

# **Intervención pública en la protección de los menores y respecto a la vida en familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo**

**Autora:** Isabel E. Lázaro González

Directora de la Cátedra Santander de Derecho y Menores  
Universidad Pontificia Comillas

## **Resumen**

La intervención de la Administración Pública en la vida de las familias con la finalidad de proteger a los menores puede perjudicar el derecho al respeto de la vida familiar. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos permiten dotar a este derecho de un significado preciso. Se examinan en las páginas que siguen los vínculos familiares protegidos, el juego del interés superior del menor, las obligaciones positivas y negativas para el Estado que genera el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, cuestiones sobre el proceso de decisión y la incidencia del transcurso del tiempo en las relaciones familiares y en la duración de las medidas.

*Palabras clave:* Derechos humanos, desamparo, familia, interés superior del menor, menores, respeto a la vida familiar, sistema de protección de menores.

## I. Introducción

Indudablemente en las decisiones que toman las autoridades públicas en la adopción de medidas de protección de los menores se ve comprometida la vida familiar. En nuestro ordenamiento jurídico, desde la reforma de 1983, en la que ha profundizado la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996, se ha dotado a la Administración de un poder de intervención en las familias que no tiene posiblemente parangón en otros campos del Derecho. Este poder permite incluso separar a los hijos de sus padres y, por tanto, quebrar la vida familiar. Al hablar de protección de menores resulta inevitable “hacer alusión a la cuestión del cómo y el porqué se realiza la intromisión de ese ámbito tan íntimo y privado por parte de los poderes públicos”<sup>1</sup>.

Muchas son las cuestiones que podrían traerse a la reflexión a propósito del difícil equilibrio de derechos que un sistema de protección de menores adecuado para un Estado social y democrático de Derecho debe alcanzar.

El momento no sólo puede calificarse de oportuno para una reflexión; puede añadirse que ésta viene exigida por la voluntad política expresada de reformar la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Entre los distintos enfoques que se podían adoptar, me resultaba atractivo afrontar un estudio de jurisprudencia. Siempre que he buscado jurisprudencia en una parcela del Derecho, la he ordenado sistemáticamente y he procurado desmenuzar su contenido, la tarea me ha resultado especialmente enriquecedora, me ha parecido que me acercaba a la realidad de los problemas a la vez que me obligaba a tomar posición crítica respecto a lo decidido por el tribunal. El resultado de esta tarea es el que se refleja en las páginas que siguen y que para quien las escribe constituye un preciado material para conocer las dimensiones del derecho a la vida familiar puesto en relación con la intervención de la Administración respecto a los menores. Siendo mi objetivo el que acabo de señalar, que no se extrañe el lector de la ausencia de citas bibliográficas que permitan valorar un conocimiento erudito.

Dentro de la jurisprudencia, las especiales características del Convenio Europeo de Derechos Humanos hacían de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo un material atractivo. En tanto que tratado de protección de derechos humanos y libertades fundamentales la Constitución española le ha otorgado un papel relevante<sup>2</sup>. Existe, según he podido comprobar, una abundante jurisprudencia del Tribunal sobre el artículo 8 del Convenio en torno a aspectos diversos del respeto a la vida familiar. Algunas de las sentencias afrontan el tema que nos ocupa –la intervención pública en la protección de los menores y el respeto a la vida familiar– y permiten extraer criterios para un sistema de protección de menores respetuoso con la vida familiar, lo que puede aportar luz a nuestra reflexión.

<sup>1</sup> Moreno-Torres Sánchez, J. *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*. Aranzadi, 2009, p. 102.

<sup>2</sup> Un doble papel si se tiene en cuenta lo establecido por el art. 10.2, por una parte, y la previsión del 96 del texto constitucional, por otra.

A la hora de presentar las aportaciones del Tribunal de Estrasburgo he distinguido en los distintos epígrafes los temas más relevantes que aparecieron en las sentencias como los vínculos familiares que merecen protección o el principio del interés del menor como principio rector de las decisiones. Un lugar central ocupan las obligaciones que genera el artículo 8: la obligación negativa de no injerir en la vida familiar, la obligación positiva de intervenir, las alternativas a la separación de los padres y la obligación del Estado de hacer posible la vida familiar. He tratado también algunas cuestiones en relación con el proceso de decisión de las autoridades estatales como el margen de discrecionalidad de dichas autoridades, el papel de los padres en el proceso de decisión y la relevancia de la opinión del menor. No he querido dejar sin mencionar, aunque fuera brevemente, el significado del tiempo en los procesos de decisión y sus efectos en el menor y en las relaciones familiares.

El punto de partida de la protección del derecho al respeto a la vida privada y familiar es el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo texto reproducimos a continuación para tener presente en la lectura de las páginas que siguen:

- “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”.

En numerosas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido llamado a pronunciarse sobre el mencionado artículo. Los contenidos que exponemos a continuación tienen su base en un conjunto de sentencias de este Tribunal que hemos examinado<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Entre las sentencias estudiadas, las que se citan a continuación han constituido la base de este trabajo: Caso Marckx c. Bélgica (13.6.1979); Caso B. c. Reino Unido (8.7.1987); Caso R. c. Reino Unido (8.7.1987); Caso W. c. Reino Unido (8.7.1987); Caso Olsson c. Suecia (I) (24.3.1988); Caso Margareta y Roger Andersson c. Suecia (25.2.1992); Caso Olsson c. Suecia (II) (27.11.1992); Caso Keegan c. Irlanda (26.5.1994); Caso McMichael c. Reino Unido (24.2.1995); Caso Gül c. Suiza (19.2.1996); Caso Johansen c. Noruega (7.8.1996); Caso Stubbings y otros c. Reino Unido (22.10.1996); Caso Bronda c. Italia (9.6.1998); Caso Söderbäck c. Suecia (28.10.1998); Caso Buscemi c. Italia (16.9.1999); Caso E. P. c. Italia (16.11.1999); Caso Ignaccolo-Zenide c. Rumania (25.1.2000); Caso Ciliz c. Países Bajos (11.7.2000); Caso Elsholz c. Alemania (13.7.2000); Caso Gnahoré c. Francia (17.1.2001); Caso T. P. y K. M. c. Reino Unido (10.5.2001); Caso Z y otros c. Reino Unido (10.5.2001); Caso K. y T. c. Finlandia (12.7.2001); Caso Kutzner c. Alemania (10.7.2002); Caso Hoppe c. Alemania (5.12.2002); Case Venema c. Países Bajos (17.3.2003); Caso K. A. c. Finlandia (14.4.2003); Caso Marie c. Portugal (26.9.2003); Caso Görgülü c. Alemania (26.5.2004); Caso Couillard Maugery c. Francia (1.7.2004); Caso Pini y Bertani y Manera y Atripaldi c. Rumania (22.9.2004); Caso Siliadin c. Francia (26.10.2005); Caso

## II. ¿Qué vínculos familiares merecen protección?

De la lectura del texto del artículo 8 del Convenio no cabe extraer una definición de familia cuya vida familiar proteja el Convenio. No contempla el Convenio una noción de familia y, por ello, ha correspondido al Tribunal en su jurisprudencia aclarar qué familia se beneficia de la protección, qué vida familiar se protege.

Estamos de acuerdo con Santolaya Machetti en que puede ser considerada vida familiar protegida por el Convenio cualquier convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes<sup>4</sup>. La existencia o ausencia de vida familiar es una cuestión de hecho que depende de que en la realidad existan unos vínculos personales estrechos. Es preciso que el conjunto de las personas a que viene referida la familia conviva con la finalidad de desarrollar una vida familiar. Reiteradamente el Tribunal ha subrayado que la noción de “vida familiar” en el artículo 8 de la Convención no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos “familiares” *de facto*, entre sujetos que viven juntos fuera del matrimonio. Un niño nacido de una tal relación es *ipso jure* parte de la unidad familiar desde momento del nacimiento y por el mero hecho de haber nacido. En el caso Keegan c. Irlanda, el Tribunal maneja un concepto amplio de familia, que no se reduce a las relaciones basadas en el matrimonio sino que reconoce los vínculos *de facto* nacidos de la cohabitación fuera del matrimonio.

Sin embargo, el parentesco biológico entre un padre natural y un niño, solo, sin ningún elemento más, jurídico o de hecho, que indique la existencia de una relación personal estrecha, puede resultar insuficiente para merecer la protección del artículo 8. Como regla general, la cohabitación es un requisito para que la relación se entienda como vida familiar. Excepcionalmente, otros factores también pueden servir para demostrar que una relación tiene consistencia suficiente para crear *de facto* “lazos de familia”.

Esta cuestión se plantea en el caso Gül c. Suiza. El Tribunal comienza determinando si puede hablarse, en el supuesto que da lugar a esta sentencia, de una “vida familiar” en el sentido del artículo 8 del Convenio. El Gobierno suizo argumenta en contra que el demandante había abandonado Turquía cuando su hijo tenía 3 meses de vida y no había tenido nunca, por tanto, la oportunidad de construir una vida

---

Bove c. Italia (30.11.2005); Caso Bianchi c. Suiza (22.9.2006); Caso Wallová y Walla c. República Checa (26.10.2006); Caso Roda y Bonafatti c. Italia (21.11.2006); Caso Moser c. Austria (21.12.2006); Caso Mausemoussau y Washington c. Francia (6.12.2007); Caso R. K. y A. K. c. Reino Unido (30.9.2008); Caso Saviny c. Ucrania (18.3.2009); Caso Vautier c. Francia (26.11.2009); Caso Costreie c. Rumania (1.3.2010); Caso Zau-negger c. Alemania (3.3.2010); Caso A. D. y O. D. c. Reino Unido (16.3.2010); Caso Neulinger y Shuruk c. Suiza (6.7.2010); Caso Kurochkin c. Ucrania (20.8.2010); Caso Gineitien c. Lituania (27.10.2010); Caso Aune c. Noruega (28.10.2010); Caso Anayo c. Alemania (21.3.2011).

<sup>4</sup> Santolaya Machetti, P. “Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad”, en García Roca, J. y Santolaya Machetti, P. (coords.) *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2005, p. 494.

familiar con él en su país de origen. El entorno familiar del niño se habría desarrollado en Turquía, en un primer momento con su madre y después con la familia de su hermano mayor. Igualmente, el hecho de que la hija pequeña hubiese permanecido internada en un centro de protección demostraría la incapacidad del matrimonio Gül para asumir sus responsabilidades familiares. Recuerda el Tribunal que un hijo nacido de la unión marital forma parte *ipso jure* de esa relación familiar; en consecuencia, desde el momento del nacimiento del niño y precisamente por ese mismo hecho, surge entre él y sus padres un vínculo que constituye “vida familiar” y los acontecimientos posteriores sólo pueden romper ese nexo en circunstancias excepcionales. En el caso, el señor Gül no había dejado de reclamar ante la justicia para lograr que su hijo pudiera reunirse con él en Suiza. Además, a pesar de la distancia que los separaba, el demandante había viajado a Turquía para encontrarse con el niño. El Tribunal estima, en consecuencia, que puede hablarse de “vida familiar” en este supuesto.

También el Tribunal ha considerado que excepcionalmente existe vida familiar, protegida por el artículo 8, en los casos en que no fuera atribuible al solicitante de protección el hecho de que la vida familiar no estuviera aún plenamente establecida. En particular, la vida familiar se debe extender a la posible relación que se puede desarrollar entre un hijo nacido fuera del matrimonio y el padre natural. Son factores que pueden determinar la existencia real de lazos personales en estos casos la naturaleza de la relación entre los padres naturales y el interés y el compromiso del padre por el hijo, tanto antes como después del nacimiento, siempre que ese interés pueda ser probado. En este sentido, se pronunció el Tribunal en el caso *Anayo c. Alemania*, el supuesto se refería a un nigeriano, padre biológico de dos gemelos a quien la madre y el marido de ésta, padre legal de los niños, habían impedido el contacto con sus hijos. El padre biológico nunca había convivido con la madre pero había mantenido con ella una relación estable durante dos años y la paternidad, que debía resultar evidente, no fue discutida en ningún momento.

