación del art. 8 y puede dar lugar a la condena del Estado; amén de otras posibles consecuencias, como la responsabilidad de la Administración de Justicia frente al perjudicado (36), de la que también ha tenido ocasión de ocuparse el Tribunal Europeo (37).

Con esa perspectiva, me ocupo muy sucintamente de las medidas de orden civil y penal posibles en nuestro sistema jurídico en orden a la

(36) Me refiero a la responsabilidad de la Administración de Justicia a que alude el art. 121 en relación con el 106.2 CE. De los varios supuestos en que puede haber lugar a esa responsabilidad, sólo cabe pensar, para nuestro caso, en el de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (cfr. art. 292.1 LOPJ): es decir, indemnización por los perjuicios habidos por un titular de derecho de visita por el incumplimiento de éste a causa del funcionamiento anormal del tribunal que deba hacerlo cumplir conforme a Derecho. Esa responsabilidad, que no queda exonerada por defectos estructurales (inadecuación o insuficiencia de medios materiales o personales), no presupone la responsabilidad disciplinaria del juez causante, ni se mide por ella. Requiere una relación de causalidad entre el funcionamiento anormal y los perjuicios (Ss. TS., Sala 3ª, de 26 julio 2001 y 10 octubre 2003), y éstos comprenden también los daños morales (los más relevantes en nuestro caso), ya que se pretende una reparación integral, de daños efectivos y evaluables.

En nuestro ordenamiento no están constitucionalizados los plazos procesales. El funcionamiento anormal (que se deduce del standard de normalidad y como opuesto a ésta) es un concepto jurídico indeterminado, vinculado al derecho de tutela judicial y a que el tribunal resuelva "sin dilaciones indebidas" (art. 24.2 CE) –equivalente a lo que el art. 6.1 del Convenio y el TEDH dice que sea en un plazo razonable–. Ese concepto (indeterminado) de funcionamiento anormal y el de dilación indebida viene definido por la jurisprudencia, tanto por la del Tribunal Constitucional (S. Sala 1ª de 14 enero 2002 y las en ella citadas; cfr. también las de 14 mayo 1984 y 24 noviembre 1988) como del Tribunal Supremo (Ss. Sala 3ª de 7 y 8 octubre 2003, 10 octubre 2003 y las en ellas citadas). Es obligado aquí (referencia sucinta) hacer remisión a la jurisprudencia, que ha construido perfecta y linealmente esa responsabilidad.

(37) Así, en el *caso Z y otros vs. Reino Unido* (S. de 10 mayo 2001) y en el *TP y KM vs. Reino Unido* (S. 10 mayo 2001). En ambos asuntos el Tribunal condenó al Reino Unido, mas no por la vía e infracción el art. 6.1, sino del art. 13 Convenio (*Derecho a un recurso efectivo*). Sobre esta cuestión véase amplia referencia en M. SALANOVA VILLANUEVA, "Tutela y protección de los menores en la jurisprudencia del TEDH", *Aranzadi civil*, 2003-I, pp. 1998 y ss.

protección del derecho de visita –que las autoridades españolas deben adoptar y hacer cumplir–; todo ello en términos generales, porque un estudio detenido corresponde a otro lugar, y obliga a hacer remisión a trabajos monográficos o comentarios pertinentes.

A) Medidas de tipo civil

Son, sustancialmente, las que sugiere el art. 158 Cc (y art. 134 CF cat.), y las previstas por la Ley de Enjuiciamiento Civil para los casos de condena de hacer personalísimo (art. 709), incluidas las multas coercitivas (art. 711), de las que debiera hacerse un uso más frecuente. Son específicas, a nuestros efectos, las medidas que contempla el art. 776 LEC: *a*) en primer lugar, su regla 2ª: no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el art. 709.3 LEC y podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año; y, sobre todo, *b*) la regla 3ª (muy importante): el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por una u otra parte podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas. En efecto: aunque debe hacerse un uso prudente y razonable, en no pocos casos puede ser aconsejable modificar el régimen de guarda del hijo (su organización es considerada modificable siempre en interés del menor: cfr. arts. 92 y 103 Cc), y confiarlo al otro progenitor o, si esto no es posible, a persona distinta de aquella que impide las relaciones *de quo*, si se estimara que este impedimento perjudica al menor más que el cambio de la guarda; ello comportará el del régimen de visita y relaciones personales con el que ha dejado de ser guardador. Esta medida (modificación de la guarda, inversión de las relaciones de guarda y de visita), introducida por el legislador de 2000 (LEC) (38), será en la práctica judicial, al tiempo que todavía demasiado infrecuente, una de las más eficaces ante la actitud injustificada y resistente del guardador; si bien es cierto que es de más difícil aplicación cuando el derecho de visita es entre abuelos y nietos, o entre hermanos.

