
Tesis doctoral

La delimitación del interés superior del niño ante una medida de protección institucional

María Luisa Santamaría Pérez



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la licència [Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 4.0 Internacional \(CC BY-NC-ND 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia [Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional \(CC BY-NC-ND 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

This doctoral thesis is licensed under the [Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International \(CC BY-NC-ND 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

TESIS DOCTORAL

**La delimitación del interés
superior del niño ante una
medida de protección
institucional**

**María Luisa Santamaría Pérez
2017**

Dra. Carmen María Lázaro Palau, Directora de Tesis

Dra. Liliana Mijancos Gurruchaga, Codirectora de Tesis

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	13
ABREVIATURAS	15
CAPÍTULO INTRODUCTORIO	17
1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN	19
1.1. El surgimiento de la legislación para la protección infantil	20
1.2. El reconocimiento internacional	20
1.3. La respuesta de las autoridades españolas	21
2. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	22
2.1. Objetivos	23
2.2. Acotación del estudio	23
2.3. Metodología	24
3. ESTRUCTURA	25
CAPÍTULO I. EL CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	27
1. LA EVOLUCIÓN DENTRO DEL ÁMBITO JURÍDICO	27
1.1. Aproximación a una noción específica	28
1.1.1. El rango de principio	29
a) <i>Principio General del Derecho</i>	29
b) <i>Principio rector</i>	29
c) <i>Principio inspirador de toda medida que afecte al niño</i>	30
1.1.2. Calificación de “consideración primordial”	31
1.1.3. Norma positiva internacional con consenso universal	32
1.1.4. Cuestión de orden público	34

1.2. Consolidación como concepto jurídico indeterminado	35
1.2.1. Consideración de un derecho constitucional	36
1.2.2. Concepto interpretable y dinámico	39
1.2.3. Materia interdisciplinar	40
1.3. Huida de la indeterminación: norma de procedimiento	41
2. EL MARCO LEGAL EN EL DERECHO ESPAÑOL	42
2.1. Directrices de la Convención de Derechos del Niño	43
2.1.1. El derecho del niño a sus relaciones familiares	46
2.1.2. El derecho del niño a la protección	50
2.1.3. El derecho del niño a una familia alternativa	51
2.2. Ámbito del Derecho de la Unión Europea	51
2.3. Ámbito estatal	55
2.3.1. La Constitución Española	55
2.3.2. La legislación civil	56
a) <i>El Código Civil</i>	59
b) <i>Las leyes específicas en materia de protección infantil</i>	60
c) <i>Otras leyes que afectan a la población infantil</i>	70
3. CONTENIDO DEL CONCEPTO	70
3.1. El entorno más beneficioso para el niño	72
3.2. La garantía de los derechos fundamentales del niño	75
3.2.1. Aspecto positivo: velar por su cumplimiento	75
3.2.2. Aspecto negativo: evitar perjuicios	78
3.3. La vulneración del derecho: la reparación	79
CAPÍTULO II. MARCO LEGAL PARA LA PROTECCIÓN INFANTIL	81
1. ASPECTOS MATERIALES	81
1.1. Figuras jurídicas para la protección infantil	82

1.1.1. La patria potestad	82
a) <i>El respeto a los derechos del hijo, su integridad física y mental</i>	83
b) <i>La responsabilidad parental</i>	87
c) <i>El interés superior del hijo</i>	90
1.1.2. La tutela ordinaria	92
1.1.3. La guarda de hecho	95
1.1.4. La guarda administrativa	97
a) <i>Las circunstancias graves y transitorias para la constitución de la guarda</i>	101
b) <i>La interpretación por los tribunales</i>	102
1.1.5. La tutela administrativa	103
1.2. Medidas de protección ajustadas a la situación del niño	105
1.2.1. La situación de riesgo	105
a) <i>Los indicadores y las situaciones de riesgo</i>	106
b) <i>Las circunstancias determinantes de la situación de riesgo</i>	108
c) <i>El proyecto de intervención social</i>	112
1.2.2. La guarda provisional	113
1.2.3. El desamparo	115
a) <i>Concepto</i>	118
b) <i>El indicador de desamparo</i>	122
c) <i>Tipificación de las causas de desamparo</i>	124
d) <i>Incidencia especial: el abandono del niño</i>	134
e) <i>Situaciones excluidas del desamparo</i>	136
1.2.4. La adopción	139
a) <i>Por voluntariedad de la madre</i>	141
b) <i>Por previo desamparo o guarda voluntaria</i>	143
c) <i>Excepciones a la intervención de la Entidad Pública</i>	144
1.2.5. Otras medidas de protección infantil	146
a) <i>La filiación</i>	146
b) <i>La guarda judicial</i>	147
1.3. La protección infantil asumida por el Estado	149

1.3.1.	Guarda o tutela administrativa: formas de ejercicio	149
	a) <i>El acogimiento residencial</i>	154
	b) <i>El acogimiento especializado, profesionalizado o en hogar funcional</i>	155
	c) <i>El acogimiento en familia extensa</i>	157
	d) <i>El acogimiento en familia ajena</i>	159
	e) <i>La guarda con fines de adopción</i>	165
1.3.2.	Objetivos de la guarda o tutela administrativa	169
	a) <i>Primacía del acogimiento familiar sobre el residencial</i>	170
	b) <i>Minimización de los riesgos de los cambios</i>	172
	c) <i>Actuación conforme al principio de celeridad</i>	174
	d) <i>El respeto por las relaciones fraternas</i>	175
1.3.3.	Efectos de la guarda o tutela administrativa	177
	a) <i>Mantenimiento del vínculo con la familia de origen</i>	178
	b) <i>Suspensión de la patria potestad</i>	181
	c) <i>Incursión en causa legal de privación de la patria potestad</i>	183
	d) <i>Privación y extinción de la patria potestad</i>	185
	e) <i>Recuperación de la patria potestad y conservación de las relaciones posteriores con la familia de acogida</i>	186
1.4.	La obligación legal de protección institucional de la infancia	190
1.4.1.	Funciones administrativas de los entes públicos	191
	a) <i>Apartar al niño de peligros y perjuicios</i>	192
	b) <i>Investigar los hechos y las circunstancias del niño</i>	192
	c) <i>Declarar situaciones de riesgo y desamparo, asumir la guarda provisional y la guarda voluntaria</i>	193
	d) <i>Seleccionar la familia de acogida y la modalidad de acogimiento</i>	194
	e) <i>Regular visitas y comunicaciones</i>	196
	f) <i>Revocar la situación de desamparo y cesar en la tutela o guarda administrativa</i>	197
	g) <i>Promover la privación de la patria potestad y estudiar el pronóstico de imposibilidad de retorno</i>	198
	h) <i>Cesar el acogimiento</i>	199
	i) <i>Declarar la idoneidad del adoptante</i>	201
	j) <i>Elevar propuesta de adopción al juzgado y solicitar facultades de tutela para los acogedores</i>	203
	k) <i>Informar a la Fiscalía</i>	204
1.4.2.	La función del Defensor del Pueblo o del Defensor del Menor	205
1.4.3.	El papel de la Administración de Justicia	206

a) <i>La función de la Fiscalía</i>	207
b) <i>La intervención del poder judicial</i>	209
1.5. La ausencia de normativa legal	210
1.5.1. La necesidad de reglamentación	210
a) <i>El protocolo de actuación</i>	211
b) <i>Las partidas presupuestarias para ejercer funciones de protección infantil</i>	214
c) <i>La derivación de casos entre entes administrativos</i>	217
1.5.2. La previsión del fracaso de las medidas acordadas	218
2. ASPECTOS PROCESALES	219
2.1. Procesos relacionados con medidas de protección infantil	220
2.1.1. Proceso especial de oposición a resolución administrativa en materia de protección infantil	220
a) <i>La reclamación previa en vía administrativa</i>	222
b) <i>La limitación de impugnación</i>	224
c) <i>La caducidad de las acciones</i>	225
2.1.2. Proceso para determinar la necesidad de asentimiento a la adopción	227
2.1.3. Procedimiento de jurisdicción voluntaria	228
a) <i>La adopción</i>	228
b) <i>La tutela ordinaria</i>	232
c) <i>La guarda de hecho</i>	233
2.2. Comparación de los procesos de protección infantil con otros procesos	233
2.2.1. Diferencias entre los distintos procesos de familia	235
a) <i>Tratamiento de los derechos familiares</i>	235
b) <i>Atención al carácter preferente</i>	236
2.2.2. El paralelismo entre la materia de protección infantil y la penal	237
a) <i>El carácter público</i>	237
b) <i>El efecto en los derechos fundamentales</i>	238
2.2.3. Similitudes entre el proceso de oposición a resolución administrativa y el contencioso-administrativo	239

a) <i>La dependencia de los técnicos de la Entidad Pública</i>	240
b) <i>La presunción iuris tantum de los técnicos de la Entidad Pública</i>	241
2.2.4. La coherencia entre el proceso de adopción y el de filiación	242
a) <i>La voluntad de paternidad</i>	244
b) <i>El interés superior del niño en acogimiento</i>	246
2.3. Otras cuestiones procesales	246
2.3.1. La acumulación de procesos y acciones	247
2.3.2. La ejecutividad de las resoluciones judiciales	248
2.3.3. La entrada en domicilio	249
2.4. Reflexión sobre la creación de un juzgado especializado para la protección infantil	249
 CAPÍTULO III. LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CASOS DE PROTECCIÓN	
253	
1. CRITERIOS GENERALES	254
1.1. La consideración del orden público	255
1.2. La flexibilización de presupuestos procesales	259
1.2.1. Los principios procesales en materia de prueba	261
a) <i>La ausencia de prueba</i>	262
b) <i>Las presunciones implícitas y legales</i>	266
c) <i>La valoración de la presunción iuris tantum de los técnicos de la Entidad Pública</i>	268
1.2.2. La admisión de recursos	272
1.3. Niveles de concreción	280
1.3.1. El establecimiento de criterios orientativos	281
1.3.2. La atención al caso concreto	286
2. CRITERIOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN INFANTIL	288
2.1. La permanencia en acogimiento frente al retorno a la familia de origen	289

2.1.1.	La existencia de desamparo	289
2.1.2.	La evolución posterior al desamparo	291
2.1.3.	La ponderación del interés superior del niño	292
2.2.	La determinación del desamparo	294
2.2.1.	El reconocimiento tácito del desamparo	295
2.2.2.	El reconocimiento expreso del desamparo	296
2.2.3.	Los hechos constitutivos de desamparo	297
	a) <i>Los indicadores excluidos en la ley</i>	298
	b) <i>Los motivos recogidos por el Tribunal Supremo</i>	303
2.3.	Los motivos de internamiento en centros de protección	307
2.3.1.	La ausencia de acogimiento familiar de urgencia	309
2.3.2.	El objetivo de reinserción en la familia de origen	311
	a) <i>Evitar los vínculos afectivos en familia ajena</i>	312
	b) <i>Hacer frente a la negativa del niño</i>	318
2.3.3.	El acoplamiento a una familia ajena	321
	a) <i>Favorecer la desvinculación de la familia de acogida</i>	322
	b) <i>Hacer frente a la negativa del acogedor</i>	324
2.3.4.	La inactividad de las instituciones	325
2.4.	El cese del acogimiento familiar por decisión de la Entidad Pública	327
2.4.1.	Oposición por parte de los padres	327
2.4.2.	Oposición por parte del acogedor	328
	a) <i>La potestad de la Entidad Pública</i>	329
	b) <i>La convivencia con un hermano</i>	335
2.5.	El derecho de relaciones personales	338
2.5.1.	La convivencia	339
	a) <i>Los hermanos</i>	339
	b) <i>La familia extensa</i>	341

2.5.2. Las visitas	342
a) <i>La legitimación para la suspensión</i>	343
b) <i>Los criterios materiales para la suspensión</i>	343
3. LA PROBLEMÁTICA EN LA DELIMITACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	346
3.1. La ausencia de doctrina jurisprudencial	346
3.1.1. El desamparo	347
3.1.2. El cese del acogimiento por decisión de la Entidad Pública	351
3.1.3. El régimen de visitas	354
3.2. La discriminación del niño sujeto a medidas de protección	355
3.2.1. El interés superior del niño tutelado frente al del niño no tutelado	355
3.2.2. El interés superior del niño tutelado frente a la modalidad de acogimiento establecida	357
3.3. Las relaciones de convivencia desde el punto de vista constitucional	358
3.3.1. La doctrina constitucional sobre las relaciones familiares	360
3.3.2. El vínculo jurídico de las relaciones de convivencia	363
3.3.3. La filiación en casos de reproducción asistida	365
a) <i>El consentimiento</i>	365
b) <i>La posesión de estado</i>	366
3.3.4. La situación del niño nacido mediante maternidad subrogada	368
a) <i>La postura de las autoridades españolas</i>	368
b) <i>Los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	369
3.3.5. la voluntad de permanencia de la relación en caso del acogedor	372
a) <i>El acogimiento permanente</i>	373
b) <i>La tutela ordinaria</i>	373
c) <i>La adopción</i>	374

CAPÍTULO IV. LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN INFANTIL	379
1. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO	379
1.1. Los motivos y su demostración	380
1.1.1. Pobreza y marginalidad	380
1.1.2. Deficiencias y problemas de los padres	384
a) <i>Circunstancias personales</i>	384
b) <i>Falta de entendimiento con la Administración</i>	387
1.1.3. Las sospechas	389
1.1.4. Efectos adversos sobre el niño	390
1.2. La identificación con la legalidad	394
1.2.1. Las condiciones legales para la existencia de desamparo	395
1.2.2. La distinción con la guarda voluntaria	396
1.2.3. La oportunidad de retorno	397
1.2.4. La obtención de datos para sustentar el desamparo	399
a) <i>Datos obtenidos de forma fraudulenta</i>	399
b) <i>Datos aportados de forma extemporánea</i>	400
c) <i>Datos sobre los hermanos</i>	401
1.3. La impugnación	402
1.3.1. La ausencia de impugnación	402
1.3.2. La solicitud de medidas cautelares	405
1.3.3. Las demoras procesales	406
1.3.4. La intervención del equipo psicosocial	407
2. LA ELECCIÓN DE LA MODALIDAD DE ACOGIMIENTO	408
2.1. Los criterios determinantes en el momento de la separación familiar	410
2.1.1. La edad y los problemas de conducta	411

2.1.2. La posibilidad de retorno	412
2.2. La evolución posterior de las circunstancias del niño y su familia	413
2.3. El cambio de modalidad	414
3. LAS VISITAS	421
3.1. El régimen inicial	421
3.2. La modificación	422
3.3. La suspensión	424
3.3.1. La forma de notificación	424
3.3.2. Las causas	425
4. LA FINALIZACIÓN DE LA TUTELA	429
4.1. La decisión de retorno del niño a la familia de origen	429
4.1.1. El acto administrativo y su legalidad	430
4.1.2. La ratificación judicial	431
4.2. La decisión de no retorno del niño a la familia de origen	432
4.2.1. Las pruebas conducentes a la decisión	433
4.2.2. El apartamiento de la ley	437
5. LA PONDERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	442
5.1. La falta de garantías de los derechos del niño	443
5.1.1. El impedimento de las relaciones familiares	443
5.1.2. La provocación de perjuicios	448
5.2. La introducción de nuevos elementos por parte de la Entidad Pública	460
5.2.1. La necesidad de dotar de mecanismos de preferencia al procedimiento	461
5.2.2. La justificación de una jurisdicción con <i>vis attractiva</i>	463

CAPÍTULO V. LAS PROPUESTAS PARA LA DELIMITACIÓN DEL INTERÉS

SUPERIOR DEL NIÑO EN CASOS DE PROTECCIÓN	465
1. EL ÁMBITO LEGAL	465
1.1. La reducción de figuras y medidas de protección	466
1.2. La fijación de límites al desamparo	468
1.2.1. La conceptualización material	469
1.2.2. El control probatorio	470
a) <i>La fase de aseguramiento de la prueba</i>	470
b) <i>La limitación de pruebas de la Entidad Pública</i>	472
1.3. La posibilidad de retorno a la familia de origen	474
1.3.1. La inviabilidad de retorno	475
1.3.2. La decisión de retorno	476
1.4. La regulación de visitas	477
1.5. La prohibición de la actuación administrativa	477
1.5.1. El internamiento en centro institucional	478
1.5.2. El cambio de titularidad en la guarda del niño	479
2. LA UNIFICACION DE CRITERIOS SOBRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	480
2.1. La evolución en la consideración del interés superior del niño	481
2.1.1. Los errores en la determinación del interés superior del niño	482
2.1.2. La indefinición del desamparo	485
2.1.3. La postura administrativa	489
2.1.4. El inicio del retroceso en el poder administrativo	495
2.2. La diferencia de criterios	496
2.2.1. Criterios generales	496
2.2.2. Estrategias utilizadas por las Entidades Públicas	498
2.2.3. Criterios para la satisfacción de las necesidades básicas del niño	499

2.3. El cambio de modelo de protección	501
2.4. Evitar la fractura social	505
CONCLUSIONES	509
BIBLIOGRAFÍA	517
ANEXO	A1

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi agradecimiento a la directora de esta tesis Carmen María Lázaro Palau y a la codirectora Liliana Mijancos Gurruchaga y, como no, a mi familia, tan importante para mí como para un niño. No quiero olvidar a las personas y abogados que me han confiado sus casos ni a mis familiares y amigos quienes han conocido y apoyado mi lucha por la causa de la protección infantil.

ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
A.E.N.	Asociación Española de Neuropsiquiatría
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
AFDUC	Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña
AIN	Año Internacional del Niño
AP	Audiencia Provincial
AR	Acogimiento Residencial
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil de Alemania)
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CAD	Centro de Atención a las Drogodependencias
CAIF	Centro de Atención Integral a la Familia
CC	Código Civil
CCAA	Comunidad Autónoma o Comunidades Autónomas
CDN	Convención de Derechos del Niño
CE	Constitución Española
CEE	Consejo Escolar del Estado
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer)
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CLH	Convención de La Haya
COPIB	Código Oficial de Psicólogos de las Islas Baleares
CP	Código Penal
DGAIA	Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència
DS	Derecho y Salud
EAIA	Equips d'Atenció a la Infància i l'Adolescència

EITAF	Equipos de Intervención Técnica de Apoyo a la Familia
FJ	Fundamento Jurídico
GG	Grundgesetz (Constitución de Alemania)
GIFI	Grupo de Investigación en Familia e Infancia
IBAS	Institut Balear d'Afers Socials
IMAS/ I.M.A.S.	Institut Mallorquí d'Afers Socials
IML	Instituto de Medicina Legal
ISN	Interés Superior del Niño
JPI	Juzgado de Primera Instancia
JPII	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGTB	Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
LDOIA	Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña
LOSPIA	Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
LPA	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LSPIA	Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
MENA	Menores Extranjeros No Acompañados
MINA	Menores Inmigrantes No Acompañados
ODDM	Oficina de Defensa de los Derechos del Menor (CCAA de las Islas Baleares)
O. M. S.	Organización Mundial de la Salud

ONU	Organización de Naciones Unidas
OPM	Oposición a resolución administrativa en materia de Protección a la infancia
OSI	Oficina de Señalamiento Inmediato
RAE	Real Academia Española
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RJ	Repertorio Jurisprudencia
RTC	Repertorio Tribunal Constitucional
S.A.	Sociedad Anónima
S.T.C.	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UBA	Universidad de Buenos Aires
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund (Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia)

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

En la presente tesis, por razones de simplificación, se utilizará el sustantivo genérico “niño” para hacer referencia a la primera acepción que la RAE ofrece sobre dicho concepto, en que se identifica con la persona “que está en la niñez”. En cuestiones que afecten de forma singular a las niñas, se aludirá específicamente a ellas, actuando del mismo modo, en caso de que se trate de algún asunto propio de los adolescentes.

Realizada la anterior aclaración, procede indicar que esta tesis se centra en estudiar las condiciones para que la vida de un niño sea lo más digna posible dentro del ámbito en que se desenvuelve su existencia. El enfoque que se ofrece es jurídico aunque sin olvidar que el valor inherente del ser humano infantil proviene del respeto a su entorno social, su familia, su cultura, sus relaciones afectivas y sus condicionantes psicológicos.

El “interés superior del niño” (ISN en adelante) es el concepto jurídico acuñado por la comunidad internacional, de tal manera que cuando se alcanza, se logra preservar la integridad de la dignidad infantil. La dificultad radica en discernir, ante ciertas situaciones y vivencias difíciles para un niño, en qué modo se alcanza el y quien es responsable de decidir cual es el interés superior de ese concreto niño.

1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El ISN es un concepto reciente que, a pesar de ello, ha tenido presencia en la sociedad desde la antigüedad, pues en todo tiempo y espacio, las familias han asumido el cuidado y la protección de sus niños, ofreciéndoles lo mejor que su cultura, su civilización y sus posibilidades económicas les permitía. Históricamente la familia ha sido considerada la célula esencial para el desarrollo infantil en todos sus aspectos, tanto vitales como circunstanciales o culturales. Por ello, el concepto del ISN ha estado presente en la conciencia ciudadana, y nunca se ha puesto en duda, que éste es crecer y desarrollarse en

su propia familia, considerada ésta como su familia natural o aquella en la que ha nacido, siempre y cuando esa sea la voluntad de los padres y no corra ningún peligro la integridad del hijo.

1.1. El surgimiento de la legislación para la protección infantil

A finales del siglo XIX, a través del conocido caso de la niña neoyorkina Mary Ellen Wilson, maltratada visiblemente por sus padres, se planteó la necesidad de establecer leyes que protegieran a los niños de sufrir abusos en su propio entorno familiar. En caso de que tal eventualidad ocurriera, el ISN había de cambiar drásticamente, pues ya no debía ser el de permanecer en su familia, sino el de tener una familia alternativa que le ofreciera el cuidado que la suya no le proporcionaba. A partir de ahí, aun con los retardos inherentes a la propia persistencia de las leyes, la mayoría de países fue desarrollando legislación para la protección infantil. España fue uno de ellos. Desde entonces se han ido detectando, lamentablemente, nuevas formas de abusos contra la población infantil, tal como la explotación sexual y laboral con la consiguiente dificultad de acceso a la educación, el tráfico de niños o las graves negligencias parentales que impiden a sus hijos mantener unas condiciones de vida saludables y aceptables para la sociedad en la que se encuentran. Todas ellas representan experiencias infantiles claramente contrarias a su interés superior.

1.2. El reconocimiento internacional

Tras el importantísimo derecho del niño a ser protegido, la identificación y concreción de los derechos de los niños ha sido creciente, pues cabe admitir que no siempre han tenido el mismo grado de reconocimiento y protección como el que han alcanzado en la actualidad, en que se reconoce que el niño es sujeto de derechos propios, que deben ser respetados, y no mero objeto de protección. Todo ello se encuentra recogido en la Convención de Derechos del Niño (CDN en adelante) que, en su calidad de tratado internacional, va dirigida a los niños que viven, o se encuentran, en cualquiera de los países que la han ratificado, entre los que figura España. Con este reconocimiento, debería haber quedado atrás la acepción de “menor” para referirse al niño. Sin embargo,

en España persiste el concepto de “menor” en el ámbito de protección en el que cada uno lleva asociado un expediente administrativo y, eventualmente, judicial; al que se otorga mayor importancia que a los propios derechos personales del niño al que se refiere. Ello conlleva, a su vez, que se utilice el concepto del “interés superior del menor” en lugar del “interés superior del niño”, o que se hable del “sistema de protección de menores”. En este trabajo se evitará toda referencia al “menor” en atención al respeto que merece la persona del niño.

Ciertamente, la CDN destaca muchos derechos infantiles que, debido al grado de desarrollo alcanzado por España y su ausencia de conflictos bélicos, se encuentran garantizados para todos los niños del país y no son, en general, objeto de controversia. Entre dichos derechos figura el derecho a la educación o al disfrute de servicios sanitarios, entre otros. Por supuesto, ello no obsta a que pueda haber casos excepcionales de vulneración de esos derechos en los niños.

Sin embargo, la CDN muestra, por un lado, que toda decisión que afecte a un niño debe tomarse en virtud de su mayor interés y, por otro lado, destaca como primordiales los derechos de relación y convivencia de cualquier niño con los distintos miembros de su familia y como esencial la sustitución de su familia por otra, a través de una oportuna intervención institucional, cuando la familia de origen no cumple adecuadamente las funciones protectoras hacia la persona del hijo o entorpece su desarrollo. Es necesario, en este punto, aclarar que por “medida de protección institucional” se entenderá, en el contexto del presente trabajo, aquella por la cual se establece una vigilancia, para que el niño se encuentre adecuadamente atendido en el entorno familiar, es decir, se adopta una visión limitada del concepto de “medida de protección”, pues existe una visión amplia de ese concepto que se refiere a toda política pública destinada a tratar con deferencia los derechos del niño o referirse expresamente a ellos.

1.3. La respuesta de las autoridades españolas

La CDN muestra una especial atención a los objetivos de protección infantil, en cuyo logro pretende la implicación de todas las instituciones del Estado con el debido respeto a los familiares del niño. Con este objetivo, las autoridades españolas han dedicado

importantes esfuerzos que han desembocado en el establecimiento de un sistema global para la protección infantil en que se encuentran implicados todos los poderes públicos, desde el legislativo, con el desarrollo legal para identificar y hacer frente a situaciones de desprotección del niño, pasando por el ejecutivo que se ocupa de llevar a cabo las acciones de protección determinadas en la ley mediante las oportunas decisiones administrativas, hasta el poder judicial que cierra el sistema dotándolo de la debida seguridad jurídica y control de la discrecionalidad o posible arbitrariedad administrativa.

2. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

Tras un tiempo razonable de funcionamiento del moderno sistema de protección español, se observa que los colectivos afectados han empezado a cuestionar la legitimidad de dicho sistema cuando interviene en familias de pocos recursos económicos y separa a padres e hijos para procurar a éstos mayor calidad de vida desde el punto de vista material, olvidando, muchas veces, las necesidades afectivas del niño. Del mismo modo, dichos colectivos denuncian la falta de garantías jurídicas en la defensa de lo que consideran derechos de sus hijos u otros niños de la familia. En efecto, las discrepancias de padres afectados respecto del sistema de protección son numerosas y van dirigidas principalmente a los entes administrativos, a los que atribuyen graves deficiencias. Ahora bien, cabe pensar que el descontento de los padres es razonable dado el enorme impacto que la separación de sus hijos produce en sus vidas y, en consecuencia, cabe considerar que puede no ser indicativo de la disfunción del sistema, sino más bien del efecto negativo que les provoca. Por este motivo se requiere una investigación de tales críticas que revele la realidad de los hechos.

En España más de 40.000 niños permanecen bajo la tutela del Estado, de los cuales alrededor del 40% residen en centros institucionales, mientras que el resto vive en familia sustituta. Los niños internados ascienden, en números absolutos, a una cifra cercana a los 14.000 (Fuente: observatorio de la infancia). Respecto de éstos, se hace necesario cuestionar cuál es su interés superior y si, realmente, no hay mejores alternativas para ellos. Otro hecho que induce a reflexión es que muchas familias adoptantes españolas prefieren la adopción internacional sin plantearse siquiera la posibilidad de la adopción nacional, de tal modo que alrededor del 90% de los niños adoptados anualmente provienen

del extranjero, a pesar de existir muchos niños en España necesitados de una estabilidad familiar.

2.1. Objetivos

A la vista del descontento sobre el sistema de protección infantil, resulta imprescindible plantear un profundo análisis de los aspectos jurídicos que presentan las situaciones denunciadas por padres, y también acogedores, adoptantes e, incluso, niños extutelados cuando alcanzan la vida adulta, con el fin de esclarecer si tienen algún fundamento o, por el contrario, responden a auténticas medidas de protección que redundan en el interés superior de los hijos, a pesar de que los adultos denunciantes puedan sentirse perjudicados.