También se ha cuestionado ante el Tribunal la existencia de vida familiar en un interesante supuesto de adopción internacional en el Caso *Pini y Bertani y Manera y Atripaldi c. Rumania*. Los adoptantes apoyaban la aplicación del artículo 8 del Convenio al caso sobre la base de la legalidad de la adopción que se había constituido y de los contactos habidos con sus respectivas hijas. El Gobierno rumano estaba en desacuerdo, por razones relacionadas principalmente con la ausencia de relaciones familiares *de facto* entre los padres adoptivos y los niños. Es cierto que, al garantizar el derecho al respeto de la vida familiar, el artículo 8 presupone la existencia de una familia, un requisito que no se han cumplido en este caso, los adoptantes no vivían aún con sus respectivas hijas adoptadas ni tenían vínculos *de facto* suficientes con ellas, anteriores o posteriores a la constitución de la adopción. Sin embargo, esto no significa, en opinión del Tribunal, que toda la vida familiar prevista quede totalmente fuera del ámbito del artículo 8. A este respecto, el Tribunal ha estableci-

do ya en otras ocasiones que también puede extenderse la aplicación del artículo a la posible relación entre un hijo nacido fuera del matrimonio y su padre natural, o se aplica a la relación que surge de un matrimonio legítimo y auténtico, incluso cuando la vida familiar no se haya establecido aún plenamente. En el caso, a pesar de la ausencia de convivencia y de vínculos *de facto* suficientemente estrechos entre los adoptantes y sus hijas adoptivas respectivas antes y después de la constitución de la adopción, el hecho no es imputable a los propios adoptantes: aunque ellos eligieron a las menores a través de una simple foto sin tener contacto real con ellas para preparar la adopción, actuando de este modo no han hecho sino seguir el procedimiento establecido en el Estado demandado. Las pruebas practicadas ante el Tribunal demuestran que los adoptantes siempre se veían a sí mismos como los padres de las niñas y como tales se comportaban con ellas a través de los medios que tenían a su alcance, como por ejemplo mediante el envío de cartas escritas en rumano. A la luz de todo esto, el Tribunal considera que esa relación, derivada de una adopción legítima y genuina, puede considerarse suficiente para merecer el respeto que se debe a la vida familiar en virtud del artículo 8 de la Convención, que resulta aplicable en consecuencia.

En el caso *Söderbäck c. Suecia* también se entra a valorar los vínculos familiares en un caso de adopción. Esta vez se trataba de calibrar si la ruptura de los vínculos de una niña con su padre biológico a causa de la adopción respetaba el derecho a la vida familiar. La adopción tenía el efecto de privar por completo al padre de la vida familiar con su hija (no la ruptura de los vínculos entre una madre y un hijo). Se consideran los vínculos entre un padre y una hija que había estado al cuidado de su madre desde que nació. El padre no había tenido la custodia ni por ningún cauce había ejercido la guarda de hecho. Durante el período de referencia, los contactos entre el padre y la niña fueron poco frecuentes y de carácter limitado y cuando se constituye la adopción hacía bastante tiempo que no la había visto. Además, la niña había estado viviendo con su madre desde su nacimiento y con su padre adoptivo desde que tenía ocho meses de edad; el padre adoptivo había participado en su cuidado y ella le consideraba como su padre. Así, cuando el Tribunal de Distrito aprobó la adopción en diciembre de 1989, existían unos fuertes lazos familiares *de facto*. El Tribunal Europeo recuerda también, en el caso *Kurochkin c. Ucrania*, que las relaciones entre un padre adoptivo y un niño adoptado poseen como regla general la misma naturaleza que otras relaciones familiares protegidas por el artículo 8 de la Convención y esa relación, derivada de una adopción legítima y genuina, puede considerarse suficiente para merecer el respeto a la vida familiar.

Además de las relaciones con los padres, biológicos o adoptivos, quedan comprendidas en la vida familiar otras relaciones. La protección del artículo 8 alcanza también a las relaciones entre el niño y sus abuelos con los que ha convivido durante un tiempo, vínculos sobre los que se pronuncia el Tribunal en el caso *Bronda c. Italia*.

### III. El principio del interés del menor como principio rector de las decisiones

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos observa en el caso *Maumousseau y Washington c. Francia* que, desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ha sido primordial el interés superior del menor en todas las decisiones relativas a la protección de la infancia así como en las decisiones que se adoptan en el entorno familiar. Esta consideración primordial, según el Tribunal, puede atender a una serie de aspectos. En materia de custodia de los hijos el interés superior del menor lleva a garantizar que el niño se desarrolle en un ambiente sano sin que ningún progenitor pueda adoptar medidas que perjudiquen a su salud y desarrollo.

Es el interés del niño, se insiste en el caso *Gnahoré c. Francia*, el que impulsa al mantenimiento de los vínculos familiares, excepto en casos en que la familia haya demostrado ser particularmente inadecuada, supuestos en que los lazos deben cortarse de raíz. De ello se desprende que el interés del niño obliga a que los lazos familiares sólo puedan romperse en circunstancias muy excepcionales y que hay que hacer todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procediera, “reconstruir” la familia. Vuelve a repetirse este razonamiento del Tribunal en un caso de sustracción internacional de un niño por su madre, el caso *Neulinger y Shuruk c. Suiza*. El interés del niño, por un lado, hace necesario mantener los vínculos del niño con su familia, excepto en casos en que la familia ha demostrado ser particularmente inadecuada. Se deduce que los vínculos familiares sólo pueden ser rotos en circunstancias muy excepcionales y que hay que hacer todo lo posible para preservar las relaciones personales y, en caso de que procediera, “reconstruir” la familia. Por otro lado, es claramente también interés del niño que se garantice su desarrollo en un ambiente sano y un padre no puede tener derecho en virtud del artículo 8 a adoptar medidas que perjudiquen a la salud y el desarrollo del niño. El Tribunal de Estrasburgo debe garantizar que el proceso de toma de decisiones por el tribunal estatal que condujo a la adopción de las medidas impugnadas fue justo y permitió a los interesados defender sus intereses plenamente. Los niños no deben ser considerados como propiedad de los padres sino como personas con sus propios derechos y necesidades. Para ello, el Tribunal debe determinar si los tribunales estatales llevaron a cabo un examen a fondo de la situación familiar y de toda una serie de factores, en particular de los elementos fácticos, emocionales, psicológicos y de naturaleza médica y si hicieron una evaluación equilibrada y razonable de los intereses respectivos de cada persona, con la preocupación constante de determinar cuál sería la mejor solución para el niño secuestrado en el contexto de una solicitud de restitución a su país de origen. Al hacer esta evaluación de los elementos concurrentes, el Tribunal atiende especialmente al efecto que el transcurso del tiempo ha producido sobre el menor consolidando sus vínculos con un entorno que inicialmente resultaba ajeno.

La obligación positiva del Estado de facilitar la reunión de la familia y los contactos entre sus miembros, se encuentra forzosamente limitada por el interés superior del menor. Cuando los contactos con los padres parecen amenazar ese interés, las autoridades estatales deben alcanzar un justo equilibrio entre los intereses del niño y los de los padres<sup>5</sup>. Añade el Tribunal en el caso *Caso Couillard Maugery c. Francia* que la falta de cooperación del progenitor afectado no constituye un elemento determinante, en el sentido de que las autoridades no quedan eximidas de poner en marcha los medios susceptibles de permitir el mantenimiento de los vínculos familiares.

Es preciso llevar a cabo una valoración equilibrada de los intereses en presencia. En el caso *Johansen c. Noruega*, el Tribunal considera que la separación de un niño normalmente puede considerarse como una medida temporal que debe suspenderse en cuanto lo permitan de circunstancias y que las medidas de protección de cuidado temporal deben ser coherentes con el objetivo de reunir a los padres naturales y el niño. En este sentido, debe darse un equilibrio justo entre los intereses del niño sometido a la medida de protección y los de los padres de reunirse con el niño. En la realización de este ejercicio de equilibrio, el tribunal concederá importancia particular al interés superior del niño, que, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede superponerse al interés del progenitor.

En el caso *Hoppe c. Alemania*, el Tribunal considera que los tribunales estatales han examinado cuidadosamente las cuestiones del acceso al niño y el establecimiento de la autoridad parental. Han confirmado que, en principio, para un desarrollo armonioso, un niño debe tener contacto con ambos padres, en la medida en que esto es coherente con el interés superior del niño. Por lo tanto, es evidente que el máximo contacto no era un objetivo ilimitado, y que está al servicio de las exigencias del bienestar del niño. En consecuencia, los tribunales estatales encontraron que donde, como en el presente caso, exista un conflicto entre los padres, no debe tomarse en consideración otro factor salvo el interés del niño para incrementar el derecho de visita del solicitante o establecer la patria potestad conjunta. Otorgaron relevancia no sólo al hecho de que la madre se oponía a cualquier visita por el solicitante, sino también a la insistencia del solicitante en el reconocimiento de sus derechos y su desprecio por la salud psicológica del niño. Al tomar sus decisiones sobre las visitas y la patria potestad, el Tribunal de distrito se basó en informes de los expertos y en las pruebas ofrecidas por los padres cuando fueron oídos, de manera que los jueces disfrutaban de mejor posición para alcanzar un equilibrio justo entre los intereses en conflicto. Para ello es necesario que los padres hayan podido participar suficientemente en el proceso de la toma de decisiones. Ya insistiremos en este aspecto.

Cuando –en el caso *Bronda c. Italia*– debe hacer balance entre el interés del menor en permanecer con sus padres de acogida y el interés de su familia biológica en que permanezca viviendo en ella, el Tribunal Europeo valora especialmente el

<sup>5</sup> Caso *Couillard Maugery c. Francia*.

interés del menor que, con los catorce años que tiene en la actualidad, ha indicado siempre con firmeza que no desea abandonar su hogar de acogida. En este caso el tribunal superpone el interés del menor al de sus abuelos. Se vincula, pues, el interés del menor a la voluntad que éste expresa.

Repetidamente el Tribunal de Estrasburgo ha subrayado la mejor posición de las autoridades estatales para la valoración del interés del menor. Para valorar el interés del menor, las autoridades estatales tienen la ventaja del contacto directo con todos los interesados presentes en el momento de adoptar las medidas de protección previstas o inmediatamente después de aplicarlas<sup>6</sup>. Esta intermediación permite un conocimiento ajustado de las circunstancias que concurren, conocimiento del que carece el Tribunal Europeo.

#### **IV. Obligaciones que genera el artículo 8 del Convenio: obligación negativa de no injerir y obligación positiva de intervenir**

Interesan para nuestro estudio dos vertientes del derecho al respeto a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio Europeo: por una parte, una vertiente negativa que se traduce en la obligación del Estado de no injerir en la vida privada y familiar de las personas y, por otra, una vertiente positiva que consiste en la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para hacer posible la vida familiar. Efectivamente, aunque parece que el objeto esencial del artículo 8 es proteger a las personas contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, el reconocimiento del derecho puede generar además obligaciones positivas inherentes al “respeto” eficaz a la vida familiar.

La frontera entre las obligaciones positivas y negativas que pesan sobre el Estado bajo el título del artículo 8 no permite una definición precisa. No obstante, los principios aplicables son similares. En ambos contextos debe alcanzarse un equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la comunidad en su conjunto, entre los intereses del niño y los de los padres. Al valorar los intereses el tribunal o autoridad estatal concederá una particular importancia al interés del niño que, según su naturaleza y gravedad, podrá prevalecer sobre el del padre<sup>7</sup>. Reconociendo un amplio margen de apreciación a las autoridades estatales competentes, el Tribunal de Estrasburgo exige para alcanzar ese equilibrio –como insistiremos más adelante- que los padres jueguen en el proceso de decisión un papel importante. En otro caso se considera que las autoridades estatales sobrepasan su margen de apreciación y violan los derechos garantizados por el artículo 8<sup>8</sup>.

De hecho, el caso *Ciliz c. Países Bajos* incluye ambos tipos de obligación: por un lado, una obligación positiva para que la vida familiar entre padres e hijos pueda

<sup>6</sup> Caso K. y T. c. Finlandia; Caso K. A. c. Finlandia.

<sup>7</sup> Véanse, por ejemplo, los siguientes casos: Caso Keegan c. Irlanda, Caso E. P. c. Italia, Caso *Ciliz c. Países Bajos*, Caso *Elsholz c. Alemania*, Caso *Olsson c. Suecia*, Caso *Costreie c. Rumania*.