Otras medidas que adoptar pueden ser muy variadas, ya que la “efectividad” de tales relaciones comprende tanto el goce real de las mismas por sus titulares como su correcto uso. El juez, según la situa-

(38) Este tipo de medida la proponía yo en 1997 (*El derecho de visita*, cit., pp. 302 y ss.) Véase allí referencias legales y jurisprudenciales foráneas y bibliografía que la avalan,

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

Por lo que respecta a la ejecución forzosa, es muy difícil y casi siempre poco aconsejable la imposición *manu militari* de la resolución judicial, porque la violencia puede afectar más negativamente al menor. Pero quizá no siempre sea desestimable esa medida coercitiva, como medida extrema, excepcional y última (sobre todo, si se lleva a cabo con prudencia y delicadeza: la dificultad está en su práctica, no en su previsión) ante una actitud grave y reiteradamente incumplidora del guardador del menor (39). Pienso que la imposición coactiva no debe rechazarse *a priori* con la generalidad con que se hace porque en ocasiones será ése el último recurso para alcanzar lo que el ordenamiento jurídico y un Juez han determinado, y debe ser; sin olvidar obviamente, el principio de proporcionalidad que debe presidir toda reacción jurídica frente a la conducta ilegal. Mas, limitación esa aparte, me parece más frívolo e indeseable el banalizar este incumplimiento, resignarse al mismo (ocurre con excesiva frecuencia) y dejar impunes e inconsecuentes ciertas conductas ilícitas de personas que sólo reaccionan a cierto tipo de coerción (y el Derecho es, tiene altas dosis de coerción, evidentemente). En última instancia, son esas conductas ilícitas las que justifican y hacen inevitables estos medios coercitivos de protección de un derecho. No se olvide que en otras ocasiones es inevitable también el uso de la fuerza en este ámbito (por ejemplo, cuando el juez acuerda la guarda a favor de la madre y se opone a ello el padre, que retiene a los hijos en su domicilio: ¿cómo se cumple esa decisión judicial sino a la fuerza, con ayuda de la policía, si es necesario?).

(39) Son a este respecto muy sugestivas las razones que dan los jueces Zupanic, Pan Ćru y Türmen en su voto disidente de la S. 27 junio 2000, *caso Nuutinen vs. Finlandia* (cfr. nota 34). Tras recordar que es problema recurrente el de la no ejecución de las decisiones judiciales en este ámbito, y hacer referencia a otros casos (*Ignaccolo*, y otros), argumentan partiendo de la idea de la posición ventajosa de quien está instalado en una situación fáctica (invocan la imagen clásica del *beatus possidens*) frente al "no poseedor", y se niega (aquél) a cambiarla poniendo toda clase de obstáculos (desobediencia, incumplimiento de sanciones económicas), dejando que transcurra el tiempo y con ello el cambiante interés del menor ("the crucial fact of the time changes the whole equation"), que al final ya no reconoce a su propio padre. Con ello el nuevo interés del menor obliga a no modificar aquella situación fáctica, que acaba legitimándose, y la mera inexecución de las decisiones judiciales consolida la conducta irregular de quien resiste las medidas judiciales anteriores.

Particular dificultad puede presentar aquí la actitud negativa del hijo. En principio, la sola negativa del menor no es suficiente para denegar las relaciones que nos ocupan. Más importante que esa negativa son las razones que pueda aducir para oponerse drásticamente a mantener relaciones personales *de quo*. En este punto (hechos, razones que invoque) es particularmente importante la edad y discernimiento del menor, en función de todo lo cual decidirá el juez (40).

B) Medidas de índole penal

Algunos ordenamientos prevén *sanción penal* con tipificación específica (el Código penal francés tipifica el delito de *non representation* en su art. 227.5) (41). Es cuestión y procedimiento harto discutible, ciertamente, ése de la sanción penal de ilícitos civiles. Mas ello no quiere decir que la criminalización de esas conductas incumplidoras sea general o frívolamente utilizada: deberá ser bien ponderada, y aplicada limitada y correctamente al caso concreto.

En este orden, en defecto de tipificación directa del incumplimiento del régimen de visitas en nuestro ordenamiento, cabe distinguir dos caminos "penales":

A) "*Delitos contra los derechos y deberes familiares*" (cap. III, tít. XII, libro II): a) el art. 223 CP, en cuanto castiga al "que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentara a sus padres o guardadores sin justificación para ello": sólo puede comprender la no devolución del hijo (o del nieto), terminadas las relaciones procedentes, si los tribunales consideran que éstas constituyen una forma de *custodia* (cosa que pudiera ser en algún caso no fácil, dados los criterios restrictivos de interpretación de la ley penal); más difícil

(40) La SAP de Barcelona (Sección 18) de 18 abril 2002, ante la rotunda negativa de una menor (10 años) a relacionarse con sus abuelos paternos y sus tías, optó por denegar esas relaciones "en las circunstancias actuales". Es evidente que con la edad el menor no sólo va ganando en discernimiento y voluntad propia, sino que adquiere una independencia de criterio y una autonomía vital (el respeto de su personalidad, de hablan los textos legales) que impide el imponerle contra su voluntad unas ciertas relaciones que sí podrían serle impuestas a la fuerza unos años antes. (Cfr. también SAP Toledo de 3 junio 1994).