El objetivo principal del estudio pretende esclarecer si aquellos niños que entran en contacto con el sistema de protección, en cualquiera de sus niveles, alcanzan su interés superior. Para ello, es necesario hacer frente a una serie de objetivos o cuestiones secundarias. En primer lugar, es necesario identificar con claridad el concepto del ISN. En segundo lugar, resulta pertinente plantear la necesidad del sistema de protección infantil, identificar a qué grupo de niños va dirigido y qué necesidades infantiles pretende cubrir, ponderando si éstas no pueden ser adecuadamente satisfechas fuera del sistema de protección. Por último, se pretenden evaluar las diferencias existentes entre las decisiones judiciales que afectan a los niños inmersos en el sistema de protección y aquellos que no lo están con el fin último de delimitar el contenido del ISN que iguale el tratamiento que reciben todos los niños en el ámbito judicial.

2.2. Acotación del estudio

El estudio planteado puede resultar realmente amplio, por lo que resulta pertinente su acotación. Así, el presente trabajo pretende analizar únicamente las medidas de protección para niños y adolescentes no delincuentes, ya que los menores de edad transgresores requieren de unas medidas diferentes, con la inversión en recursos que no son adecuados para niños no delincuentes, tales como los llamados centros de reforma,

entre otros. Tampoco se aborda la problemática de los niños con problemas de conducta, aunque éstos no sean delincuentes pues requieren también de medidas específicas.

Otra delimitación del trabajo supone excluir el estudio de la adopción internacional ya que, si bien se considera una medida de protección, opera sobre niños extranjeros, por lo que la tesis trata solo sobre cuestiones de protección de niños españoles o residentes en España. Respecto de los llamados MENA (Menores Extranjeros No Acompañados) o MINA (Menores Inmigrantes No Acompañados) no se hace ninguna distinción entre ellos y los niños que tienen padres y familiares, por lo que la casuística que pueda afectar a los primeros de forma singular quedará al margen del estudio, sin perjuicio de su mención a efectos comparativos.

2.3. Metodología

Desde el punto de vista metodológico, planteadas las anteriores cuestiones, la tesis se centra en analizar una serie de cuestiones utilizando en la investigación distintos enfoques según el objetivo perseguido.

En la identificación del concepto del interés superior del niño se ha utilizado una metodología documental que ha permitido adquirir un conocimiento preciso de lo que es y debe ser este concepto, así como su tratamiento en distintos países.

El análisis de la legislación vigente en materia de protección infantil se ha realizado mediante una metodología explicativa, tratando de resaltar sus bondades, desvelar sus lagunas y proponer posibles mejoras que redunden en el interés superior de los niños a los que la citada legislación es aplicable. En esta exploración legal se ha intentado descubrir el motivo de la literalidad de la ley, así como las pretensiones del legislador, valorando sus aciertos o desaciertos desde una perspectiva constructiva que permita una reforma positiva del sistema desde el punto de vista legal.

El estudio resultaría insuficiente si no se analizara la aplicación de la ley a casos reales y la interpretación que ha hecho la jurisprudencia sobre cada una de las situaciones legales en que puede encontrarse un niño con la correspondiente delimitación de su

interés superior y sus consecuencias. Este análisis jurisprudencial se ha realizado desde un punto de vista comparativo tratando de averiguar similitudes y diferencias entre el tratamiento ofrecido a los niños que se encuentran sometidos a una medida de protección y aquellos otros que no lo están, cuya situación llega al ámbito judicial, por lo general, pro conflictos entre los adultos de su familia o que, de algún modo, le son afines.

Puesto que tanto la ley como la jurisprudencia muestran la enorme relevancia que se otorga a la intervención administrativa en materia de protección infantil, es necesario también estudiar cómo las Entidades Públicas de protección consideran el ISN, cómo aplican la ley y qué datos presentan ante los juzgados para que éstos los valoren como pruebas, establezcan la relación del fallo con los hechos expuestos y, en definitiva, delimiten el interés superior de los niños afectados por las resoluciones de protección dictadas. Para ello ha sido necesario acceder a los expedientes administrativos de casos concretos, lo que ha supuesto la verdadera dificultad para la realización de este estudio, ya que ni siquiera los propios usuarios pueden obtener sus expedientes. El único modo de acceso a éstos ha sido a través de los abogados de los usuarios que han presentado demandas en contra de las medidas de protección establecidas sobre sus hijos o familiares. En este sentido, se ha realizado una cuidadosa selección de expedientes, en que se ha solicitado consentimiento otorgado por escrito para la revelación de los datos personales de los demandantes. En este sentido, puede incluirse esta parte de la tesis en un estudio experimental o casuístico.

3. ESTRUCTURA

Desde el punto de vista estructural, se ha estimado conveniente dividir la exposición en cinco capítulos a través de los cuales se realiza una revisión completa del sistema de protección en relación al ISN.

El primer capítulo está dedicado al estudio del concepto del ISN del que pueden extraerse resultados aplicables a todos los niños, con independencia de sus específicas circunstancias, por lo que deberán considerarse, concretamente, para los niños sujetos a medidas de protección. Por supuesto, el hecho de que un niño se encuentre bajo una medida protectora, requiere criterios especiales para delimitar su interés superior, aunque

no por ello desconsiderar aquellos criterios aplicables a la generalidad de los niños, especialmente los relativos a la familia.

En el segundo capítulo se aborda el papel del poder legislativo en el ámbito de la protección infantil. Se encuadran en él, tanto las medidas de protección infantil legalmente reguladas en España, como la intervención administrativa para lograr el objetivo de protección teniendo en cuenta que la atención al ISN es una máxima de la legislación en esta materia. A lo largo del capítulo se identifican lagunas legales, mejoras y soluciones para resolver los problemas que plantea la legislación vigente.

El tercer capítulo está dedicado al análisis de la jurisprudencia de los asuntos de oposición a resoluciones administrativas en cuestión de protección infantil, es decir, la tarea del poder judicial en el ámbito de interés. En él se exponen y comentan los criterios unificadores del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y, en aquellos supuestos en que no existe tal criterio, las diferencias entre las resoluciones dictadas por las distintas Audiencias.

El cuarto capítulo describe el papel del poder ejecutivo (la Administración) y el efecto de sus decisiones sobre los distintos sujetos que adquieren relevancia ante una medida de protección, así como la evaluación de la propia intervención administrativa. A los efectos de destacar el papel de cada una de las personas implicadas se exponen una serie de casos concretos en que ha intervenido el sistema de protección. A través de ellos se identifican los aspectos que han planteado problemas en la intervención administrativa y se proponen posibles soluciones.

El quinto capítulo concreta una propuesta de *lege ferenda*, en la que se plantea la incorporación al sistema de protección de las mejoras y soluciones expuestas en capítulos anteriores, con el objetivo de que el logro del ISN sea una realidad tangible para los niños que entran en contacto con el citado sistema de protección.

CAPÍTULO I. EL CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La acuñación del término compuesto “interés superior del niño” vino a establecer la ruptura entre la concepción del niño como objeto de especial protección y cuidado por parte de los adultos a aquella otra en que se considera al niño sujeto de derechos propios, actualmente vigente¹.

La primera declaración de derechos del niño se adoptó en Ginebra el año 1924, pero en el contenido de dicha escueta declaración se aprecia cómo la intención no era realmente formular derechos inherentes al niño, sino más bien poner énfasis en los deberes de los adultos hacia los niños². Además, en ese momento no se menciona el concepto del ISN aunque ya se había hecho presente en las legislaciones de algunos países europeos.

1. LA EVOLUCIÓN DENTRO DEL ÁMBITO JURÍDICO

El concepto del ISN empezó a hacerse visible en algunos ordenamientos jurídicos, como el francés, a finales del siglo XIX³ aunque no con las connotaciones que ha adquirido en

¹ “es fundamental proceder a una reconstrucción ideológica del principio del interés superior del niño partiendo del menor como persona, como sujeto de derechos, como la mayor riqueza de nuestra sociedad; no únicamente como un diamante en bruto que en un futuro será pulido y tendrá una increíble cotización, sino como un valor de presente, como una realidad a tener en cuenta aquí y ahora, sin olvidar, en ningún momento, la dignidad de cada persona por el mero y simple hecho de serlo.” (RAVETLLAT, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, nº 2, 2012, p. 92).

² *Vid.* Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 <http://www.humanium.org/es/ginebra-1924/> [consultada el 14 de septiembre de 2016].

³ “En Francia, sin ir más lejos, la evolución de su normativa civil desde mediados del siglo XIX revela la clara voluntad del legislador galo de hacer del interés de la persona menor de edad un concepto abstracto elevado al rango de principio general del derecho. Y es precisamente en el Derecho civil francés donde aparece por vez primera y de forma más evidente esta cláusula jurídica, concretamente en las leyes que vinieron a limitar la figura de la patria potestad (Ley de 24 de julio de 1889). En consecuencia, un siglo antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el ordenamiento jurídico francés ya era posible encontrar numerosas referencias al principio del interés superior del niño en la regulación de materias tales como el derecho a la identidad (nombre y apellidos), la filiación biológica y adoptiva y,

la actualidad. En los ordenamientos jurídicos de otros países fue necesario esperar algún tiempo más para que este concepto fuese considerado en sus legislaciones. Ya entrado el siglo XX se introduce un concepto muy similar en la legislación británica⁴ y en la segunda mitad del mismo siglo, en la italiana⁵ y la alemana⁶. En España habría que esperar a finales del siglo XX para que el ordenamiento jurídico integrara el concepto en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se equipararon los distintos tipos de filiación y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en la que se estableció un nuevo régimen de adopción y se introdujo la figura del acogimiento en el Derecho español. Ambas leyes refieren el “interés del hijo” o “interés del adoptado”, según sea el caso, en la toma de decisiones.

La evolución a lo largo del tiempo ha ido mostrando una relevancia creciente del concepto del ISN, apreciándose la tendencia a expresar una mayor concreción y delimitación del término.

1.1. Aproximación a una noción específica

A partir de la presencia y atención por el ISN en los ordenamientos jurídicos europeos, se han ido sucediendo distintas calificaciones teóricas sobre la esencia del concepto en que todas ellas comparten un ánimo común que no es otro que el de tomar decisiones acertadas para el desarrollo de la vida del niño. Cabe destacar la relevancia de los instrumentos internacionales en la expresión del ISN, especialmente en lo que se refiere a las obligaciones impuestas a los Estados.

naturalmente, todo lo referente a la autoridad parental.” (RAVETLLAT y PINOCHET, “El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho Civil chileno”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 3, 2015, p. 907).

⁴ “en el Reino Unido el *welfare principle* (principio del bienestar) fue incorporado en la *Common Law* a principios del siglo XX como una consideración primordial (*paramount consideration*) a tener presente en los supuestos de custodia. La legislación inmediatamente subsiguiente no pudo sino reflejar esa misma visión. Así se puso de manifiesto en la *Guardianship of Infants Act* de 1925 en la que expresamente se estatuye que “*in making decisions relating to the custody and upbringing of children, the courts should make the child’s welfare the first and paramount* (la primera y primordial) *consideration.*”” (*Ibidem.*).

⁵ “En Italia, por su parte, la noción del interés superior del niño empezó a ser empleada a partir de la Ley de adopción de 1967, en la que la alusión a este principio sirvió para contrastar y poner fin a caducos y denostados prejuicios e incrustaciones culturales todavía presentes en el derecho transalpino de la época.” (*Ibidem.*).

⁶ “la doctrina alemana se ha centrado en el estudio del «interés del menor» desde los primeros años setenta” (DE TORRES, “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Anuario de Derecho civil*, Vol. 59, N° 2, 2006, p. 676).

1.1.1. El rango de principio

Existe unanimidad al considerar que el ISN es un principio, aunque dada la generalidad del término, cabe destacar el peligro de que esté más orientado a priorizar intereses adultos o, incluso, institucionales, que infantiles⁷.

a) *Principio General del Derecho*

El primer sentido que se ofreció al término del ISN se aprecia en la legislación francesa del siglo XIX, ya citada, en que se le confirió la denominación de *concepto abstracto elevado al rango de principio general del derecho*⁸. Sin embargo, como tal concepto abstracto, era insuficiente para expresar un contenido que sirviese razonablemente de orientación al operador jurídico o al técnico que hubiese de tomar una decisión sobre el niño.

b) *Principio rector*

En la Declaración de los Derechos del Niño de 1959⁹ el concepto del ISN aparece como “principio rector” para los responsables de la educación y orientación del niño, el cual incumbe principalmente a los padres. Así expresado, no puede entenderse que los poderes públicos queden excluidos de contemplar el ISN como guía de sus políticas sobre infancia, si bien es cierto que la literalidad del texto tampoco permite deducir ese compromiso con total claridad. Por ello, el Comité creado en la posterior Convención de

⁷ “en la legislación española y catalana y en otros textos sobre infancia, si bien se menciona el “interés superior del *menor*” como principio inspirador y rector de las decisiones que afectan a niños y niñas, su contenido no se explicita, dejando su interpretación y aplicación a criterio de profesionales de distintas administraciones quienes, frecuentemente, desde una posición adultocéntrica, subordinan el “interés superior” a los *derechos* de padres, madres y/u otras personas adultas responsables de su cuidado. Finalmente mostraremos, a través de dos casos recogidos en nuestro trabajo de campo, ejemplos de esas formas de interpretación y aplicación del principio, en las que en la tensión entre la niñez como *objeto* de protección y como *sujeto* de derechos se opta por la primera, así como por priorizar los derechos de las personas adultas sobre los de los niños y niñas.” (MARRÉ y SAN ROMÁN, “El “interés superior” de la niñez en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones”, *Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Vol. XVI, Nº 395 (9), 2012), <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-395/sn-395-9.htm>, [Consultada el 14 de septiembre de 2016].

⁸ RAVETLLAT y PINOCHET, *op. cit.*, p. 907.

⁹ *Vid.* Declaración de los Derechos del Niño de 1959 <http://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/> [Consultada el 14 de septiembre de 2016].

Derechos del Niño de 1989¹⁰ (CDN en adelante), se encargó de aportar luz a este asunto, señalando como una obligación que cualquier interpretación de los derechos recogidos en los artículos de la Convención fuese acorde con el concepto del ISN, con especial mención a las autoridades. De este modo, las políticas públicas quedaron plenamente incorporadas a este precepto¹¹, en que resulta de especial importancia remarcar dos campos del ámbito público de particular atención a los niños: el de la educación¹² y el de la protección¹³.

c) Principio inspirador de toda medida que afecte al niño

En la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM en adelante) aparece el concepto del ISN como “principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con el niño”¹⁴, lo cual supondría una regresión¹⁵ respecto de la

¹⁰ *Vid.* Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [Consultada el 16 de septiembre de 2016].

¹¹ “La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio “rector-guía” de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el “interés superior del niño” deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce.” (CILLERO, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, 2007, pp. 126, 127).

¹² En el ámbito educativo, la Ley de Educación actualmente vigente (LO 2/2006 de 3 de mayo) modificada por la LO 8/2013 de 9 de diciembre cita, en algunos puntos, el interés del alumnado, el interés de los niños y de los alumnos, sin especial énfasis en la delimitación de dicho interés. A pesar de ello, el sistema educativo está sujeto a políticas públicas plenamente consolidadas y contrastadas que, pese a sus posibles defectos y posibilidades de mejora, respetan plenamente los derechos de los niños.

¹³ En el ámbito de la protección infantil, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor menciona en su artículo 11.2 a) que la supremacía del interés superior del niño es “principio rector” de la actuación de los poderes públicos en relación con los niños, establece en el artículo 2 que “en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, a la vez que menciona el “interés del menor” en otros artículos de la ley. De ello se deduce que en esta disciplina pública en relación a los niños, la delimitación del interés superior del niño adquiere una especial relevancia. En la actualidad, la citada Ley ha sido actualizada por la LO 8/2015, de 22 de julio, en que el artículo 2 de la primera Ley ha sufrido una gran transformación con una significativa acotación del concepto del interés superior del niño.

¹⁴ *Vid.* preámbulo de la LOPJM.

concepción del ISN como “principio rector-guía” que había introducido la CDN, si no fuese porque el articulado de la LOPJM se refiere al ISN como principio rector y no como principio inspirador.

1.1.2. Calificación de “consideración primordial”

Ya en la Declaración de Derechos del Niño de 1959, antes citada, se consideró fundamental tomar en cuenta el ISN a la hora de dictar leyes, involucrando así a los poderes públicos, el legislador de forma directa y los otros dos poderes de forma indirecta. Con posterioridad, en la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)”¹⁶ se insta a que en el seno de las familias se considere primordial el interés de los hijos. Finalmente, la CDN instituye una nueva directriz respecto del ISN con el siguiente contenido¹⁷: “el interés superior del niño debe ser una consideración primordial” dirigido como mandato imperativo a instituciones públicas o privadas y a todos los poderes públicos¹⁸, lo cual se reitera en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁹, aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de noviembre de 2000, descendiendo de este modo, del ámbito internacional al Derecho de la Unión Europea. Posteriormente, la Observación General n°

¹⁵ “Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades. Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades” (CILLERO, “El interés superior...”, *op. cit.*, pp. 133, 134).

¹⁶ *Vid.* Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf [Consultada el 14 de septiembre de 2016].

¹⁷ VERSCHRAEGEN, *Die Kinderrechtekonvention*, Manz Verlag Wien, 1996, p. 5; referenciado por ZERMATTEN, “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, *Institute International des Droits de l'Enfant, Informe de Trabajo*, 3-2003, p. 5, http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf [consultada el 14 de septiembre de 2016].

¹⁸ “En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.” (CILLERO, “La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, 2007, p. 248).

¹⁹ *Vid.* Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000 http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf [Consultada el 14 de septiembre de 2016].

14 del año 2013 adoptada por el Comité de los Derechos del Niño está especialmente dedicada a tratar la cuestión aquí considerada²⁰.

La interpretación más extendida que se ha otorgado a la “consideración primordial” del ISN ha sido la de entender que los derechos infantiles son prioritarios a los de los adultos o, cuando menos, han de ser ponderados por encima de los de estos últimos, especialmente cuando los derechos de unos y otros entran en conflicto²¹. Para ello conviene conocer las opciones que se plantean ante cualquier problema que sufra un niño, delimitar sus intereses frente a los de los adultos y establecer las oportunas valoraciones²², determinando un vínculo de necesidad entre el ISN y la resolución que se ofrezca del dilema²³. Dicha postura se justifica en base a la especial condición del niño²⁴.

1.1.3. Norma positiva internacional con consenso universal

La CDN es un instrumento jurídico con fuerza de ley capaz de sancionar a los Estados que la han ratificado, en el caso de que no respeten sus compromisos. La Convención

²⁰ “Para dar respuesta a todos estos interrogantes [sobre el concepto del ISN], el Comité de los Derechos del Niño adoptó, el 29 de mayo de 2013, la Observación General n.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, en la que se efectúa un comentario exhaustivo del citado principio general contenido en el párrafo primero del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Efectivamente, la esperada Observación General n.º 14 gira en torno al concepto dinámico del interés superior del niño, con la finalidad última de facilitar a todos los agentes sociales su adecuada interpretación y puesta en escena; garantizando, así, el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos de los que niños, niñas y adolescentes son titulares.” (RAVETLLAT y PINOCHET, *op. cit.*, p. 905).

²¹ “una formulación de interés superior del niño elaborada a partir de sistemas como los de Alexy o el de Dworkin; evidentemente en otros ámbitos del derecho, diferentes al penal, será necesario recurrir al interés superior del niño como principio que permita resolver conflictos normativos en caso de colisión de derechos o intereses y allí, estas teorías –y otras que pudieran proponerse– tendrán que probar su mayor o menor fortaleza para desarrollar criterios razonables de ponderación, en el marco de una prioridad no excluyente de los derechos de los niños.” (CILLERO, “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 246).

²² “El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.” (ZERMATTEN, *op. cit.*, p. 15).

²³ “la interpretación del interés superior del menor no es una labor colateral o incidental con carácter meramente aclaratorio para la solución del caso. Lejos de esto, existe un verdadero vínculo de necesidad entre la interpretación satisfactoria de este principio y la solución del caso concreto. Depende de ello el desarrollo de la personalidad del menor y su mejor o peor futuro en todos los ámbitos de la vida.” (DE BARTOLOMÉ, “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, 2012, p. 53).

²⁴ *Vid.* Observación general n.º 14 de 29 de mayo de 2013 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, párrafo 37, p. 10.

otorga al principio del ISN un reconocimiento convencional al consagrarle un artículo específico, el artículo 3, que establece mandatos vinculantes a tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos.

Dicha Convención alcanzó muy pronto un amplio consenso universal²⁵, por lo que los países que la ratificaron debieron incorporar a sus ordenamientos jurídicos una regulación específica sobre el concepto del ISN²⁶. En la actualidad, el único país que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos, puesto que Somalia y Sudán del Sur lo hicieron recientemente²⁷.

²⁵ “Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan sólo con una Declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo tan sólo 9 meses después a su adopción, el 2 de septiembre de 1990. La CDN es el tratado internacional que presenta la mayor cantidad de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha Convención.” (AGUILAR, “El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, 2008, p. 227).

²⁶ “Algunas legislaciones intentan definir el significado del interés superior del menor. Para Argentina no sería otra cosa que “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” (art. 1, énfasis nuestro). Para Costa Rica el interés superior del menor “le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal” (art. 5). Guatemala considera (art. 5) que es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, Tratados y Convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta ley. [...] para Uruguay el interés superior del niño y del adolescente “consiste en el reconocimiento y respeto y de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este interés no podrá invocarse para menoscabo de sus derechos” (art. 6). Señala, además, que “sólo puede ser separado de su familia cuando, en su interés superior y en el curso de un debido proceso, las autoridades determinen otra relación personal sustituta.” (art. 12). Como principio general estampa la obligación del Estado de realizar “el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres o sus representantes legales, cuya preocupación fundamental será el interés superior del niño, tienen obligaciones y derechos comunes en lo que respecta a su crianza y desarrollo.” En los programas de atención integral, cuidados y alojamiento se oirá preceptivamente al niño, asistido por su defensor. El juez resolverá atendiendo la opinión del niño o adolescente. Deberá tenerse en cuenta ésta y el interés superior” (art.124). República Dominicana aclara que el principio “busca contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales” (Principio V). Por último, Venezuela (art. 8) sigue muy de cerca el texto uruguayo.” (SANTOS, “El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado”, 2012, <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/el-inter%C3%A9s-superior-del-menor-en-el-derecho-internacional-privado> [consultada el 12 de diciembre de 2016]).

²⁷ “Tras la adhesión de Sudán del Sur y Somalia como Estados partes 195° y 196° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Representante Especial confía en que esas nuevas ratificaciones se traduzcan en acciones concretas que propicien una mayor protección de millones de niños afectados por los conflictos armados.” (“Informe anual de la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados de la Asamblea General de Naciones Unidas”, www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/.../A_HRC_31_19_S.doc [consultada el 27 de septiembre de 2016]).

1.1.4. Cuestión de orden público

El orden público hace referencia a todos aquellos principios que una sociedad considera fundamentales para mantener una convivencia pacífica. Por ello, en tanto que la sociedad está profundamente involucrada en el respeto a los derechos de los niños, el ISN es cuestión de orden público²⁸, y afecta al orden social establecido y no únicamente a las personas sobre las que incide directamente.

Las consecuencias de que el interés del niño se considere cuestión de orden público obliga a que la normativa que lo refiere sea observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los niños²⁹ al calificarlo de estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional³⁰. Además, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del niño para actuar defendiendo sus propios intereses³¹, siendo de ineludible observancia³². Especial relevancia adquieren aquellas acciones que pueden modificar el estado civil de las personas menores de edad³³, tales como las acciones de filiación o las medidas de protección que pueden incidir en el cambio de familia del niño y finalizar con la adopción.

²⁸ “Habida cuenta del interés social subyacente (protección de los menores) y *ratio legis* de esas normas [que regulan instituciones y derechos que afectan a niños], y de los preceptos constitucionales en que se basan y que ellas desarrollan (en particular, arts. 10, 14 y 39 C.E.), es evidente que hacen de las mismas una *normativa de orden público*” (RIVERO, *El interés del menor*, Editorial, Dykinson, 2007, p. 36).

²⁹ Vid. sentencias TC 141/2000 de 29 de mayo, TS 614/2009 de 28 de septiembre y TS 323/2012 de 25 de mayo.

³⁰ Vid. sentencia TC 141/2000 de 29 de mayo.

³¹ Vid. sentencias TS 54/2011 de 11 de febrero y TS 258/2011 de 25 de abril, TS 823/2012 de 31 de enero de 2013.

³² Vid. sentencia TC 58/2008 de 28 de abril.

³³ “Pues bien, las afirmaciones expuestas anteriormente [la importancia primaria del nacimiento, como punto de partida de la personalidad y base de la identidad de la persona] resultan completamente ciertas: la persona es centro del Ordenamiento jurídico. Y de esta forma, el nacimiento de la persona debe ser constatado y reflejado con la mayor de las garantías, de manera que la realidad material (nacimiento biológico-identidad real) coincida perfectamente con la publicidad (identidad formal-identidad jurídica) y eficacia jurídica de los diversos Registros, y muy especialmente el (importantísimo y tan olvidado) Registro Civil.

Pero, por otra parte, los frentes del debate no se limitan a la existencia de un *interés de la Administración Pública* (concretamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del que depende el Registro Civil) por hacer coincidir la «identidad material» con la «identidad formal» publicada en los asientos de los libros del correspondiente Registro. Interés que, no se olvide, es de carácter de orden público, pues una correcta o incorrecta identificación podrá afectar a la situación jurídica del sujeto en su relación con los terceros en cuanto miembro de una comunidad (estado civil).” (FELIU, “El derecho del neonato a la «inequívoca identificación». La responsabilidad de la Administración y personal sanitario”, *Diario La Ley*, Nº 6360, Sección Doctrina, 2005, Editorial La Ley, [acceso restringido] [consultada el 14 de septiembre de 2016]).

1.2. Consolidación como concepto jurídico indeterminado

La consideración del ISN como concepto jurídico indeterminado se configura como una norma abierta, flexible y ponderable desde el punto de vista legislativo³⁴, respondiendo a un concepto mucho más dinámico en el ámbito judicial que ha ido perfilando su delimitación a través de la jurisprudencia, no sin las dificultades propias de su indeterminación³⁵. En cambio, es prácticamente desconocida la aplicación del concepto por parte de algunas autoridades administrativas con los peligros que ello conlleva³⁶,

³⁴ “En este contexto, parece que lo ideal sería que la normativa determinase con exactitud la forma de concretar el interés del menor, de manera específica y concreta, sin embargo, tal como se encuentra configurada la legislación española e internacional se debe utilizar la flexibilidad de la norma en la concreción de una situación concreta sin apartarse ni por un momento de los sistemas jurídicos positivos y principios generales para determinar las medidas. Si se acota al máximo los criterios jurídicos de ponderación fáctica, pensamos que la solución será casi siempre la más ajustada a Derecho; y por lo general, sólo habrá una.” (DE BARTOLOMÉ, *op. cit.*, p. 52).

³⁵ “El interés superior del menor se concibe en nuestra legislación como un concepto jurídico indeterminado que hunde sus raíces en el propio sistema garantista de nuestra Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Y utilizamos la palabra sistema porque su sentido debe actualizarse continuamente a la realidad social en continuo cambio. Debe además formar parte, con apertura de criterios amplia, del complejo procedimiento de subsunción de la norma al caso concreto por parte del operador jurídico.

Ello ha planteado problemas doctrinales importantes por los trascendentes intereses en juego y, sobre todo, por el frágil colectivo sobre el que se proyecta su eficacia y se derivan medidas que condicionan el desarrollo de la personalidad.

Sobre este tema tan delicado, se ha dicho que independientemente de la técnica que se elija para adoptar un parámetro de conducta, y a pesar de que en la mayoría de casos ordinarios no se tenga que tropezar con graves problemas en su aplicación, en un momento dado existirán pautas indeterminadas denominadas de textura abierta, compuesta por áreas de conducta que deben ser desarrolladas por los operadores jurídicos de acuerdo a las circunstancias existentes con relación a los intereses en conflicto que varían en cada supuesto, lo que significa que el legislador no puede conocer o establecer categorías o combinaciones perfectas para una aplicación ajustada a la mejor opción jurídica.