<sup>8</sup> Así ocurre en los casos *Elsholz c. Alemania* y *Vautier c. Francia*, entre otros.

continuar después del divorcio, y, por otro, una obligación negativa de abstenerse de adoptar medidas que causen la ruptura los lazos familiares. Parece interesante entrar en una descripción de las circunstancias del caso para comprobar cómo concurren obligaciones positivas y negativas para el Estado holandés. En el caso de referencia, el Tribunal observa las contradicciones entre los dos procedimientos que se seguían simultáneamente. Si bien el Tribunal Regional de Utrecht rechazó en enero de 1995 la petición del solicitante de una autorización de entrada, el Tribunal Regional de La Haya decidió en mayo del mismo año sobre la cuestión de la residencia continuada del solicitante en los Países Bajos. En su fallo, el Tribunal Regional de La Haya se refirió a la decisión mediante la cual se había rechazado la autorización de entrada formal, sin tener en cuenta el Tribunal Regional de Utrecht el mantenimiento de los vínculos existentes entre el solicitante y su hijo. Mientras que el Gobierno demandado argumenta que, antes de su expulsión, el solicitante había tenido tiempo suficiente demostrar los lazos existentes entre él y su hijo y que no lo había hecho, el Tribunal observa que los tribunales estatales relacionados con la solicitud de autorización de entrada regular consideran sin embargo oportuno adoptar un enfoque más prudente. Reconociendo que el progenitor en principio tiene derecho de acceder a su hijo, el Tribunal de apelación de Ámsterdam ordenó el 1 de junio de 1995 que la Junta de protección y cuidado infantil organizara encuentros supervisados para aclarar la posición del progenitor respecto a su hijo. Esto no impidió, sin embargo, que las autoridades holandesas detuvieran al padre el 31 de octubre de 1995 con vistas a su expulsión sin juicio alguno. El Tribunal observa que la demora en la práctica de la prueba, debida a la carga de trabajo de la Junta de protección y cuidado infantil, sin que pueda atribuirse de ningún modo al progenitor, pues éste, de hecho, intentó acelerar la cuestión solicitando que se nombrara una organización distinta a la Junta para hacer los progresos necesarios. La demandante fue expulsada poco después de un primer intento de reunión. Más tarde se le negó el visado para volver a Holanda para asistir a otras reuniones y continuar con el procedimiento sobre el establecimiento de las visitas con el hijo ante el Tribunal de apelación de Ámsterdam. Este Tribunal tuvo en cuenta, entre otras cosas, el hecho de que el solicitante no había visto a su hijo desde la reunión preparatoria dos años antes, que no había tenido lugar ningún otro intento de reuniones y que no estaba claro si el solicitante podría volver a los Países Bajos de nuevo. En opinión del Tribunal, las autoridades no sólo prejuzgaron el resultado de los procesos relativos a la cuestión de los contactos con su hijo al expulsar al solicitante cuando lo hicieron, sino —y lo que es más importante— que negaron al solicitante toda posibilidad de cualquier participación más significativa en esas actuaciones porque su falta de disponibilidad para reuniones preparatorias tuvo obviamente esencial importancia. Además, no cabe duda de que cuando el solicitante finalmente obtuvo un visado para volver a los Países Bajos durante tres meses en 1999, el simple paso del tiempo se había traducido en una determinación *de facto* de los contactos entre el progenitor y su hijo. Las autoridades, a causa de su

fracaso en la coordinación de los diversos procedimientos que afectan al derecho de la familia del solicitante, no han actuado, por lo tanto, de manera que permita el desarrollo de los lazos familiares. Considera el Tribunal de Estrasburgo que fue la decisión de no permitir que el solicitante continuara con su residencia regular en los Países Bajos y su posterior expulsión lo que ha frustrado las relaciones con el hijo y ha afectado al respecto a la vida familiar.

#### **IV.1. Obligación del Estado de abstenerse de injerir en la vida familiar**

El punto de partida del párrafo segundo del artículo 8 del Convenio es claro: No puede la autoridad pública injerir en la vida familiar. Este mandato que choca frontalmente con la intervención que supone la adopción de medidas protectoras respecto a los menores que viven en familia no constituye, no obstante, una obligación absoluta de no injerencia. La autoridad pública puede intervenir –y, como diremos más adelante, en ocasiones, debe intervenir- pero sólo podrá hacerlo cuando se cumplan las exigencias de la norma y hasta los límites previstos en ella.

El Convenio permite la intervención de la autoridad pública cuando tal injerencia esté prevista por la ley, tenga un fin legítimo y resulte necesaria en una sociedad democrática. Normalmente no se plantean ante el Tribunal dificultades en relación con la exigencia de un fundamento legal para la injerencia, si bien es preciso no olvidar que la exigencia no es puramente formal. En el caso *Andersson c. Suecia* el Tribunal tiene ocasión de aclarar el alcance de la exigencia. La expresión “de conformidad con la ley”, en el sentido del párrafo 2 del artículo 8, requiere, en primer lugar, que las medidas adoptadas tengan una base en el Derecho interno. También apela a la calidad de la ley en cuestión, que debe resultar accesible a las personas interesadas y formulada con precisión suficiente para que puedan prever –si fuera necesario, con el asesoramiento adecuado y hasta donde fuera razonable-, las consecuencias que puede conllevar una acción determinada. El hecho de que la ley confiera un margen de discrecionalidad a la autoridad pública es no en sí mismo incompatible con este requisito, siempre que el alcance de la discrecionalidad y la forma de su ejercicio se indiquen con claridad suficiente, teniendo en cuenta que el objetivo legítimo perseguido es dotar de la adecuada protección a la familia contra las injerencias arbitrarias.

Cuando el Tribunal Europeo examina si la injerencia en la vida familiar de la autoridad pública en el caso *Olsson c. Suecia (I)* obedece a las previsiones de la ley, observa que los elementos que ponen de manifiesto las medidas adoptadas no obedecen a consideraciones ajenas a las normas que se estaban aplicando, es decir, la protección de la salud de los niños. Nada en las medidas que se han tomado muestra que busquen impedir la reunión de la familia. La ley no ha previsto el establecimiento de limitaciones a las visitas mientras dure el periodo de separación impuesta a la familia y por ello el Tribunal considera que no se han respetado las previsiones de la

ley. Por otra parte, las circunstancias en que puede ser necesario adoptar una medida de protección pública son tan variables que difícilmente resulta posible formular una ley que cubra cualquier eventualidad. La limitación del poder de las autoridades públicas para actuar cuando se haya producido daño al niño podría reducir la eficacia de la protección que necesita. Nuevamente hay que decir que el hecho de que el ejercicio de estos poderes se confíe a los tribunales o esté sujeto a revisión por ellos constituye una garantía contra la injerencia arbitraria.

La formulación de la ley, cuando permite la injerencia en la vida familiar –vuelve a aclarar el Tribunal en el caso *Bronda c. Italia*–, es muy general y esto significa que las autoridades estatales gozan de un amplio margen de discrecionalidad, en particular, para adoptar las medidas que son necesarias para la protección del niño. Sin embargo, en esta esfera es imposible dotar a las reglas de mayor precisión; por esta razón, las salvaguardas contra las injerencias arbitrarias vienen garantizadas por la sujeción a revisión por los tribunales de la aplicación de las normas.

Además de estar prevista en la ley, la injerencia debe tener un fin legítimo. Así considera el Tribunal en el caso *Olsson c. Suecia (II)* que son fines legítimos la protección de la salud y de los derechos de los niños.

En el caso *Roda y Bonafatti c. Italia*, las autoridades italianas habían separado de la familia a una menor que venía sufriendo abusos por su padre. Un tribunal italiano de menores había estimado que la niña tenía necesidad de un periodo de alejamiento de su madre y del resto de la familia durante el que debía ser colocada en una familia de acogida. Resulta claro que se ha producido una injerencia en la vida familiar, pero tal injerencia –observa el Tribunal de Estrasburgo– estaba prevista por la ley y perseguía un fin legítimo como es la salvaguarda del interés de la niño; queda pendiente examinar si esa injerencia puede considerarse como una medida necesaria en una sociedad democrática. Para valorar si una determinada injerencia era necesaria en una sociedad democrática, el tribunal debe considerar –a la luz del caso contemplado en su conjunto– las razones aducidas y valorar si son relevantes y suficientes para los propósitos del artículo 8.2. En el caso *Saviny c. Ucrania*, el Tribunal considera que las razones que llevaron a tomar la decisión eran indudablemente relevantes. Las autoridades estatales basaron su decisión en que encontraban a los padres –a causa de la falta de medios económicos y la ausencia de cualidades personales– incapaces de proporcionar a sus hijos una alimentación adecuada, ropa, ambiente saludable y cuidados a su salud, así como asegurar su adaptación social y escolar, perjudicando la vida, salud y desarrollo moral de los niños. Sin embargo, considera el Tribunal de Estrasburgo que no se ha acreditado que verdaderamente se estuviera causando de hecho un daño a la vida o a la salud de los niños. Hace falta, pues, probar adecuadamente que las afirmaciones se corresponden con los hechos. No parece que las autoridades judiciales del Estado hayan analizado en profundidad hasta qué punto las deficiencias mencionadas en el desarrollo de los niños eran atribuibles a sus padres y a su irremediable incapacidad de proporcionarles el requerido cuidado y no

a sus dificultades económicas y frustraciones objetivas, que podrían haberse superado a través del apoyo económico y social y de un asesoramiento efectivo. En cuanto a la vinculación del alcance de la falta de desarrollo de los niños con la ausencia de responsabilidad de los padres, no se llevó a cabo ninguna prueba independiente (como un informe psicológico) para evaluar su madurez emocional o mental o su motivación para resolver sus dificultades domésticas. Tampoco se realizó –o al menos no se expresó en el razonamiento de los tribunales estatales- un análisis de los intentos de los progenitores de mejorar su situación. Tanto en el caso *Buscemi c. Italia* como en *Bronda c. Italia*, el Tribunal considera que las medidas tomadas por los tribunales nacionales parecen fundarse en razones pertinentes y suficientes y añade la valoración de que estos tribunales están mejor posicionados para establecer el equilibrio justo entre los intereses de la niña en un medio sereno y los de su padre<sup>9</sup>.

La noción de “necesidad” implica una injerencia fundada sobre una necesidad social imperiosa y claramente proporcionada al fin legítimo que se persigue<sup>10</sup>. En el caso *B. c. Reino Unido* la controversia se centra en saber si los procedimientos seguidos se conciliaban con los derechos de la madre al respeto de su vida familiar o constituían injerencias en el ejercicio del derecho que no podrían considerarse necesarias en una sociedad democrática. El Tribunal, reconociendo la dificultad extrema de la tarea a que se enfrentan las autoridades locales, considera que debe reservarse a estas autoridades un margen de apreciación. El examen de este aspecto debe fundarse –entiende el Tribunal- en un presupuesto primordial: el riesgo de que las decisiones puedan ser irreversibles. Así un niño separado de sus padres y confiado a otras personas puede construir con ellas, al cabo del tiempo, unos nuevos lazos cuya perturbación o ruptura para hacer posibles las visitas de sus padres podría no ajustarse al interés del niño.

Cuando la decisión de los tribunales se explica en términos de necesidad de protección frente a un peligro, la existencia de ese riesgo debe realmente acreditarse. Considera el Tribunal en el caso *K. A. c. Finlandia* que cualquier medida pública relacionada con la protección de un niño debe ser capaz, en primer término, de convencer a un observador objetivo de que la medida se basa en una evaluación cuidadosa y sin prejuicios de todas las pruebas recogidas en el expediente, acompañadas de las razones de la medida de protección declarada. El razonamiento adoptado debe reflejar el cuidadoso examen que puede esperarse de los órganos competentes para adoptar una decisión de tal magnitud, sopesando las diversas pruebas que militaban en favor y en contra de la medida de protección.

Cuando se toma la decisión de separar a un niño de sus padres resultan pertinentes diversos factores. Así debe examinarse si, al permanecer con los padres, el niño puede sufrir abuso o negligencia, deficiencias en su educación o falta de apoyo emo-

<sup>9</sup> En el mismo sentido en el caso *T. P. y K. M. c. Reino Unido*.

<sup>10</sup> Así en el caso *W. c. Reino Unido*, el caso *B. c. Reino Unido*, el caso *R. c. Reino Unido* y en el caso *Wallová y Walla c. República Checa*.

cional. También debe valorarse si resulta necesario por su estado de salud física o mental el acogimiento del niño en un establecimiento público. El mero hecho de que el niño pudiera tener un mejor ambiente o mejores condiciones para su desarrollo no justifica por sí mismo que se adopte la decisión de separar al niño de sus padres<sup>11</sup>. No puede justificarse la adopción de la medida de protección en la mera referencia a la precaria situación de los padres, que puede tener en la vida de los niños una significación menos radical que la separación de la familia<sup>12</sup>.

Es preciso insistir en que el hecho de que un niño pudiera colocarse en un entorno más favorable para su desarrollo no justifica una medida de protección consistente en la separación obligatoria de la guarda de los padres biológicos. Deben existir otras circunstancias que señalen la “necesidad” de tal injerencia en el derecho de los padres de disfrutar de una vida familiar con su hijo que protege el artículo 8 de la Convención. Las medidas deben ser suficientes y relevantes. El Tribunal debe tener en cuenta que las percepciones en cuanto a la conveniencia de la intervención de las autoridades públicas en el cuidado de los niños varían de un Estado contratante a otro, dependiendo de factores tales como las tradiciones relativas al papel de la familia y a la intervención del Estado en asuntos de la familia así como la disponibilidad de recursos para medidas públicas<sup>13</sup>.

Cuando los motivos invocados por las autoridades nacionales resultan insuficientes, pese al margen de discrecionalidad de la autoridad pública, como ocurre en el caso *Kutzner c. Alemania*, el Tribunal entiende que la injerencia no es proporcional a los objetivos legítimos perseguidos.