(41) Dice ese precepto: "le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est puni d'un an d'emprisonnement et de 100.000 F. d'amende ». La expresión *à la personne qui a le droit de le réclamer* incluye inequívocamente (según la jurisprudencia francesa) a todos los titulares del derecho de visita.

me parece su aplicación al padre o madre que impiden esas relaciones. b) El art. 224-2º, que sanciona al “progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa”: comprende la conducta del padre o madre titular de un derecho de visita que *induce* –ésta es la conducta típica, lo que crea problemas de distinción entre autoría mediata e inducción– al hijo a abandonar el domicilio familiar (de su guardador) en contra del régimen de custodia acordado judicialmente, y la del guardador que induce al menor a incumplir el régimen de visitas legalmente establecido (42). c) El art. 225 bis (redacción LO 9/2002) tipifica “la sustracción” y “la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa” (núm. 2-b) –que alcanza también a los abuelos (nº 5)–: el “deber establecido por resolución judicial” sería el de permitir las relaciones personales y cumplirlas correctamente; y deja de ser punible cuando el autor de esa retención o sustracción tenga “causa justificada” (y lo será si las circunstancias permiten razonablemente fundar o justificar el no reintegro del menor al progenitor que tenga la guarda o custodia). d) La falta del art. 622: infracción leve del “régimen de custodia” establecido por la autoridad judicial.

B) Por otro lado, cabe pensar en el *delito de desobediencia grave* (art. 556 CP: “[...] los que resistieren a la autoridad o sus agentes, o los *desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones*”). La actual tipificación (1995) de este delito requiere que haya un mandato concreto y personalmente dirigido al sujeto (cfr. SsTS, Sala 2ª, de 21 mayo 1983 y 5 junio 2003) –aquí, al guardador del menor, “gravado” con un régimen de visitas–. La jurisprudencia y la doctrina dicen que es necesario que se requiera al destinatario a que cumpla el mandato (43). La desobediencia puede consistir en acción u omisión, exigiendo la jurisprudencia

(42) Cfr. PRATS CANUT, en *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal* (dir. Quintero Olivares), Madrid (Thomson-Aranzadi), 2003, ad art. 223 CP, p. 531; y CORDOBA y otros, *Comentarios al Código penal. Parte Especial* (dir. Córdoba Roda y García Arán), t. I, Madrid-Barcelona (Marcial Pons), 2004, p. 573 (“...pues ambos ejercen funciones de custodia que el otro debe respetar en beneficio del menor”).

(43) Cfr. CORDOBA *et alii*, en *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, cit., t. II, p. 2534 (y bibliografía que cita): “el requerimiento se da en cuanto la orden se dirige de forma personal y concreta a su destinatario, sin que sea preciso que al mismo se le aperciba de las consecuencias que la desobediencia puede comportar”. Véase también sobre esta cuestión MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, pp. 82 ss.; y PRATS CANUT, en *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal* (dir. Quintero Olivares), cit., pp. 2012 y ss.

una voluntad o un acto de oposición persistente y reiterado. La desobediencia debe ser grave, dato este eminentemente valorativo, que los tribunales han centrado en la contumacia en la desobediencia (Ss. Sala 2ª de 5 junio 1989 y 29 junio 1992) o en la importancia de la materia. No se requiere dolo específico (de ofender a la autoridad), sino simplemente que el sujeto activo lleve a cabo su conducta desobediente a conciencia de los elementos integrantes de la parte objetiva del tipo.

Este delito de desobediencia grave se ha aplicado muy pocas veces en nuestro país al incumplimiento del derecho de visita (al menos, bajo la legalidad anterior al vigente CP de 1995, por mor de una jurisprudencia un tanto restrictiva): sólo tengo noticia de la S. Sala 2ª TS de 27 octubre 1962 (44).

VI. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITA EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. Dimensión constitucional del Convenio

Varios caminos ofrece la Constitución Española, junto a su tipificación en la propia Carta Magna (arts. 15 a 29), para la protección de ciertos derechos fundamentales y, por lo que aquí concierne, los derechos de los menores: el del art. 39.4 (“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”), el del 10.2 (“las normas relativas a derechos fundamentales [...] se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”) y el del 96.1 (tratados internacionales ratificados y publicados oficialmente, que devienen Derecho interno). Por ese doble mecanismo, directo e indirecto, completado por cuanto dispone el art. 53 CE (tales derechos vinculan a todos los poderes públicos), se garantiza el ejercicio de los derechos y libertades públicas, en el marco de un orden público constitucionalizado (45).

(44) Esta sentencia desestimó el recurso de casación contra la inferior que había condenado a una madre por la negativa reiterada a que las hijas fueran al domicilio de su esposo en los días y horas señalados por el juzgado en régimen de visitas, después de ser requerida dos veces con el apercibimiento de ser procesada por desobediencia.

(45) LÓPEZ AGUILAR, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, 1991, pp. 22 ss.