[...]

Doctrinalmente se ha afirmado pacíficamente que la técnica de dicho concepto se refiere a un ámbito de la realidad en el que los límites no se encuentran determinados, pero que se intenta precisar ante un hecho concreto, por tanto, la aplicación del concepto solamente permite una solución; pero ello requiere de un componente axiológico que será estimado del análisis del caso concreto, con todos sus matices, previa adecuación al ámbito jurídico.

Ello nos guía a la exigencia de una doble labor, por una parte, se tiene que determinar en que consiste dicho interés y, posteriormente, se debe precisar lo que más le conviene de acuerdo a una situación concreta.

Además, hay que reconocer que la fórmula del concepto jurídico indeterminado ofrece ventajas e inconvenientes: en lo que respecta al aspecto positivo se debe resaltar el hecho de que ofrece la posibilidad de adaptar el problema en cuestión al caso específico que se pretende resolver, contexto que no impone al operador la obligación de actuar bajo parámetros determinados, sino que posee un campo de acción flexible que le permite valorar de acuerdo a las circunstancias la concreción del interés del menor, en función a las características intrínsecas de cada caso concreto.

No obstante, el aspecto negativo radica en la sujeción de la determinación a criterio del intérprete, lo que induce a que la solución se realice desde una perspectiva muy subjetiva, extremo que se traduce en la existencia de inseguridad jurídica. Ello choca frontalmente con el anhelado enfoque garantista objetivo, deseable cuando se trata de proteger intereses y derechos tan elevados.” (*Ibidem.*, pp. 51, 52).

³⁶ “Ciertamente, estos intentos [de objetivizar la noción, de comprender los contornos, de eliminar los riesgos de patinazos o de la apreciación errónea de este interés del niño y de tranquilizar al mismo tiempo jueces y justiciables] son imperfectos; sin embargo plantear balizas en un camino

aunque sí se menciona el concepto del ISN de forma retórica a los efectos de justificar administrativamente su cumplimiento. Sin embargo, el problema de que se otorgue a instancias administrativas el control del ISN es que puede quedar al margen de las consideraciones jurídicas que le son inherentes si los técnicos no tienen la formación jurídica adecuada para ponderar los derechos de que se priva a un niño ante una concreta decisión, frente a la entidad de los derechos que se pretenden salvaguardar.

1.2.1. Consideración de un derecho constitucional

El ISN es, en sí, un derecho constitucional, lo cual se desprende del recorrido a través del articulado de la Constitución española³⁷ y de los Tratados internacionales sobre derechos humanos que constituyen el límite inferior de protección del derecho³⁸ que, sin embargo, las leyes nacionales pueden ampliar, pero, en ningún caso, reducir.

particularmente delicado parece importante. Como es el caso de todas las numerosas situaciones en las que las decisiones no son dictadas por los magistrados, habituados a evaluar los intereses a veces divergentes, sino por las instancias administrativas, donde las personas encargadas de tomar una decisión no están siempre bien preparadas para este difícil ejercicio.” (ZERMATTEN, *op. cit.*, p. 15).

³⁷ “Permítaseme detenerme un instante en el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, por cuanto tiene de fundamental para la concreción del *interés del menor*, a cuya idea inicial y realidad posterior se incorpora. Es dudoso que pueda calificarse como derecho fundamental (no obstante haberlo considerado como tal el Tribunal Supremo: Ss. 15 julio 1988 y 19 abril 1991; otras posteriores lo han negado), en cuanto no incluido en el elenco de los que como tales citan los arts. 15 y ss. C.E.. Aquél esta enunciado en el art. 10.1, junto a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, como fundamento del orden político y de la paz social: quicio, por tanto, de todo nuestro sistema jurídico y del Derecho de la persona.

Por su función de fundamento del orden político y jurídico, y por su relación con la dignidad de la persona y otros valores constitucionales del art. 10.1 C.E., este principio deberá ser tenido en cuenta en la interpretación y aplicación de las normas atinentes a otros derechos y libertades, de los que es un *prius* lógico y ontológico. La S. T.S. de 19 abril 1991 dice que este principio (que allí cataloga como derecho fundamental) «implica una proyección hermenéutica amplia que autoriza para incluir en tal desarrollo los cambios físicos de forma del ser humano...». Esto es lo que más me interesa destacar ahora de ese principio: su alto valor informante de nuestro sistema jurídico y su proyección en la interpretación y aplicación de normas y derechos. Sirva ello para las relativas al interés del menor.” (RIVERO, *op. cit.*, pp. 42, 43).

³⁸ “En materia de derechos fundamentales y libertades públicas (en el presente caso de los menores) abre más los criterios de interpretación mediante la referencia obligatoria a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, instrumentos, que como acabamos de ver constituyen el "suelo" o estándar mínimo de protección.

Se trata de un procedimiento abierto, por supuesto, pero constitucional; y decimos constitucional porque los parámetros son objetivos y vinculantes, constitucionalmente se trata de auténticas previsiones constitucionales. Se trata de los fundamentos del orden político y de la paz social los cuales, como veremos, a continuación a través de la ponderación y de la razonabilidad pueden dilucidar el sentido y alcance del principio del interés superior del menor, de qué derechos deben prevalecer, y, en definitiva de una tutela adecuada a cada caso.

En materia de derechos fundamentales y libertades públicas la apertura del procedimiento es aun mayor, toda vez que la normativa internacional puede proporcionar nuevos enfoques y criterios de

El interés superior del niño guarda estrecha relación con otros principios constitucionales, tales como el principio de igualdad³⁹ o el de seguridad jurídica⁴⁰, pero no colisiona con ellos.

Para proteger debidamente el ISN desde un enfoque constitucional es necesario, a veces, tomar medidas que condicionan el desarrollo de la personalidad del niño, pero nunca puede ser para limitarlo, sino para favorecerlo⁴¹ si, por cualquier motivo, se viese comprometido. Un aspecto esencial de la dimensión constitucional del ISN es la correcta ponderación, valoración y decisión sobre el citado concepto por parte de los órganos judiciales⁴². De otro modo, la lesión constitucional supone un daño de dimensión mucho

interpretación objetivos sin por ello salirse de las previsiones constitucionales, que en este caso proporcionan, invocando la amplia normativa internacional sobre esta materia, una estructura normativa más que suficiente para la interpretación y correcta aplicación de este principio guía de la actuación de los poderes públicos en relación a los menores y jóvenes.” (DE BARTOLOMÉ, *op. cit.*, p. 55).

³⁹ “Este principio [del interés del niño] es, pues, perfectamente compatible y congruente con el principio de igualdad bien entendido. Este último preconiza que pueda (y deba) tratarse de forma diferente a personas y situaciones distintas (como también el trato igual para iguales, sin discriminación injustificada). Eso es lo que busca y encuentra el principio del interés del menor en su aplicación concreta, individualizando el resultado (decisión pertinente) en función de las circunstancias personales de cada menor, dando a cada uno lo que más le conviene.” (RIVERO, *op. cit.*, p. 90).

⁴⁰ “En el caso y principio del interés del menor no se trata de que el juez haga una interpretación y aplicación de la norma según sus personales apreciaciones (ni de una discrecionalidad como la que maneja la Administración al optar voluntariamente entre alternativas justas), sino de una valoración del supuesto de hecho de la norma, de los datos fácticos relativos al menor (edad, salud, situación personal,...) para deducir de ellos lo que más conviene a ese menor (única solución justa), que es lo que manda la ley. No hay, pues, atentado contra la seguridad jurídica, que opera en otro ámbito y protege otros intereses y valores sociales, sino una especial subordinación del resultado o solución judicial a esos parámetros fácticos y normativos que el propio sistema jurídico y el legislador, consciente de ello, consideran adecuados para conseguir los fines jurídico-sociales pretendidos. En la (correcta) aplicación del principio del *interés (superior) del menor* no hay, en todo caso, más aleatoriedad ni más inseguridad jurídica -si cabe emplear este término- que en otros casos y para otras normas.” (*Ibidem.*, p. 92).

⁴¹ “Junto con los derechos inherentes a toda persona humana, a la vida, a la integridad física, etc, en todas estas normas internacionales se han venido reconociendo explícitamente diversos derechos peculiares de los menores. Derechos de los que surgen obligaciones para diversos sujetos: los padres, en primer lugar -ya desde antiguo se ha positivizado una evidente obligación natural de cuidado, de protección, de educación -pero también para el Estado que viene obligado a garantizar que se cumplen esas obligaciones por parte de los padres - sancionando los incumplimientos graves- y a proporcionar los medios para que puedan llevarlas a cabo; en su caso, a suplir el incumplimiento, estableciendo los mecanismos para que el menor pueda desarrollarse plenamente, ejemplo de esto lo constituye el acogimiento.” (ROCHA, “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 2, 2015, p. 48).

⁴² “Así antes de establecer las medidas más convenientes al interés superior del menor, deberá ponderar los hechos, valorando los beneficios y riesgos asumidos en cada opción, decantándose por aquella que otorgue mayor protección a los derechos constitucionales del menor de edad. En definitiva, la valoración del juez sobre los datos aportados por las partes en el proceso se ha de llevar a cabo prescindiendo, en la medida de lo posible, de su ideología política, convicciones religiosas y educativas, que puedan incidir en la valoración de la familia, así ha opinado RIVERO HERNÁNDEZ. Verdaderamente lo relevante a la hora de concretar en cada caso el interés del menor, es que los elementos utilizados por el juez en las medidas de carácter personal o patrimonial deben ser puntos de referencia universalmente aceptados. Con ello se evita una dispersión judicial de criterios, que nos llevan a tantas y diversas soluciones como jueces haya.” (*Ibidem.*, p. 59).

más significativa que para un adulto, dado que la infancia es un tiempo esencial para la formación de la personalidad que, una vez desviada por efecto de una incorrecta decisión, puede no ser recuperable, además de que condicionará el adulto que llegará a ser⁴³. Por tanto, para maximizar la probabilidad de acierto judicial es necesario recurrir a las técnicas adecuadas⁴⁴.

El derecho comparado muestra que el ISN se considera también un derecho constitucional en los ordenamientos jurídicos occidentales, como en el Derecho alemán⁴⁵, en el italiano⁴⁶ o en el chileno⁴⁷.

⁴³ Por ejemplo, la sentencia TC 11/2008 de 21 de enero muestra un caso en que se alteró el rumbo de vida de dos hermanos por una desacertada decisión judicial que, además, no fue corregida con inmediatez, lo que derivó en la imposibilidad para los niños de la recuperación socio-familiar.

⁴⁴ “El convencimiento de la imposibilidad, en ocasiones, de satisfacer el derecho con una solución irrefutable y fundada en Derecho ha ido abriendo paso a las teorías de la argumentación como vía complementaria e integradora-fundamentadora de dicha resolución. Para algunos como Bullesbach (1980) ello ha constituido una necesidad inmediata.

Necesidad que en definitiva, y entre otras cosas, debe cristalizar en "una teoría de la competencia judicial que, como se ha escrito, ponga de relieve los límites de las decisiones de los jueces y permita resolver el escollo clásico de los hard cases, los casos para los que el ordenamiento jurídico no dispone de una solución clara, lo que parece sugerir que entre los ámbitos posibles para el juego del concepto de razonable habría que tener significativamente en cuenta los de las lagunas y antinomias, especialmente, por lo que se refiere a las primeras, en relación con la invocación de los principios, y, en lo relativo a las antinomias, atendiendo sobre todo a las llamadas antinomias de principio" (De Lucas, 1980: 17).

[...]

Como ha señalado Alonso García, el test de razonabilidad se ha convertido en un valioso instrumento para la interpretación en materia de derechos fundamentales y a él se acude sobre todo para resolver problemas sobre sus límites o adecuada aplicación.

[...]

Atienza, siguiendo los trabajos de Aarnio y McCormick, ha sistematizado tres requisitos necesarios que deben presenciar la delimitación de la noción de razonabilidad y que a continuación exponemos muy sucintamente:

- 1) Que se recurra al concepto sólo cuando no sea aceptable o no se pueda adoptar una decisión estrictamente racional.
- 2) Que se trate de lograr un equilibrio entre exigencias contrapuestas que han de ser consideradas necesariamente en la decisión.
- 3) Que sea aceptable por la comunidad.

[...]

Como podrá apreciarse, la virtualidad de esta triada de requisitos reside en su vocación de contener la utilización de un recurso valioso como es la razonabilidad en la adopción de decisiones jurídicas que persiguen la justicia aunque para ello su camino se encuentre un tanto alejado de la racionalidad jurídica más estricta. No debemos olvidar que los conceptos jurídicos indeterminados pretenden abrir sus puertas a criterios alternativos de justicia material para escapar del encorsetamiento de la legalidad racionalista, a imagen de la matemática, pues, ello, en materia tan delicada como es el ámbito de los menores podría llevar al operador jurídico hacia soluciones injustas o carentes de todo sentido.” (DE BARTOLOMÉ, *op. cit.*, pp. 55-58).

⁴⁵ “La diversidad normativa que en materia del Derecho del niño encontramos en Alemania [...] encuentran un referente común en la Constitución de 1949, puesto que el Tribunal constitucional alemán ha interpretado el artículo 6 GG considerándolo garante de la primacía del interés del menor” (DE TORRES, “Tratamiento del interés...”, *op. cit.*, p. 681).

⁴⁶ “Es también principio relevante el de la tutela de los derechos de la personalidad del hijo, toda vez que, frente al anterior autoritarismo de los progenitores, la normativa vigente presenta medidas dirigidas a hacer efectiva la concepción de la familia como comunidad de igualdad, en la que se impone el respeto

1.2.2. Concepto interpretable y dinámico

La CDN destaca derechos generales que deben ser respetados para cualquier niño, tales como derechos que son propios de la condición infantil y que permiten el adecuado desenvolvimiento de sus actividades asociadas. A pesar de ello, no cabe duda de que las circunstancias de cada niño pueden ser distintas y resulta necesario analizarlas para determinar su interés superior⁴⁸. En este sentido, se vulnera el propio interés de un niño cuando en la toma de decisiones en un asunto que le afecte no se considera, o no se delimita correctamente, cuál es ese interés. Es decir, cuando el ISN no ha sido principio rector de la decisión, o consideración primordial, o cuando se ha ignorado como derecho constitucional, este derecho ha sido vulnerado⁴⁹. Ello ocurre cuando el concepto del ISN

a la personalidad del menor en la elección educativa. Por lo que se refiere a los principios constitucionales en materia de familia, [...] debe ser subrayado [...] el establecimiento de que es un deber y un derecho de los progenitores el mantenimiento, instrucción y educación de los hijos, incluso si han nacido fuera del matrimonio (art. 30.1). Importantes son también las normas constitucionales a través de las cuales se impone al legislador ordinario la obligación de dictar leyes que aseguren la asunción de las competencias que corresponden a los padres respecto de sus hijos, llegado el caso de incapacidad de aquéllos (art. 30), circunstancia que no debe ser entendida como una injerencia del Estado en la intimidad familiar, cuya autonomía está completamente garantizada, sino como una intervención necesaria a los efectos de garantizar la tutela de los hijos menores. Se encuentra igualmente corroborada en el texto constitucional la garantía contra la eventual pretensión del Estado dirigida a atribuirse la función educativa.” (DEL VAS, “Estatuto jurídico del menor en el Derecho Civil italiano”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 715, p. 2600).

⁴⁷ “Para determinar el rango que la Convención sobre Derechos del Niño tiene dentro del ordenamiento jurídico chileno, debemos detenernos en nuestra Carta Fundamental, que zanja todo conflicto al respecto, estableciendo en sus artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 que, de ser aprobado y promulgado un tratado internacional según las normas constitucionales, éste tendrá una aplicación directa como ley de la República.” (BAEZA, “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 28, n° 2, p. 357).

⁴⁸ “La doctrina está de acuerdo en considerar que el interés del menor se encuentra vinculado al desarrollo de la personalidad y a la protección de los derechos fundamentales y, por eso, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias relevantes, respetando el carácter indivisible de la Convención de los Derechos del Niño y la interdependencia de sus artículos. Es preciso aclarar que hablamos del interés del menor considerado individualmente y no del interés de la infancia: es el interés del individuo, del concreto menor en sus concretas circunstancias.

En el proceso de determinación del interés del menor no puede prescindirse de la opinión del propio niño o adolescente, atendiendo a su edad y grado de madurez. Se explica así la relevancia que la Convención otorga a la participación del menor como uno de sus pilares. Considerar al niño como sujeto de derechos le convierte en protagonista activo de su propia vida. Aunque la decisión pueda corresponder a un tercero y no al menor, quien decide tiene que tener en cuenta la opinión del menor sin que esto signifique que tenga que concluir resolviendo como el menor desea. Tener en cuenta quiere decir que se atiende a lo que el menor quiere y la decisión se adopta haciendo de la voluntad del menor un elemento significativo. Lo que acabo de decir se traduce, a mi juicio, en la exigencia de justificación para las decisiones, especialmente las que resulten contrarias a la voluntad que expresa el menor.” (LÁZARO GONZÁLEZ, “Protección de la infancia vs el niño, sujeto de derechos”, *Crítica*, n° 976, 2011, <http://www.revista-critica.com/la-revista/monografico/analisis/557-proteccion-de-la-infancia-vs-el-nino-sujeto-de-derechos>, [consultada el 13 de septiembre de 2016]).

⁴⁹ “Es dato y calificación jurídica importante, ésta, porque esa naturaleza de normas de orden público, de *ius cogens*, justificará un *tratamiento procesal* específico de cuantos conflictos interpersonales en

se utiliza de forma retórica, bajo políticas más centradas en satisfacer necesidades adultas que infantiles y sin aproximación al caso; frecuente en el ámbito administrativo, especialmente cuando no existe control riguroso por parte de un ente superior.

Que el concepto del ISN sea dinámico⁵⁰ significa que es cambiante, que no puede ser conocido *a priori* y que debe ser evaluado en el momento en que interesa tomar una decisión sobre el niño. De ello se deduce que el transcurso del tiempo es un elemento esencial a considerar como criterio ponderativo del ISN⁵¹.

1.2.3. Materia interdisciplinar

El ISN es una materia interdisciplinar en el sentido en que, para su delimitación, debe atenderse tanto a los cambios propios del crecimiento infantil, lo que provoca que la mayoría de las legislaciones distingan entre niño y adolescente⁵², como a las distintas facetas que afectan al desarrollo del niño, entre las que destacan los aspectos médicos, psicológicos y sociales que, conjuntamente, determinarán la solución jurídica que resulte conforme con el ISN⁵³ en que es crucial la intervención de expertos en materia psicosocial⁵⁴.

que se halle implicado el interés de un menor lleguen a los tribunales [...], la *interpretación* (una interpretación determinada) de algunas normas concretas, la *resolución de ciertos conflictos* de intereses (del menor con otros), los *límites legítimos de algunos derechos* y libertades públicas de otras personas que deben ceder ante los del menor y su interés, y los *límites también en el ejercicio de potestades* y funciones normales (tal, la patria potestad, como más significativa), que sólo se comprende hoy, al cabo de largos siglos de existencia, desde la óptica recién aludida.” (RIVERO, *op. cit.*, pp. 36, 37).

⁵⁰ “dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo qué es el *favor filii*.” (RAVETLLAT, “El interés superior...”, *op. cit.*, p. 92).

⁵¹ *Vid.* artículo 2 LOPJM.

⁵² “el ejercicio de los derechos por el propio niño debe ser progresivo, mirando la evolución de sus facultades, bajo la orientación y dirección de sus padres o representantes y, con una intervención subsidiaria del Estado. Es la razón por la cual las legislaciones han distinguido entre niño y adolescente.” (SANTOS, *op. cit.*).

⁵³ “Los datos que los progenitores y la propia inspección del menor aporten tendrán un alto componente psico-social, debiendo ser la magistratura la encargada de adecuar dichos criterios al ámbito jurídico. El interés superior del menor, además de indeterminado, es abstracto, y ello significa que además de concretar los hechos, deberemos en cada caso relacionarlos con un marco jurídico diferente. Éste será el que mejor se adecue a la situación.

Desde esta perspectiva, el concepto jurídico indeterminado solamente admitiría una solución jurídica para el caso concreto. En unos casos se deberá optar por una norma como cabecera de solución y en otros deberemos recurrir a otra norma o principio general, en función del caso concreto.” (DE BARTOLOMÉ, *op.cit.*, p. 53).

⁵⁴ “el bien del menor le exige al juez remitirse a ámbitos extrajurídicos por tratarse de una materia interdisciplinar. La intervención del psicólogo resulta decisiva por ser él un auténtico intérprete del

Más allá de lo meramente cuantificable, pese a la subjetividad que puedan suscitar las mediciones, el ISN incluye aspectos mucho más profundos, como la dignidad del niño, su esencia de ser humano, el componente ético inherente al tratamiento que recibe o la garantía de la protección de sus condiciones morales⁵⁵. En definitiva, abordar el ISN implica no solo procurar su seguridad física y mental, sino especialmente proceder a estimar su valor intrínseco respetando su espacio de intimidad, fomentar su confianza y altruismo, formar su carácter para lograr felicidad y ser capaz de cuidar de sí mismo y de otros, capacitarle para conquistar la libertad propia respetando la ajena, para ser profesional y actuar con justicia respecto al prójimo.

1.3. Huida de la indeterminación: norma de procedimiento

La Observación general n° 14 de 29 de mayo de 2013 del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño estableció novedosamente que el ISN debía considerarse una norma de procedimiento. Hasta ese momento, no existían estudios doctrinales que identificasen el ISN como “norma de procedimiento”, mientras que sí se había considerado un derecho sustantivo del niño y un principio jurídico interpretativo fundamental, siendo esas tres dimensiones las que el Comité destaca como integrantes de la expresión del ISN⁵⁶. Esta nueva dimensión del ISN no es contraria a los conceptos previamente apuntados, sino complementaria, pues incide en el modo de evaluar el ISN con el fin de evitar que pueda quedar sin examinar algún aspecto importante de la vida del niño.

lenguaje, querencias y necesidades del niño, lenguaje y circunstancias que sólo un experto podrá comprender y concretar.” (DE TORRES, “Tratamiento del interés...”, *op. cit.*, p. 678).

⁵⁵ “El núcleo del mundo moral consiste en reconocer, estimar, proteger, y empoderar a los seres que merecen ser reconocidos como valiosos por sí mismos y, por lo tanto, tienen dignidad y no precio.” (CORTINA, *¿Para qué sirve realmente la ética?*, Editorial Paidós, 2013, p. 121).

⁵⁶ “6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:
[...]

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.” (Observación general n° 14 de 29 de mayo de 2013 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, p. 4).

Un ejemplo de norma de procedimiento en referencia al ISN lo contiene el artículo 92.8 CC que fue objeto de estudio por parte del Tribunal Constitucional al haber sido interpuesta cuestión de inconstitucionalidad contra dicho precepto legal. La sentencia TC 185/2012 de 17 de octubre⁵⁷ en que se examina la citada cuestión de inconstitucionalidad, identifica la norma de procedimiento en el artículo mencionado por el hecho de que expresa una forma de actuación en relación al ISN, en este caso, impuesta al juez que debe tomar la decisión que se le plantea. El hecho de que una parte del precepto legal fuese declarada inconstitucional no afecta a la existencia de la norma de procedimiento, aunque ésta quedase modificada. Por tanto, hay que entender que el ISN debe quedar determinado en todo procedimiento que afecte a la población infantil, huyendo al máximo de la improvisación sobre el citado concepto, especialmente en aquella casuística que ya consta de precedentes, limitando, así, la discrecionalidad en cualquier ámbito de decisión (legislativo, administrativo o judicial) y evitando cualquier posibilidad de caer en la arbitrariedad.

Ante ello, cabe plantearse si aquellos preceptos legales en que se invoca el ISN, o se presume, pero no se define la norma de procedimiento que debe regirlo, incurren en algún defecto jurídico que deba ser resuelto. Por ejemplo, el artículo 161 CC expresa una norma de procedimiento a la hora de suspender el derecho de visitas de un niño bajo tutela administrativa con sus parientes y allegados, sin embargo, no existe precepto alguno que exprese un procedimiento para la regulación de las visitas quedando patente que es un derecho del niño relacionarse con sus familiares, según el artículo 160 CC.

2. EL MARCO LEGAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

El ISN asumido en el derecho español proviene tanto de los tratados internacionales, entre los que destaca la CDN, como del ámbito de la Unión Europea y, por supuesto, del ámbito estatal, influenciado o, incluso, obligado, por los anteriores.

⁵⁷ “La función de los Jueces y Magistrados es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aplicando las normas de procedimiento que las leyes establezcan. Y en la cuestión constitucional sometida a este Tribunal, la norma de procedimiento es la que establece que, para que excepcionalmente el Juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la solicite sólo uno de los progenitores, debe concurrir un informe favorable del Ministerio Fiscal. Si tal garantía —establecida como requisito sine qua non— no se da, el órgano jurisdiccional no puede libremente adoptarla.” (sentencia TC 185/2012 de 17 de octubre, FJ 2).

2.1. Directrices de la Convención de Derechos del Niño

España ratificó la CDN en el año 1990. Con ello comprometió a todos los poderes del Estado a velar por el interés superior de cualquier niño que se encontrase en territorio nacional, fuese español o extranjero, interpretado de conformidad con el resto de los artículos del citado convenio internacional. Concretamente, la ratificación de la CDN por parte de España supone acatar el contenido del citado tratado internacional respecto del concepto del ISN que en el apartado 1 del artículo 3 de la CDN dice así: *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

Algunos de los autores que han barajado el ISN como concepto válido para la resolución de conflictos de derechos o el establecimiento de límites en el reconocimiento de derechos, tales como DE BARTOLOMÉ⁵⁸ o ZERMATTEN⁵⁹, lo han hecho entendiendo que los derechos en conflicto son por un lado, los del niño; y por otro lado, los de terceras personas, tales como padres, tutores o cuidadores. Sin embargo, otros autores como CILLERO⁶⁰ o DE TORRES⁶¹ plantean un conflicto de derechos de entre

⁵⁸ “Cuando el operador jurídico se enfrenta a la interpretación del interés superior del menor, se suele enfrentar a un problema de límites, de ponderación de intereses y derechos.” (DE BARTOLOMÉ, *op. cit.*, p. 53).

⁵⁹ “Añadamos, para concluir el siguiente elemento: en caso de duda en la dificultad ejercida para determinar el mejor interés del niño en el momento de conflicto con otros intereses o de los intereses de otras personas o grupos de personas, seamos lo bastante humildes para reconocer que esta noción, que no es objetiva, no puede realmente estar fundada por elementos claros u objetivos y que debe ser suplantada por la noción contraria del "menor mal". Es en consecuencia esta nueva consideración "Como hacer el menor daño posible" que reemplaza el interés superior del niño y que debería aventajar la decisión. ¿Es más objetivo? Quizás no lo sea, pero esta vía tendría el mérito de ser ciertamente menos peligrosa.” (ZERMATTEN, *op. cit.*, p. 15).

⁶⁰ “En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.” (CILLERO, “El interés superior...”, *op. cit.*, p. 136).

⁶¹ “Los distintos estados federados han regulado las medidas a tomar en caso de maltrato o abuso de menores, a título de ejemplo traigo aquí a colación el estatuto del bienestar del niño de Connecticut (*child welfare statutes*) que reconoce que el problema en estos supuestos será sopesar en cada caso que debe pesar más a la hora de decidir el interés del menor, si la necesidad de garantizar la seguridad del menor o el derecho del niño a permanecer con su familia de origen. Se trata de un conflicto de intereses permanente y en muchas ocasiones de muy difícil solución. Precisamente esta es la clave del asunto a estudiar porque deberá determinarse en qué punto entre dichos dos intereses se encuentra el interés del menor en cada supuesto. Lo cierto es que en muchas ocasiones en las que el menor vive en una familia falta de recursos resulta ser muy tentador para el juez o el trabajador social comparar la situación del

los que pertenecen al propio niño, ya que la redacción del artículo 3 de la CDN no permite descartar dicha posibilidad; sin que ello invalide la postura de los primeros autores citados. Por ello, el ISN puede interpretarse como un concepto especialmente importante en caso de que varios derechos de un niño entren en conflicto y no puedan ser satisfechos de forma simultánea. Así, la intervención de las instituciones sobre la vida del niño ha de garantizarle la mejor protección de sus derechos, obligando a los poderes públicos a averiguar la prioridad entre ellos cuando no todos puedan alcanzarse simultáneamente.