#### **IV.2. Obligación del Estado de intervenir en la vida familiar: la separación de los niños de su entorno familiar**

El Estado también, cuando se dan determinadas circunstancias, está obligado a intervenir en la vida familiar para proteger a los menores adoptando medidas de protección que pueden incluso consistir en la separación de sus padres. Tales medidas sólo se justifican en circunstancias muy excepcionales cuando la familia se haya manifestado como particularmente inadecuada<sup>14</sup>.

El caso que más me ha llamado la atención en relación con esta obligación del Estado de intervenir en la familia ha sido el caso *Z y otros c. Reino Unido*. En él los demandantes son cuatro hermanos que han vivido una situación de desprotección denunciada reiteradamente ante los servicios sociales por quienes entran en contacto con los niños: los chicos, en ocasiones, pasan la mayor parte del día fuera de casa porque está cerrada con llave y otras veces están encerrados en sus habitaciones

<sup>11</sup> Así puede verse en el caso *K. A. c. Finlandia*.

<sup>12</sup> Caso *Saviny c. Ucrania*.

<sup>13</sup> Caso *K. y T. c. Finlandia* o caso *K. A. c. Finlandia*.

<sup>14</sup> Caso *Saviny c. Ucrania* o caso *Gnahoré c. Francia*.

pues son enviados a la cama por más de dieciocho horas seguidas, padecen malos tratos, las camas están impregnadas de orina y dos de los hermanos son sorprendidos buscando alimento entre la basura. Resulta sobrecogedora la descripción de los hechos que efectúa el Tribunal, poniendo de manifiesto que los servicios sociales aplazan sistemáticamente las decisiones y se muestran incapaces de separar a los cuatro hermanos de la situación de desamparo en la que de hecho se encuentran. La sentencia del Tribunal considera que se ha comprometido el derecho reconocido en el artículo 3 del Convenio: “Nadie puede ser sometido a tortura ni a penas ni tratos inhumanos o degradantes”. Según la Comisión, las autoridades tenían la obligación positiva de proteger a los niños de todo trato contrario a esta disposición. Las autoridades estatales tenían constancia de los malos tratos y grave negligencia a los que los cuatro niños habían sido sometidos durante años en el seno de su familia y no habían adoptado ninguna medida efectiva para poner fin a tal situación, pese a los medios de los que podían disponer razonablemente. El tratamiento sufrido por los niños presenta una gravedad tal que vulnera la obligación positiva de asegurar a los interesados una protección suficiente para acabar con todo trato inhumano o degradante. No hay oposición en el proceso ante el Tribunal a la calificación como “inhumanos” o “degradantes” a los tratos sufridos por los niños. Durante cuatro años y medio los niños habían vivido en el seno de su familia una experiencia horrible. El Tribunal reconoce que los servicios sociales debían hacer frente a decisiones difíciles y sensibles y admite la importancia del principio según el cual debe ser respetada y preservada la vida familiar. En el caso, no obstante, no cabía duda de que el sistema había fallado en la protección de los niños frente a la negligencia y abuso graves que habían sufrido durante este largo periodo.

La intervención de los poderes públicos debe tener carácter gradual. El Tribunal, en el caso *Aune c. Noruega*, se plantea si era “necesario” reemplazar el acogimiento familiar por una medida de mayor alcance, a saber: la privación de la responsabilidad parental a los padres y la autorización de adopción, con la consecuencia que romper los vínculos jurídicos del niño con su progenitor. En el examen de esta cuestión el Tribunal mirará a su jurisprudencia, en la que encuentra que “estas medidas deben aplicarse únicamente en circunstancias excepcionales y sólo podrán justificarse si están motivadas por una exigencia absoluta referida al interés superior del niño”.

Ciertamente la desintegración de una familia constituye una injerencia muy grave. Semejante decisión debe reposar sobre consideraciones sólidas, de peso, inspiradas en el interés del niño. Para apreciarlas, el Estado goza de un margen de valoración y no es misión del Tribunal de Estrasburgo sustituir a las autoridades locales en la adopción de la decisión de separación de un niño de su medio familiar. No obstante, como ya se ha dicho, es preciso acreditarlo. En el caso *A. D. y O. D. c. Reino Unido*, el Tribunal considera que no se ha explicado satisfactoriamente por qué era necesario reubicar al menor lejos de la familia, lejos de su hogar, a los efectos de la evaluación del riesgo con la ruptura familiar que ello entrañaba.

La toma a cargo de un niño por las autoridades públicas no pone fin a las relaciones familiares naturales. Es más, observa el tribunal que hace falta considerar esta toma a cargo como una medida temporal que debe suspenderse en cuanto sea posible y todo acto de ejecución debe concordar con el fin que en última instancia debe perseguirse: unir de nuevo al padre natural y al hijo. En la medida en que sea posible debe procurarse la reintegración en la vida familiar. A este respecto, debe cuidarse el justo equilibrio entre los intereses del niño de permanecer acogido y aquellos del progenitor de vivir con él. El Tribunal en este terreno otorga una importancia particular al interés superior del menor que, según su naturaleza y su gravedad, debe prevalecer sobre los intereses del progenitor<sup>15</sup>.

#### **IV.3. ¿Es la separación de los padres la única medida de protección que puede adoptarse? Alternativas a la separación de los padres**

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo pone de manifiesto claramente que la separación de los padres no es la única medida de protección que pueden adoptar las autoridades estatales; es más, no es la medida de protección que deben preferir. Así, en el caso A. D. y O. D. c. Reino Unido, el Tribunal considera que no se ha explicado satisfactoriamente por qué era necesario reubicar al menor lejos de la familia, lejos de su hogar, a los efectos de la evaluación del riesgo con la ruptura familiar que ello entrañaba. El Tribunal no está convencido de que no existieran medidas menos intrusivas que las que se emplearon en el caso ya que la ley invitaba a las autoridades locales a tomar en consideración la posibilidad de reubicar al menor dentro de la familia y sólo debía desecharse esta opción si resultaba contraria al interés del menor. Por otra parte el Tribunal tampoco considera aceptable el retraso de seis semanas en ejecutar la decisión de retornar al menor con sus padres desde que se adopta la decisión. El Tribunal tiene la certeza de que si bien hubo razones pertinentes y suficientes para que las autoridades tomaran medidas de protección, los fallos posteriores de la autoridad local ampliaban y exacerbaban la injerencia en la vida familiar chocando con el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y no fueron proporcionados al objetivo legítimo de protección del menor.

Una medida de separación del niño respecto a la familia no puede justificarse sin dar prioridad a tomar en consideración otras posibles alternativas. La decisión debe contemplarse en el contexto de la obligación positiva del Estado de hacer serios esfuerzos de facilitar la reunión del niño con sus padres biológicos y, entre tanto, hacer posible el contacto entre ellos, manteniendo, cuando sea posible, a los hermanos unidos<sup>16</sup>.

Mientras las autoridades estatales disfrutan de un amplio margen de apreciación en la evaluación de la necesidad de adoptar medidas de protección para un niño, el

<sup>15</sup> Caso Couillard Maugery c. Francia o caso Johansen c. Noruega.

<sup>16</sup> Caso Saviny c. Ucrania.

Tribunal es más exigente en el caso de que existan circunstancias que justifiquen la separación del niño. Las autoridades del Estado deben proceder a una evaluación cuidadosa de los efectos de la medida propuesta sobre los padres y el niño, así como de las posibles alternativas para la medida de protección. El Tribunal observa además que, establecida la existencia de un lazo familiar, el Estado debe en principio actuar calculadamente para permitir que ese vínculo se desarrolle. Es una injerencia de un orden muy grave para dividir una familia. Este paso debe apoyarse por consideraciones suficientemente sólidas y de peso respecto a los intereses del niño<sup>17</sup>.

En el caso *Görgülü c. Alemania* el Tribunal entra a valorar el interés del menor en una decisión sobre la guarda del menor. El Tribunal observa que en el presente caso, en su decisión de 20 de junio de 2001, el Tribunal de apelación consideró que aunque el solicitante estaba en condiciones, junto con su esposa, de cuidar a Christofer, concederle la custodia no iría en interés del menor, cuando ya se había desarrollado un profundo vínculo social y emocional entre el niño y su familia de acogida y la separación de esta última conduciría a grave e irreparable daño psicológico para el niño. El Tribunal también observa que en su decisión de 9 de marzo de 2001, el Tribunal de distrito de Wittenberg, por el contrario, consideró en el mejor interés de Christofer atribuir la custodia a su padre. Y añade el Tribunal que el artículo 8 de la Convención impone a todos los Estados la obligación de tratar de reunir a un padre natural con su hijo. En un contexto de efectivo respeto a la vida familiar el mencionado artículo exige que las futuras relaciones entre padre e hijo no vengán determinadas por el simple paso del tiempo. El Tribunal reconoce que una separación inmediata de Christofer de la familia de acogida podría haber tenido efectos negativos sobre su condición física y mental. Sin embargo, teniendo en cuenta que el solicitante es el padre biológico de Christofer y está dispuesto y es capaz de cuidar de él, el Tribunal no está convencido de que el Tribunal de apelación de Naumburgo haya examinado todas las posibles soluciones al problema. En particular, ese Tribunal no parece haber examinado si sería viable para la reunión de Christofer y el solicitante crear las circunstancias que puedan reducir la tensión en el chico. En su lugar, el Tribunal de apelación parece sólo centrado en los efectos inminentes de una separación de sus padres adoptivos en el niño, pero no considera los efectos a largo plazo que puede tener una separación permanente de su padre natural. La solución prevista por el Tribunal de distrito, es decir aumentar y facilitar los contactos entre el solicitante y Christofer, que continuaría, en una fase inicial, viviendo con su familia adoptiva, aparentemente no se tuvo en cuenta. El Tribunal recuerda a este respecto que las posibilidades de reunificación disminuyen progresivamente y quedan destruidas si

<sup>17</sup> Véase en este sentido la sentencia que resuelve el caso *Kurochkin c. Ucrania*. Los hechos del caso no indican que las autoridades estatales hayan llevado a cabo una evaluación cuidadosa de los efectos podría tener en el bienestar futuro del niño huérfano o si se han explorado otras alternativas menos trascendentes. En su lugar, impusieron la carga de la prueba al solicitante y le obligaron a mostrar la capacidad de cuidar de la niña correctamente para que la adopción no fuera anulada, independientemente del hecho de que el solicitante y el niño deseaban seguir siendo una familia.

el padre y el niño no pueden conocerse en absoluto, o sólo coinciden tan rara vez que ningún vínculo natural es probable que se produzca entre ellos.

En el caso *Bianchi c. Suiza* la cuestión decisiva es precisamente ésta: saber si las autoridades estatales han adoptado todas las medidas que se podían razonablemente exigir de ellas, para facilitar la ejecución de las decisiones dictadas por los tribunales sobre el derecho de guarda del progenitor y su responsabilidad parental exclusiva.

En *Saviny c. Ucrania*, el Tribunal censura la actuación de los tribunales estatales porque confían en las afirmaciones de las autoridades municipales de que los progenitores han fallado sin acreditar por qué han fallado ni mostrar ningún dato respecto al volumen y suficiencia real de la asistencia social o de las específicas recomendaciones que se les han ofrecido. Considera pertinente evaluar si las autoridades estatales habían asumido su obligación de promover la unidad familiar y si habían explorado suficientemente la efectividad de medidas alternativas de protección menos agresivas que la separación del niño de sus padres. Algo similar encontramos en el caso *Venema c. Países Bajos*. El informe de la investigación oficial indicaba que la Junta de Bienestar Infantil podía haber mostrado más creatividad en la búsqueda de una solución que hiciera justicia a los intereses de los padres y que podría haber sido más completo el asesoramiento de la Junta al juez de menores.

La necesidad de examinar la posibilidad de adoptar medidas alternativas a la separación de los padres vuelve a ser plateada por el Tribunal en el caso *Moser c. Austria*. Se da la circunstancia de que la separación del hijo de la madre se basa únicamente en su falta de alojamiento adecuado y de medios económicos, es decir su precaria situación hacía difícil para la madre atender a su hijo. Entiende el Tribunal que es preciso un cuidadoso examen de las alternativas a la medida de separación. De hecho, los tribunales señalaron que no había ninguna posibilidad de colocar al niño con los familiares y se examinó y rechazó la alternativa propuesta por uno de los progenitores de establecer un acogimiento con una amiga suya. Sin embargo, ninguna acción positiva fue adoptada para explorar las posibilidades que hubieran permitido a los progenitores permanecer juntos, por ejemplo colocándolos en un centro de acogimiento de la madre con el hijo. Sin embargo, esta posibilidad aparentemente no se contempló y no fueron tomadas otras medidas como la concesión de autorización de residencia a la madre extranjera. A este respecto, el Tribunal observa que la prohibición de residencia dictada contra el progenitor fue anulada posteriormente por el Tribunal Constitucional como contraria a sus derechos en virtud del artículo 8. La situación se vio agravada por el hecho de que no se tomaron medidas para establecer y mantener el contacto con los progenitores, mientras duraron los procedimientos pendientes. Esto es especialmente grave, dado que no tuvieron oportunidad establecer los vínculos iniciales, ya que se ha separado al niño inmediatamente después de su nacimiento. En seis meses la madre sólo había podido visitar a su hijo en dos ocasiones desde que se adoptó la medida de protección.