En ese contexto normativo debe ser contemplado y valorado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo art. 1º impone a los Estados-parte la obligación de asegurar el goce de los derechos reconocidos en su título I a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (46); derechos efectivos y concretos, no teóricos o ilusorios (cfr. *caso Airey vs. Irlanda*, S. 9 octubre 1979, § 26). Del alcance de este precepto, y por el enérgico carácter imperativo de las obligaciones asumidas por los Estados, amén de la propia naturaleza y alcance del Convenio, deducen los especialistas la *dimensión constitucional* de este último en tanto que instrumento jurídico internacional que expresa un orden público europeo de los derechos humanos y libertades fundamentales –dice CARRILLO SALCEDO (47)–.

No es ésta opinión única. LIÑÁN NOGUERAS deduce del art. 10.2 CE que esa norma “*constitucionaliza*, o lo que es igual, concede rango constitucional a la interpretación que se deriva de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los textos convencionales concluidos por España en relación a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución” [la cursiva es suya] (48). No se olvide –me permito añadir yo– que el valor y alcance de las normas jurídicas no es tanto el de su mera literalidad sino en cuanto normas interpretadas. En esa inteligencia (y no única) cabe pensar, por un lado, en la “*constitucionalización*” o *dimensión constitucional* de los derechos humanos que regula y protege el Convenio.

Hay, por otra parte, un evidente paralelismo entre los *derechos humanos* del Convenio y los “*derechos fundamentales*” de nuestra Constitución: si no hay exacta coincidencia entre unos y otros (en su enumeración ni en su tipificación positiva), obedecen todos ellos a idénticos principios, que son los subyacentes a todos los derechos fundamentales de la persona, aquí y en todos los sistemas jurídicos que los reconocen: la dignidad de la persona, los derechos inviolables inherentes a ella y el libre desarrollo de la personalidad (cfr. art. 10.1 CE). Es cierto que

(46) Dijo a ese respecto el Tribunal en el caso *Irlanda vs. Reino Unido* (S. de 18 enero 1978) que el Convenio no se limita a “obligar a las autoridades supremas de los Estados-Parte a que respeten los derechos y libertades que consagra; como demuestran el art. 14 y la versión inglesa del art. 1 (*shall secure*), implica también que, para garantizar su disfrute, dichas autoridades tienen que impedir o sancionar la violación en niveles inferiores” (§ 239).

(47) *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 22. Sigo en buena medida a este autor y obra en la exposición que sigue.

(48) D. LIÑÁN NOGUERAS, “Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español”, *Rev. Esp. D. Internacional*, 1985-2, p. 365.

nuestra Constitución no incluye *expressis verbis*, entre los fundamentales que garantiza, el derecho al disfrute y protección de la *vida familiar* en los mismos términos que prevé el art. 8 del Convenio y entiende el TEDH; y que a algún efecto el Tribunal Constitucional ha contemplado los derechos fundamentales con criterio de *numerus clausus*, así como el limitado alcance del art. 10 CE a la hora de configurar efectivos derechos (cfr. STC 36/1991, de 14 febrero). Pero es evidente también que la mayor parte de las manifestaciones de esa *vida familiar* así protegida, si no todas, y, desde luego, en lo que concierne al menor y sus relaciones personales y jurídicas con sus progenitores, se hallan incluidas (constitucionalizadas?) en el art. 39.3-4 CE (cuya ubicación en la Constitución no se me oculta), en relación con el 10.2 y concordantes. Recuérdese, por lo demás, la calificación del derecho de visita como “derecho de la personalidad” que doctrina y jurisprudencia le atribuyen, a que me referí (apart. II.1.1).

No puede olvidarse, finalmente, que nuestro ordenamiento jurídico ha asumido el sistema de valores y principios a que responde el Convenio, como muestra la muy frecuente cita por el Tribunal Constitucional (y otros tribunales) de sentencias del TEDH (49); hay comunidad de principios entre uno y otro y de valoración de normas, con un común denominador subyacente (los principios fundamentales que los informan).

Ese y otros datos que veremos –la posibilidad de acceso al Tribunal Constitucional de la ejecución de sentencias del TEDH condenatorias por la insuficiente protección de derechos humanos– permiten hablar (como sugieren voces más autorizadas que la mía) de una indirecta “constitucionalización” del derecho a la *vida familiar* a que se refiere y protege el art. 8 del Convenio.

2. Valor y alcance de las sentencias condenatorias del TEDH

Sin perjuicio y al lado del valor moral en el ámbito internacional de una condena de este Tribunal, sus sentencias tienen, en general, un valor jurídico superior al que se suele decir (pues se abusa de la mención

(49) Cfr. DELGADO BARRIO, “Proyección de las decisiones del TEDH en la jurisprudencia española”, citado por A. L. ORTIZ GONZÁLEZ, “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Efectos en nuestro ordenamiento”, en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos de su 50 aniversario* (dir. M. Bolado y A. García Regueiro), Barcelona, 1998, p. 530.