La consideración del ISN ha de marcar una directriz de actuación cuando se trata de tomar medidas que le afecten en su esfera personal y familiar, en que se necesite emprender acciones de incumplimiento de algunos de sus derechos con el objetivo de proteger otros de sus derechos que, sin esas acciones, serían vulnerados. Resultaría ocioso hablar del ISN si los Estados Parte y la comunidad internacional pudiese siempre garantizar a todo niño el completo respeto a todos sus derechos. Como, sin embargo, existen factores que escapan al control de los gobiernos, que pueden afectar negativamente a la población infantil, el ISN supone el límite máximo alcanzable en el cumplimiento de sus derechos teniendo en cuenta las circunstancias en que se desenvuelve y los medios legítimos para alterarlas, que dependen en gran medida de las políticas protectoras establecidas por los poderes públicos. Así, es necesario ponderar las opciones posibles que se plantean ante cualquier problema que sufra un niño⁶².

Si el primer apartado del artículo 3 de la CDN se refiere explícitamente al concepto del ISN, el apartado 2, en estrecha conexión con el primero, detalla la responsabilidad del Estado en la protección y el cuidado de los niños, contando con la propia familia del niño, entendida ésta en sentido amplio, al no referirse únicamente a los

niño en la familia de origen y la que tendría en una familia de acogida, por lo que el menor en casos poco claros puede sufrir del riesgo de ser separado de su familia biológica al olvidarse un principio básico: que cada niño tiene la familia que le ha tocado en suerte tener, la búsqueda de su bienestar no implica en absoluto buscarle la mejor familia posible.” (DE TORRES, “El interés del menor en el Derecho de familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español”, *ADC*, Vol. 66, Nº 2, 2013, fasc. II, p. 603).

⁶² “El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.” (ZERMATTEN, *op.cit.*, p.15).

padres. Esta es otra muestra de la estrecha relación existente entre el ISN y su adecuada protección y cuidado, ya que es precisamente cuando el niño se enfrenta a situaciones de desprotección cuando sus derechos son más vulnerables. Así, el apartado 2 del artículo 3 expresa: *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.* Por tanto, no puede abordarse la protección de un niño con total independencia de las opiniones y posibilidades de sus familiares más cercanos, respecto de los cuales el niño puede tener derechos de convivencia o, cuando menos, de relación. En este sentido, se reconoce que el niño no puede considerarse, como se entendía antiguamente, “mero objeto de protección”⁶³, por lo que para el completo respeto a su superior interés es necesario que su protección sea efectiva, adecuada y ajustada a sus circunstancias, tanto físicas como psíquicas, sociales, familiares y personales⁶⁴. Otra importante deducción del artículo 3.2 de la CDN es la implicación de todos los poderes del Estado en la protección de un niño, tanto el legislativo al que se hace referencia explícita, como el ejecutivo, que interviene en la ejecución de las medidas administrativas a las que también se refiere explícitamente, como el judicial que entraría en juego por aplicación directa de la ley, que prevé la impugnación ante la jurisdicción civil de decisiones de protección y/o cuidado que familiares o allegados del niño o, incluso, el propio niño en función de su madurez y comprensión, puedan considerar no ajustadas a derecho o vulneradoras de sus derechos, tanto de los adultos como de los niños.

Si bien son muchos los artículos de la CDN en que se pone el acento en el derecho del niño respecto de sus relaciones familiares, el último apartado del artículo 3 de la CDN

⁶³ “Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, como instrumento internacional de carácter vinculante, establece un antes y un después en la protección de los derechos de los niños y en su definitivo establecimiento como sujetos plenos de derechos. Efectivamente, con la Convención, cambia la protección jurídica del grupo etéreo formado por niños, niñas y adolescentes. Justamente, en este sentido se pronuncia Larumbe cuando señala que “[c]on este instrumento internacional se supera la Doctrina de la Situación Irregular –al menos formalmente– para dar lugar a la Doctrina de la Protección Integral, que conceptualiza al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo: “todos los derechos para todos los niños””. (AGUILAR, *op. cit.*, p. 229).

⁶⁴ SCHREINER expone una serie de actuaciones de protección con ejemplos significativos en que destaca sus virtudes y sus defectos y muy especialmente las consecuencias sobre el niño (SCHREINER, “Ecología de los derechos del niño e interés superior” en *Obra del Pre-Congreso Sudamericano sobre Derechos de la Niñez y la Adolescencia* de la que son compiladores Eduardo Bustelo Graffigna y Nelly Mínyersky. Organización Fundación Encuentro por la Ciudadanía Social, Argentina, 2010) http://conscienciasocial.net/data/documents/Ecologia-de-los-derechos-del-nino-e-interes-superior_-Schreiner.pdf [consultada el 16 de septiembre de 2016].

hace hincapié en el cuidado y la protección del niño cuando no se encuentra bajo el manto de su entorno familiar, sino fuera de su familia, cualquiera que sea el motivo para ello: *Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.* La redacción de dicho apartado pone de manifiesto que cuando un niño se encuentra fuera del ámbito familiar, es más susceptible de sufrir vulneración en sus derechos fundamentales, por lo que la CDN ha considerado oportuno recordar a los Estados Parte que tomen especiales precauciones para que no se produzca la vulneración del ISN que se encuentra bajo la responsabilidad de organismos institucionales, ya sea con el consentimiento de los padres o guardadores (en escuelas, hospitales, centros de ocio, etc.) o por efecto del sistema de protección con o sin el beneplácito de padres o guardadores (en centros de internamiento, medidas de acogimiento, etc.).

De lo anterior se infiere que los poderes públicos están obligados a identificar el ISN ante sus concretas circunstancias y hacerlo cumplir, pues el respeto al ISN es en sí un derecho para él. De ahí que la CDN lo haya recogido en su articulado.

Así, cuatro son los pilares sobre los que se asienta la CDN para delimitar el ISN: el primero y más importante se refiere al respeto a las relaciones familiares del niño, el segundo a su correcta y efectiva protección, el tercero a su derecho a convivir en un entorno familiar y, si es conveniente, adquirirlo como propio, mediante la adopción. Por último, el interés superior del adolescente delincuente que, por este motivo, se encuentra privado de libertad, reclama la atención de las instituciones para que reciba un tratamiento especial y educativo. Este último aspecto del interés del niño no es objeto de este trabajo.

2.1.1. El derecho del niño a sus relaciones familiares

La CDN además de establecer como criterio rector de actuación el ISN en su artículo 3, menciona dicho concepto en relación al derecho del niño a las relaciones y la convivencia

con sus familiares, especialmente con sus padres, aunque otros familiares adquirirán relevancia en caso de que, por algún motivo, estén ausentes los padres. El artículo 2 de la CDN destaca una estrecha relación entre las condiciones del niño y las de sus padres, de quienes el niño recibe, y debe recibir, la mayor parte de sus influencias, lo cual debe ser causa de respeto por parte del resto de la sociedad y no de discriminación⁶⁵. Tanto el artículo 5 como el 14 de la CDN destacan los derechos y los deberes de los padres respecto de sus hijos, dotando a los primeros de la debida autoridad. Del artículo 18 se deduce que los Estados Parte deberán exigir a los padres las correspondientes obligaciones respecto de sus hijos pero, a su vez, deberán respetar el modo en que los padres quieran ejercer dichas obligaciones, especialmente en los aspectos educativos, religiosos y culturales con los que se identifican los padres⁶⁶, ya que recibir esa herencia a través de la autoridad paterna ha de considerarse un aspecto esencial del interés del hijo. Los primeros apartados de los artículos 7 y 9 destacan el derecho del niño a conocer a sus padres, ser cuidado por ellos y permanecer con ellos, aunque en ambos casos establece la posibilidad de que ese derecho decaiga o sea inexistente cuando se cumplen ciertas condiciones. Por tanto, ha de interpretarse que el derecho del niño a permanecer con sus padres no es un derecho absoluto sino condicionado, precisamente, por el ISN⁶⁷ que, a su

⁶⁵ “Los términos utilizados en el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención determinan el alcance de la prohibición de la discriminación impuesta a los Estados Partes respecto a todos los niños (“*cada niño sujeto a su jurisdicción*”) en relación a todos los derechos enunciados en la Convención (“*respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación*”) y respecto a una amplia relación de motivos establecidos en un listado de carácter no exhaustivo, como pone de manifiesto la cláusula final empleada (“*o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*”) que permite su continua y permanente apertura a cualquier circunstancia que pudiera provocar u ocasionar un efecto discriminatorio respecto al niño en relación a los derechos que la Convención le atribuye. Además, el párrafo 2 de este mismo artículo amplía aún más la protección dispensada contemplando cualquier circunstancia, no ya la relativa al niño personalmente, sino concerniente a sus padres, tutores o familiares, pero que provoquen un efecto discriminatorio en el niño.” (CARMONA, *La Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*, Editorial Dykinson, S. L., 2011, p. 83).

⁶⁶ “Hay que distinguir entre la extensión de los derechos de los padres y el respeto a la autoridad de los padres. Por lo que se refiere al respeto y al reconocimiento de la autoridad de los padres, los autores de la Convención no han tenido la menor intención de atentar a ella. Esto se pone de manifiesto en numerosas frases como: «Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres...» (Art. 5); «Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres...» (Art. 14.2); el artículo 18, 1 y 2 afirma claramente que «incumbirá a los padres... la responsabilidad primordial» de la educación de los niños. Si persiste alguna duda, el artículo 29.1 C dice explícitamente: «Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a inculcar al niño el respeto de sus padres...».” (MOERMAN, “Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias” en *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, en VERDUGO y SOLER-SALA (editores), Ediciones Universidad de Salamanca, 1996, p. 150).

⁶⁷ “Podemos traer aquí a colación el citado caso *In, re juvenile appeal*, en el que cuatro hijos fueron separados provisionalmente de su madre durante cuatro años únicamente porque no estaba claro la

vez, se reconoce vulnerado en caso de maltrato o descuido por parte de los padres. La detección de estas situaciones es, precisamente, el objetivo de las leyes en materia de protección infantil. El apartado 3 del artículo 9 de la CDN menciona el derecho del niño a relacionarse con sus padres cuando no convive con ellos o con alguno de ellos. Sin embargo, según la redacción del citado artículo, el niño puede verse privado de dicho derecho si mantenerlo no responde a su interés superior. Ello deja abierta la posibilidad de que los Estados Parte definan qué derecho debe protegerse al privar a un niño de la relación con alguno de sus padres o con ambos, de tal manera que pueda decirse que la ausencia de contactos entre padre o madre e hijo proporcione al último alguna ventaja, de la cual se vea privado al mantener los contactos. Además, mantener dicha ventaja deberá considerarse un derecho de carácter superior al derecho de relación del niño con su padre o madre. De lo contrario, no se alcanzaría el ISN al impedirse un derecho para respetar otro de menor entidad⁶⁸. Quizás la interpretación que deba darse a este apartado de la Convención sea que el derecho de relación del niño con el progenitor con el que no convive es el menos importante de sus derechos y que cualquier otro derecho que pueda verse vulnerado al mantener el derecho de relación, debe prevalecer. Ahora bien, resulta necesario esclarecer cuál es el derecho a proteger, de lo contrario, el ISN se mantendría en un plano abstracto, indefinido y alejado de la realidad, además de que no tendría en cuenta la forma de evaluación del ISN que impone su tratamiento como “norma de procedimiento” antes apuntada.

En el caso en el que el niño haya sido separado de sus padres, incluso aunque haya sido por motivos de protección, tiene derecho al retorno a la convivencia con ellos, lo

razón por la que había muerto su hermano pequeño. Si bien el informe del médico no pudo relacionar la muerte del pequeño con ninguna circunstancia especial, y si bien el trabajador social que visitó la familia hasta veintisiete veces informó que a pesar de la paupérrima situación económica era una familia estructurada, se decidió la separación provisional, sin duda debido a la situación de penuria económica que presentaba el hogar familiar, calificada en el informe como de «marginal». La madre se opuso alegando que la disposición 46b-129 (b) de los Estatutos Generales atentaba a decimocuarta enmienda por violar el principio de integridad familiar. Finalmente se consideró que efectivamente el derecho de la familia a permanecer unida sin interferencias coactivas del Estado era la esencia del principio de la *family privacy*, que por tanto había sido violado. Lo cierto fue que en el procedimiento no se evidenció ningún tipo de enfermedad, abuso o maltrato en los hijos, y sí el cariño que se tenían y el afecto que les profesaba la madre. Sin embargo, este error causó una separación de más de tres años y pone de manifiesto como el sistema de protección de menores tiene graves carencias que en ocasiones convierte al menor en una víctima de las decisiones que sobre él se toman.” (DE TORRES, “El interés del menor...”, *op. cit.*, pp. 603, 604).

⁶⁸ “De hecho cuando medie custodia exclusiva de un progenitor y el régimen de visitas que se otorgue al otro sea escaso, ello en la práctica equivaldrá a la pérdida de uno de los lazos afectivos con una de las figuras más importantes y necesarias para el menor, por ello el mantenimiento del contacto sería de primordial importancia para el menor desde la perspectiva de la psicología.” (*Ibidem.*, p. 661).

cual se desprende de los artículos 7, 8, y 9 de la CDN⁶⁹, aunque con mayor claridad lo expresa el Convenio para la Protección del Niño, constituido en La Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado por España el 30 de junio de 1995, instrumento internacional que, a modo de principio general, impone el siguiente reconocimiento: *Los Estados signatarios del presente Convenio, reconociendo que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión, recordando que cada Estado deberá tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen*⁷⁰. En definitiva, la CDN y otros instrumentos internacionales demuestran la importancia de la familia natural en el desenvolvimiento de la vida del niño, por lo que debe ser respetada.

Por último, la CDN realiza múltiples referencias a la familia en general, aunque pocas a otros familiares del niño distintos a los padres. Aun así, el artículo 5 se refiere a la “familia ampliada”, el artículo 9.4 menciona expresamente otros familiares que pudieran sustituir a los padres y el artículo 22⁷¹ se pronuncia en el mismo sentido, siendo que el artículo 25 reconoce el derecho del niño a la revisión periódica de su internamiento, ya sea por motivo de protección u otro distinto, a fin de poderse reunir de nuevo con su familia⁷². Por eso, ante la incapacidad o imposibilidad de los padres para afrontar alguna necesidad básica de los hijos, los Estados han de contar con la participación de otros familiares del niño, como una obligación deducida de la propia relevancia que la CDN otorga a la institución familiar en sentido amplio del concepto⁷³.

⁶⁹ “incluso cuando los deberes propios de la patria potestad han sido incumplidos por parte de la familia natural, prima la reinserción en su propia familia de origen (arts. 7.1, 8 y 9 de la CDN)” (CARRILLO, “Carácter, objetivos y ámbito de la aplicación del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 20, 2002, p. 260).

⁷⁰ “Se refleja claramente la subsidiariedad de la adopción ante la reinserción del menor en su propia familia.” (*Ibidem.*, p. 264).

⁷¹ “Cuando el niño se encuentra separado de sus padres como resultado de medidas adoptadas por un Estado, éste proporcionará a los padres o, si procede, a otro miembro de la familia, las informaciones básicas deseadas (Art. 9.4).

[...]

En el caso de un niño refugiado, el estado debe apoyar los esfuerzos para localizar a sus padres o a otros miembros de su familia (Art. 22).” (MOERMAN, *op. cit.*, p. 151).

⁷² Aunque el artículo 25 de la CDN no explicita el objetivo de la revisión periódica de los internamientos infantiles, MOERMAN entiende, con buen sentido, que responde a la necesidad de evaluar la posibilidad de retorno a su entorno familiar: “En el caso del niño que ha sido internado por decisión del Estado y por numerosos motivos válidos, el niño tiene derecho a un examen periódico de su internación, a fin de permitirle reunirse con su familia si es posible (Art. 25).” (*Ibidem.*, pp. 151, 152).

⁷³ “En resumen podemos afirmar que la Convención reconoce plenamente el carácter único de la familia como entidad fundamental de la sociedad y entorno natural del niño. Por consiguiente, se debe dar a la familia la posibilidad de asumir sus responsabilidades. El Estado deberá adoptar todas las medidas

2.1.2. El derecho del niño a la protección

La CDN relaciona de forma especial el concepto del ISN con su derecho a la protección. Así, el artículo 9 establece la relación entre el derecho del niño a la convivencia con sus padres y su derecho a la protección, de tal manera que la separación de un niño de sus padres ha de responder a un motivo de salvaguarda de la integridad física o moral del primero que, a su vez, identifica con su interés superior. De ello se deduce que el derecho a la protección del niño se considera superior a su derecho a permanecer con sus padres cuando son éstos los que le perjudican de algún modo⁷⁴. Así, el artículo 9 de la CDN establece una jerarquía entre esos dos derechos del niño⁷⁵. Ahora bien, la atención al ISN exige especificar de qué peligro se separa al niño al privarle de su familia, así como la magnitud del peligro, sin perder de vista que cuando un niño pierde la convivencia en su entorno familiar se le somete a un cambio de vida que puede perjudicarlo más que beneficiarlo, lo cual también habría de ser objeto de evaluación técnica, pues la pérdida de la familia no es comparable con ninguna pérdida material.

El hecho de que se haya eliminado el derecho de corrección de los padres a los hijos fomenta que cualquier castigo que el padre imponga al hijo pueda ser susceptible de ser calificado como acto que requiere una medida de protección institucional, con independencia de la intensidad del castigo y el daño causado⁷⁶, lo cual entraña peligros

necesarias para facilitar la unión o la reunión de una familia, como deberá también favorecer el respeto del niño hacia sus padres, todo ello por el interés superior del niño.” (*Ibidem.*, p. 152).

⁷⁴ “Ahora bien, es habitual que los padres pretendan ampararse en el derecho de corrección sobre sus hijos cuando son acusados de maltratarlos. En Estados Unidos se carece de una normativa que a diferencia de lo que ocurre en algunos estados de Europa prohíba todo tipo de acto violento sobre los menores, por lo que en cada caso el Juez deberá determinar si la conducta paterna ha sido o no adecuada a derecho. En todo caso se parte del privilegio de que gozan los padres en el *Common Law* de poder corregir razonablemente a sus hijos sin quedar por ellos sujetos a responsabilidad penal por maltrato. A partir de aquí parte de la doctrina ha señalado que el maltrato en ocasiones no solo puede quedar justificado sino que es legítimo, pues la autoridad del padre conlleva el uso «razonable» del derecho de corrección sobre sus hijos. Este privilegio que ha sido recogido en algunos estatutos estatales, en otros estados permanece como una institución del *Common Law*.” (DE TORRES, “El interés del menor...”, *op. cit.*, p. 605).

⁷⁵ “No obstante, esta convención, que es una Convención de los Derechos del Niño y no de los derechos de los padres, ha tenido que llamar la atención sobre el hecho de que los derechos de los padres, como todos los derechos, tienen sus límites.

[...]

Estos diferentes textos [distintos artículos de la CDN] hacen resaltar claramente que, si se da el caso de que los padres o los demás miembros de la familia, o las personas legalmente responsables, no asumen sus deberes por incapacidad moral o física, el Estado se considera, pero únicamente en este caso, responsable de la protección del niño.” (MOERMAN, *op. cit.*, pp. 150, 151).

⁷⁶ “En su día, este Comité [de Derechos del Niño] había mostrado su preocupación ante la posibilidad de que, amparándose en la facultad de corrección que hasta ese momento se concedía a los padres en algunas legislaciones, se estuviera atentando de forma directa contra el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

evidentes. Estos planteamientos obligan a la investigación de opciones saludables ante determinados problemas que eviten vivencias traumáticas para los niños, tales como la separación innecesaria de su familia y, muy especialmente, vulneración de sus derechos fundamentales.

2.1.3. El derecho del niño a una familia alternativa

Los artículos 20 y 21 de la CDN inciden en el concepto del ISN en casos de protección, en que cabe destacar la importancia que se otorga al hecho de que un niño se desarrolle en un medio familiar⁷⁷, si no el suyo de nacimiento, uno alternativo que lo sustituya con efectos protectores. Aun así, la familia de origen se considera de tal importancia que se exige “particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”, así como las debidas garantías jurídico-institucionales para la sustitución de una familia por otra a través de la adopción, ya sea en el ámbito nacional o en el internacional⁷⁸, cuando esto sea estrictamente necesario.

[...]

Sin embargo, en lo que a la facultad de corrección de los padres se refiere, el Comité se encontró con que muchos países habían sugerido que cierto grado de castigo corporal, razonable y moderado, podía estar justificado en nombre del interés superior del menor. El Comité rechazó esta consideración, e insistió en la eliminación de cualquier castigo físico justificado en la facultad de corregir.” (POUS, “La controvertida eliminación de la facultad de corrección de los progenitores”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 743, 2014, p. 1384).

⁷⁷ “Conviene ante todo recordar aquí que una de las primeras fuentes del interés hacia la familia por parte del sistema de las Naciones Unidas fue el Año Internacional del Niño (AIN), el Año que la idea de la Convención haya precisamente su origen. En efecto, en la declaración final sobre el AIN en la Asamblea General de la ONU de 1979, el texto menciona a «la familia como entorno normal del niño»” (MOERMAN, *op. cit.*, p. 151).

⁷⁸ “Los principios que se desprenden de la CDN en relación a la concreción del interés superior del menor en la adopción internacional se pueden sintetizar en los siguientes:

Principio de subsidiariedad de la adopción, en virtud del cual mientras que las funciones propias de la patria potestad se estén desempeñando con normalidad por los padres biológicos, no cabe la adopción

[...]

Principio de autoridad competente, en virtud del cual únicamente las autoridades estatales competentes, a reserva de revisión judicial, son quienes pueden determinar la separación de un menor de sus padres naturales, siempre que dicha separación sea necesaria en el interés superior del niño (art. 9 CDN), el art. 21.a CDN es explícito al exigir que las adopciones sólo sean autorizadas por las autoridades competentes

[...]

Prohibición de obtener beneficios financieros indebidos, la redacción poco afortunada del precepto, llevó a las autoridades españolas a precisar, en el instrumento de ratificación de la Convención, la interpretación del art. 21.d CDN, aclarando que “de la interpretación del mismo nunca podrán deducirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios que puedan derivarse de la adopción en el supuesto de niños y niñas que residan en otro país”.

El concepto de familia alternativa adquiere relevancia para un niño cuando su familia de origen se considera incapacitada para su cuidado, una vez que se le han otorgado las debidas oportunidades para hacerlo. Dichas oportunidades no se ofrecen a la familia como una concesión merecida, sino por el derecho del hijo a crecer en su propia familia, de tal modo que la privación de ese derecho responda a un derecho superior, el de ser correctamente protegido y cuidado y garantizar un correcto desarrollo de la personalidad. De esta forma, se persigue que, cuando el niño alcance la vida adulta, conozca las circunstancias que llevaron a la decisión de separación familiar y las considere justas y razonables, por dolorosas que puedan ser. De otro modo, sentirá que su infancia se ha manipulado.

Ciertamente, se otorga escasa importancia al hecho de que un niño al que se separa de su familia pueda llegar a ser un adulto resentido, ya que no existen estudios que evalúen estos sentimientos. Por el contrario, sí existen datos de niños o adolescentes que aprecian el cambio de familia como un privilegio inmerecido que nunca podrán agradecer suficientemente, lo cual es tan negativo como lo anterior, pues denota que el niño desconoce su valía intrínseca y su propia dignidad de ser humano. Éste es, en ocasiones, un sentimiento que percibe de su propio entorno⁷⁹.

[...]

Principios relativos a los requisitos para la constitución de la adopción. El art. 21.a CDN precisa que para decidir la admisibilidad de toda adopción, es necesario tener en cuenta la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales, sobre la base de toda información pertinente y fidedigna. Es decir, se exige un estudio sobre la institución jurídica que, en los momentos inmediatamente anteriores a la constitución de la adopción, rige la persona y bienes del menor y, sobre todo, el cumplimiento efectivo del interés superior del menor por parte de quienes tengan atribuida la patria-potestad, la tutela u otras instituciones destinadas a la protección de los menores. Por otro lado, el propio art. 21.a CDN se refiere a los consentimientos requeridos para la constitución de la adopción. Se trata de una formulación vaga e imprecisa, pues no exige directamente que se deba prestar consentimiento alguno. Sin embargo, sí precisa que, las personas que deban consentir, hayan sido debidamente asesoradas para otorgar su consentimiento con conocimiento de causa. No obstante, el art. 9.2 CDN prescribe la necesidad de ofrecer a todas las partes interesadas la oportunidad de participar y dar sus opiniones en los procesos que conlleven la separación del menor de sus padres. Por otra parte, también exige a los Estados partes garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta la posición del niño en función de su edad y grado de madurez (art. 12 CDN).” (CARRILLO, *op. cit.*, p. 260-263).

⁷⁹ “El escaso conocimiento social de la adopción, y la imagen distorsionada que se divulga por los medios, que hace que las familias tengan dificultades para ser adecuadamente apoyadas en su entorno. En este sentido, puede ser tan nocivo el rechazo como la idealización, en la medida en que se convierten en prejuicios que pueden ir contra el niño (que nunca será lo bastante agradecido con sus padres) o contra los padres (que nunca cuidarán suficientemente bien a su hijo, que ha sufrido tanto). Conseguir que las familias adoptivas sean respetadas y consideradas como una forma de familia más, redundará en actitudes más abiertas y capaces de atender auténticamente a sus necesidades.” (CRESPO, “Preguntas frecuentes sobre post-adopción: la experiencia en la comunidad valenciana” en BERÁSTEGUI y

El concepto de familia de origen que aparece varias veces en el Código Civil en relación a ciertos artículos que guardan relación con la protección infantil, por ejemplo el 160 CC, 172 CC o 176 CC, y que se encuentra también en la LOPJM; es un concepto que se da por entendido pero que esconde matices que es necesario abordar y clarificar. La importancia de la familia de origen radica en que, cuando el niño es separado de ella por cualquier motivo, tiene derecho al retorno, al menos durante un tiempo prudencial⁸⁰ y siempre y cuando la familia muestre interés y decisión por cuidar del niño y, por supuesto, responda al interés de este último⁸¹.

2.2. Ámbito del Derecho de la Unión Europea

Para completar las referencias al ISN en todos los ámbitos jurídicos en los que España participa, es necesario referirse al Derecho de la Unión Europea en el que existe referencia al ISN en algunas de sus cartas y recomendaciones, sin que ofrezcan mayor delimitación del citado concepto que el ya considerado en la CDN. Entre ellas cabe destacar⁸²:

- El artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸³ que se expresa con una redacción muy similar a la de la CDN.
- Carta Europea de los Derechos del Niño, dictada por Resolución A3-0172/92 de 21 de septiembre que en su letra D expresa que *toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses*⁸⁴.

GÓMEZ-BENGOECHEA (coordinadoras), *Los retos de la postadopción: balance y perspectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, p. 177).

⁸⁰ El Código Civil establece en el artículo 172.2 CC un plazo de dos años.

⁸¹ “En el supuesto de que se le aplique una medida que implique la separación de su núcleo familiar, deberá valorarse la conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de su familia desde que se adoptó la medida, primando siempre en última instancia las necesidades del menor sobre las de aquélla.” (NÚÑEZ, “El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Persona y derecho*, Vol. 73, 2015, p. 126).

⁸² En RIVERO, *op. cit.*, pp. 48, 49, se realiza una enumeración exhaustiva de convenios y tratados internacionales, entre los que figuran los relativos a la Unión Europea, en que está implicado el concepto del ISN, ya sea de forma directa o indirecta.

⁸³ *Vid.* Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf [consultada el 14 de octubre de 2016].