La obligación de intervenir para proteger a los menores es también en ocasiones una obligación de proteger y facilitar apoyo y asistencia a la familia. Traduciendo a nuestro sistema de protección el contenido de esta jurisprudencia, el Tribunal aprecia la obligación de actuar en las situaciones de riesgo para evitar la separación de los niños del entorno familiar.

#### **IV.4. Obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para hacer posible la vida familiar**

El texto del artículo 8 del Convenio impone al Estado no inmiscuirse en el ejercicio del derecho al respeto a la vida familiar excepto en las estrictas condiciones enunciadas en el apartado 2. No obstante, aunque el objeto del artículo sea esencialmente el de asegurar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no se limita a obligar al Estado a abstenerse; a este compromiso negativo se pueden añadir obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. Para un padre y su hijo estar juntos, disfrutar de la mutua compañía, representa un elemento fundamental de la vida familiar, afirma el Tribunal en diversas ocasiones, aunque la relación entre los padres se hubiera roto<sup>18</sup>. En el caso *Olsson c. Suecia (II)* añade el Tribunal a esta consideración de principio que la intervención de la autoridad pública para tomar a su cargo a un menor no pone fin a las relaciones familiares naturales. Allí donde exista un vínculo familiar, el Estado debe en principio buscar la manera de permitir que este vínculo se desarrolle y adoptar las medidas adecuadas para reunir al progenitor con su hijo. El Tribunal ha sostenido repetidamente –al establecer la existencia de relaciones familiares, basadas en la descendencia o en los lazos emocionales existentes– que el artículo 8 comprende el derecho del progenitor a que se adopten medidas en orden a su reunión con el niño y la obligación de las autoridades estatales de adoptar tales medidas. Así se recoge en numerosas sentencias como ocurre en el caso *Ignaccolo-Zenide c. Rumania*, en el caso *Stubblings y otros c. Reino Unido*, en el caso *Kutzner c. Alemania*, en el caso *Marie c. Portugal*, en el caso *Pini y Bertani y Manera y Atripaldi c. Rumania*, en el caso *Siliadin c. Francia*, en el caso *Bianchi c. Suiza*, el caso *Roda y Bonafatti c. Italia*, o el caso *Caso Costreie c. Rumania* entre otros. Estas obligaciones que el artículo 8 del Convenio hace pesar sobre los Estados parte en materia de reunión de un progenitor o ambos con los hijos deben interpretarse a la luz de la Convención de los Derechos del Niño de 1989<sup>19</sup>.

De la sentencia dictada en el caso *Marckx c. Bélgica* se desprende, en particular, que el Estado al fijar en su ordenamiento jurídico interno el régimen aplicable a

<sup>18</sup> Caso *W. c. Reino Unido*, Caso *B. c. Reino Unido* y Caso *R. c. Reino Unido*; Caso *Olsson c. Suecia (II)*; Caso *Johansen c. Noruega*; Caso *K. y T. c. Finlandia*; Caso *Elsholz c. Alemania*; Caso *Couillard Maugery c. Francia*; Caso *Wallová y Walla c. República Checa*; *Bronda c. Italia*; Caso *Buscemi c. Italia*; Caso *Hoppe c. Alemania*; Caso *Zaunegger c. Alemania*; Caso *Costreie c. Rumania*.

<sup>19</sup> Caso *Bianchi c. Suiza*.

algunos vínculos de familia como los de la madre soltera con su niño, debe actuar para permitir a los interesados llevar una vida familiar normal. Tal como lo concibe el artículo 8, el respeto a la vida familiar implica en particular, a los ojos del Tribunal, la existencia en el Derecho nacional de una protección jurídica que haga posible a partir del nacimiento la integración del niño en la familia. Se ofrecen distintos medios entre los que puede elegir el Estado pero una legislación que no responda a este imperativo infringe el apartado 1 del artículo 8 sin que proceda examinar la cuestión desde el punto de vista del apartado 2. El respeto a la vida familiar implica la obligación del Estado de permitir el desarrollo normal de estas relaciones. En el caso que comentamos se considera que el desarrollo de la vida familiar de una madre soltera y de su niño reconocido por ella puede verse obstaculizado si el niño no entra en la familia de la madre y si el establecimiento de la filiación sólo produce efectos entre los dos.

Con motivo del ejercicio del derecho de visitas, el Tribunal de Estrasburgo se pronuncia sobre el respeto al artículo 8 en el ya mencionado caso *Elsholz c. Alemania*. El demandante era el padre de un hijo extramatrimonial reconocido al que prestaba alimentos. Tras periodos de convivencia, la madre abandona el hogar con el hijo y niega al padre las visitas. Conforme establecía el Código Civil alemán los contactos entre un padre y su hijo nacido fuera del matrimonio constituían una excepción que necesitaba una interpretación estricta y los tribunales no debían ordenar las visitas salvo que fueran útiles y beneficiosas para el bienestar del niño. Oído el niño, de cinco años, por el tribunal alemán, la declaración de no desear ver más a su padre resultó decisiva para la conclusión del tribunal: para el bienestar del niño no era bueno mantener contacto con su padre. Esta decisión se adopta teniendo presente que la madre alimentaba fuertes prevenciones contra el demandante y se las había transmitido a su hijo por lo que carecía de la posibilidad de mantener con su padre un relación libre de prejuicios. Esta misma posición se mantuvo en las instancias ulteriores, mientras crecía la tensión entre los padres y los tribunales estatales veían que esta tensión perjudicaba la posibilidad de cualquier contacto entre el padre y el hijo. Los tribunales estatales, a juicio del Tribunal de Estrasburgo, rechazaron la demanda de derecho de visita basándose en las declaraciones hechas por el niño en respuesta a las preguntas del Tribunal de distrito cuando tenía cerca de cinco años y en las relaciones tensas entre los padres considerando que no importaba saber cuál era el origen de esas tensiones, y dictaminaron que la reanudación de los contactos sería nociva para el niño. La negativa de dichos tribunales a ordenar un informe psicológico independiente solicitado por el demandante, unida a la ausencia de celebración de una vista ante el tribunal regional pone de manifiesto que el padre no jugó en el proceso de decisión un papel relevante y, por esta razón, las autoridades estatales sobrepasaron su margen de apreciación y violaron los derechos que garantiza el artículo 8 del Convenio.

La obligación positiva del Estado de tomar medidas para facilitar la reunión de la familia tan pronto como sea razonable comenzará a pesar sobre las autoridades con

una creciente fuerza progresiva desde que comienza el periodo de ejecución de la medida de protección, con sujeción siempre al deber de considerar el superior interés del menor<sup>20</sup>.

La exigencia de esta actuación positiva de las autoridades estatales para hacer posible la relación entre padres e hijos se plantea en el caso E. P. c. Italia. La señora E. P., ciudadana italiana de origen griego, llega a Roma con su hija tras haber vivido en Grecia desde el nacimiento de la niña. Hospitalizada la niña en esta ciudad, el servicio de psiquiatría del hospital solicitó a un tribunal de Roma que autorizara la separación de la madre y la hija y la prohibición de las visitas hasta que la situación médica y psiquiátrica compleja de la niña, que no hablaba italiano, se hubiera definido claramente. Adoptada la decisión por el tribunal, no se permite a la madre mantener contacto con la niña. La sentencia del Tribunal de Estrasburgo, como ya hemos indicado, subraya el carácter temporal de la medida que debe suspenderse en cuanto sea posible. Y añade que, a pesar del margen de apreciación de que disponían, las autoridades competentes no pusieron todos los medios necesarios que se podían razonablemente exigir de ellas en este caso para no comprometer de manera definitiva las posibilidades de renovar una relación entre la demandante y su hija.

Presenta un particular interés a mi juicio la decisión que adopta el Tribunal en el caso K. A. c. Finlandia. A pesar de que los padres biológicos cooperaron con la autoridad de bienestar social, mostraron una considerable mejora en sus condiciones y en ningún momento pusieron en peligro el desarrollo de los niños, la autoridad nunca consideró realmente la posibilidad de reunir a la familia. Las reuniones con los padres fueron raras y supervisadas, impedían efectivamente un contacto estrecho y cariñoso entre padres e hijos, y alejaban a niños de sus padres biológicos. Incluso sus llamadas telefónicas fueron condicionadas a que no se alterara la adaptación de los niños a la familia de acogida. Los estallidos emocionales de los niños después cada reunión con sus padres biológicos se interpretaron constantemente como oposición a un mayor contacto. A los padres biológicos se les dijo repetidamente que cualquier aumento en el número de reuniones obstaculizaría la adaptación de los niños a sus padres adoptivos. Las opiniones de los niños nunca se atendieron de manera objetiva. La obligación positiva de adoptar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente factible comienza a pesar sobre las autoridades responsables progresivamente cada vez con más fuerza a partir del comienzo del periodo de protección, siempre guardando un equilibrio con la obligación de tener en cuenta al interés superior del niño. En este caso, el Tribunal de Estrasburgo no pudo descubrir ningún esfuerzo serio y sostenido por parte de la autoridad de bienestar social, durante los muchos años en que los niños estuvieron bajo tutela, dirigido a facilitar una posible reunificación familiar como podría esperarse razonablemente a los fines del artículo 8.2. Por el contrario, la autoridad local de bienestar social y los

---

<sup>20</sup> Kutzner c. Alemania.

tribunales administrativos dio la impresión de no considerar seriamente la reunificación de la familia de origen como una opción; en su lugar presumieron que los niños necesitan de asistencia pública de larga duración en un hogar adoptivo. Además, las severas restricciones al derecho del solicitante a visitar a sus hijos reflejan la intención por parte de la autoridad de bienestar social de fortalecer los lazos entre los niños y la familia de acogida frente al interés de reunir a la familia de origen.

También en relación con el ejercicio del derecho de visitas en el caso *Bianchi c. Suiza*, el Tribunal Europeo considera contrario al artículo 8 que el tribunal estatal no estableciera una regulación del derecho mientras duraba el procedimiento con el fin de que se mantuviera el vínculo entre el interesado y su hijo. La pasividad de las autoridades está en el origen de la ruptura total de las relaciones entre el hijo y su padre durante casi dos años, lo que no opera en interés superior del niño.

A los demandantes en el caso *Kutzner c. Alemania* sólo se les garantizó su derecho de visitas tras solicitar su reconocimiento por los tribunales y, en la práctica, las visitas fueron sistemáticamente impedidas por la autoridad estatal, restringiéndolas primero a una hora al mes para los padres, autorizando a los abuelos a acudir cada dos meses. Teniendo en cuenta que los niños eran muy pequeños, este régimen reducía tanto los contactos con la familia de origen que hacía crecer la separación con los padres y los hermanos. En definitiva, afirma el Tribunal, los demandantes tuvieron que recurrir no sólo la separación de sus hijos y el acogimiento de éstos en una familia ajena, sino también tuvieron que recurrir las restricciones que se habían impuesto al derecho de visita y tener así la oportunidad de mantener el contacto con sus hijos.

Corresponde –en ello insistiremos más adelante– a las autoridades estatales regular las condiciones de ejercicio del derecho de visita pero las decisiones adoptadas por ellas deben valorarse bajo el punto de vista del Convenio. El margen de apreciación de las autoridades estatales competentes varía según la naturaleza de las cuestiones y la importancia de las decisiones en juego. El Tribunal reconoce que las autoridades gozan de un amplio margen para apreciar la necesidad de tomar a cargo a un menor pero en la misma medida el Tribunal Europeo ejerce un control más riguroso sobre las restricciones que las autoridades estatales introduzcan que comporten un riesgo de impedir las relaciones familiares entre un menor y uno o ambos progenitores.