indiscriminada de su naturaleza declarativa, no ejecutoria). Porque esas resoluciones tienen, desde luego, *carácter obligatorio*, en virtud del art. 46.1 del Convenio (los Estados se comprometen a acatar las dictadas en procedimientos en que sean parte), que se manifiesta en un doble efecto: en tanto que cosa juzgada respecto del Estado demandado, y en el llamado efecto de “cosa interpretada”, con alcance general (respecto de todos los Estados-Parte), dada la competencia del Tribunal para interpretar el Convenio. Mas el TEDH no constituye un órgano jurisdiccional ordinario, ya que no lo es de apelación ni casación ni revisión de las resoluciones judiciales de los tribunales estatales. “Su competencia –dice CARRILLO SALCEDO (50)– se extiende únicamente a la interpretación y aplicación del Convenio en un caso dado a fin de determinar si el Estado demandado ha incumplido o no sus obligaciones y, en consecuencia, si ha incurrido o no en responsabilidad internacional”. Para el caso de que no sea posible una reparación efectiva de la violación que aprecie el Tribunal, prevé el art. 41 del Convenio que acuerde aquél una indemnización compensatoria para la parte lesionada en sus derechos (lo que llama “satisfacción equitativa”). Por otro lado, la condena es del Estado incumplidor (porque es él el que ha asumido las obligaciones derivadas del Convenio), no del tribunal o autoridad administrativa infractora *in concreto*.

Hay acuerdo entre los especialistas, y lo ha dicho el propio Tribunal (caso *Marckx vs. Bélgica*, § 58), que las sentencias de éste tienen, efectivamente, naturaleza declarativa, no ejecutoria (51). Mas, como consecuencia del carácter obligatorio de las mismas, los Estados están obligados a ejecutarlas en los términos enérgicos que ha subrayado el Tribunal Europeo en la S. de 5 marzo 1998 (*caso Owoth vs. Reino Unido*) (52). Sin embargo, los efectos y la ejecución de las sentencias queda remitida al Derecho interno de los Estados-Parte; regulación que han llevado a cabo algunos Estados, pero no otros (entre éstos, el español) (53). Y es

(50) *Op. cit.*, p. 64.

(51) Dijo en esa ocasión el TEDH que “la sentencia del Tribunal es esencialmente declarativa y deja al Estado la decisión de los medios que utilizar en su Derecho interno para adaptarse a lo que [aquella] impone” (§ 58).

(52) “El Tribunal recuerda –dice– que una sentencia que verifica una violación implica para el Estado demandado la obligación jurídica, frente al Convenio, de interrumpir la violación y borrar las consecuencias de manera que se restablezca en la medida de lo posible la situación anterior a ésta”.

(53) El Comité de Ministros del Consejo de Europa ejercía funciones de supervisión sobre la forma en que el Estado condenado ejecuta la sentencia, hasta el Protocolo 11 (ratificado por España, 1996), que mantiene el modelo tradicional de sentencia declarativa no ejecutoria, cuya ejecución deja al criterio del Estado condenado.

por ahí por donde vienen los principales problemas por lo que aquí concierne, y cierta contradicción: las sentencias son obligatorias, queda a discreción del cada Estado el regular su ejecución, pero hay Estados como el nuestro que no lo regulan.

3. Dificil ejecución de las sentencias condenatorias del TEDH en el ordenamiento español. Posible intervención del Tribunal Constitucional

La carencia de normas de Derecho interno relativas a la ejecución en España de las sentencias condenatorias y las dificultades apuntadas no significa que éstas carezcan de efectos jurídicos en nuestro ordenamiento.

El problema se ha presentado ya en alguna ocasión en nuestro país. El más conocido es el *caso Barberà, Messegué y Jabardo* (también llamado *caso Bultó*) en el que había sido condenado el Estado español por el TEDH (S. de 6 octubre 1988), por violación del art. 6 del Convenio –porque el proceso seguido contra ellos ante los tribunales españoles (Audiencia Nacional, Tribunal Supremo), decía, “considerado en su conjunto, no ha respondido a las exigencias de un proceso público y justo”–. La firmeza de las sentencias de los tribunales españoles dificultaba la ejecución. Los Sres. Barberà y demás solicitaron ante la Audiencia Nacional la declaración de nulidad de la sentencia que les había condenado; ese tribunal, dejando en suspenso la pena privativa de libertad, se inhibió ante el Tribunal Supremo, que había conocido del mismo asunto, y éste, a falta de norma relativa a la ejecución de la sentencia del Tribunal europeo, acordó (S. de 4 abril 1990) no dar lugar a la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

En vista de ello, los afectados recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando que la sentencia del TS denegando la nulidad pretendida, tras la sentencia del TEDH condenatoria del Estado español, comportaba la negación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. El Tribunal Constitucional, en S. 245/1991, de 16 diciembre 1991, admitió la demanda de amparo y declaró la nulidad de las sentencias condenatorias de la Audiencia Nacional (de 1982) y del Tribunal Supremo (1989); argumentaba, sustancialmente, que el Tribunal europeo es órgano cualificado para la interpretación del Convenio y que sus decisiones son obligatorias y vinculantes para España, y que aquél había constatado la violación del art. 6.1 del Convenio en un proceso que condenó a los demandantes a privación de libertad que no les fue impues-

ta en un juicio público y justo (54). En la misma sentencia instaba el TC a los poderes públicos a establecer los cauces procesales adecuados para ejecutar las sentencias del TEDH (porque la coordinación entre la obligación internacional asumida y nuestro sistema constitucional debería venir acompañada de medidas procesales adecuadas: FJ 5º) (55).