⁸⁴ *Vid.* VALPUESTA, ABASCAL y NIETO, *Guía de intervención administrativa y judicial con menores de protección*, Editorial Dykinson, 2016, p. 21.

Si bien los anteriores instrumentos ofrecen una noción sobre los derechos de los que debe gozar el niño, es importante destacar que deben también existir instrumentos para velar porque el cumplimiento de esos derechos sea una realidad. Así, en el año 2007, la UE se preocupó de establecer las “Directrices para la promoción y protección de los derechos del niño”⁸⁵ en un documento que destaca como una preocupación especial la orientación de la política exterior de la UE en materia de protección de los derechos infantiles, de tal modo que en las relaciones de la UE con terceros países, los derechos de los niños sean prioritarios. Tras el establecimiento de las citadas directrices, se inició la promoción y protección de los derechos de los niños mediante la revisión de “todas las formas de violencia contra el niño”. En el año 2017, el Consejo de la UE emitió un documento bajo el título de “Revisión de las directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del niño”⁸⁶, induciendo a pensar que pudiese ser una publicación de los resultados obtenidos tras la aplicación de las directrices establecidas en el año 2007. Sin embargo, tras la atenta lectura del nuevo documento se aprecia que los resultados que ofrece sobre la situación mundial de la infancia son desalentadores, entre los que se mencionan algunos que se refieren a cuestiones de protección infantil⁸⁷. Ello permite establecer que las directrices del año 2007 no produjeron los efectos deseados, por lo que el documento de 2017 propone nuevas directrices y compromisos para las instituciones internacionales haciendo especial referencia a los derechos humanos del niño. Es de destacar que, en este contexto, se identifica un modelo que sería plenamente aplicable al sistema de protección infantil⁸⁸ y que permitiría alcanzar el ISN, siempre y cuando estuviese correctamente establecido. Puede decirse que, en España, no se ha conseguido ese modelo respetuoso con las medidas promovidas por la CDN pese a los

⁸⁵ Vid. Directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del menor, <https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16031.es07.pdf> [consultada el 21 de julio de 2017].

⁸⁶ Vid. Revisión de las Directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del niño, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6846-2017-INIT/es/pdf> [consultada el 21 de julio de 2017].

⁸⁷ “Los niños en situación de vulnerabilidad, como los niños que viven en la pobreza, los que viven en situaciones de conflicto y fragilidad, los que tienen discapacidades, [...] los niños abandonados y los que carecen de familia, se enfrentan a riesgos particulares o están expuestos a discriminación, marginación, internamiento o exclusión.” (*Ibidem.*, p. 4).

⁸⁸ “Las medidas generales de aplicación tienen por objeto promover el disfrute pleno por todos los niños de todos los derechos recogidos en la Convención, mediante la **legislación, las asignaciones presupuestarias, la creación de órganos de coordinación y supervisión –gubernamentales e independientes–, la recopilación global de datos, la sensibilización y la capacitación, así como la concepción y aplicación de políticas, servicios y programas apropiados**. Por consiguiente, las medidas generales de aplicación actúan como los fundamentos mismos para la realización de los derechos del niño, garantizando que existan las estructuras y recursos necesarios mediante un **enfoque de fortalecimiento de sistemas**.” (*Ibidem.*, p. 6).

años transcurridos desde su ratificación, por lo que las nuevas directrices deberían tener un papel relevante como guía de un nuevo sistema de protección estructurado y coordinado a nivel global.

2.3. Ámbito estatal

En la normativa española sólo la Constitución, aunque no de forma directa, el Código Civil y algunas leyes en que el niño es objeto de medidas institucionales, entre las que cabe citar de forma primordial la LOPJM, hacen referencia al ISN como concepto, lo cual revela la importancia de su delimitación ante tales circunstancias. De ello se deduce que la referencia explícita al concepto del ISN en el contenido de una ley se hace necesaria en aquellos casos en que puede sufrir vulneración alguno de los derechos del niño, o bien entrar en conflicto derechos irreconciliables del propio niño. En tales casos, el ISN debe marcar una prioridad entre sus derechos cuando las circunstancias obliguen a optar por algunos de ellos frente a otros. Esta opción se produce de forma clara cuando el niño se enfrenta a cambios de familia o de situaciones convivenciales, por lo que es necesario analizar cómo se plantea legalmente su interés superior ante tales circunstancias.

2.3.1. La Constitución Española

El artículo 10.2 CE obliga a que toda norma en referencia a un niño sea interpretada a la luz de su interés superior, pese a que no mencione el concepto de forma explícita⁸⁹. Este artículo no otorga rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los tratados internacionales a no ser que estén también recogidos en la Constitución Española⁹⁰. Sin embargo, en el caso del ISN, el artículo 39.4 CE aprecia la vinculación de España a dicho concepto desde el momento en que ratificó la CDN; tal como se ha justificado previamente al reconocer el propio ISN como un derecho constitucional

⁸⁹ “Por lo que se refiere a potenciales limitaciones a los derechos del menor que se pretendiera introducir por vía de Tratados o Pactos internacionales, debería el operador jurídico apostar por la subsidiariedad del artículo 10.2 de la Constitución; por ello, cuando se indiquen límites concretos en los preceptos constitucionales, los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España poseerán tan sólo una función interpretativa del alcance de tales límites constitucionales (los preexistentes en nuestra constitución), pero no representarán nunca un añadido más de nuevas limitaciones” (DE BARTOLOMÉ, *op. cit.*, p. 55).

⁹⁰ *Vid.* sentencia TC 36/1991 de 14 de febrero.

aplicable al niño ante cualquier conflicto que le afecte en su esfera familiar y personal⁹¹. Es de especial relevancia constitucional la investigación de la paternidad, de la que no puede quedar exenta la paternidad adoptiva, íntimamente relacionada con las medidas de protección infantil establecidas en el ámbito estatal. A pesar de ello, los conflictos sobre paternidad que han llegado a conocimiento del Tribunal Constitucional se han referido siempre a la determinación de la paternidad biológica.

2.3.2. La legislación civil

La legislación civil hace frente a las diversas situaciones adversas a las que se enfrentan los niños y que no favorecen su desarrollo personal integral, o que les provocan sufrimientos, en las que el ISN está presente, pese a que no siempre se menciona de forma explícita. Entre esas situaciones que afectan al niño se pueden citar ejemplos que no suponen actuaciones delictivas ni negligentes por parte de ningún adulto, ni la existencia de disfunción de su entorno familiar, tales como la necesidad del niño de recibir atenciones educativas especiales⁹², las enfermedades prolongadas⁹³, la discapacidad⁹⁴, la vivencia de catástrofes fortuitas o desgracias que afecten al niño⁹⁵, la

⁹¹ “la Constitución [...] afirma que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos» (art. 39.4 C.E.), lo que ha obligado a trasladar estos mandatos constitucionales y los de los Convenios internacionales a leyes ordinarias en varios ámbitos jurídicos, en forma de normas” (RIVERO, *op. cit.*, p. 38).

⁹² “La diversidad entre el alumnado se manifiesta en el ámbito educativo en diferentes ritmos de aprendizaje, capacidades, intereses, motivaciones, expectativas, necesidades, etc..., y exige una atención educativa adecuada si pretendemos proporcionar a todos ellos una educación de calidad, respetando el principio de igualdad de oportunidades, y convirtiendo de esta forma la atención a la diversidad en el principio que debe presidir su educación. Si bien desde los paradigmas actuales, y según la legislación vigente, la inclusión debería ser el modelo que sustenta el sistema educativo de España, seguimos manteniendo el concepto de necesidades educativas especiales o específicas para abordar la atención a determinados alumnos, con todo lo excluyente del término, y las consecuencias que para la inclusión puede tener.” (GONZÁLEZ-GIL, “Inclusión y atención al alumnado con necesidades educativas especiales en España”, *CEE Participación Educativa*, 18, 2011, p. 60).

⁹³ “Consideramos que fuera de estos supuestos [adolescentes emancipados o con dieciséis años cumplidos] y, en la medida que será el representante legal -padres o tutor- el que vaya a otorgar el consentimiento *informado* -lo harán en el ejercicio de su deber de velar por el menor-, éste deberá ser también destinatario de la información. Es decir, el menor, en la medida que es el paciente, será el titular del derecho de información (artículo 5.1) -debiendo ésta proporcionarse de forma comprensible y adecuado a su capacidad de entendimiento- siendo su representante legal mero destinatario de la información. Se trata de supuestos donde la confidencialidad se da en aras a proteger el interés del menor que no tiene capacidad para decidir sobre la actuación médica que se le va a practicar, por lo que necesariamente se ha de informar a aquellos -padres o tutor- a quienes corresponde prestar el consentimiento.” (CANO, “Actuaciones médicas en pacientes menores de edad: su regulación en el derecho estatal y en el derecho valenciano”, en VALLES (director), *op. cit.*, pp. 99, 100).

⁹⁴ “Y sin embargo la experiencia de los niños con discapacidad y sus familias nos dice que nuestro ordenamiento jurídico no es capaz de protegerles, que están a la intemperie. Y ello ocurre a pesar de que

aparición en los medios de comunicación⁹⁶, la recepción de publicidad engañosa⁹⁷, entre otras.

Otras situaciones en las que un niño puede encontrarse, pueden ser causadas por su propio comportamiento, ya sea ilícito, como en el caso del adolescente delincuente⁹⁸, ya sea por su libre elección de una opción lícita, tal como la del adolescente emancipado⁹⁹ o la del que se encuentra incorporado al ámbito laboral¹⁰⁰. Todas esas situaciones especiales requieren de un desarrollo normativo con el fin de que se mantenga el respeto por los derechos de los adolescentes teniendo en cuenta sus concretas circunstancias.

la Constitución Española incorpora el artículo 14 sobre la igualdad formal ante la ley, el art. 9.2 referido a la igualdad material o Cláusula del Estado Social, y el 49 citado; a pesar de que existe una Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor que proclama el interés superior del niño sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, y que dice en su art. 11 que el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos; y a pesar de la existencia de una ley como la 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad, que establece medidas de no discriminación y de acción positiva.” (ALONSO PARREÑO, “Los derechos del niño con discapacidad en España”, *CERMI*, nº 38, 2008, p. 25).

⁹⁵ “el 20 de noviembre de 1959, en la 44 sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aprobó, por unanimidad, la Declaración de los Derechos del Niño, que se concreta en los siguientes puntos. El niño tiene derecho:

[...]

8. A figurar entre los primeros que reciban protección y socorro en caso de desastres. (BORONAT y RUIZ, “Una propuesta didáctica para la inclusión de los derechos del niño en el currículum de formación inicial del profesorado” en LÓPEZ-BARAJAS y RUIZ (coordinadores), *Derechos humanos y Educación*, UNED, 2009, p. 222).

⁹⁶ “Por lo que respecta a la protección del derecho a la propia imagen de los menores, el Tribunal Supremo ha consolidado un cuerpo de doctrina acerca de la interpretación del art. 18 CE y de la Ley Orgánica 1/82 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (LO 1/82 PDH), en la colisión entre el derecho a la información y el derecho del menor a la propia imagen, dando prevalencia al derecho del menor por el mero hecho de serlo.” (AÑÓN, “Interés del menor”, *Revista de Derecho de Familia*, Lefebvre, El Derecho, 2015, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes-menor_11_865180001.html [consultada el 23 de septiembre de 2016]). Ver también: AZNAR, “Un reto de la ética comunicativa: la protección y el cuidado de los menores” en VALLÉS (director), *La protección del menor*, Editorial Tirant lo Blanc, 2009, pp. 21-56 y VALLÉS, “Los derechos comunicativos del menor”, en *ibidem.*, pp. 397-432.

⁹⁷ “Los niños deben ser especialmente protegidos del aspecto persuasivo del marketing y de la publicidad debido a tres caracteres básicos de la estructura mental infantil: la credulidad, la tendencia a la imitación y la vulnerabilidad psíquica.” (CATALÁN, “Infancia y publicidad engañosa” en *ibidem.*, p. 158).

⁹⁸ “Paradójicamente, la exclusión de la responsabilidad de los niños y adolescentes, en lugar de fortalecer la protección, terminó por desmedrarla. La evidencia empírica revela, entonces, que la relación entre interés superior del niño, protección de la infancia y sistema penal es algo más compleja que lo que se pensó a comienzos de siglo por los salvadores de los niños que inspiraron el sistema tutelar.” (CILLERO, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 243).

⁹⁹ *Vid.* FERRANDO, “El menor emancipado en el derecho común y foral: especial referencia a sus facultades patrimoniales”, en: VALLÉS (director), *op. cit.*, pp. 177- 200).

¹⁰⁰ “Básicamente, dos son las líneas que se siguen en la protección de los menores dentro del mundo laboral, por un lado en establecer una edad mínima para el acceso del empleo por debajo de la cual no se puede trabajar y por otro lado establecer una serie de medidas que protejan especialmente a los trabajadores menores de edad, una vez que acceden a un puesto de trabajo.” (GARCÍA PONDAL, “La capacidad contractual de los menores en el ámbito laboral”, en *ibidem.*, p. 201).

Una gran mayoría de niños se enfrenta hoy a situaciones familiares que influyen en sus derechos y, por tanto, en su interés superior, sin que de ellos dependa alterar la situación. Tales situaciones pueden ser fruto de relaciones extramatrimoniales¹⁰¹ o de los conflictos intrafamiliares entre adultos¹⁰², o de las decisiones de los adultos, tales como la reproducción asistida¹⁰³ o las separaciones de pareja, que la legislación regula en el Código Civil y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio¹⁰⁴, o la maternidad subrogada¹⁰⁵, etc. A excepción de esta

¹⁰¹ “De tal manera que los que deciden vivir juntos al margen de la ley se benefician de la ignorancia del legislador al no ser penalizados ni sancionados por su convivencia, pero tampoco esa relación genera efectos jurídicos positivos ni derecho alguno, lo que puede suponer, por ejemplo, la desprotección de los hijos —en su caso— nacidos de esas uniones o de uno de los miembros de la pareja.” (LIÑÁN, “Diversas consideraciones sobre las «uniones de hecho» en los ordenamientos jurídicos español y canónico”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 35, 2015, p. 7).

¹⁰² “Suele existir una división familiar con posturas fuertemente contrarias, que genera en unas relaciones familiares con desconfianza, enfrentamientos y ruptura de la comunicación. El riesgo a evitar es incluir a las menores como una herramienta de castigo más, ya que en ocasiones, presencian actitudes beligerantes, enfrentamientos explícitos, nula comunicación e incluso comentarios despectivos. Suele ser un conflicto entre adultos, y no de las menores con los abuelos. La mera constatación de una situación de enfrentamiento entre los miembros del grupo familiar no es causa suficiente para impedir el contacto de los menores con sus abuelos, pero también es necesario valorar que eso no incida en un sufrimiento para el niño. Si el enfrentamiento es demasiado duro, la relación de los menores con los abuelos está condenada al fracaso, ya que los progenitores harán lo posible a tal fin.” (SANTANA, “El interés del menor: relaciones con abuelos, parientes y allegados”, *Revista de Derecho de Familia*, Lefebvre, El Derecho, nº 16, 2014, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/interes_del_menor_11_712180002.html, [consultada el 23 de septiembre de 2016].

¹⁰³ “Pero la propia Ley posibilita el nacimiento de hijos sin padre, situación ante la que el anonimato del donante sólo resulta reveladora de una verdad incontrovertible: la LTRHA [Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida] ha desatendido sistemáticamente los derechos del hijo nacido a través de estas técnicas. El legislador ha considerado los intereses de quienes desean ser padres, los de las clínicas que prestan estos servicios, los de quienes procuran material genético que los haga posibles, pero no ha contemplado en absoluto al hijo como sujeto, como persona digna y merecedora de protección, sino sólo como objeto de deseo.” (BARBER, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Redur*, 8, 2010, p. 34).

¹⁰⁴ “Los “matrimonios a la carta”, las parejas inestables, las familias “inciertas, ficticias y volátiles” no ofrecen a los menores las mejores condiciones para su educación. La legislación matrimonial, [...] trata de adaptarse a todas las vicisitudes de la pareja, creando así una “legislación de remedios” más que de “modelos”, una legislación que ya no se presente ya no presenta la sustancia del matrimonio, sino sus accidentes.” (BENEYTO, “Problemática educativa-familiar en la protección de los menores. La intervención de los abuelos” en VALLÉS (director), *op. cit.*, pp. 70,71).

¹⁰⁵ “El Tribunal Supremo establece, con rechazo del particular punto de vista de los recurrentes acerca del interés de los niños nacido en virtud de maternidad por sustitución, que “La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.”, advirtiendo que “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.” El Supremo, tras citar el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, reconoce que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores. Pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que

última que no está permitida en España, el resto de situaciones responden a opciones legítimas o al menos, no ilegales, que los adultos pueden tomar libremente y cuyos efectos el niño deberá aceptar, bien por acuerdo de los adultos, por el consentimiento de éstos, o por decisiones judiciales fundamentadas en el ISN que, por lo general, respetarán y favorecerán las relaciones personales del niño.

Por último, algunos niños se enfrentan a situaciones familiares de incapacidad parental en que la injerencia profesional debe ser adaptada a la problemática existente preservando, en la medida de lo posible, las relaciones familiares del niño¹⁰⁶.

a) *El Código Civil*

El Código Civil menciona el ISN cuando regula cuestiones acerca de las crisis matrimoniales, de la filiación y de la protección infantil. Esta última cuestión está recogida en el Título VII del libro I que trata las relaciones paterno-filiales, en los capítulos I a V, contemplando desde el ejercicio de la patria potestad hasta la constitución de la adopción, pasando por todo tipo de medidas de protección intermedias tales como la tutela y la guarda administrativa y el acogimiento. También el título X del mismo libro que trata de “la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”

supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Seguidamente apunta el Tribunal Supremo que en nuestro Derecho de Familia, la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, es compatible con la apertura de un periodo de indefinición en cuanto a la filiación, en tanto no se establezca otra determinada, por lo que esa situación de incertidumbre, en sí misma perjudicial, es coherente con el Derecho patrio. En cuanto al argumento esgrimido por los recurrentes relativo al derecho de los menores a una filiación única, concluye que “No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única”, ya que el menor siempre tendría la identidad que deriva de la legislación española, que atribuye su maternidad a la mujer que alumbró a los menores aplicándose, a partir de aquí, las normas españolas sobre nombre y apellidos. A propósito de las Sentencias del TJUE en relación con el alcance del principio de inmutabilidad o estabilidad de los apellidos, hace notar el Supremo que la cuestión del nombre y apellidos de los menores en los casos resueltos por el Tribunal de Luxemburgo, es “... un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución.” (ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 2, 2014, pp. 16, 17).

¹⁰⁶ “La protección del menor siempre debe estar presidida por una orientación educativa y por la prioridad de preservar la relación con su medio más habitual. Se garantiza que los derechos o beneficios de los menores no estén sujetos a ninguna condición personal, ni de sus padres, tutores o familiares, de modo que en situaciones de grave riesgo se pueda administrar el recurso institucional más adecuado que complementa, compensa, corrija o sustituya el desempeño de las funciones parentales.” (MARTÍN, “Proyecto para la prestación del servicio de implicación familiar, en el cuidado y atención a los menores” en MARTÍNEZ (coordinadora), *Trabajo Social Hoy*, Nº 51, 2007, p. 13).

contempla el ISN en todos sus capítulos excepto el capítulo III dedicado a la curatela de personas mayores de edad, no siendo esta institución aplicable a personas menores de edad. El resto de los capítulos que se refieren a la tutela, el defensor judicial y la guarda de hecho mencionan explícitamente el citado concepto. En general, todos aquellos artículos del Código Civil que tienen una incidencia en la esfera personal del niño hacen referencia al concepto del interés del niño. La incorporación al Código Civil de mención expresa al ISN obedece al mandato de la CDN de positivizar el concepto en los ordenamientos jurídicos nacionales. Ahora bien, el Código Civil español lo hace de manera abierta y flexible y sin delimitación alguna de ese interés superior, dejando amplio margen al aplicador de la ley. Con ello la única obligación que le impone es la motivar las decisiones sobre el niño en su interés superior, es decir, expresar cómo delimita el concepto, qué criterios considera relevantes y cómo intervienen las circunstancias del niño en su valoración, incluyendo sus expectativas futuras¹⁰⁷. Tras esa positivación, la práctica jurídica ha ido delimitando el concepto del ISN.

b) Las leyes específicas en materia de protección infantil

El concepto del ISN es especialmente relevante en la legislación en materia de protección infantil, en la que se da la circunstancia de que en sucesivas modificaciones legislativas ha sido objeto de revisión y reforma, adquiriendo progresivamente mayor importancia. Algunas de estas leyes, especialmente las posteriores a la CDN, han incidido directamente en el contenido del Código Civil, por lo que han dotado al concepto de una sustantividad propia.

Algunas instituciones jurídicas que hoy se conocen como medidas de protección infantil han estado presentes en el ordenamiento jurídico español desde la antigüedad, aunque su calificación ha ido variando al ritmo de la evolución social. La institución de la

¹⁰⁷ “Tratar de dar una significación rígida, estricta e inamovible a una cláusula de este estilo sería contrario a la propia finalidad que la inspira; ya que si nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado ¿cómo puede quedar fijado su contenido sin que ello implique entrar en franca contradicción con la esencia misma de la norma? No obstante, sentadas las bases que deben regir en todo momento nuestra actitud frente a la mentada cláusula general, sí que podemos trazar ciertas aproximaciones a cuál debiera ser su verdadera significación (Linacero de la Fuente, 1999).

Para llevar a cabo esa operación, utilizaremos las definiciones que sobre dicho valor jurídico nos ha ido ofreciendo la doctrina científica, así como las valoraciones realizadas por parte de nuestros jueces y tribunales en el preciso instante de resolver los problemas prácticos que día a día se les han ido presentando.” (RAVETLLAT, “El interés superior...”, *op. cit.*, pp. 92, 93).

adopción se ha mantenido desde la época romana prácticamente sin interrupción, aunque no puede decirse que fuese en aquel entonces una medida de protección infantil¹⁰⁸, ya que su objetivo era favorecer a los adultos, siendo irrelevante el interés del adoptado¹⁰⁹.

En el proceso codificador que sufrió el Derecho español de la segunda mitad del siglo XIX, el interés de la persona adoptada continuó relegado a la más completa ignorancia, siendo la adopción un mero instrumento para satisfacer el deseo de paternidad de los adultos adoptantes¹¹⁰. En este sentido, puede decirse que el prohijamiento¹¹¹, figura ya utilizada en el siglo XIX, tenía un carácter más protector que la adopción y respondía mejor a los intereses y las necesidades del niño.

En la época franquista se mantuvieron tanto la institución jurídica de la adopción como el prohijamiento con las características precedentes. Sin embargo, en las leyes y

¹⁰⁸ “La adopción es el instituto que más veces ha sido reformado en el Código Civil. Ya existía en nuestro país antes de la conquista del Imperio Romano y subsistió durante la Edad Media, si bien se piensa que fue ignorada por el Derecho visigodo. Lo cierto es que las reformas en materia de adopción que ha sufrido el Código Civil son uno de los mejores reflejos de cómo los cambios sociales han influido en nuestro Derecho Privado.” (CALZADILLA, “Las reformas del código civil español y la institución de la adopción”, *Anales de la facultad de derecho*, Universidad de la Laguna, 20, 2003, p. 27).

¹⁰⁹ “En el derecho romano la adopción nace como una forma de incorporar a un varón púber bajo la patria potestad de un *paterfamilias*.
[...]

En todo caso, el acento estaba puesto en el adoptante, más que en el adoptado. Se trataba de no dejar al *paterfamilias* sin heredero varón, asegurando la sucesión política y el culto familiar.” (CORRAL TALCIANI, “El nuevo régimen de la adopción en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, Nº1, 2001, pp. 9, 10).

¹¹⁰ “En España, en la época de la codificación, la adopción era una institución de poca importancia social y práctica, y la finalidad que tenía era únicamente la de dar cumplimiento a los deseos de aquellos matrimonios a los que la naturaleza no había dado hijos biológicos.

Así, el legislador incluyó –no sin reticencias y críticas adversas– esta institución en el Proyecto de Código Civil de 30 de abril de 1851 [...]

Los efectos que se reconocían a la persona adoptada eran muy limitados: el adoptado no se integraba en la familia adoptiva, aunque quedaba bajo la patria potestad de los adoptantes; tenía frente a ellos un derecho de alimentos, pero no adquiría derechos sucesorios en la familia del adoptante y conservaba sus derechos en la familia de origen.

[...]

Esta autorización [al gobierno para la publicación de un Código Civil] se materializó en la regulación de la adopción que se hizo en el Código Civil de 1889, que era muy escasa, limitada, extremadamente restrictiva en cuanto a los derechos que otorgaba a la persona adoptada y centraba su interés en la persona del adoptante. Es importante destacar que la adopción, tal y como se regulaba en este momento en el Código Civil, no generaba relaciones de filiación entre adoptante y adoptado.” (FERNÁNDEZ, “Reseña histórica de la regulación legal de la adopción en España”, *Temas de Psicoanálisis*, nº 8, 2014, pp. 2, 3).

¹¹¹ “En consecuencia, por medio del prohijamiento se trataba de extraer al menor de las Instituciones de Beneficencia al objeto de que fuera educado en el seno de una familia, pero «los efectos de esta adopción –escribía ROBLES FONSECA– no llegan más que al formulismo administrativo, encaminado a extraer un niño... para tenerlo y cuidarlo dentro del seno de una familia honrada y con ciertos posibles económicos»”, (DE DIOS, “Asistencia Social y Legislación Civil en el Ámbito de la Protección de Menores”, *Revista jurídica de Navarra*, Nº 43, 2007, p. 177).

documentos legales dictados tras la guerra civil española se establecen otras formas de guarda a modo de protección infantil. Tales documentos fueron los que, aun con deficiencias, se centraron en establecer formas para cubrir los intereses de los niños de la época¹¹² afrontando, al menos, la necesidad básica y esencial de dotarles de familia, haciendo frente a las consecuencias sobrevenidas tras la reciente contienda civil que había dejado gran cantidad de niños huérfanos o abandonados en situaciones de extrema pobreza.

La Ley de 24 de abril de 1958, aun en un contexto social muy distinto al actual y con prejuicios hoy ampliamente superados (como el que impedía que el adoptado fuese reconocido como hijo legítimo del adoptante), expone la adopción como un medio para beneficiar al niño adoptado, huyendo del interés de los adultos, al menos formalmente. Ahora bien, realiza una distinción entre la adopción plena que se permite a los abandonados y expósitos y la adopción menos plena destinada a los niños huérfanos¹¹³, incurriendo en una discriminación que ni siquiera la propia ley es capaz de motivar razonadamente, expresando únicamente el hecho de que no se “ha estimado

¹¹² Junto con el prohijamiento –y, por supuesto, la adopción civil–, a partir de 1936 ciertas disposiciones contemplarán diferentes modalidades de guarda. Así, en sendas disposiciones de 30 de diciembre de 1936 y de 1 de abril de 1937 se reguló el acogimiento familiar a través del «servicio de colocación familiar». Bajo esta denominación, las disposiciones citadas regulaban una modalidad de acogimiento por el que, al margen también de la adopción civil, se trataba de dotar de un medio familiar a menores huérfanos o abandonados [...]

A su vez, por Decreto de 2 de junio de 1944 se establece la figura del «protector social», que se incorporaría al Texto Refundido de la Legislación de Protección de Menores aprobado por Decreto de 2 de julio de 1948. [...]

Pues bien, las disposiciones que se acaban de citar contemplaban, si bien utilizando distinta denominación formal, una modalidad de acogimiento a llevar a cabo en el ámbito familiar y que se caracterizaba por la ausencia, tanto de relaciones permanentes, como de vínculos civiles. Con referencia al mismo, escribía MADRUGA MÉNDEZ lo siguiente: «El acogimiento familiar –se refiere al «servicio de colocación familiar» recogido en las disposiciones de 1936 y 1937– es aquella institución circunstancial en virtud de la cual determinado menor, huérfano de padre y madre, con que reúna las circunstancias legales determinadas, pasa a ser sustentado física y moralmente por una persona, sin aparecer relaciones permanentes ni crear parentescos civiles, por tiempo determinado o indefinido, según la voluntad del acogedor». Es, concluye el citado autor, una institución concebida en interés del acogido, en la que los particulares sustituyen al Estado en su labor de guarda de la infancia abandonada” (*Ibidem.*, pp. 177, 178).