También se pronuncia en este sentido el Tribunal en el caso *Pini y Bertani y Manera y Atripaldi c. Rumania*. Sin embargo, la obligación de las autoridades nacionales de tomar medidas con ese fin de restituir la vida familiar no es absoluta, incluso en el caso de las relaciones familiares que se basan en la descendencia, especialmente cuando padre e hijo sean todavía desconocidos el uno para el otro. La naturaleza y el alcance de estas medidas dependerá de las circunstancias de cada caso, pero el entendimiento y la cooperación de todas las partes interesadas siempre será un ingrediente relevante. Aunque las autoridades estatales deban hacer todo lo posible

para facilitar esa cooperación, cualquier coerción en este ámbito debe considerarse limitada por el deber de atender a los intereses y los derechos y libertades de todos los interesados y más particularmente al interés superior del niño y sus derechos en virtud del artículo 8 de la Convención. Cuando el contacto con el progenitor amenaza esos intereses o interfiera con ellos, las autoridades estatales deben lograr un justo equilibrio entre ellos. Los intereses del niño deben prevalecer sobre los de los padres en el caso de una relación basada en la adopción. En el caso los niños rechazaban la idea de unirse a sus padres adoptivos en Italia, habían llegado a una edad en que razonablemente se podría considerar que su personalidad estaba suficientemente formada y habían alcanzado la madurez necesaria para expresar su opinión sobre el entorno en el que deseaban desarrollarse. El Tribunal observa que la legislación rumana ofrece expresamente a los niños que son objeto de un procedimiento de adopción la oportunidad de expresar su opinión sobre el asunto desde la edad de diez años en adelante y los niños que ya han sido adoptados tienen derecho a solicitar que la adopción se revoque una vez que han alcanzado esa edad. El Tribunal deplora la manera en que se realizaron los procedimientos de adopción, en particular la falta de contacto real y efectivo entre las partes interesadas antes de la constitución de la adopción, situación que se dio por las deficiencias en la legislación interna vigente en el momento. Considera especialmente lamentable que los niños claramente no reciban ningún apoyo psicológico capaz de prepararlos para su inminente salida del centro que había sido su hogar durante varios años y en el que habían establecido lazos sociales y emocionales. Tales medidas probablemente habrían hecho posible que los intereses de los demandantes convergieran con los de sus hijos adoptivos, en lugar de competir con ellos, como ocurrió en el presente caso.

Nuevamente en el caso *Bove c. Italia* el Tribunal recuerda que el artículo 8 genera obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar: este artículo implica el derecho de un progenitor a que se adopten medidas adecuadas para reunirlo con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptarlas. La obligación de las autoridades estatales de adoptar medidas a estos efectos no es absoluta ya que la reunión de un padre con sus hijos que han vivido un cierto tiempo con el otro no puede tener lugar inmediatamente y requiere preparativos. La naturaleza y comprensión de esta cuestión depende de las circunstancias del caso y de la comprensión y cooperación del conjunto de personas implicadas. La obligación de las autoridades de recurrir a la coerción no puede ser sino limitada: hace falta tomar en consideración los intereses y derechos y libertades de estas mismas personas y sobre todo el interés superior del menor y los derechos que le reconoce el artículo 8. En caso de que los contactos con los padres amenacen estos intereses y supongan un atentado para los mismos, corresponde a las autoridades estatales velar por un justo equilibrio entre ellos. La cuestión decisiva entonces es saber si las autoridades estatales han tomado todas las medidas que se les pueden razonablemente exigir a fin de hacer respetar las decisiones adoptadas por el Tribunal respecto a los niños. No con-

sidera en este caso que las autoridades competentes hayan realizado esfuerzos razonables para facilitar la reagrupación. Al contrario, su inactividad ha forzado al demandante a utilizar toda una serie de recursos finalmente ineficaces a fin de hacer respetar sus derechos.

Efectivamente las autoridades estatales están obligadas a procurar el restablecimiento de la vida familiar tras una injerencia prevista en la ley, por un fin legítimo, y necesaria en una sociedad democrática. En el caso *Roda y Bonafatti c. Italia* los reencuentros con la madre habían tenido lugar regularmente en medio protegido para permitir a la hija reconstruir una relación positiva con ella, considerada por el tribunal estatal como potencialmente capaz de recuperar su papel gracias a un trabajo psicopedagógico adecuado; no se excluyeron los encuentros no protegidos en el domicilio de la madre, previstos por el tribunal nacional aunque impracticables hasta el momento en el que se inicia el proceso ante el Tribunal de Estrasburgo a causa del rechazo de la menor. Insiste el Tribunal en que esta obligación del Estado no es absoluta. Su naturaleza y comprensión dependen de las circunstancias del caso.

Las autoridades estatales pueden establecer limitaciones al derecho de los padres a mantener contactos con sus hijos, pero esas limitaciones exigen un examen estricto cuando conllevan un riesgo de que las relaciones familiares entre el hijo y su progenitor se reduzcan efectivamente<sup>21</sup>.

Ya hemos dicho que el derecho reconocido no es absoluto; por eso la reunión de la familia biológica con niños que han vivido cierto tiempo en una familia de acogida no puede hacerse sin preparación<sup>22</sup>. La naturaleza y extensión de tales preparativos pueden depender de las circunstancias de cada caso, pero exigen siempre pedir a todas las personas afectadas su cooperación activa y comprensiva. Si las autoridades estatales deben estimular esa colaboración, no pueden recurrir sin embargo a la coerción: es necesario tener en cuenta los intereses y los derechos y libertades de las personas mencionadas y, en particular, los intereses de los niños y los derechos que les reconoce el artículo 8. Así, el punto decisivo consiste en saber si las autoridades nacionales han desplegado, a fin de llevar a cabo los preparativos necesarios para la reunión de la familia, los esfuerzos que razonablemente se les pueden exigir en el caso. Corresponde al Tribunal controlar el respeto a esta obligación por las autoridades, reconociendo un cierto margen de apreciación porque el Tribunal se funda en el informe mientras que las autoridades se han beneficiado de una relación directa con los interesados. En el caso *Olsson c. Suecia (II)*, los tribunales suecos insistieron varias veces en que el establecimiento de contactos preliminares adecuados no se concebía sin una buena cooperación entre los servicios sociales y los padres de acogi-

---

<sup>21</sup> Caso *Anayo c. Alemania*.

<sup>22</sup> Esta necesidad de preparación se pone de manifiesto en el caso *Ignaccolo-Zenide c. Rumania*. El Tribunal concluyó que las autoridades rumanas no hicieron los esfuerzos adecuados y eficaces para hacer cumplir el derecho a la devolución de sus hijos del solicitante y con ello se ha violado su derecho al respeto de su vida familiar, garantizado por el artículo 8.

da por una parte y los padres biológicos por otra. Estos últimos, conscientes de que las restricciones a las visitas respondían a la voluntad de los niños, rechazaron aceptar las limitaciones. A la colaboración predicada por los jueces, los padres biológicos prefirieron una actitud de hostilidad permanente: no dejaron de reivindicar el derecho de recibir a los niños en su casa, sin la presencia de los padres de acogida, a sabiendas de que ni los servicios sociales ni los hijos lo iban a consentir. Los servicios sociales intentaron persuadirlos para ir a ver a los niños en sus hogares, ofreciendo ocuparse de los aspectos prácticos y de reembolsar el coste de los viajes y de estancia. El Tribunal de Estrasburgo consideró, por todo ello, que las autoridades estatales no han fallado en su obligación de tomar las medidas necesarias para reunir a los padres biológicos con sus hijos. El mantenimiento en vigor de las limitaciones respecto a la vida familiar no sólo se consideran pertinentes sino también, a la vista de las circunstancias, suficientes<sup>23</sup>.

En el caso K. y T. c. Finlandia, el Tribunal se da cuenta de que se hicieron consultas en orden a determinar si los progenitores serían capaces de mantener contacto con los niños. No hicieron las autoridades estatales, sin embargo, suficiente esfuerzo serio y constante dirigido a facilitar la reunión familiar como podría esperarse a efectos del artículo 8.2, sobre todo porque constituyen el único esfuerzo de las autoridades a tal efecto en los siete años durante los cuales los niños han estado sometidos a una medida de protección. Lo mínimo que cabía esperar de las autoridades era un reexamen de la situación de vez en cuando para ver si ha habido alguna mejora en la circunstancias de la familia. Las posibilidades de reunificación van disminuyendo progresivamente y quedan destruidas si los padres biológicos y los niños no pueden conocerse en absoluto, o sólo se encuentran tan rara vez que ningún vínculo natural es probable que se dé entre ellos. Las restricciones y prohibiciones impuestas al contacto de los solicitantes con sus hijos, lejos de preparar una posible reunificación de la familia, más bien ha contribuido a obstaculizarla. Lo que llama la atención en este caso es la excepcionalmente firme actitud negativa de las autoridades. Sobre esta base el Tribunal considera que ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

En la exigencia de que no tenga lugar un encuentro de forma inmediata y sin preparativos, cuando la reunión entre el progenitor y su hijo se dé después de un cierto tiempo en que el niño haya convivido sólo con el otro, insiste la sentencia dictada en el caso Marie c. Portugal. Nuevamente en este caso el Tribunal se pregunta si las autoridades, en este caso las portuguesas, han adoptado todas las medidas que razonablemente se podían exigir de ellas, para facilitar la ejecución de la decisión de las autoridades francesas que acordaba a favor del padre un derecho de guarda y autoridad parental exclusiva sobre su hijo. Efectivamente en un caso de sustracción internacional de un menor, las mayores dificultades para su restitución se deben al comportamiento del progenitor sustractor, pero las autoridades competentes deben adop-

<sup>23</sup> Ver en este sentido el caso Ignaccolo-Zenide c. Rumania.

tar las medidas adecuadas a fin de sancionar esa falta de cooperación. Si las medidas coercitivas de respeto al niño no resultan adecuadas en este delicado campo, el recurso a las sanciones no debe ser descartado ante el comportamiento ilegal del progenitor con el que vive el niño. Es más, el Tribunal considera que corresponde a cada Estado contratante dotarse de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el cumplimiento de las obligaciones positivas que le incumben en virtud del artículo 8. A pesar del margen de apreciación del que disfruta el Estado demandado, el Tribunal concluyó en este caso que las autoridades portuguesas han omitido la implementación de los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho del demandante al retorno de su hijo, desconociendo así su derecho al respeto de su vida privada garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo.

Es el mismo planteamiento el que encontramos en el caso *Costreie c. Rumania*. La reunión de un progenitor con sus hijos que han convivido durante algún tiempo con el otro progenitor puede requerir preparativos. La naturaleza y el alcance de éstos dependen de las circunstancias de cada caso, pero el entendimiento y la cooperación de todos los interesados son un factor importante. Cuando las autoridades estatales traten de facilitar esa colaboración, el recurso a la coerción no puede ser sino limitado: es necesario tener en cuenta los intereses y los derechos y libertades de las personas, y en particular el interés superior del niño y los derechos protegidos por el artículo 8 del Convenio. En la hipótesis de que los contactos con los padres puedan amenazar a estos intereses o infrinjan esos derechos, corresponde a las autoridades estatales garantizar un justo equilibrio entre ellos. En el caso el punto decisivo consiste en saber si las autoridades rumanas han tomado, para facilitar la ejecución de la decisión de los jueces internos acordando el derecho de visita, todas las medidas que se podían razonablemente exigir de ellas. Cabe recordar que en estos casos, la adecuación de la medida puede juzgarse atendiendo a la velocidad con que se aplica. De hecho, los procedimientos relativos a la patria potestad y el derecho de visitas, incluyendo la ejecución de la decisión, exigen un tratamiento urgente, porque el paso del tiempo puede tener consecuencias catastróficas en las relaciones entre el niño y el progenitor que no vive con él. El Tribunal observa que no se realizó ninguna actividad por las autoridades destinada a crear las condiciones para la ejecución de la decisión impugnada, ni hubo actuación coercitiva respecto de la madre ni acciones preparatorias para facilitar las reuniones entre el padre y sus hijas. La negativa de la madre a permitir el contacto de las chicas con el padre no ha tenido para ella ninguna consecuencia y no se le ha impuesto ninguna sanción tras su negativa a presentar a los niños. Las dificultades en la ejecución de las decisiones judiciales que establecían para el solicitante un derecho de visita sin duda nacieron de la animosidad entre los dos padres. El Tribunal no puede sino admitir la ineficacia de las decisiones o medidas para establecer contactos. En vista de lo anterior, el Tribunal considera que las autoridades competentes no han desplegado esfuerzos razonables para facilitar contactos regulares entre el solicitante y las hijas. En cambio, la inactividad de las autoridades ha obligado al solici-

te a utilizar incansablemente una serie de prolongados recursos y, en última instancia, ineficaces para intentar hacer valer sus derechos.

## V. Algunas cuestiones en relación con el proceso de decisión

La vida familiar puede o debe sufrir injerencias del Estado en orden a la adecuada protección de los menores. Tales injerencias, como hemos señalado, deben estar previstas por la ley y ser legítimas y necesarias en una sociedad democrática. En el proceso de toma de decisión de la medida de protección que supone una intromisión en la vida familiar inciden otros derechos cuyo respeto delimita los márgenes de actuación de los poderes públicos. Debe tomarse en consideración si el proceso para la adopción de la decisión ha sido claro y ha guardado el debido respeto a los intereses que salvaguarda el artículo 8 junto al respeto a otros derechos. En las sentencias estudiadas destacan tres aspectos en relación con el proceso de toma de decisiones: el margen de discrecionalidad de las autoridades públicas, la intervención de los padres en el proceso y la participación del menor como expresión de su derecho a ser oído.