Hay que reconocer que ese procedimiento (recurso de amparo) no siempre se ha mostrado viable y útil, y ha tenido críticos (56) –ya hubo un valioso voto disidente de la propia S. 245/1991 (57)–. El mismo Tribunal Constitucional lo ha desestimado para la ejecución en España de la S. TEDH de 23 junio 1993 (*caso Ruiz Mateos vs. España*), que había declarado la violación del art 6.1 del Convenio, al declarar inadmisibles los dos recursos de amparo presentados por la familia Ruiz Mateos, basándose en que dicho Alto Tribunal está sólo sometido a la Constitución y a lo dispuesto en su Ley Orgánica, con independencia del mandato de interpretación que deriva del art. 10.2 CE (58).

(54) Dice, entre otras cosas, esa sentencia: “[...] Que el Convenio no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico interno la fuerza ejecutoria directa de las sentencias del TEDH no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido por el Convenio. Ha de tenerse en cuenta que el Convenio no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96 CE, sino que además las normas relativas a los derechos fundamentales deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España (art. 10.2 CE), entre los que ocupa un especial papel el Convenio EDH. El es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado” (FJ 3º). Añade que la S. TS. 4 abril 1990, impugnada, no era en modo alguno irrazonable o arbitraria, pero produjo un resultado jurídico que objetivamente suponía “la consolidación en vía judicial de la situación de infracción del derecho a un proceso público con todas las garantías, al no existir en el ordenamiento jurídico español medidas para poder corregir o reparar satisfactoriamente la violación declarada por el TEDH” (FJ 4º).

(55) Véase sobre esa sentencia y sus problemas, CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, pp. 65 ss.; C. RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid (Tecnos), 1997, pp. 138 ss.; A. L. ORTIZ GONZÁLEZ, “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Efectos en nuestro ordenamiento”, *loc. cit.*, pp. 529 ss.; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó”, *Rev. Instituciones Europeas*, 1992-1, pp. 139 ss.

(56) Cfr. RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, pp. 138 ss. (y opiniones ajenas que cita).

(57) Se trata del voto disidente del magistrado Gimeno Sendra, que dijo, entre otras cosas, que la Constitución “tan sólo consagra la necesidad de que los derechos fundamentales se interpreten de conformidad con el Convenio EDH y, por ende, con la doctrina del TEDH (art. 10.2)”; añadía luego que “las normas constitucionales poseen un rango jerárquico superior al las del Convenio”.

(58) Añade el TC en esa sentencia que del Convenio no se desprende, en modo alguno, “que el Tribunal Constitucional sea una instancia subordinada al Tribunal Europeo

¿Qué otra solución sería posible en nuestro sistema jurídico, dadas las objeciones hechas y dificultades encontradas (por cierta doctrina y el propio Tribunal Constitucional) a la solución de la STC 245/1991, vía recurso de amparo?

Como he apuntado, varias respuestas ha habido entre los países-partes del Convenio, en vista de la obligatoriedad de las sentencias del Tribunal (art. 46.1 Convenio). Algunos (pocos) Estados han introducido soluciones legales *ad hoc* nuevas en sus ordenamientos (Luxemburgo, Noruega, Malta); otros, sin normativa específica, han optado por recurrir al procedimiento de revisión de sentencias firmes, considerando que las del TEDH son “hechos nuevos” que permiten tal revisión (Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Turquía); y otros hay que carecen de normas nuevas ni cabe la revisión en su ordenamiento: entre ellos (junto a Alemania, Reino Unido, Irlanda, Italia, Holanda, Portugal, Suiza y algún otro) el nuestro. Y digo esto porque para la mayor parte de la doctrina el procedimiento de revisión resulta inviable (en el marco de la LEC'1881, antes, como para la actual LEC), dado lo taxativo de los casos y hechos que pueden dar lugar a él. La solución vía incidente de nulidad de los actos judiciales (arts. 238 y ss. LOPJ) no presenta mejores perspectivas (59).

4. Posibilidad de ejecución de las sentencias del TEDH (perspectivas de lege data y de lege ferenda)

Viniendo ya a nuestro caso: en vista de estas dificultades ¿qué ocurriría en nuestro sistema jurídico si, tras la condena del Estado español, una persona legitimada (un padre, un abuelo, quizá el propio menor por medio de su representante legal o defensor judicial) pretendiera la ejecución de la sentencia del Tribunal europeo, enfrentada a una resolución judicial firme de tribunal español que denegó un derecho de visita o no facilitó la efectividad de las relaciones personales?

El ejemplo del *caso Barberà y otros*, vistas las críticas y objeciones aludidas, y el comentario y consideraciones hechas al respecto, ponen de manifiesto algunas de las dificultades apuntadas en relación con la

de Derechos Humanos y obligada, por tanto, a dar cumplimiento a sus sentencias en el orden interno”.