¹¹³ “La figura de la adopción plena se estableció para posibilitar la adopción de los menores de catorce años, hijos de padres desconocidos, abandonados o “expósitos”. Se fijó en tres años el tiempo que un menor había de permanecer “abandonado” para poder ser adoptado, requisito temporal que no facilitaba la adopción, ya que imponía un período mínimo de tres años antes de poder pensar en la adopción del menor.

Este tipo de adopción comportaba para el adoptado la atribución de unos derechos que le equiparaban al “hijo natural reconocido”, como la atribución de los apellidos de los adoptantes, pero sin llegar a desvincular del todo al adoptado de su familia natural de origen, respecto a la que continuaba conservando derechos sucesorios y de alimentos (solo en el caso de que no hubiera podido obtenerlos del adoptante).” (FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 4).

conveniente”¹¹⁴. La falta de coherencia de dicha decisión se desprende del hecho de que el niño huérfano podría ser adoptado al no preverse ninguna reclamación por parte de los padres, al haber fallecido éstos.

La Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre Adopción supuso un avance en el reconocimiento de los derechos de los adoptados introduciendo en el proceso de constitución de la adopción el concepto de “conveniencia para el adoptado”¹¹⁵ apartándose de la anterior concepción que incidía en el interés de los adultos¹¹⁶.

La primera ley española en materia de protección infantil tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 es la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Esta ley se adecuó al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE¹¹⁷, con lo que se limitó a equiparar la adopción adoptiva plena con la filiación por naturaleza mencionando el interés del hijo en el ámbito de la adopción en sus vertientes plena y simple.

¹¹⁴ “No se ha estimado conveniente extender la adopción plena a los huérfanos, que siempre podrán ser susceptibles de adopción menos plena; aquélla se configura tan sólo para los abandonados o expósitos.” (Ley de 24 de abril de 1958, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-B-1958-6677 [consultada el 21 de septiembre de 2016]).

¹¹⁵ “Desde el punto de vista formal, la reforma no supuso ningún cambio: la constitución de la adopción continuaba requiriendo de aprobación judicial y se mantenía la necesidad de la escritura pública. Ahora bien, se amplió el margen de la intervención judicial en el proceso de constitución de la adopción, ya que además de comprobar la concurrencia de los requisitos legales, el juez debía valorar la conveniencia o no de la constitución de la adopción para el adoptado.” (FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 6).

¹¹⁶ “Supuso esta reforma, como afirma GARCÍA CANTERO, una innovación radical desde el punto de vista de los derechos del adoptado. Se buscó, tal y como ya constataba el mismo Preámbulo de la Ley, facilitar la adopción y dotarla de una mayor consistencia en lo que respecta a la nueva relación jurídica que con aquélla nace: la paterno-filial. Asimismo, se persiguió ampliar el ámbito de la aplicación judicial.” (CALZADILLA, *op. cit.*, p. 30).

¹¹⁷ “La Ley modificó el art. 108 del Código Civil, equiparando todas las filiaciones e implantando el principio de igualdad de derechos entre los hijos, desarrollando así el art. 14 CE (que recoge el derecho a la igualdad ante la Ley) y el art. 39.2 CE. Ya no existirán, por tanto, diferencias entre hijos matrimoniales y no matrimoniales.

Además, esta ley introduce algunas modificaciones que van a facilitar la realización de las adopciones. Las más representativas consistieron en la supresión del plazo de cinco años de matrimonio que necesitaban los casados para poder adoptar y en permitir adoptar a los cónyuges legalmente separados (eliminando la distinción entre cónyuge inocente y culpable). También se suprimió la posibilidad de adoptar a los hijos naturales, lo cual debe calificarse positivamente. En cuanto a los adoptados, hay que decir que se les equipara a los hijos por naturaleza, una vez desaparecida la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, y su integración en la familia del adoptante es integral, si bien persistieron diferencias substanciales entre el adoptado plena y el adoptado simplemente. Por otra parte, el art. 174 del Código Civil tras la reforma reduce el tiempo para poder apreciar el abandono de aquellos menores que se encuentren en establecimientos benéficos, que pasa a ser de seis meses a un mes.” (*Ibidem.*, p. 32).

Pocos años después la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, más conocida como Ley de Adopción, reitera el concepto del interés del niño, especialmente del adoptado, reconociendo la finalidad de la adopción como medio de protección social para los niños privados de familia y el acogimiento familiar como solución previa, aunque no exclusiva, a la adopción. Esta Ley establece la primacía del interés superior del adoptado como uno de los principios informadores de la nueva normativa. Con ello, el ISN se configura como principio rector en la constitución de una adopción¹¹⁸ o un acogimiento familiar, en que es de crucial importancia la obligatoria intervención administrativa. En efecto, como bien reconoce la citada Ley en su preámbulo, la intervención administrativa se pensó, con muy buen criterio, para impedir transacciones privadas y, de este modo, evitar el “odioso tráfico de niños”¹¹⁹. Ahora bien, la intervención administrativa ha tenido una incidencia mucho más amplia que la mera evitación de ese tráfico, impidiendo, incluso, soluciones de protección totalmente válidas y respetuosas con el ISN, al impedir, por ejemplo, que sean los padres los que seleccionen a los adoptantes de sus hijos entre sus familiares o amigos, o al decidir ofrecer en adopción niños cuyos padres pueden y quieren hacerse cargo de ellos¹²⁰. Ante tal situación, cabe preguntarse si la Administración está exenta de practicar tráfico de niños y si la superior vigilancia de la Fiscalía ejerce un control suficiente, en su caso, para evitarlo. Puesto que en el ámbito internacional se han encontrado casos de corrupción¹²¹

¹¹⁸ “Coincido con PÉREZ ÁLVAREZ cuando afirma que los tres principios que informan la nueva normativa son los siguientes: facilitar el acceso a la adopción (al regular nuevamente tanto las prohibiciones y los requisitos para adoptar como los consentimientos que han de concurrir para que la adopción pueda llevarse a cabo), equiparar las filiaciones (por naturaleza y por adopción) y consagrar la primacía absoluta del interés del adoptado sobre cualquier otro que pudiera concurrir en el proceso de adopción.” (*Ibidem.*, p. 36).

¹¹⁹ “Cabe señalar que, con esta mira [el principio del interés superior del adoptando], la adopción no será ya un simple negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza, sino que se procura la adecuada selección de aquél de modo objetivo, con lo que también se contribuirá a la supresión de intermediarios poco fiables bien o mal intencionados.” (Preámbulo de la 21/1987 <http://www.boe.es/boe/dias/1987/11/17/pdfs/A34158-34162.pdf>, [consultada el 21 de septiembre de 2016]).

¹²⁰ “En esta dinámica, se suceden las actuaciones de la recurrente en aras a mantener la relación con su hijo (defensor judicial, recursos y solicitudes...) y las de la Administración que se dirigen a proseguir con la ruptura de la relación madre/hijo en beneficio de la figura de la adopción.” (sentencia de la sección 4ª de la AP de Oviedo 88/2016 de 10 de marzo en relación al caso <http://www.larazon.es/sociedad/carta-de-la-madre-de-juan-francisco-mi-nombre-es-maria-jose-abeng-ayang-FG13513017#.Ttt10Aru6x9wG1m> [consultada el 21 de septiembre de 2016]).

¹²¹ En el ámbito de la adopción internacional se han detectado gran cantidad de casos de abusos y prácticas ilícitas con la participación de las administraciones de distintos países pues como denuncia GALLEGO MOLINERO “es innegable la existencia de menores en situación de pobreza extrema y severa, si bien no todos necesitan una familia, porque la tienen. De hecho, como se ha denunciado, existe un número cada vez mayor de los mismos que han sido adoptados y no necesitaban una familia sustitutiva. Podían

con la participación de las Administraciones Públicas, no hay motivo para pensar que no pueda ocurrir lo mismo a nivel nacional.

Tras la ratificación de la CDN por el Estado español, la normativa en materia de protección infantil avanzó en lo que se refiere a la determinación del concepto del ISN, ya que la CDN establece el mandato de respetar el ISN especialmente cuando se trata de hacer frente a su protección, a la que el citado tratado internacional dedica buena parte de su articulado. A tal efecto, el legislador español dictó la LOPJM que dedicó el artículo 2, bajo el título de “principios generales”, a imponer un mandato al aplicador de la ley: *En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. Con ello, el aplicador de la ley había de verse obligado a delimitar el concepto jurídico indeterminado del ISN y especificar y motivar el modo en que lo había considerado, haciéndolo comprensible a quienes pudiesen estar interesados en conocerlo¹²². El hecho de dedicar un artículo específico de la ley tiene la ventaja de poder ser invocado en un litigio como derecho sustantivo del niño¹²³, pudiendo denunciarse su vulneración mediante recurso de casación ante el Tribunal Supremo. A su vez, ello permite vencer las objeciones de algunos investigadores sobre la indeterminación del concepto y los peligros inherentes¹²⁴, dado

haber continuado creciendo con su familia biológica, si se les hubiera ofrecido un modesto apoyo o si la demanda occidental de tener hijos no ejerciera tanta presión, observándose que el principio de subsidiaridad queda vulnerado con frecuencia (Saclier, 1999)” en GALLEGO MOLINERO, “Repensando la adopción internacional desde un enfoque centrado en el menor: el caso de España-Etiopía”, *Cuadernos de Trabajo Social*. Vol. 26-1, 2013, p. 205.

¹²² “En cuanto al juez, su protección y delimitación del interés del menor la realiza por medio de sus resoluciones y, formalmente, con la motivación de las mismas, en particular en cuanto concierne a los límites de aquél y en la justificación de la restricción concreta, cuando proceda.” (RIVERO, *op. cit.*, p. 86).

¹²³ “Como derecho sustantivo supone que el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. También es una garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico, o a los niños en general. De esta forma, el art. 2 de la LO 1/96 PJM, en su redacción dada por la L.O. 8/15 recalca este aspecto cuando establece que «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado».

El artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece una obligación intrínseca para los Estados de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.” (AÑÓN, *op. cit.*).

¹²⁴ “Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.

Por esta razón diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes

que el alto tribunal debe pronunciarse sobre la correcta o incorrecta aplicación del precepto legal, lo cual redundaría en una especial seguridad jurídica. Sin embargo, la aplicación práctica muestra que no siempre los tribunales han delimitado el ISN en el ámbito de la protección infantil.

Puesto que las CCAA tenían las competencias traspasadas en materia de protección infantil, cada una de ellas dictó una ley autonómica sobre esta materia. En concreto, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares dictó la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia, en que se menciona repetidamente el ISN pero sin dedicar ningún artículo específico a él, situándolo como una consideración primordial circunscrita a la mayor concreción e imprecisión.

Posteriormente la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, pese a referirse principalmente a los niños adoptados en el ámbito internacional, como su título indica, se dirige también a los niños que reciben protección en el ámbito nacional, ya que modifica algunos artículos del Código Civil, concretamente el artículo 172 CC, en el que el concepto del ISN está dotado de especial relevancia en su aplicación, afectando a los niños a los que se aplica una medida de protección administrativa de desamparo y consiguiente separación de su familia.

Transcurridos los años de aplicación y vigencia de la LOPJM y las correspondientes leyes autonómicas, la práctica administrativa y jurídica deja al descubierto que los asuntos de protección infantil son aquellos en que el ISN ha sido castigado con el mayor desinterés por parte del operador jurídico, especialmente del ámbito judicial¹²⁵. Tanto es así, que el propio legislador ha sido consciente de la necesidad de delimitar el propio concepto del ISN desde la literalidad de la ley de

lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en “el interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.” (CILLERO, “El interés superior...”, *op. cit.*, p. 126).

¹²⁵ “Lo cierto es que, desde el primer momento, el sistema se aplicó con furor estatalista a expropiar niños y a sacarlos de los espacios naturales de su crianza, hogar, vecindario, escuela, amigos, para desarraigarlos haciéndolos deambular de acogida en acogida, y convirtiendo la ley de Protección Jurídica del Menor en una ley de desprotección jurídica de las familias desfavorecidas y de desarraigo sistemático de su prole. Con toda la maquinaria judicial respaldando las medidas, casi siempre por omisión, cuando no judicializándolas a base de confundir lo más elemental de la pedagogía con el derecho penal.” (MARTÍNEZ REGUERA, “Prólogo” en EMPEZ (coordinadora), *Dejadnos crecer. Menores migrantes bajo tutela institucional*, Virus editorial, 2014, p. 17).

protección¹²⁶, debido también a las recomendaciones recibidas por España desde instancias internacionales¹²⁷.

Así, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LOSPIA en adelante) modifica el artículo 2 LOPJM estableciendo una detallada relación de lo que debe considerarse el ISN. Lo hace enumerando los derechos que la CDN reconoce a la generalidad de los niños, pero también destacando aquellos derechos aplicables específicamente a los niños que son objeto de alguna medida de protección, a los que la LOPJM debe una especial atención, por estar particularmente dirigida a ellos.

El artículo 2 LOPJM, en la actualidad, consta de 5 apartados en los que algunos de ellos están divididos, a su vez, en varios subapartados. Frente al escueto apunte del artículo 2 concebido en la ley original, no cabe duda de que los esfuerzos por mejorar la aplicación del ISN en las sentencias venideras, resulta ciertamente considerable¹²⁸.

¹²⁶ Vid. Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹²⁷ “criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño

[...]

criterios recogidos en la Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado.” (*Ibidem.*).

¹²⁸ “Para evaluar todos estos aspectos del interés superior del menor Chabert aconseja recurrir a la técnica norteamericana que lleva a realizar una contabilidad y un pesaje de los elementos internos y externos del interés del menor. A la manera indicada por el Profesor David Cavers en los años 30 y que consideramos apropiada para el tema bajo análisis, aun cuando le hemos agregado algunos etapas desde nuestra visión del problema.

- Tarea de conteo: en una primera etapa habrá que reunir todos aquellos elementos más significativos según el caso en cuestión;
- Tarea de adecuación, modulación o afinamiento: luego, habrá que modular estos elementos de acuerdo con la edad del menor por cuanto a cada etapa de la infancia le corresponde la aparición de una particular faceta de su personalidad;
- Tarea de pesaje: y en una última etapa, el juez examinará cada aspecto y le adjudicará un determinado valor para llegar a una conclusión sobre si el interés del menor está presente o no;
- Tarea de equilibrio, balance o contrapeso entre los intereses de varias personas: en determinadas ocasiones la tarea judicial quedaría incompleta si no se ingresa en una cuarta etapa, aquella que obliga a realizar un balance entre el interés de este menor y los intereses de sus allegados, familiares o no; derechos abstractos e intereses concretos, para ser más precisos; Si hay varias personas, cada una detentando un interés particular, puede ocurrir al realizar el balance de los intereses todos conduzcan a una situación de convergencia. Tal situación no presentaría problema alguno para la decisión del magistrado y la constatación judicial de una situación convergente fortalecería la unidad de la familia.

Por el contrario, esos intereses pueden presentarse todos contrapuestos entre sí (entre el menor y los adultos o entre los propios adultos). Ante tal situación el magistrado intentará practicar un equilibrio entre los intereses de todos los sujetos involucrados mediante una actitud compositiva, salvo que llegue a la conclusión de que el antagonismo es insalvable. De producirse esta situación habrá que examinar si hay realmente un interés del menor en el caso concreto pues, de no haberlo, los intereses

El artículo 2.2 a) LOPJM menciona los derechos del niño y la satisfacción de sus necesidades básicas entre las que menciona las “emocionales y afectivas”. En concordancia con ello, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LSPIA en adelante) ha modificado el artículo 173 CC resaltando que el niño en acogimiento debe desenvolverse en un entorno afectivo. Llama la atención que el artículo 154 CC que también ha sido modificado por la LSPIA no contempla las obligaciones de carácter afectivo en el ejercicio de la patria potestad, quizás porque resulta obvio que dicho entorno afectivo existe de forma natural entre padres e hijos.

El hecho de que la LOPJM vigente haga hincapié en las necesidades afectivas del niño es de suma importancia. En primer lugar, porque los niños sujetos a medidas de protección han sufrido, probablemente, situaciones de abandono o pérdidas vinculares que hace muy necesario que se preste especial atención a sus necesidades afectivas. En segundo lugar, porque permitirá dotar de fundamentación a las medidas de protección prioritarias que defiende la nueva ley, es decir, al acogimiento familiar frente al residencial, pues precisamente en el entorno familiar es donde se satisfacen las necesidades afectivas de un niño (como bien impone el artículo 173 CC) de las que se carece en una institución, al no disponer de figura de referencia afectiva que ofrezca carácter de continuidad.

de los terceros prevalecerán. Si, por el contrario, la respuesta es afirmativa, será necesario examinar si su interés es superior o no, para ello el marco de referencia será siempre el derecho del menor formulado abstractamente. Según nuestra opinión, no todo interés del menor debe ser considerado un interés superior. Como señala Chabert no hay que confundir el interés superior del menor con la necesidad de un instante, ni con los caprichos del niño o adolescente, y aún el mejor interés del menor puede no ser su interés superior. Sólo serían aquellos que entronquen con los derechos fundamentales.

- Necesidad de una evaluación proyectando cualquier solución sobre el menor hacia el futuro. Rubellin-Devichi en el derecho francés, Stanzione, en el derecho italiano, Carrión, Pena, Bergstein y la jurisprudencia en el nuestro [Uruguay], han hecho particular hincapié en que el interés superior del menor no se agota con el examen de las necesidades actuales a satisfacer en el caso concreto sino que cualquier decisión obliga a proyectar la evaluación de cara al futuro, de modo que pueda considerarse cada una fórmula como estando destinada a facilitar la formación del menor y establecer las pautas para el desarrollo de su personalidad. Estas afirmaciones permiten compartir la aseveración de que “lejos de designar una prerrogativa personal, el interés concreto del menor constituye una técnica de evaluación de una situación, donde se examinará cuál deba ser el estado más propicio a su expansión”, lo cual permite alejarnos de cualquier paidodemagogia, primando el interés del más amenazado. Grosman aporta otra consideración importante para la evaluación del interés superior del menor, el principio del interés del menor podrá variar con cada sociedad sino también en cada momento histórico.
- Los casos internacionales: por nuestra parte creemos conveniente agregar una última etapa si nos encontramos realizando un análisis desde el derecho internacional privado. Esta actividad de análisis, de conteo y de pesaje también deberá tenerse en cuenta para la búsqueda del derecho que conduzca a la solución más justa para el menor en el caso concreto a juzgar.” (SANTOS, *op.cit.*).

El artículo 2.3 c) LOPJM menciona como elemento ponderativo del ISN “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo” y, en concordancia con ello, la LSPIA impone una serie de requisitos temporales de revisión de las medidas de protección tanto en el artículo 12.5 LOPJM como en el artículo 172 ter CC introducido novedosamente por la citada ley. Al respecto sería importante que el transcurso del tiempo no se utilizase para impedir el retorno del niño tutelado por la Administración Pública a su entorno familiar de origen. Para ello, habría sido fundamental que la ley impusiese también restricciones temporales a los órganos jurisdiccionales, pues los tiempos que hoy se manejan en las instancias judiciales no son razonables teniendo en cuenta el impacto que provocan al niño en su esfera personal, las medidas de protección que lo separan de su entorno familiar y social.

Otro elemento ponderativo del ISN es el del artículo 2.3 d) LOPJM identificado como “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro”. En relación a ello se han establecido una serie de modificaciones en otros preceptos legales. Al respecto, no hay que olvidar que la medida más estable para un niño es la de permanecer en su familia o retornar a ella si ello le permite alcanzar un desarrollo adecuado, pues de este modo sus derechos quedarán plenamente preservados, por lo que será necesario que, ante una medida de separación familiar del niño se analice su impacto emocional o afectivo.

Resta por ver si la nueva redacción del artículo 2 LOPJM que según la reforma operada por la LOSPIA ha cambiado el título a “interés superior del menor” y ha establecido una amplia enumeración de directrices para su aplicación, tiene algún efecto positivo y visible para los interesados y el conjunto de la sociedad. Aun así, hay que tener en cuenta que muchos de los elementos añadidos al artículo 2 LOPJM mediante la modificación de la LOSPIA se debían entender implícitos en el artículo 2 LOPJM en su redacción original, por lo que resulta imprescindible analizar los incumplimientos del ISN que se produjeron durante los casi veinte años de vigencia de la LOPJM original, para poder poner remedio a las causas que los produjeron y evitar que en la nueva etapa inaugurada con la LOSPIA y la LSPIA, sigan manteniéndose criterios semejantes y produciéndose situaciones de vulneración.

c) Otras leyes que afectan a la población infantil

Ninguna ley, a excepción de la LOPJM (ya comentada), dedica un artículo al ISN y a delimitar cómo debe interpretarse y aplicarse dicho concepto y a concretar los criterios ponderativos para alcanzarlo. La Ley del divorcio expresa repetidas veces el interés de los hijos al acordar medidas en relación a la nulidad, separación o divorcio de sus padres, considerándolo un principio rector o consideración primordial, sin delimitación de criterios. Dicho esto, resulta de obligado cumplimiento hacer referencia a las leyes de educación dirigidas a la población infantil y que, sin embargo, no mencionan el ISN, aunque es cierto que se refieren, en ocasiones, al interés del alumnado, de los alumnos o de los niños. Aún así, no lo hacen en el sentido omnicompreensivo que alcanza el concepto jurídico del ISN descrito anteriormente, sino que está referido a actividades que el colectivo infantil pueda apreciar y valorar positivamente. Ello no significa, en absoluto, que las leyes sobre educación sean ajenas al ISN, sino que éste queda implícito en sus preceptos al ser su intención el beneficio y desarrollo de los niños, además de que tienen previstas posibles situaciones de violencia o acoso escolar y su tratamiento, así como medidas para la resolución de conflictos en las que se respeten los derechos de todos los implicados en el conflicto¹²⁹.

3. CONTENIDO DEL CONCEPTO

La dificultad para fijar el contenido del derecho del niño a su interés superior radica en el modo en que el operador jurídico entienda la realidad concreta de ese niño cuyo interés debe determinar¹³⁰. A pesar de ello, la doctrina ha delimitado un contenido en el que

¹²⁹ Vid. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-7899-consolidado.pdf> [consultada el 15 de septiembre de 2016].

¹³⁰ “El principio del interés superior del niño pone acertadamente el acento en su realidad como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección. Este criterio ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad. Pero esta cláusula general, lejos de configurarse como un concepto pacífico, es objeto de múltiples y diversas controversias que tienen una influencia negativa en su eficacia práctica.

Así, tal y como afirma Rivero (2000), cuando tratamos de determinar cómo y quién decide cuál es y cómo se concreta ese interés nos enfrentamos a una primera divergencia. Las personas que abordan y deciden esa cuestión, por regla general representantes legales y jueces, no operan de manera aséptica y neutral, sino que, por el contrario, en la mayoría de las ocasiones, aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los que presentan los adultos.

existe un cierto consenso, tanto en el Derecho español, como en el Derecho comparado, al menos, en la cultura occidental.

Es interesante destacar la concepción que ofrece el Derecho alemán sobre el ISN, cuya delimitación no se atreve a formular¹³¹. Por su parte, SANTOS¹³² expresa la concepción respecto del Derecho francés y del Derecho italiano compartida por ciertos autores, en que identifica el interés del niño como la forma de tutelar y garantizar un derecho subjetivo del niño, aunque la doctrina italiana¹³³ incide también en el hecho de ofrecer al niño un trato adecuado a su condición, mientras que el Derecho chileno, que considera el ISN una norma consuetudinaria connatural a la esencia de la naturaleza humana, no delimita un contenido específico¹³⁴, sino que lo establece como la máxima a

Estamos pues, ante una noción de difícil concreción y que hemos de analizar si realmente se está aplicando por parte de los actores sociales que rodean la vida del niño y cómo se está procediendo a ello (e interpretando), para, de esta forma, evitar que dicha locución se convierta en lo que Carbonnier (1960) definió como una noción mágica, evanescente, que pueda dar lugar a la arbitrariedad jurídica y al abuso de derecho.” (RAVETLLAT, “El interés superior...”, *op. cit.*, p. 91).

¹³¹ “la doctrina alemana considera temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor. Se trata éste de un concepto que no puede acotarse debido a su propia naturaleza. Es decir, la ciencia jurídica alemana no aporta una definición de este concepto sino que lo contempla como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor. Si no media conflicto, no ha lugar a aplicarlo. Por tanto, los autores alemanes se ciñen a recoger los distintos supuestos en los que pueda existir un conflicto entre el menor y su entorno para ofrecer una simple pauta: Por muy legítimos que sean otros intereses ha de prevalecer el interés del menor, el bien del niño. Y ello teniendo en cuenta que cada niño, en cada conflicto, merecerá una solución específica y distinta, por ello no es posible buscar conceptos abstractos, sino concretar, centrarse en cada supuesto planteable.” (DE TORRES, “Tratamiento del interés...”, *op. cit.*, p. 676).

¹³² “En Francia : Chabert, Cyril. L’interêt de l’enfant (...) *op. cit.* p. 55. Posición compartida en Italia por Dosi. “Entre el área de los derechos y el área de los intereses hay diferencias: de otro modo esta terminología no tendría sentido. El ejercicio de la función jurisdiccional en materia de menores y familia comporta no sólo el reconocimiento de la existencia de un determinado derecho (por ejemplo, el derecho del hijo a ser mantenido, educado o instruido, o el derecho del padre a ejercitar la patria potestad sobre el hijo), sino también la indicación de cómo tutelarlos, concretamente teniendo en cuenta el criterio que la ley no puede definir de una vez para siempre sino que lo deja a la apreciación del juez (...) el derecho subjetivo constituye el *prius* del interés y no se identifica con este último (...) la función de esta categoría (interés del menor) no es la de sustituir el derecho subjetivo sino la de indicar la dirección en la cual tutelar y garantizar los derechos subjetivos.” Y concluye que “hay necesidad de una redefinición entre el derecho (entendido como interés primario de la persona garantizado y protegido por el orden jurídico) y el interés del menor (entendido como indicación en el caso concreto de los criterios de base que satisfacen determinado derecho) y dejan, al mismo tiempo, entrever una recuperación de los confines de plausibilidad y de coherencia jurídica de cada una de estas dos categorías.” Dosi, Gianfranco. Dall’interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*. 4. 1995. p. 1605.” (SANTOS, *op. cit.*).

¹³³ “Es preciso insistir en este punto, subrayado con especial acento por la doctrina italiana: el principio del *interés del menor* o del *favor minoris* (que quiere decir cosa distinta de lo que induce a pensar este último término) no significa dispensarle un trato anormalmente favorable en el sentido de discriminatorio (positivo), sino de tratarle justamente adecuando a su persona (menor de edad) los derechos y normas que *como persona*, no más, le corresponden.” (RIVERO, *op. cit.*, pp. 43, 44).

¹³⁴ “El artículo 222 inciso 2, a su vez, establece que la preocupación fundamental de los padres ha de ser el interés superior del hijo; el artículo 224 inciso 2 del Código Civil, exige al juez adoptar sus resoluciones atendiendo al interés superior del niño tomando en cuenta su opinión. [...]” (BAEZA, *op. cit.*, p. 360).

tener en cuenta en las decisiones que afectan al niño. El derecho anglosajón, por su parte, ha sido prolífico en el estudio del ISN tanto dentro como fuera del ámbito familiar¹³⁵, mientras que el español ha mostrado cierto desinterés¹³⁶.

3.1. El entorno más beneficioso para el niño

En la familia propia, el niño encuentra su estilo educativo, su cultura, su religión, sus experiencias afectivas y todo aquello que le permite construir su identidad¹³⁷. Mantener todas esas condiciones familiares del niño se considera un aspecto esencial de su interés superior, puesto que son valiosas para él y condicionan el adulto que llegará a ser. Por este motivo, son cuestiones que han de considerarse beneficiosas para el niño¹³⁸, con

¹³⁵ Posiblemente si algún sistema jurídico se ha preocupado de manera especial de llegar a determinar qué es el bienestar o interés del menor ese sea el ordenamiento jurídico inglés.