### V.1. Margen de discrecionalidad de las autoridades estatales

Como bien destaca Carrillo Salcedo, el Tribunal a través de su jurisprudencia ha pretendido conciliar los intereses de los individuos con los de la comunidad y en este marco ha elaborado la doctrina del margen de apreciación nacional de los Estados. Esta doctrina juega indudablemente un papel relevante en la jurisprudencia que estamos comentando<sup>24</sup>.

Las autoridades estatales gozan de un margen de apreciación en la decisión de colocar a un niño en acogimiento o bajo tutela de la Administración, separándolo de sus vínculos familiares y cortando sus raíces. Pero, pese a ese margen, las medidas sólo se justifican en circunstancias muy excepcionales: la decisión debe fundarse en consideraciones suficientemente solventes, razones de peso, en interés del menor. El Estado que adopta la medida debe valorar cuidadosamente el impacto que ésta puede tener en el menor y en sus padres<sup>25</sup>. La labor del Tribunal Europeo no es ocupar el lugar de las autoridades estatales competentes en el ejercicio de sus responsabilidades en la regulación de la protección pública de los menores y los derechos de los padres cuyos hijos han entrado en el sistema de protección. Al Tribunal le corresponde revisar con arreglo al Convenio las decisiones adoptadas por las autoridades estatales en el ejercicio de su poder de apreciación<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Carrillo Salcedo, J. A. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Tecnos, 2003, p. 91-94. Advierte Carrillo que es necesario tener presente que, si se desorbita, la doctrina del margen de apreciación puede llegar a poner en cuestión la esencia misma del Convenio.

<sup>25</sup> Saviny c. Ucrania.

<sup>26</sup> Caso Bronda c. Italia y caso Kutzner c. Alemania.

El Tribunal reconoce reiteradamente que las autoridades internas competentes disponen de un margen de apreciación que varía según la naturaleza de las cuestiones en litigio y la importancia de los intereses en juego; aunque se trata de un amplio margen de apreciación, el Tribunal ejerce un riguroso control sobre las restricciones complementarias, como las que se refieren a los derechos y visitas de los padres, a las garantías destinadas a asegurar la protección efectiva del derecho de padres e hijos al respeto a su vida familiar<sup>27</sup>.

Las autoridades del Estado gozan de un margen de valoración. Así, en el caso R. K. y A. K. c. Reino Unido el Tribunal aprecia que M fue separado de sus padres durante siete meses sin que se viera afectada esta decisión por la denuncia de los padres hasta transcurridos más de dos meses. El mayor lapso de tiempo transcurre porque no se identifica un daño concreto. En el tiempo transcurrido antes de que se realizara el diagnóstico correcto, el Gobierno se refirió a los dictámenes de dos médicos, considerando que no existe culpa alguna por no alcanzar un diagnóstico adecuado en el momento en que se producen los primeros daños. Aunque los solicitantes destacaran que uno de estos médicos más tarde fue totalmente desacreditado, el Tribunal considera que no debe juzgar, retrospectivamente, cuál era la mejor práctica médica o la opinión más fiable de los expertos. Había razones suficientes y relevantes para que las autoridades tomaran medidas de protección, tales medidas eran proporcionadas en las circunstancias a fin de proteger al niño y atendieron en los procedimientos de protección a los intereses de los demandantes.

También en el caso Kutzner c. Alemania el Tribunal se refiere al margen de apreciación de las autoridades estatales. Al hacerlo, el Tribunal tiene en cuenta el hecho de que la percepción de la conveniencia de la intervención de las autoridades públicas en la protección de los niños varía de un Estado a otro, dependiendo de factores tales como las tradiciones relativas al papel de la familia y a la intervención del Estado en asuntos de familia y la disponibilidad de recursos para adoptar medidas públicas en este ámbito en particular. Sin embargo, el examen de cuál es el interés superior del niño tiene en cualquier evento una importancia crucial. Además, debe tenerse en cuenta que las autoridades estatales tienen la ventaja del contacto directo con todos los interesados, a menudo en el lugar en que están previstas medidas de protección o inmediatamente después de su aplicación. Se desprende de estas consideraciones que es tarea del Tribunal no sustituir a las autoridades estatales en el ejercicio de sus responsabilidades para la regulación de la protección de los niños y los derechos de los padres cuyos hijos han sido sometidos a protección pública, sino más bien revisar, en virtud del Convenio, las decisiones que las autoridades han tomado en el ejercicio de su poder de apreciación.

Y lo mismo encontramos en el caso Görgülü c. Alemania: Sin duda, afirma el Tribunal, el examen de lo que opera en el interés superior del niño es de crucial impor-

<sup>27</sup> Caso Johansen c. Noruega, Caso Buscemi c. Italia, Caso T. P. y K. M. c. Reino Unido.

tancia en todos los casos de este tipo. Además, debe tenerse en cuenta que las autoridades estatales tienen la ventaja de contacto directo con todos los interesados. El margen de apreciación que se conceda a las autoridades estatales competentes variará de acuerdo con la naturaleza de las cuestiones y la importancia de los intereses en juego. En particular, al decidir sobre la custodia, el Tribunal ha reconocido que las autoridades disfrutaban de un amplio margen de apreciación.

Añade el Tribunal en relación con las valoraciones que deben realizar las autoridades estatales que las autoridades médicas y sociales tienen deberes de protección de los niños y no pueden convertirse en responsables cada vez que se ha demostrado que la preocupación respecto a la seguridad de los niños en el seno de la familia –entre los miembros de su familia–, era equivocada cuando se contemplaba retrospectivamente<sup>28</sup>.

El Tribunal examinará en particular si las conclusiones de las autoridades estatales están basadas en cimientos suficientemente acreditados (informes de las autoridades competentes, asesoramiento psicológico o de otros expertos, notas médicas...) y si las partes interesadas, en particular los padres, han tenido suficientes oportunidad de participar en el procedimiento en cuestión. El Tribunal examinará también, cuando sea procedente, si los niños han podido expresar sus propios puntos de vista<sup>29</sup>.

El margen de apreciación que se concede a las autoridades nacionales competentes variará a la luz de la naturaleza de las cuestiones y la gravedad de los intereses en juego. Así, el Tribunal reconoce que las autoridades disfrutaban de un amplio margen de apreciación en la evaluación de la necesidad de establecer una medida de acogimiento de un niño y debe considerarse satisfecho también cuando existan circunstancias que justifiquen el cese del acogimiento cuando el Estado demandado que lo estableció haya llevado a cabo una evaluación cuidadosa de los efectos de la medida propuesta sobre los padres y el niño, así como de las posibles alternativas de protección pública para el niño. El Tribunal debe investigar si las razones que se han ofrecido para justificar las medidas adoptadas para el disfrute del derecho al respeto a la vida familiar son pertinentes y suficientes en relación con las exigencias del artículo 8. Con cualquier cambio de la protección, se requiere un examen más estricto respecto de las limitaciones establecidas por las autoridades, por ejemplo sobre los derechos de visita, así como otras restricciones impliquen peligro de que efectivamente se reduzcan las relaciones familiares entre los padres y el niño.

Teniendo en cuenta que las autoridades estatales gozan de este margen de decisión y que se encuentran en la posición más adecuada por su cercanía a la situación de que se trate, la tarea del Tribunal Europeo es la de revisar, en virtud del Convenio, las decisiones adoptadas por las autoridades locales en el ejercicio de su poder discrecional pero no sustituirlas en el ejercicio de sus responsabilidades para la pro-

<sup>28</sup> Caso A. D. y O. D. c. Reino Unido. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en el caso Gnahoré c. Francia.

<sup>29</sup> Caso Saviny c. Ucrania.

tección de los niños y los derechos de los padres cuyos hijos han sido tomados bajo protección pública<sup>30</sup>. Y vuelve sobre las características de su tarea en el caso *Görgülü c. Alemania*: no viene a sustituir a las autoridades estatales en el ejercicio de sus responsabilidades en relación con cuestiones de custodia y visitas, sino más bien a revisar, a la luz del Convenio, las decisiones adoptadas por dichas autoridades en el ejercicio de su poder de valoración. El margen de apreciación que se conceda a las autoridades estatales competentes variará de acuerdo con la naturaleza de las cuestiones y la importancia de los intereses en juego. En particular, al decidir sobre la custodia, el Tribunal ha reconocido que las autoridades disfrutaban de un amplio margen de apreciación. Sin embargo, es necesario un control más estricto en cuanto a las limitaciones adicionales, tales como las restricciones impuestas por las autoridades sobre el derecho de visitas y en cuanto a las garantías legales diseñadas para asegurar una protección efectiva del derecho de los padres y los niños al respeto de su vida familiar. Las limitaciones añadidas conllevan el peligro de que las relaciones familiares entre un niño y uno o ambos padres pudieran reducirse efectivamente. Al establecer las limitaciones, las autoridades nacionales deben alcanzar un equilibrio justo entre los intereses del niño y los de los padres y, en el proceso de equilibrio, se debe dar una importancia particular al interés superior del niño que, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede reemplazar a los de los padres.

## V.2. Papel de los padres en el proceso de decisión

Aunque el artículo 8 del Convenio no contiene requisitos procesales explícitos, el proceso que conduce a la toma de decisiones en la adopción de medidas de protección que suponen una injerencia en la vida familiar debe ser justo y garantizar el debido respeto de los intereses protegidos. El Tribunal debe determinar en función de las circunstancias del caso y de la gravedad de las medidas a tomar, si los padres han podido jugar en el proceso de decisión, considerado como un todo, un papel suficientemente importante como para conceder la protección requerida por sus intereses. Si no se ha dado a los padres el papel que les corresponde, se falta el respeto a la vida familiar y la injerencia no se considera necesaria<sup>31</sup>.

Los puntos de vista de los padres biológicos se encuentran necesariamente entre los elementos a sopesar por las autoridades locales para adoptar las decisiones respecto al menor al que asisten, aunque en ciertos casos la participación de los padres en el proceso de decisión resulta irrealizable o vacía de sentido, por ejemplo a causa de la imposibilidad de atenderlos, de una incapacidad física o mental o de una urgencia extrema. Los contactos regulares entre los trabajadores sociales y los padres proporcionan frecuentemente un modo adecuado de conocer la opinión de los

<sup>30</sup> Caso *K. A. c. Finlandia*.

<sup>31</sup> Caso *Hoppe c. Alemania*.

segundos. Debe determinarse, con arreglo a las circunstancias que concurren en cada caso y de la gravedad de las medidas a adoptar, si los padres han podido intervenir en el proceso de decisión, considerado en su conjunto, un papel suficiente para acordar la protección que necesitan sus intereses. Si no han podido jugar este papel, está faltando el respeto a la vida familiar y la injerencia que resulta de la decisión no podría considerarse necesaria conforme al artículo 8 del Convenio<sup>32</sup>. Así pues, aunque el artículo 8 no establece ninguna condición explícita de procedimiento, es necesario que el proceso de decisión de las medidas que suponen una injerencia en la vida familiar sea justo y respete adecuadamente los intereses que protege la norma<sup>33</sup>. En este sentido parece interesante la precisión que hace el Tribunal en el caso *McMichael c. Reino Unido*: Es diferente la naturaleza de los intereses protegidos por artículos 6.1 y 8 del Convenio. Así, el artículo 6.1 ofrece una salvaguarda procesal, es decir el “derecho a un tribunal” en la determinación de los “derechos y obligaciones civiles” de cada persona, mientras que los requisitos de procedimiento del artículo 8 no sólo cubren el procedimiento judicial sino también los procedimientos administrativos, aunque en auxilio del objetivo más amplio de garantizar el adecuado respeto a la vida familiar.

En el caso *Moser c. Austria* el Tribunal se pregunta de si se cumplen los requisitos de procedimiento inherentes en el artículo 8. En primer lugar, el Tribunal observa que el progenitor sólo fue oído una vez por el Tribunal de menores, cuando había comparecido ante los tribunales por su propia iniciativa para dar información sobre su situación. En segundo lugar, el Tribunal observa que el Tribunal de menores se basó en informes que no habían tomado en consideración la opinión de la madre y que ella no había tenido ninguna posibilidad de ser oída. En tercer lugar, el Tribunal observa que la madre no fue asistida por un abogado ante el Tribunal de menores. Se llevó a cabo el recurso sin que se le diera audiencia y no se puede decir que la deficiencia del primer proceso de instancia fue subsanada por la oportunidad de ser oída en los informes en la apelación. El Tribunal considera que el primer solicitante no estuvo involucrado en el proceso de toma de decisiones en un grado necesario para la protección de sus intereses.