(59) Esos y otros datos provienen de RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 531, donde pueden encontrarse otras referencias.

efectividad de los derechos humanos que una sentencia del Tribunal Europeo declare violados; en nuestro caso, del derecho de visita y relaciones personales reconocido en una resolución judicial (e incumplida ésta).

Tras esta cuestión aparece el problema de la oposición entre seguridad jurídica y justicia material, entre lo (estrictamente) legal y lo (legalmente) justo. Aquí puede concretarse en si hay o no medios procesales hábiles para hacer valer y cumplir, frente a una resolución estatal que devino cosa juzgada, una decisión que, de acuerdo con nuestro propio ordenamiento (que ha hecho ley suya el Convenio de Derechos Humanos y sus consecuencias), dice que hubo violación de derechos materiales y que la situación consagrada por la resolución judicial estatal es notoriamente injusta (opuesta a derechos y altos valores informantes de nuestro sistema jurídico) (60).

En tal caso y enfrentamiento mi opción es (me parece) clara: debe triunfar lo sustantivo frente a lo procesal, el Derecho y la justicia material frente al obstáculo estrictamente formal; porque –pienso– la función del procedimiento y de las normas procesales es eminentemente instrumental (medio para un fin), garantía de los derechos materiales y su correcta protección y disfrute, no más. Para resolver ese conflicto, *de lege data*, aprovéchese la elasticidad de las normas, estírense hasta donde sea posible (sin romperlas): la adecuación al caso concreto de la regla general y abstracta que es la norma jurídica, su interpretación y aplicación en una situación determinada, puede dar bastante de sí, sabiamente manejadas.

El problema práctico (no menos grave) reside en encontrar hasta dónde llega el límite de la intangibilidad de la cosa juzgada –que no es absoluta (61)–, y ver la forma de superarlo. En nuestro caso esa cuestión se complica con la del alcance real de la obligatoriedad de una sentencia del TEDH para el Estado que ha asumido el deber de cumplirla, y si nuestros tribunales se hallan sometidos sólo a las leyes internas (que

(60) He ahí un clásico enfrentamiento entre lo material y lo formal en el plano jurídico, entre justicia y legalidad: es decir, en este caso, entre la constatación de la violación de esos derechos y valores (ético)-jurídicos y la santidad de la cosa juzgada.

(61) No es absoluta, en efecto, y varios remedios ha encontrado el legislador para superarla. Además del mal llamado “recurso de revisión”, algunas normas transitorias han permitido el ejercicio de ciertas acciones en contra de lo decidido en anterior sentencia firme: así, a título de ejemplo, la disp. transit. 6ª de la ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre acciones de filiación; en términos muy semejantes, al transitoria 3ª.3 del catalán Código de Familia (y antes, la 3ª de la ley de filiación de 1991).

comprenden también el Convenio de Derechos Humanos) y el Tribunal Constitucional sólo a la Constitución y su Ley Orgánica (como dijo la S. 23 junio 1993).

Ante ese *impasse* y situación contradictoria que no puede quedar en una simple y aséptica colisión de normas, hay que encontrar respuestas eficaces que no se queden en puro normativismo, casi mero nominalismo. Parece, pues, evidente la necesidad de abordar la cuestión con soluciones legales nuevas que coordinen los varios intereses y valores en juego con el menor detrimento posible. La solución mejor en nuestro caso –opinión mayoritaria– sería *de lege ferenda* la de incluir la condena del TEDH como un nuevo caso y causa de revisión de resoluciones judiciales firmes, modificando en lo menester los arts. 510 y ss. LEC.

¿Qué hacer mientras tanto?; ¿solución *hic et nunc*?

En relación con la situación antes planteada (grave incumplimiento de un régimen de visitas), pienso que en caso de recaer una sentencia del TEDH condenatoria del Estado español debería hacerse un esfuerzo (que creo posible, fructífero) de interpretación y aplicación de las normas vigentes poniendo el acento en el criterio teleológico con objeto de encontrar una salida legal adecuada al caso (y la variedad de éstos puede permitir encontrarla en alguna ocasión). No obstante su dificultad legal, que no cabe ignorar, podría pensarse en el ya aludido incidente de nulidad (arts. 238 y ss. LOPJ), y, con otra perspectiva, intentar la revisión de la resolución judicial firme de tribunales españoles, aunque el actual art. 510 LEC no es demasiado propicio para ello, en vista de su enunciado y de la concepción que hoy tiene de la “revisión de sentencias firmes” nuestra Ley procesal (62). En su defecto, o mientras esta última ley no sea modificada a tal fin y el ordenamiento jurídico español no se abra y provea, por el cauce que sea (como reclamaba el Tribunal Constitucional), a dar solución al problema antes planteado, pienso que un camino hábil, indirecto, podría ser el recurrir en vía de amparo ante el TC basándose en el art. 24.1 CE, por no haber garantizado nuestros tribunales y ordenamiento positivo el derecho a la tutela judicial efectiva de un derecho e interés legítimo (el de relaciones personales entre padres e hijo, abuelos y nieto, entre hermanos), legitimidad que avalan el Convenio Europeo y el Tribunal Europeo.