P. M. Bromley (1987), uno de los autores de referencia del derecho de familia anglosajón, al tratar sobre el “welfare principle” (principio del bienestar) comenta que, aunque ese principio es considerado como la piedra angular del moderno “custody law” (derecho de custodia), es sorprendentemente difícil encontrar una concreción judicial de lo que se cree que signifique el término welfare (exactamente la misma problemática que se les plantea a los estudiosos españoles). En su obra cita como una de las pocas definiciones, la del Juez Lindley, en el caso *Re McGrath* (“Infants”), 1893, quien declaró que “el bienestar del niño no se mide sólo por dinero ni por comodidad física. La palabra bienestar - “welfare”- debe ser entendida en el sentido más amplio del término. El bienestar moral y religioso debe ser tomado tan en consideración como el bienestar físico. Tampoco, por descontado, deben ser ignorados los vínculos de afecto”. Más modernamente, también son dignas de ser consideradas las palabras del Juez Hardy Boys, en el caso *Walter v. Walter and Harrison*, suscitado en Nueva Zelanda en 1981, al afirmar literalmente: “welfare” es una palabra omnicomprendiva. Incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe valorarse lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño”. (RAVETLLAT, “El interés superior...”, *op. cit.*, p. 95).

¹³⁶ “La doctrina española, aun preocupada por la cuestión, no hace grandes precisiones a la hora de tratar de determinar qué es o en qué consiste el interés del menor, salvo subrayar, como por otras latitudes, el relativismo de esa expresión y concepto. No es fácil encontrar entre los nuestros algún concepto o idea general al modo de los que preceden en la doctrina o jurisprudencia extranjera, aunque la idea central y sus principales problemas en nuestro sistema jurídico -la indeterminación de las cláusulas generales de nuestro legislador, su ambigüedad y dificultades que comporta, las de la determinación *in concreto*, etc.- han sido aludidas en no pocas ocasiones” (RIVERO, *op. cit.*, pp. 37, 38).

¹³⁷ “La identidad es también lo que se relaciona con la pertenencia a un grupo que comparte valores y características comunes. Hay unidad entre los miembros. El reconocimiento de unos por otros se produce alrededor de esa identidad común.” (GARCÍA MARTÍNEZ, “Identidades y representaciones sociales: la construcción de las minorías”, *Nómadas, Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, nº 18, 2008, <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/18/alfonsogarcia.pdf> [consultada el 14 de julio de 2014]).

¹³⁸ “Dolz-Lago (1996), por su parte, sostiene que en este contexto surgen las mismas dificultades que emergen cuando pretendemos concretar en qué consiste el interés público o el interés social. Esto nos lleva a entender que el interés superior del menor se concreta en todo aquello que beneficia a su titular y no, en cambio, en lo que le perjudica o pudiera perjudicarle. No obstante, aparece según dicho autor otro concepto que es preciso concretar, el de “beneficio”. De esta forma, la idea de interés aplicada al

independencia de cuales sean, es decir, cualquiera que sea la herencia familiar que va a recibir. Además, los beneficios que el niño obtiene en su entorno familiar han traspasado las fronteras de la evidente evolución sufrida a nivel social desde las concepciones familiares clásicas hasta las actuales¹³⁹ y, a pesar de los cambios en la concepción sobre la autoridad parental¹⁴⁰, no ha decaído la importancia de la familia natural para el niño, aunque pueden intuirse ciertas políticas contrarias a ella.

A nivel internacional, se considera la familia el entorno en que el niño obtiene su mayor beneficio¹⁴¹ por lo que está dotada de especial protección frente a terceros. Por ello, todo aquello que pueda alterar el normal desenvolvimiento de la vida familiar de un niño es objeto de especial atención de la legislación y la jurisprudencia. Por ejemplo, en el derecho italiano, la familia ocupa un papel esencial como sede del desarrollo de la personalidad infantil, en que se hace especial referencia al rol secundario de las instituciones públicas¹⁴². El derecho chileno establece, por un lado, la protección de los hijos de las incapacidades de los padres¹⁴³ y, por otro lado, que la adopción de un niño le proporcione algún beneficio, sin que deba caerse en el peligro de pensar que éste sea

menor, unida a su beneficio, nos aboca necesariamente a otro concepto, que es el de educación, y éste a su vez al de libre desarrollo de la personalidad, todos ellos condicionados a nuestro contexto social y cultural.” (RAVETLLAT, “El interés superior...”, *op. cit.*, pp. 94, 95).

¹³⁹ “volviendo a la visión dinámica a la que antes hacíamos referencia, los mencionados derechos han sufrido una importante evolución, pasando de un estadio en el que predominaba el poder paterno, a una etapa en la que prevalecen los derechos del individuo.

En este sentido, siguiendo la tendencia iniciada por Borrás (1994), podemos apuntar cómo esa evolución queda patente en diversos Convenios de La Haya que, cronológicamente, abarcan desde 1902 hasta 1996, año en que la Conferencia de La Haya adoptó el Convenio de 19 de octubre, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes.” (*Ibidem.*, pp. 93, 94).

¹⁴⁰ “La tendencia natural en derecho de familia ha sido la de abandonar el concepto de poder con la que se concebía la patria potestad. La idea de prerrogativas del padre sobre el hijo, con la que se concebía a la autoridad paterna, se ha ido perdiendo paulatinamente, para ser sustituida por la idea de una función establecida en beneficio y conveniencia de los sujetos pasivos de la misma.” (BAEZA, *op. cit.*, p. 356).

¹⁴¹ “los derechos del menor se han convertido en un concepto de naturaleza eminentemente familiar desde el preciso instante en que fueron especializados como tales por la Declaración de Ginebra de 1924.” (RAVETLLAT, “El interés superior...”, *op. cit.*, p. 94).

¹⁴² “de las normas de la Constitución italiana emerge la idea de la familia como sede natural, [...] dentro de la cual se forma la personalidad de los menores, siendo ciertamente preferible el crecimiento de éstos en el seno del afecto familiar que en el ámbito de las instituciones públicas.

A través de sus normas programáticas, la Constitución italiana indica al legislador la línea a seguir en la legislación ordinaria, es decir, de sus normas emerge un proyecto socio-político en materia de familia, que pone de manifiesto su papel de asociación primaria en el seno de la sociedad, merecedora no sólo de protección sino también de ayuda y estímulo, con pleno respeto a los valores de la autonomía del grupo familiar, que no tolera intromisión alguna.” (DEL VAL, *op. cit.*, p. 2601).

¹⁴³ “la Convención impone al Estado el deber de asegurarle al niño una adecuada protección y cuidado, cuando el padre, la madre o la persona responsable de él ante la ley, no tengan capacidad para hacerlo.” (BAEZA, *op. cit.*, p. 356).

únicamente material¹⁴⁴. Por su parte, la doctrina alemana hace especial hincapié en la definición del “bien del niño” centrando el estudio en el ejercicio de la patria potestad y la delimitación de la particular problemática que se puede presentar en su ejercicio¹⁴⁵, mientras que el derecho anglosajón se refiere más bien a beneficios que se obtienen en la familia sin hacer expresa referencia a ella.

Al respecto es interesante mencionar el dictamen de la sentencia TS 323/2012 de 25 de mayo en relación al ISN, considerando que no es mantener una situación familiar que no es perjudicial para el niño. En el caso indicado, las sentencias de instancia mantuvieron la custodia de dos hermanos por parte de su madre al estimar que estaba acreditado que ésta no les era perjudicial. El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que una “medida no perjudicial” no necesariamente responde al ISN ya que puede haber otra medida que resulte más beneficiosa para el niño, siendo eso lo que se debe estudiar. Así, en el caso enjuiciado considera que la custodia compartida es más favorable para los dos hermanos que lo resuelto por las dos sentencias precedentes. Por tanto, el Tribunal Supremo acordó la custodia compartida, restituyendo el interés superior de los niños del caso que se había mantenido vulnerado durante el tiempo en que se sostuvo la decisión previa.

¹⁴⁴ “Ley N° 19.620 de 5 de agosto de 1999. Dicta normas sobre Adopción de Menores. En este cuerpo se concibe la adopción como una institución que tiene como objeto principal, reconocer el derecho que tiene todo niño de crecer en una familia que le dé afecto, se preocupe de su bienestar espiritual y material, brindándole seguridad y cuidado continuo, contribuyendo al pleno y armonioso desarrollo del menor. Es importante destacar que las anteriores leyes que regulaban la Adopción (N° 7.603, N° 18.703) establecían la necesidad de que la Adopción significara un beneficio o una ventaja para el menor y solo en ese evento procedía el otorgamiento de la adopción. Esta idea se contiene en la nueva normativa, adecuada a los términos introducidos por la Convención sobre los Derechos del Niño. Es así como en su artículo 1 se establece: “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado...”” (*Ibidem.*, p. 361).

¹⁴⁵ El estudio de esta materia [el interés superior del niño] en Alemania se realiza principalmente por civilistas centrándose en el ejercicio de la patria potestad y especialmente en el derecho de corrección de los padres, lo cual es lógico, pues dicho derecho está regulado en el artículo 1631 BGB. [...] El primer paso para aplicar este «instrumento de resolución de controversias» es acotar un determinado conflicto de intereses en el que esté inmiscuido el niño o el joven menor de edad. Normalmente será un conflicto en el seno familiar, fruto de un incorrecto ejercicio de la patria potestad, si bien encontramos otras muchas posibilidades. En estos casos, el interés superior del menor, el bien del niño, legitima la intervención del Estado, es un principio que dirige la intervención y fija pautas para los tribunales. Por ello la doctrina alemana ha señalado que «el bien de menor» es la pieza clave que resuelve las tensiones que se crean entre los padres y las autoridades estatales encargadas de velar por el niño. La directriz fundamental es la prioridad del interés del menor sobre cualquier otro interés. Tiene una doble función, dirigir y vigilar, obligando a adoptar medidas orientadas hacia el bien del menor rechazando los puntos de vista ajenos a dicha finalidad. Además implica la prioridad de la justicia adaptada al caso concreto sobre la regla general, teniéndose en cuenta que se trata de una materia condicionada por el espíritu propio de cada época, pues se formulan modelos sociales que cambian con el tiempo.” (DE TORRES, “Tratamiento del interés...” , *op. cit.*, p. 677).

3.2. La garantía de los derechos fundamentales del niño

Velar por los derechos fundamentales de las personas es una máxima del Estado de Derecho constitucional, del que no pueden quedar excluidos los niños. Sin embargo, se concibe que el niño recibe una garantía reforzada de sus derechos fundamentales¹⁴⁶, a través de la delimitación de su interés superior. Bajo esta consideración, cabe preguntarse el motivo por el cual el niño necesita un concepto específico para alcanzar el respeto por sus derechos fundamentales y no resultan suficientes las garantías que se ofrecen a los adultos, mediante la tutela de los derechos constitucionales que ofrece el Estado a toda persona. Otra forma de garantizar los derechos fundamentales del niño consiste en evitarle perjuicios, siempre que esto sea posible.

3.2.1. Aspecto positivo: velar por su cumplimiento

Existen dos motivos por los que el ISN es importante para velar por el cumplimiento de sus derechos fundamentales. Un primer motivo es el de la vulnerabilidad del niño, así como su incapacidad para ejercitar la reclamación de sus propios derechos, recayendo dicha responsabilidad en los poderes públicos¹⁴⁷. Sin embargo, esto no excluye que el niño deba ser oído y pueda manifestar su opinión en todos aquellos asuntos que le afecten, especialmente cuando tenga suficiente madurez, cuya valoración será necesaria,

¹⁴⁶ “Roca Trías (1994 y 1999), tras un análisis exhaustivo de la legislación estatal y autonómica en materia de protección de menores, llega a la conclusión de que dicha normativa gira entorno de este concepto jurídico indeterminado [del interés superior del niño]; que representa una evidente garantía de sus derechos fundamentales. El elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema debe partir de su proyección hacia el futuro, de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad. Por último, Roca Trías partiendo de la base de que la personalidad jurídica trae causa del concepto de persona, afirma que el interés superior del menor es una proyección, en las personas menores de edad, de un tema más complejo como es el de la personalidad.

De acuerdo con este primer punto de vista, el interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad.” (*Ibidem.*, p. 93).

¹⁴⁷ “De acuerdo con lo anterior, el concepto de *interés del menor* no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad del problema de la protección de los derechos fundamentales en general. Partiendo de la base de que el menor es titular de derechos fundamentales porque tiene personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento (de acuerdo con el art. 29 Código Civil), el principio del *interés del menor* se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de *fundamentales*, a las personas. En consecuencia, la regulación que desarrolle este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación a problemas suscitados con menores, no se encuentran con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad.” (*Ibidem.*, p. 96).

en atención a su autonomía progresiva¹⁴⁸. De igual modo, cabe contar con la participación del niño en los procesos que le afecten, lo cual tiene significado distinto de su mera audiencia¹⁴⁹. Un segundo motivo es que la vulneración de los derechos fundamentales del niño puede producir daños a medio o largo plazo, no solo para sí mismo, sino para su familia y toda la sociedad en su conjunto, lo cual, a su vez, requiere de la preocupación del resto de la humanidad¹⁵⁰. Un caso claro de este segundo tipo de vulneración lo constituye aquel en que un niño es privado de sus relaciones tempranas sin que esta privación esté justificada en el perjuicio que sus relaciones vinculares pudieran producirle¹⁵¹, siendo éste el único motivo que podría justificarlo. Pero además el cambio

¹⁴⁸ “La cuestión podría ser determinar la edad mínima en la que el menor en todo caso podría ser oído, en este punto encontramos autores que consideran que incluso un niño de tres o cuatro años ha de ser oído, si bien lo importante sería saber valorar e interpretar la voluntad y querencias del niño” (DE TORRES, “Tratamiento del interés...”, *op. cit.*, p. 701).

¹⁴⁹ “En doctrina se han elaborado diversas clasificaciones de la forma de participación, que en teoría van desde la decisión exclusiva a cargo del niño, hasta la omisión de su participación.

La última es claramente violatoria de la Convención y la primera desconoce las particularidades de la situación, pues significa entregar a los niños totalmente las decisiones sobre su futuro, de manera también violatoria de la Convención, desconociendo las obligaciones de la familia, de la sociedad y el Estado respecto de los derechos de los niños.

En consecuencia, será una opción de política del legislador nacional determinar en ese amplio marco teórico el grado de participación de los niños en los procesos.

En Opinión Consultiva 17/2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que: “...el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso” (párrafo 102).” (PÉREZ MANRIQUE, “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, 2007, p. 255).

¹⁵⁰ “Ahora bien, si desde un punto de vista jurídico-formal puede bastar inicialmente con identificar, tal y como acabamos de realizar, el interés del menor con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad, desde un punto de vista humano, y aún más tratándose de un niño, parece que no pueda prescindirse de alguna referencia a la felicidad y bienestar personal de ese individuo, al equilibrio emocional y afectivo, que tanto pueden contribuir (positiva o negativamente) a la formación y desarrollo de su personalidad: porque ni el interés (del menor) ni la personalidad son algo abstracto o aséptico, sino que se refieren a una realidad humana concreta.” (RAVETLLAT, “El interés superior...”, *op. cit.*, p. 96).

¹⁵¹ “Ninguna polémica en psicología ha suscitado afirmaciones tan diferentes como el tema de la “deprivación materna”. Así, en 1951, BOWLBY llegó a la conclusión de que “...el amor de la madre en la primera infancia y en la niñez es tan importante para la salud mental como las vitaminas y las proteínas para la salud física”. En profundo contraste, y al estudiar el mismo campo en 1968, CASLER afirmaba que “...el organismo humano no necesita el amor materno para funcionar con normalidad”. Y de nuevo BOWLBY, más recientemente (1969) llegó tan lejos como para afirmar que los individuos que sufren cualquier tipo de perturbación psiquiátrica *siempre* revelan un deterioro de la capacidad de vinculación afectiva y que, frecuentemente, fue una alteración de ésta durante la niñez la que determinó la perturbación psiquiátrica posterior. Señala que esta visión proporciona unas orientaciones para el trato cotidiano con los pacientes psiquiátricos. Por su parte O’CONNOR y FRANKS (1960) juzgaron que la hipótesis de deprivación materna no había sido confirmada experimentalmente hasta un grado que respaldara su aceptación como una guía para la acción.

Pese a las severas críticas metodológicas y de otro tipo (CASLER, 1961; O’CONNOR, 1956, 1968; ORLANSKI, 1949; WOOTTON, 1959; YARROW, 1961), el concepto de “deprivación materna” ha ganado una amplia aceptación y se le ha considerado como causa de condiciones tan diversas como la subnormalidad mental, la delincuencia, la depresión, el enanismo, la tensión aguda y la psicopatía

de familia de un niño sin motivo razonable supone una alteración de su estado civil que habría de considerarse vulneradora de su integridad moral y que supone, además, una cuestión de orden público. En relación a ello, la doctrina recoge la importancia de que en la ponderación del ISN se tengan en cuenta los efectos futuros de las decisiones¹⁵², de tal modo que se establezca una relación entre necesidades (tanto presentes como futuras) y derechos¹⁵³, evitando la superficialidad y las posiciones ideológicas rígidas o predeterminadas¹⁵⁴. La proyección futura de una decisión en los derechos fundamentales del niño fue considerada por el Tribunal Constitucional en su sentencia TC 221/2002 de 25 de noviembre, al considerar que se vulneraría la integridad moral de una niña en caso de ejecutar la sentencia que se recurrió en amparo. No cabe duda de que esta decisión constitucional debió vincular a los tribunales de instancia que deberían haberla tenido en cuenta en muchas sentencias posteriores en que se planteaba un cambio familiar para un niño.

desafectiva (Ainsworth, 1962; Bowlby, 1951). Aunque se haya reconocido que las experiencias comprendidas bajo el término de “deprivación materna” son complejas, se ha tendido a considerarlas, tanto a éstas como a sus resultados, como un síndrome que cabe examinar en conjunto (JESSOR y Richardson, 1968).” (RUTTER, *La deprivación materna*, Ediciones Morata, S. A., 1990, pp. 21, 22).

¹⁵² “Al analizar el sentido gramatical que tiene la expresión referida [el interés superior del niño], constatamos su intención de proteger al menor de edad, esto es, que frente a situaciones adversas en las que éste se vea involucrado, cualquiera que sea su naturaleza, deben tomar en primer lugar todas las medidas necesarias y pertinentes, basadas en su bienestar. Es primordial otorgarle el conjunto de elementos necesarios para su buen vivir, lo cual incluye toda clase de beneficios, cuidados y asistencia para que posteriormente pueda asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.” (BAEZA, *op. cit.*, p. 356).

¹⁵³ “se trata de establecer de qué intereses o necesidades en concreto surgen derechos, teniendo en cuenta que el lenguaje de los intereses y de las necesidades es mucho más amplio que el de los derechos. Un ayuda válida en este aspecto, especialmente respecto del menor y de los intereses ligados a su particular situación existencial, consistiría, según la sugerencia de Tom Campbell, en distinguir entre los intereses del menor en tanto persona (que tiene en común con el resto de la personas), en tanto niño (que tiene como persona inmadura y dependiente), en tanto joven (que se desarrollan mientras se acerca a la madurez) y en tanto futuro adulto (que se relacionan con su intereses futuros como adulto).” (FANLO, “Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, 2007, p. 171).

¹⁵⁴ “En el actual momento evolutivo de nuestra sociedad es exigible que de mediar amenazas corporales, mentales o espirituales sobre el menor se adopten medidas válidas y proporcionadas para neutralizarlas. Normalmente dichas amenazas supondrán riesgos cumulativos, dado que se darán varios conjuntamente, pero sólo con que un elemento amenace el interés del menor queda legitimada la intervención del tribunal. El gran problema que nos encontramos en este materia es la superficialidad con la que normalmente es tratado al reducirlo al aspecto corporal, excluyendo el espiritual (entiéndase el psicológico también). En la literatura alemana encontramos la opinión de Zitelmann quien propone superar dicha superficialidad y centrarnos especialmente en los problemas mentales, sus secuelas y consecuencias. Desde esa perspectiva considera que a la hora de tomar medidas, debe de tenerse en cuenta el estado de salud y las perspectiva de futuro del menor, añadiendo que dichas medidas deben procurar el total desarrollo armónico de la personalidad del menor. Por su parte Gernhuber y Coester-Waltjen señalan que todo ello implica que el juez ha de ser capaz de apreciar la importancia que en esta materia tienen las aportaciones de la psicología y las ciencias sociales, el gran problema se dará cuando se dicten decisiones judiciales prefijadas ideológicamente fundadas en posiciones que se autodefinan incontestables, posiciones que en realidad navegan ajenas a los cambios sociales.” (DE TORRES, “Tratamiento del interés...”, *op. cit.*, p. 678).

3.2.2. Aspecto negativo: evitar perjuicios

Cuando un niño sufre un perjuicio que podría haberse evitado se puede decir que ha sufrido la vulneración de uno de sus derechos fundamentales, ya que se ha producido un ataque a su integridad moral, atentando contra el artículo 15 CE sobre su persona. Por ello, podría afirmarse que al definir el contenido del ISN como la garantía de sus derechos fundamentales, hablar de la evitación de perjuicios, resultaría redundante.

Sin embargo, la evitación de perjuicios en el niño es la esencia de la LOPJM que reclama una actitud activa en el logro de ese objetivo, tanto por parte de las autoridades como por parte de los particulares. Por otro lado, se trata de poner de manifiesto que la evitación de perjuicios se configura como una máxima de la citada ley¹⁵⁵, que sin ese objetivo no tendría razón de ser. Es más, la evitación de perjuicios para el niño debe actuar con carácter preventivo, de tal modo que si se consigue proceder anticipadamente, tanto el ISN como sus derechos fundamentales quedarán preservados de toda vulneración, reforzando así las garantías constitucionales que no estarían plenamente conseguidas con la mera constatación y reconocimiento de la transgresión del ISN. Para ello, es necesario conocer qué es lo que perjudica a un niño e impedir por ley aquellos hechos perjudiciales con carácter evidente y sobre lo que existe un consenso a nivel social.

Cuando el niño está separado de su familia, o de un entorno familiar alternativo, debería actuarse con urgencia desde el ámbito judicial, a fin de evitarle los perjuicios propios de esta separación, tanto en la vertiente de impedirle los beneficios que obtiene en la familia como en la garantía de sus derechos fundamentales. No obstante, lo que se aprecia en muchos asuntos de protección, en que el niño está separado de su familia, es

¹⁵⁵ “En una primera aproximación Rivero Hernández lo considera en una doble visión positiva y negativa, como la búsqueda de ventajas efectivas para los niños o adolescentes, conjugadas en ocasiones, con la evitación de perjuicios o posibles desventajas para ellos. En definitiva, buscar lo mejor para los menores y que todos los posibles intereses en juego queden subordinados a los mismos, evitando cualquier tipo de perjuicio para el bienestar espiritual y material de aquéllos. Es la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. Por encima de todo, el interés del menor se respeta en la medida en que las funciones familiares o parafamiliares fomenten equilibradamente la libertad del menor y el sentido de la responsabilidad, la armonía inescindible entre derecho y deber.” (PÉREZ GIMÉNEZ, “Violencia en el ámbito familiar: menores y crisis matrimonial” en VERDERA (coordinadora), *El principio de igualdad ante el derecho privado. Una visión multidisciplinar*, Editorial Dykinson, 2013, p.73).

que se tiende tanto a rechazar la petición de medidas cautelares como a prolongar los procesos judiciales, con lo que el acostumbramiento del niño a nuevas situaciones se utiliza para justificar que, pese a los perjuicios que, previamente, haya podido sufrir; la situación alcanzada debe permanecer. Tal situación se aprecia de forma patente en el caso de la sentencia TC 11/2008 de 21 de enero en que se reconoce la declaración de un “falso desamparo” por el cual se indemniza a una madre con una cantidad astronómica al no poder revertir la situación convivencial de sus hijos. Con ello, lo que parece que debiera haber actuado como un escarmiento para el sistema de protección¹⁵⁶, ha causado el efecto contrario, pues se tienden a minimizar, a nivel judicial, los errores en el sistema español de protección infantil. De este modo, a los retrasos judiciales no se les otorga relevancia pues cuando el sistema judicial falla a favor de las Entidades Públicas, reconoce, aunque con una traslación en el tiempo que puede ser de varios años, que el estatus convivencial que la decisión administrativa otorgó al niño era correcto, con lo que el tiempo transcurrido desde la decisión administrativa hasta la judicial no ha obrado en perjuicio del niño.

Sin embargo, desde un punto de vista crítico, las demoras de las decisiones judiciales, a veces mucho más elevadas de lo razonable; ponen de manifiesto que el sistema judicial o bien, ni siquiera se plantea el posible error de las Entidades Públicas en sus, supuestamente, decisiones de protección; o bien, no calibra adecuadamente las consecuencias de un posible error sobre el niño que, de producirse, convendría impedir con inmediatez.

3.3. La vulneración del derecho: la reparación

Un aspecto básico del ISN es la restitución de dicho interés cuando ha sido vulnerado en algún momento de su pasado¹⁵⁷. Esto puede haber ocurrido si al niño se le ha despojado

¹⁵⁶ Únicamente el TSJ de Andalucía ha reconocido la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de protección infantil (*Vid. MARÍN y LÓPEZ, “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso- administrativo”, InDret, 2/2010, 2010, pp. 25-26, www.indret.com/pdf/741_es.pdf, [consultada el 14 de julio de 2014]*), a excepción de la sentencia de la sección 4ª de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña 184/2016 de 2 de marzo.

¹⁵⁷ *Vid. DURÁN-STRAUCH, GUÁQUETA-RODRÍGUEZ y TORRES-QUINTERO, “Restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema nacional de bienestar familiar”, Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 2 (9), pp. 549 - 559.*

de lo que le beneficiaba, o se le ha privado de sus derechos fundamentales o no se le han evitado perjuicios, o bien cuando en una ponderación de todas esas cuestiones no se ha alcanzado aquello que se consideraba un estatus superior frente a otros posibles. Es obvio que el Estado de Derecho persigue este objetivo y que todas las decisiones judiciales van encaminadas a reconocer y reparar derechos vulnerados.

El problema en el caso del niño es que, incluso habiéndose producido algún acto contrario a su interés superior en el pasado, puede haber alcanzado un estatus de cierta estabilidad beneficiosa para él, por lo que alterarlo puede causarle perjuicios. Esta situación es frecuente en el ámbito de la llamada “sustracción de menores” sobre la que existe abundante literatura¹⁵⁸, como si de un asunto muy frecuente se tratase. Algo similar puede ocurrir en el ámbito de la protección infantil cuando se alcanzan situaciones convivenciales que vulneran el ISN, por lo que habría que pensar en el modo de restituir el ISN en tales casos¹⁵⁹, para lo cual es esencial el reconocimiento de la vulneración.

¹⁵⁸ Vid. CAAMIÑA, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, Nº 2, 2016, pp. 77-91; GRAIESKI, “Restitución internacional de menores. Excepciones de la Convención de La Haya de 1980”, *Ratio Juris. Revista de Derecho Privado*, Nº 2, 2014, pp. 110, 140; PAZ, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (análisis a través de la jurisprudencia reciente)”, *AFDUC* 17, 2013, pp. 675-685.

¹⁵⁹ “se trata de un derecho [el respeto por el ISN] con capacidad de ser reclamado ante los tribunales, y que permite que el menor, o su representante legal, reclame frente a cualquier acto jurídico que le concierna y en el que no se haya respetado su interés superior, la reparación adecuada en cuanto implica una vulneración de tal derecho, así como la anulación del acto jurídico correspondiente.” (HUETE, “Interés superior del menor y derecho a ser escuchado. Pronunciamientos jurisprudenciales en materia de protección de menores”, 2016, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/C.%20Escrita%20Huete%20Nogueras,%20Jos%C3%A9%20Javier.pdf?idFile=29a8de18-2a71-400d-92ed-282d8b9541d6, [consultada el 2 de marzo de 2017].