A estos efectos de la participación de los padres en el proceso de decisión, el Tribunal considera en el caso *T. P. y K. M. c. Reino Unido* que es esencial que un padre pueda tener acceso a los datos alegados por las autoridades para poner bajo custodia a su hijo con el fin de protegerlo. Todo padre –añade el Tribunal- puede reivindicar un interés a ser informado de la naturaleza y el alcance de las acusaciones de abusos formuladas por su hijo. Es importante que esté en disposición de presentar los elementos de prueba que demuestran su capacidad para proporcionar al menor el cuidado adecuado además de comprender y superar los hechos traumáticos que han

<sup>32</sup> Caso *B. c. Reino Unido*, caso *W. c. Reino Unido*, caso *R. c. Reino Unido*.

<sup>33</sup> Caso *T. P. y K. M. c. Reino Unido*.

impactado a toda la familia. No se trata de un derecho absoluto del progenitor a acceder a cualquier elemento de prueba ya que pueden existir casos en los que la divulgación de las declaraciones del menor pueda ponerle en peligro<sup>34</sup>. Sin embargo, entiende el Tribunal que en caso de existir dudas de si el acceso a los elementos de prueba conlleva un riesgo para el bienestar del menor, la autoridad local debería someter la cuestión al juez para que se pronunciara sobre los problemas en juego. En otro caso, se está privando al progenitor de una participación adecuada en el proceso de decisión relativo a la custodia del menor y, por tanto, de la requerida protección de sus intereses.

El artículo 8 requiere que los tribunales y autoridades locales competentes detallen las razones que motivan la decisión, lo que permite que el padre o tutor participe en la toma de decisiones aunque sea a través de la apelación de las mismas. No basta la mera referencia a la documentación archivada o la información que figura en los apéndices de una decisión pues no proporcionará suficiente orientación a los efectos de una posible apelación y por ello no permite al progenitor una participación suficiente en el proceso de toma de decisiones. Tampoco una vaga descripción general de las consideraciones que han resultado decisivas proporciona suficiente orientación a los órganos de apelación sobre si la medida de protección se ha basado en razones “suficientes” y “relevantes”. Por otra parte, este Tribunal ha considerado esencial que el progenitor se coloque en una posición donde él o ella puedan obtener acceso a la información en que se basan las autoridades para la adopción de medidas de protección. El progenitor puede hacer valer su interés en ser informado de la naturaleza y el alcance de las acusaciones de abuso por su hijo o por personas ajenas a la familia. Esto es importante no sólo para justificar la capacidad de los padres para el cuidado y protección del niño, sino también para permitir a los padres comprender y aceptar acontecimientos traumáticos que afectan a la familia como un todo. Pueden surgir situaciones en las que el progenitor reclame su derecho de obtener información, por ejemplo, de la declaración del niño, pero si tal divulgación puede colocar al niño en situación de riesgo, prima el interés del niño. El derecho de los padres a ser informados no es un derecho absoluto por lo que debe efectuarse un examen minucioso del que pueda concluirse si tal divulgación puede o no colocar al niño en situación de riesgo. Sin embargo, como regla general, la obligación positiva en el Estado contratante de proteger los intereses de la familia requiere que todo el conjunto del material se ponga a disposición a los padres interesados, incluso en ausencia de cualquier solicitud de información por ellos.

En esta misma línea de exigir que sea posible la participación de los progenitores en la toma de la decisión, se pronuncia el Tribunal en el caso *Venema c. Países Bajos*. A juicio del Tribunal, resulta crucial para los padres poder presentar en algún

---

<sup>34</sup> En el caso, había sospechas de que K. M. era víctima de abusos sexuales por parte del compañero de su madre.

momento antes de la adopción de la medida provisional su propio punto de vista. El Comité observa que el informe de la investigación oficial indicaba que la Junta de Bienestar Infantil podría “haber mostrado más creatividad en la búsqueda de una solución que hiciera justicia a los intereses de los padres” y que podría haber sido más completo asesoramiento de la citada Junta al juez de menores. El Tribunal de apelación también observó que habría sido preferible que hubieran participado en una fase anterior los padres en el proceso de toma de decisiones. La ausencia injustificada de participación en el proceso de toma de decisiones para la adopción de la medida provisional les niega la debida protección de sus intereses conforme al artículo 8 del Convenio, en particular su derecho a impugnar la necesidad de la medida solicitada por la Junta de bienestar de Menores. Esa medida constituyó el fundamento de la lamentable separación de los solicitantes y su hija durante un período de cinco meses y dieciocho días. En resumen, las autoridades competentes los hechos consumados a los solicitantes sin justificación suficiente.

### V.3. La opinión del menor

El Tribunal ha considerado que un elemento relevante a la hora de adoptar las decisiones que afectan a los niños y adolescentes es la voluntad del menor. En el caso *Gineitien c. Lituania* los tribunales lituanos habían analizado el interés superior del menor para determinar su lugar de residencia, poniendo especial énfasis en los puntos de vista de los niños que, en las distintas etapas del procedimiento, habían manifestado un fuerte deseo de vivir con su padre. Estos tribunales estatales no habían fundamentado su decisión en la creencia religiosa de la madre introduciendo por ello un elemento de discriminación por razón de la pertenencia a un grupo religioso sino que la opinión de las niñas, unida a la opinión de los expertos respecto a las condiciones poco adecuadas de la vivienda, sirven para basar una decisión que según el Tribunal de Estrasburgo respeta las exigencias del artículo 8 puesto en relación con el artículo 14 del Convenio. También en *Bronda c. Italia* se vincula el interés del menor, un adolescente de catorce años, a la voluntad que expresa con firmeza y constancia de mantenerse en su hogar de acogida y no reunirse con sus abuelos.

Lógicamente la participación del niño debe ajustarse a su grado de madurez. Implícitamente el Tribunal de Estrasburgo lo toma así en consideración en el caso *Elsholz c. Alemania*, en el que la decisión de las autoridades estatales se fundaba en la opinión de un niño de cinco años cuya prevención contra su padre era alimentada por la madre.

## VI. El transcurso del tiempo y sus efectos

Un elemento cuya valoración no puede descuidarse siempre que hay una injerencia de los poderes públicos en la vida familiar en el transcurso del tiempo. Aunque sea brevemente, haremos una referencia a esta cuestión.

### VI.1. Incidencia del transcurso del tiempo en las relaciones familiares

El fin del Convenio Europeo de derechos Humanos consiste en proteger unos derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos. En esta lógica, el Tribunal Europeo considera que el respeto efectivo a la vida familiar impone que las relaciones futuras entre padre e hijo se regulen sobre la base del conjunto de los elementos pertinentes y no por el mero transcurrir del tiempo. En este contexto, afirma el Tribunal en el caso *Bianchi c. Suiza*, la adecuación de una medida se juzga por la rapidez de su puesta en práctica. En efecto, los procesos relativos a la atribución de la autoridad parental, incluida la ejecución de las decisiones adoptadas en esta materia, exigen un tratamiento urgente porque el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre los niños y el progenitor o los progenitores que no viven con ellos.

También en el caso *Costreie c. Rumania* se plantea como decisiva esta cuestión. La adecuación de la medida puede juzgarse atendiendo a la velocidad de su aplicación. De hecho, los procedimientos relativos a la patria potestad y el derecho de visitas, incluyendo la ejecución de la decisión, exigen un tratamiento urgente, porque el paso del tiempo puede tener consecuencias catastróficas en las relaciones entre el niño y el progenitor que no viven con él. El Tribunal observa que no se realizó ninguna actividad por las autoridades destinada a crear las condiciones para la ejecución de la decisión impugnada, ni coercitivas respecto de la madre ni acciones preparatorias para facilitar las reuniones entre el padre y sus hijas.

Efectivamente el Tribunal considera que existe un riesgo elevado de que una interrupción prolongada de los contactos entre padres e hijos o los reencuentros demasiado espaciados en el tiempo comprometen toda seria posibilidad de ayudar a los interesados a remontar las dificultades aparecidas en la vida en familia<sup>35</sup>.

Indudablemente el transcurso del tiempo incide en los efectos que una sustracción internacional produce sobre los menores y condiciona la respuesta del Tribunal. Lo hemos podido ver en el caso *Neulinger y Shuruk c. Suiza*. La evaluación que se lleva a cabo de las circunstancias concurrentes destaca entre todas ellas el efecto que el transcurso del tiempo ha producido sobre el menor consolidando los vínculos con el entorno de la nueva residencia tras la sustracción, entorno que en principio le resultaba ajena.

### V.2. Temporalidad de las medidas

Admitida la injerencia del Estado bajo las condiciones mencionadas, esta intervención no puede prolongarse más allá de lo necesario. Tomar a su cargo a un niño, considera el Tribunal en el caso *E. P. c. Italia*<sup>36</sup>, debe contemplarse normalmente

<sup>35</sup> Caso *Couillard Maugery c. Francia*.

<sup>36</sup> En el mismo sentido en el caso *Johansen c. Noruega*, *Saviny c. Ucrania* y *Vautier c. Francia*.

como una medida temporal que debe suspenderse en cuanto a la situación se preste a ello y todo acto de ejecución debe orientarse al fin último de volver a unir al progenitor natural y al niño. Se considera que hubo violación del artículo 8 porque no se pusieron los medios necesarios para no comprometer de manera definitiva las posibilidades de renovar una relación entre la demandante y su hija. Toda “toma a cargo” debe en principio considerarse como una medida temporal que debe suspenderse en cuanto las circunstancias lo permitan y todo acto de ejecución debe concordar con el fin último perseguido, unir de nuevo al progenitor y el niño. Así se afirma en el caso *Roda y Bonafatti c. Italia*, en cuya sentencia se añade que una interrupción prolongada de contactos entre los progenitores y los hijos o los encuentros demasiado espaciados en el tiempo corren el riesgo de comprometer toda posibilidad cierta de colaborar a superar las dificultades surgidas en la vida familiar. Efectivamente, el paso del tiempo puede tener efectos irreversibles en el equilibrio mental del niño en tanto se ve obligado a vivir en un estado de incertidumbre sobre si finalmente va a vivir con su familia natural o con su familia de acogida<sup>37</sup>.

La temporalidad de las medidas de separación se presenta como una exigencia por el Tribunal Europeo en el caso *K. A. c. Finlandia*. A pesar de que la autoridad de bienestar social sospechaba que sólo la madre había cometido incesto, nunca consideraron seriamente la propuesta del solicitante de suspender la protección pública tras el divorcio. Más de una vez, los trabajadores sociales dijeron al solicitante que la protección pública duraría hasta que los niños alcanzaran la mayoría de edad. Como el Tribunal ha reiterado una y otra vez, una medida de protección pública normalmente debe considerarse como una medida temporal, que se eliminará tan pronto como las circunstancias lo permitan, y las medidas de aplicación de esa protección deben ser coherentes con el objetivo de reunir a los padres naturales y el niño. La obligación positiva de adoptar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente factible comenzará a pesar sobre las autoridades responsables progresivamente cada vez con más fuerza a partir del comienzo del período de protección, siempre guardando un equilibrio con la obligación de tener en cuenta al interés superior del niño. No obstante, si el tiempo transcurrido desde que se adopta la medida de protección se alarga, pueden producirse cambios en la consideración de lo que interesa al niño en relación con la reunión con sus progenitores. Las posibilidades de reunificación se verán disminuidas progresivamente o incluso destruidas si los padres biológicos y los niños no pueden conocerse en absoluto, o sólo contactan muy rara vez de manera que probablemente no surge entre ellos ningún vínculo natural. En este caso, el Tribunal no puede descubrir ningún esfuerzo firme y sostenido por parte de la autoridad de bienestar social, durante los muchos años en que los niños estuvieron bajo tutela, dirigido a facilitar una posible reunificación familiar como podría esperarse razonablemente a los fines del artículo 8.2.

<sup>37</sup> Caso *Bronda c. Italia*.

## VII. Reflexión final

En las páginas que preceden he tratado de presentar los contenidos de esta rica jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el respeto a la vida familiar puesto en relación con la intervención de la Administración en aras de la protección de los menores. Las cerca de cincuenta sentencias analizadas aportan elementos muy interesantes para traducir la formulación general de este derecho humano en la normativa y su aplicación en los Estados. Concretamente, desde mi punto de vista, el legislador español podría tomar buena nota de las exigencias que derivan de esta jurisprudencia en su proyectada reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. La obligación positiva de intervenir en las situaciones de riesgo para evitar el desamparo con la consiguiente separación entre los hijos y sus padres, el mantenimiento de los contactos entre hijos y padres con el fin de permitir la restitución de la vida familiar, la participación de los padres y del propio menor en el proceso, las exigencias de límites temporales en la toma de decisiones están presentes ya en nuestro sistema jurídico, pero su concreción debe mejorarse indudablemente. Estas páginas pueden ilustrar cómo puede llevarse a cabo este desarrollo.