(62) Cfr. ORTIZ GONZÁLEZ, “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Efectos en nuestro ordenamiento”, *loc. cit.*, pp. 532-533, con referencias a la viabilidad de esas soluciones.

VII. CONCLUSIÓN

La más importante conclusión que cabe sacar de las sentencias del TEDH comentadas, y de su amplia jurisprudencia a este respecto, es que el derecho de visita y de relaciones personales entre personas unidas por vínculos familiares próximos (padres/hijo, abuelos/nieto, entre hermanos) es un importante derecho que, si se resiste a una fácil calificación en estrictos términos legales, es evidente que participa de altos valores ético-sociales y jurídicos y atiende a muy importantes intereses personales, familiares, que lo emparentan directamente con los derechos humanos y constitucionales en nuestro ordenamiento, que ha hecho propio el sistema de valores y principios del Convenio Europeo de Derechos Humanos, suscrito y ratificado por España.

En ese contexto normativo, nuestro ordenamiento y nuestros tribunales tienen que garantizar el efectivo disfrute de aquel derecho y el cumplimiento de lo acordado por una resolución judicial que lo determine *in concreto* (obligación constitucional, por otro lado: art 118 CE), al menos mientras otra resolución judicial no lo modifique o suspenda, atendidas las circunstancias del caso. Para hacer efectivo ese cumplimiento deben emplear nuestros tribunales todos los medios legales *ad hoc*, incluso los coercitivos (de varios tipos, no siempre *manu militari*, que tampoco cabe desestimar en absoluto) atendiendo al principio de proporcionalidad (en el que ha insistido el Tribunal Europeo), particularmente vigente y necesario en este ámbito, presidido por el principio del interés del menor. De no ser así, nuestro país, como otros, corre un riesgo creciente de ser condenado por el TEDH por violación del art. 8 y eventualmente el 6.1 del Convenio; condena que obliga al Estado infractor a poner fin a la violación mencionada y a cumplir lo acordado en la sentencia condenatoria, con especial diligencia y rigor dada la naturaleza de los derechos violados, a tan alto nivel jurídico y metajurídico (con dimensión constitucional, creo).

La inexistencia en nuestro ordenamiento de normas explícitas que habiliten directamente para la ejecución de una sentencia condenatoria del Tribunal Europeo, por razones de estricta legalidad procesal más que de orden jurídico material, obligan a una cuidada función de interpretación y aplicación del actual Derecho interno que permita superar la intangibilidad de la cosa juzgada (resoluciones firmes de tribunales nacionales). En algún caso se podrá apelar al recurso de amparo por infracción del art. 24.1 CE (por defecto de tutela judicial efectiva de un interés legítimo), pues difícilmente cabría invocar otra al no estar tipificado en nuestra Carta Magna como fundamental el derecho a la *vida fa-*

miliar. Ante la evidente dificultad de solución legal por ese conducto en la mayor parte de los casos, hay que reclamar con vehemencia a nuestro legislador la introducción de un mecanismo jurídico hábil para la ejecución en España de las sentencias condenatorias que puedan llegar por mor de la obligatoriedad de las mismas para nuestro Estado. La modificación del procedimiento de revisión, introduciendo como caso y causa nueva la sentencia condenatoria de referencia, se presenta como la mejor solución en Derecho constituido.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA CANTERO, G. (2004), *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Madrid (Civitas).

BOTANA GARCÍA, "Derecho de visita de los abuelos", *Actualidad Civil*, nº 5 (marzo 2004), pp. 548 y ss.

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

CÓRDOBA RODA y GARCIA ARÁN (dir.) (2004): *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Madrid-Barcelona (Marcial Pons), t. II.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (1992): "Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó", *Rev. Instituciones Europeas*, 1992-1, pp. 139 ss.

LIÑÁN NOGUERAS, D. (1985). "Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español", *Rev. Esp. D. Intern.*, 1985-2, p. 365.

LÓPEZ AGUILAR, F. (1991): *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid.

MUÑOZ CONDE, F. (2004): *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia (Tirant lo Blanch).

ORTIZ GONZÁLEZ, A.L. (1998): "Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Efectos en nuestro ordenamiento", en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos de su 50 aniversario* (dir. M. Bolado y A. García Regueiro), Barcelona, pp. 525 ss.

PRATS CANUT, J.M. (2003): *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal* (dir. Quintero Olivares), Madrid (Thomson-Aranzadi).

RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1997): *El derecho de visita*, Barcelona, J.M. Bosch

RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2005): "Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas", *Nous reptes del Dret de família (Materials de les XIII Jornades de Dret Català a Tossa, setembre 2004)*, Girona, pp. 275 ss.

RUIZ MIGUEL, C. (1997): *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid (Tecnos), pp. 138 ss.

SALANOVA VILLANUEVA, M. (1995): "Aproximación al derecho de visita", *AC*, 495 ss.

SALANOVA VILLANUEVA, M. (1996): "Notas al derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos (A propósito de la S. Sala 1ª TS de 7 abril 1994)", *ADC*, pp. 943 ss.;

SALANOVA VILLANUEVA, M. (2003): "Tutela y protección de los menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Aranza-di civil*, 2003-I, pp. 1945 y ss.