CAPÍTULO II. EL MARCO LEGAL PARA LA PROTECCIÓN INFANTIL

En el ámbito de la protección infantil el concepto del ISN adquiere tal relevancia que justifica que la ley destinada al propósito de proteger adecuadamente a un niño (la LOPJM) contenga un artículo especialmente dedicado al citado concepto del ISN, como ya se puso de manifiesto en el capítulo anterior. A su vez, la CDN involucra a todos los poderes del Estado en el alcance del ISN por lo que en este capítulo se examina, desde un punto de vista crítico, el papel del poder legislativo en el campo de la protección infantil, tanto en los aspectos materiales como en los aspectos procesales.

1. ASPECTOS MATERIALES

Sin gran desarrollo normativo, la familia se ha considerado históricamente el entorno de crecimiento natural del niño y espacio para su correcta protección y logro de su interés superior¹⁶⁰. Sin embargo, hay que admitir que existen situaciones en que la propia familia es motivo de desprotección para los niños, por lo que el Estado debe asumir el rol protector. Así, para el logro de ese objetivo, la legislación en la materia ha previsto la intervención institucional por lo que realiza constantes referencias a las funciones que las Administraciones Públicas tienen encomendadas, aun sin definir la forma en que se dividen las competencias entre los distintos niveles de dicha Administración.

En España, además, la protección infantil asumida por el Estado debe respetar los tratados internacionales que ha ratificado, entre los que destaca la CDN, y los conceptos desarrollados en dichos tratados, tal como el del interés superior del niño y el derecho del niño a desarrollarse en un entorno familiar, si no el suyo por naturaleza, uno alternativo que cubra sus necesidades básicas. En este sentido, la legislación ha previsto una serie de grados de intervención institucional en las familias, según sean las condiciones en las que

¹⁶⁰ “El principio de “interés superior del niño”, como norma, es nuevo [...]. Sin embargo, ha existido desde siempre” (BAEZA, *op. cit.*, p. 359).

se encuentran los hijos menores de edad de esas familias, que incidirá en diferentes niveles de injerencia familiar.

1.1. Figuras jurídicas para la protección infantil

La figura jurídica de protección infantil que, por defecto, se atribuye a cualquier niño es aquella en que éste se encuentra bajo la patria potestad de sus padres sin que exista intervención administrativa alguna. El Código Civil regula también la tutela y la guarda de hecho que, normalmente se ejercen por familiares cercanos del niño, distintos de los padres, aunque, en general, por delegación de éstos. Si mediante la patria potestad el progenitor ostenta la totalidad de los derechos y los deberes que la ley le atribuye, mediante la tutela ordinaria no ostenta ninguno y mediante la guarda de hecho los ostenta parcialmente¹⁶¹.

Sin embargo, existen otras formas de protección infantil que se activan tras la detección o la presencia de un problema o disfunción familiar que se llevan a término bajo la supervisión del sistema de protección de la infancia. En estos casos el niño se encontrará bajo la guarda o la tutela administrativa. El primer caso correspondería a una situación similar a la de la “guarda de hecho” pero contando con la colaboración de la Administración Pública, mientras que el segundo caso sería más parecido a la tutela ordinaria ejercida en la forma que determine la Entidad Pública.

1.1.1. La patria potestad

Las funciones para cubrir las necesidades del hijo vienen impuestas a los padres en los artículos 154 CC y 156 CC, en que el primero refiere las obligaciones de los padres cualquiera que sea su situación y el segundo especifica ciertas particularidades del ejercicio de la patria potestad. El artículo 155 CC impone también obligaciones al hijo, mientras que el artículo 157 CC contempla el caso de la paternidad de un hijo menor,

¹⁶¹ Puede ser el caso del progenitor que se encuentra en proceso de desintoxicación de drogadicción que delega la guarda del hijo en un familiar, pero reserva su potestad para decidir cuestiones educativas, sanitarias, actividades de ocio, etc., a la vez que participa de los gastos del hijo sin desentenderse de sus asuntos.

atribuyendo responsabilidad tanto al hijo como a sus padres. Cabe destacar que ninguno de esos artículos hace referencia explícita a las necesidades afectivas del hijo, aunque si éstas están bien cubiertas se alcanzará la integridad mental del hijo que sí es objeto de expresa mención en el artículo 154 CC.

El ejercicio de la patria potestad¹⁶² presupone la existencia de vínculos paterno-filiales que destacan de forma primordial en las relaciones familiares. Por el contrario, no toda relación paterno-filial conlleva la existencia de patria potestad, subsistiendo, sin embargo, la importancia jurídica de las relaciones paterno-filiales¹⁶³.

a) *El respeto a los derechos del hijo, su integridad física y mental*

El respeto a los derechos del hijo, su integridad física y mental dependen en gran medida de los cuidados que el niño reciba en su ámbito familiar. La importancia de la familia en el desarrollo infantil está avalada por numerosos estudios científicos en materia psicosocial¹⁶⁴ y es una de las cuestiones que ha motivado la regulación jurídica de la familia¹⁶⁵, como grupo social anterior al Derecho¹⁶⁶. Así pues, la función social de la familia tiene una importancia crucial respecto de los hijos, al asumir la responsabilidad de que su crecimiento psicoafectivo sea lo suficientemente sano para que alcancen una vida adulta en plenitud de facultades y posibilidades de desarrollo, de tal manera que su contribución a la sociedad sea positiva y no supongan una carga para ésta. Desde el punto

¹⁶² “Con el nombre de patria potestad se hace referencia al conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de sus padres.” LASARTE, *Derecho de familia, principios de Derecho civil VI*, edición 14ª, Editorial Marcial Pons, 2015, p. 346).

¹⁶³ “Puede existir una relación paterno filial cuyo contenido no corresponda a la patria potestad, bien porque el padre y la madre han sido privados de ellas, o excluidos, o bien porque los hijos se hayan emancipado. En todos estos casos subsiste una relación que tiene un contenido jurídico.” (DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV (Tomo I), Undécima edición, Editorial Tecnos, 2012, p. 270).

¹⁶⁴ Vid. BOWLBY, *Los cuidados maternos y la salud mental*, editorial Humanitas, 4ª edición, 1982, serie de Monografías de la Organización Mundial de la Salud o AINSWORTH, “Efectos de la privación materna: estudio de los Hallazgos y Controversia sobre los Métodos de Investigación” en O.M.S. *“Privación de los Cuidados Maternos. Revisión de sus consecuencias”* AINSWORTH, ANDRY, HARLOW, LEBOVICI, MEAD, PROUGH, WOOTTON (colaboradores), O.M.S., 1963, Ginebra, monografía seriada, por citar algunos de los más importantes.

¹⁶⁵ “la familia es ante todo una institución social que, en cuanto objeto de la regulación jurídica, deviene institución asimismo jurídica” (LASARTE, *op. cit.*, p. 2).

¹⁶⁶ “El grupo familiar, más o menos amplio y autosuficiente, constituye sin duda un dato prenormativo, pues las personas y sus descendientes no requirieron en ningún momento la estructuración previa del Derecho de familia para constituir, en efecto, un grupo social al que tradicionalmente se le ha dado el nombre de familia”, (*Ibidem.*).

de vista social, una importante “connotación de la idea de familia es la de la comunidad doméstica”, existiendo básicamente dos significados comúnmente aceptados por la sociedad sobre el concepto de familia¹⁶⁷: la familia nuclear y la familia extensa¹⁶⁸. Ésta última, formada principalmente por abuelos y tíos de los niños de la familia, desempeña, en ocasiones, un papel esencial en el cuidado infantil, ofreciendo el apoyo necesario a los padres¹⁶⁹.

Por supuesto, no se necesitan cualidades especiales ni extraordinarias para que cualquier adulto tenga capacidad para hacer frente a las necesidades de un hijo o de un niño a su cargo, ya que la mayoría de las capacidades parentales son instintivas y heredadas de los propios cuidados recibidos durante la propia etapa infantil. Por tanto, solo en casos muy excepcionales, un adulto carecerá de las habilidades parentales necesarias para la crianza.

En cuanto a la definición de madre¹⁷⁰, es difícil encontrar una definición precisa. *En sentido amplio el concepto de madre es, sin duda alguna, uno de los más ricos y complejos de los conceptos relacionados con las personas. En términos biológicos, la madre es la mujer que ha tenido descendencia*¹⁷¹. Sin embargo, el concepto de madre en la sociedad actual trasciende a lo meramente biológico y suele abordarse desde la perspectiva social. En el ámbito social aparece el concepto de “figura materna” de un

¹⁶⁷ “La voz «familia» alude a un grupo de personas que viven juntas y tienen un destino, por lo menos parcialmente, común.

[...]

La familia presupone, además, una determinada manera de organización de grupos sociales reducidos o celulares que comprende sobre todo unas determinadas pautas de comportamiento, un conjunto de creencias y de tradiciones” (DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 22).

¹⁶⁸ “[Existen] dos significados en la idea de familia: la familia en sentido amplio o familia linaje [familia extensa], que comprende a las personas ligadas entre sí por el vínculo de parentesco del que la ley extrae alguna consecuencia jurídica; y la familia en sentido estricto o familia nuclear en la que se incluyen la pareja y los hijos, con las relaciones interindividuales que entre los elementos del conjunto se pueden dar, esto es, de los componentes de la pareja entre sí, de cada uno de los progenitores con cada uno de los hijos y de cada uno de los hijos entre sí” (*Ibidem.*, pp. 22, 23).

¹⁶⁹ “No nos referimos a que los abuelos hayan de educar a los nietos. Ellos ya han educado, bien o mal, a sus hijos. Los abuelos, en principio, están para dar cariño, pasar buen rato con los nietos, y echar una mano a sus hijos. Los abuelos constituyen una bendición para los nietos. Normalmente a los nietos les encanta estar con sus abuelos, porque suelen ser menos estrictos con ellos, no han de cumplir deberes ni obligaciones, están menos ocupados con lo que puede simplemente pasar el tiempo con ellos (paseando, jugando, estando en el parque), y porque los abuelos suelen estar más relajados, y por tanto, la estancia con ellos es cariñosa, mimosa, divertida.” (BENEYTO, *op. cit.*, p. 78).

¹⁷⁰ Vid. SANTAMARÍA, “Aspectos psicosociales relacionados con la protección de menores. Caso práctico”, *Revista de Derecho de Familia*, Thomson Reuters Aranzadi, N° 63, 2014, pp. 74-79.

¹⁷¹ Vid. *Definición ABC*: <http://www.definicionabc.com/general/madre.php> [Consultada el 8 de abril de 2013].

niño que se identifica con la persona que, sin haber parido, desarrolla las funciones vinculadas a la mujer que da a luz. Madre o figura materna son conceptos que se usan indistintamente una vez superado el momento del parto, pues la madre (o figura materna) realiza funciones que van mucho más allá de engendrar un hijo, entre las que se encuentran todas aquellas relacionadas con cuestiones psicosociales como prodigar amor, cuidado, atención y protección, que BARUDY¹⁷² identifica con funciones de “parentalidad social”. Se puede decir que *en términos sociales, la madre es el primer individuo con el que el bebé entra en contacto una vez nacido. Es así que a partir de esto se establece un vínculo de mucha profundidad entre la madre y el hijo, vínculo que muy difícilmente (o al menos a través de gran dolor) se puede destruir. La madre se vuelve entonces en la protectora y en la responsable del cuidado de ese nuevo ser*¹⁷³.

Los estudios realizados por BOWLBY¹⁷⁴ para la Organización Mundial de la Salud en 1950, que siguen siendo hoy de total actualidad, revelan que *se considera necesario para la salud mental que el niño de tierna edad disfrute del calor, de la intimidad y de la relación continuados de su madre (o quién la substituya), lazos que proporcionan a los dos satisfacción y goce*. Es importante destacar que la expresión “o quién la substituya” figura en el texto anterior escrito por el propio autor por lo que la persona substituta adquiere la calidad y la importancia de “madre”, tanto para el niño como para ella misma, entendiéndose en este contexto que “madre” es la persona que ha parido al niño. Análogamente y en concordancia con esa idea, quien sustituye al padre biológico adquiere la calidad de “padre” y quienes actúan de hermanos adquieren la calidad de “hermanos”, aunque no tengan vínculos de sangre. Y en líneas generales, la familia sustituta de un niño adquiere la calidad de “familia” sin más calificativos y el niño llega a interiorizarla como suya, muy especialmente cuando no conoce ninguna otra familia desde el punto de vista social, cuestión de gran relevancia en el ámbito de la protección infantil. Desde el punto de vista jurídico se entiende por madre a la persona que ha dado a luz, sin embargo el instituto jurídico de la adopción introduce en el

¹⁷² “El concepto de «competencias parentales» es una forma semántica de referirse a las capacidades prácticas de los padres para cuidar, proteger y educar a sus hijos, y asegurarles un desarrollo sano. Las competencias parentales son parte de lo que hemos llamado la parentalidad social para diferenciarla de la parentalidad biológica, es decir, la capacidad de procrear o dar la vida a una cría.” (BARUDY, “Familiaridad y competencias: el desafío de ser padres” en BARUDY y DANTAGNAN. *Los buenos tratos a la infancia*, Editorial Gedisa, S.A., 2007, p.77).

¹⁷³ Vid. *Definición ABC*: op. cit.

¹⁷⁴ Vid. BOWLBY, *Los cuidados maternos...*, op. cit., p. 81.

concepto de madre las funciones relativas a la parentalidad social. La sentencia TS 320/2011 de 12 de mayo otorga la condición de madre a quien ha ejercido como tal desde el nacimiento de un niño incluso en ausencia de relaciones jurídicas.

La definición de familia depende de cada momento histórico y “es tributaria de una serie de condicionamientos sociales”¹⁷⁵. De hecho, no existe una ley que “establezca con carácter general qué es una familia o cómo deben ser las familias”¹⁷⁶; lo único claro es la existencia de una relación directa con algún tipo de vínculo socialmente reconocido. Por ello, el concepto de familia, a pesar de ser tan conocido y comúnmente aceptado resulta, a veces, difícil de consensuar. Algunos autores definen a la familia como *el grupo donde se nace y donde se asumen las necesidades fundamentales del niño. Es un grupo en el cual los miembros se cohesionan, se quieren, se vinculan y así se ayudan recíprocamente a crecer vitalmente, a vivir como personas en todas sus dimensiones: cognitiva, afectiva, relacional, etc.*¹⁷⁷. Esta definición da por sentado que el grupo en donde “se nace” es el mismo que “asume las necesidades fundamentales del niño”, por lo que no sirve cuando eso no ocurre.

Otras definiciones de familia, ya no incluyen el aspecto biológico en su definición, de lo que se deduce que el aspecto social domina al biológico. Así, puede comprobarse en la siguiente definición: *En el núcleo familiar se satisfacen las necesidades más elementales de las personas, como comer, dormir, alimentarse, etc. Además se prodiga amor, cariño, protección y se prepara a los hijos para la vida adulta, colaborando con su integración en la sociedad. La unión familiar asegura a sus integrantes estabilidad emocional, social y económica. Es allí donde se aprende tempranamente a dialogar, a escuchar, a conocer y desarrollar sus derechos y deberes como persona humana*¹⁷⁸. Una última definición de familia, que se encuentra en la sentencia TS 320/2011 de 12 de mayo, antes citada, aporta una idea de lo que jurídicamente se entiende por familia. Dice así: *el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia,*

¹⁷⁵ Vid. LASARTE, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Vid. PÉREZ TESTOR, “Definición de Familia: una visión del Institut Universitari de Salut Mental Vidal i Barraquer”, *La Revue du REDIF*, 2008, Vol. 1, p. 9.

¹⁷⁸ Vid. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*: <http://www.bcn.cl/ecivica/concefamil> [consultada el 8 de abril de 2013].

*independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales*¹⁷⁹. Según esta definición, las dos condiciones para que un grupo de personas se considere familia son la convivencia y el respeto a las normas constitucionales.

En el ámbito social, es muy importante la relación establecida entre un niño y su figura materna, especialmente en los primeros años de vida, pero también la interacción del niño con otros miembros de su familia. BOWLBY asegura que *en esta compleja, rica y fructífera comunión de madre e hijo en los primeros años de la vida, modificada en infinitas formas por sus relaciones con su padre y los hermanos, creen los especialistas en psiquiatría infantil y otros trabajadores que es donde se encuentra el origen del desarrollo del carácter y de la salud mental*¹⁸⁰.

b) *La responsabilidad parental*

Actualmente existe una tendencia a utilizar el término compuesto “responsabilidad parental” como concepto muy cercano al de “patria potestad”, lo cual ha quedado plasmado en el artículo 154 CC. En este sentido, la responsabilidad parental es el concepto que determina el correcto ejercicio de la patria potestad, por lo que, en lo sucesivo, será necesario determinar cuándo existe responsabilidad parental¹⁸¹ y, en su caso, los motivos de la ausencia de la misma. Hay que tener en cuenta que no toda relación de responsabilidad parental conlleva patria potestad, pues la primera puede ser ejercida por personas distintas de los padres, jurídica y legalmente reconocidas, tales como un guardador o un acogedor.

En la edad temprana, los efectos de la correcta responsabilidad parental suponen la garantía de la vida y la supervivencia del hijo que, por sí solo, no podría lograr. Los estudios científicos muestran que para conseguir estos objetivos, dos son las necesidades

¹⁷⁹ Vid. sentencia TS 320/2011 de 12 de mayo.

¹⁸⁰ Vid. BOWLBY, *Los cuidados maternos...*, op.cit., pp. 13, 14.

¹⁸¹ “el CLH 1996 precisa que la expresión responsabilidad parental «comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño» (art. 1.2)” (GARAU, “Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, Nº 1, p. 284).

elementales del niño: la nutrición¹⁸² y el afecto¹⁸³. Un niño que no recibe el alimento necesario muere en pocos días, como es sabido por todos, por lo que sus efectos futuros son inexistentes. Sin embargo, un niño que no recibe afecto puede morir en menos de un año¹⁸⁴ e, incluso, al poco tiempo de nacer, si se le priva de afecto tras el nacimiento¹⁸⁵. Si antes de morir se hace frente a la necesidad afectiva del niño, los efectos de la privación pueden tener consecuencias graves en la edad adulta, al tener efectos cerebrales¹⁸⁶. Existen numerosos estudios científicos¹⁸⁷ y total consenso entre los investigadores acerca de la necesidad afectiva de un niño y de los efectos graves que puede producir la privación de afecto, especialmente si ésta se produce en edades comprendidas en los primeros años de vida¹⁸⁸. Por ejemplo, algunos autores¹⁸⁹ destacan que la necesidad de

¹⁸² “Los niños tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades fisiológicas básicas:

- Existir y permanecer vivo y con buena salud
- Recibir comida en cantidad y calidad suficientes
- Vivir en condiciones adecuadas
- Estar protegido de los peligros reales que pueden amenazar su integridad
- Disponer de asistencia médica
- Vivir en un ambiente que permita una actividad física sana

(BARUDY, “Las necesidades infantiles” en BARUDY y DANTAGNAN, *op. cit.*, p. 63).

¹⁸³ “La esfera afectiva del buen trato está constituida por la satisfacción de las necesidades de vincularse, de ser aceptado y de ser importante para alguien” (*Ibidem.*, p.66).

¹⁸⁴ “Casler (1961), cita un trabajo de Knox, realizado en Baltimore con 200 lactantes admitidos en varias instituciones de la ciudad. De ellos, casi el 90% murió antes de un año” (MESA, “Consecuencias psicológicas y psicopatológicas de la hospitalización en la infancia” en BUENDÍA (coordinador), *Psicología clínica y salud. Desarrollos actuales*, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1991, p. 216).

¹⁸⁵ “Son conocidos los casos en que neonatos que por una razón u otra carecen de la presencia física de la madre, aún si están adecuadamente alimentados y atendidos, se debilitan progresivamente y pueden llegar a morir a causa de la privación afectiva y del contacto emocional indispensable en los primeros momentos de la vida” (BORDELOIS, *A la escucha del cuerpo. Puentes entre la salud y las palabras*, Libros del Zorzal, 1ª edición, 2009, p. 32).

¹⁸⁶ “Un estrés intenso y mantenido, como se presenta en muchas unidades de recién nacidos, estará demarcando en sus zonas cerebrales y en sus estados mentales la vivencia de un Trauma. De hecho, sin la atención y el acogimiento maternal, muchos de estos bebés mueren; ahora bien, pueden permanecer físicamente como sobrevivientes, pero no así su vida emocional, desarrollo cerebral e idoneidad y creatividad de sus funciones mentales. La función del llanto que comunica estados mentales de estrés, es despertar en ese otro –ojalá la madre- también estos estados, de forma tal, que atraiga la atención y el cuidado que redundará en una acertada interpretación a sus demandas. Pero si mamá no está y la reacción para la atención del bebé en una UCN es de acuerdo a los horarios establecidos por los adultos del personal de salud de una Institución, cuatro o más jerarquías o comandos antes de pensar en el timing del bebé y su madre, la consecuencia para el recién nacido será una interferencia, una perturbación o una franca patología en la organización de la Relación Afectiva.” (BOTERO, “Relación Madre-hijo. El Amor en el Desarrollo del Cerebro del Bebé. Separación Temprana. Patrón de Relaciones y Salud Mental”, *Revista Psicoanálisis*, XXIV (2), 2012, p. 169).

¹⁸⁷ *Vid.* BOWLBY, *Los cuidados maternos...*, *op. cit.*, o AINSWORTH, *op. cit.* por citar algunos de los más importantes.

¹⁸⁸ “Los efectos de la separación del niño de la madre han sido profundamente estudiados por numerosos investigadores, obteniéndose una amplia relación de los mismos.

[...]

La mayor parte de los datos existentes provienen de los estudios directos de bebés y niños que viven en contextos institucionales, y de los estudios retrospectivos de niños mayores y adultos con trastornos de

afecto de un niño es instintiva como muestran las citas: *[la] supervivencia [del recién nacido] depende de la ayuda que le preste el grupo social, pero tiene desde el momento del nacimiento, una enorme capacidad de aprendizaje social y nace interesado por los estímulos sociales y necesitado de resolver sus necesidades vinculándose y adaptándose al grupo social y que la tendencia a improntarse y a establecer un contacto corporal con la madre o progenitores es primaria, preprogramada y no aprendida.* Autores como AINSWORTH¹⁹⁰ confirman los estudios de otros investigadores: *en el estudio de Burlingham y Freud se ve claramente el trastorno resultante de la separación maternoinfantil precoz en el segundo semestre de la vida de un niño y que este trastorno es con frecuencia notablemente persistente en niños de dos o tres años de edad.* BOWLBY¹⁹¹ asegura que: *en esta compleja, rica y fructífera comunión de madre e hijo en los primeros años de la vida, modificada en infinitas formas por sus relaciones con su padre y los hermanos, creen los especialistas en psiquiatría infantil y otros trabajadores que es donde se encuentra el origen del desarrollo del carácter y de la salud mental.* Todos estos datos están plenamente avalados por investigadores actuales que aseguran que *la relación afectiva facilita la expansión de las habilidades del niño para enfrentar diferentes situaciones. Este modelo sugiere que la salud mental infantil puede ser fundamentalmente definida como la expresión más temprana de estrategias flexibles para enfrentarse con lo novedoso y con la tensión inherente a las interacciones humanas*¹⁹².

Estas funciones básicas deben mantenerse durante toda la infancia, pero conforme el niño va creciendo existen otras funciones que adquieren relevancia que los padres habrán de asumir para el adecuado desarrollo del hijo. Todas ellas se ejercerán correctamente cuando los padres hayan adquirido buenas competencias parentales consistentes en *satisfacer las múltiples necesidades de los hijos (alimentación, cuidados corporales, protección, necesidades cognitivas, emocionales, socioculturales, etcétera)*¹⁹³ entre las que destacan como fundamentales la capacidad de apegarse a los

la personalidad.” (DORADO, “Privación psicosocial en niños de orfelinato”, *Revista A.E.N.*, Vol. X., N° 35, 1990, p. 509).

¹⁸⁹ Vid. LÓPEZ, ETXEBARRIA, FUENTES y ORTIZ (coordinadores), *Desarrollo Afectivo y Social*, Ediciones Pirámide, 2001, pp. 23 y 43.

¹⁹⁰ Vid. AINSWORTH, *op.cit.*, p. 139.

¹⁹¹ Vid. BOWLBY, *Los cuidados maternos...*, *op. cit.*, pp. 13, 14.

¹⁹² Vid. BOTERO, *op. cit.*, p. 156.

¹⁹³ Vid. BARUDY, “Familiaridad y competencias: ...”, *op. cit.*, p. 80.

hijos¹⁹⁴ y la empatía¹⁹⁵. El grado de adaptación de la actuación de los padres a las necesidades cambiantes del hijo¹⁹⁶ es una forma de demostrar la correcta adquisición de competencias parentales. Por tanto, la forma de abordar las funciones parentales varían según el sujeto al que van dirigidas, el hijo, cuyas particularidades deben ser atendidas por los padres según se vayan presentando. Ciertamente es que las necesidades alimenticias o fisiológicas del niño pueden ser cubiertas fuera del seno de la familia, pero no así las necesidades afectivas que solo pueden satisfacerse adecuadamente mediante la permanencia en una familia y la existencia de referentes¹⁹⁷.

c) *El interés superior del hijo*

Las relaciones familiares producen efectos positivos para el hijo. Éstas se caracterizan, desde un punto de vista psicosocial, por la adquisición de vínculos afectivos¹⁹⁸, sentimientos de pertenencia al grupo¹⁹⁹ y voluntad de permanencia o estabilidad en el tiempo²⁰⁰; los cuales se desarrollan en el hijo de forma muy intensa en la etapa de la

¹⁹⁴ “incluye los recursos emotivos, cognitivos y conductuales que las madres y los padres poseen para apegarse a sus hijos e hijas y vincularse afectivamente respondiendo a sus necesidades” (*Ibidem.*, pp. 80, 81).

¹⁹⁵ “es la capacidad de percibir las vivencias internas de los hijos a través de la comprensión de sus manifestaciones emocionales y gestuales con las que manifiestan sus necesidades. Los padres con estas capacidades pueden sintonizar con el mundo interno de sus hijos y responder adecuadamente a sus necesidades” (*Ibidem.*, p. 81).

¹⁹⁶ “Las habilidades parentales se corresponden con la plasticidad de las madres y los padres, que les permite dar una respuesta adecuada y pertinente a las necesidades de sus hijos de una forma singular, de acuerdo con sus fases de desarrollo” (*Ibidem.*, p. 82).

¹⁹⁷ “PROUGH y HARLOW, 1963 (38) afirman que si existe pérdida de la madre seguida de cuidados en una institución impersonal, es probable que el niño sufra efectos adversos de larga duración, o quizás permanentes.” (DORADO, *op. cit.*, p. 511).

¹⁹⁸ “Señala Quintero que la familia es “el espacio para la socialización del individuo, el desarrollo del afecto y la satisfacción de necesidades sexuales, sociales, emocionales y económicas, y el primer agente trasmisor de normas, valores símbolos” (GALLEGO HENAO, “Recuperación crítica de los conceptos de familia, dinámica familiar y sus características”, *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, 35, 2012, p. 331, <http://revistavirtual.ucn.edu.co/index.php/RevistaUCN/article/view/364>, [Consultada el 25 de julio de 2014]).

¹⁹⁹ “existe un núcleo básico del concepto de familia: “la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, [...] y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia” (Palacios y Rodrigo, 1998: 33)” (MUÑOZ, “La familia como contexto de desarrollo infantil. Dimensiones de análisis relevantes para la intervención educativa y social”, *Portularia*, Vol. V, N° 2, 2005, p. 148).

²⁰⁰ “La definición aludía a, “un grupo humano y social, constituido por la unión de un hombre y una mujer, con voluntad de permanencia o estabilidad en el tiempo, constituido por la unión de un hombre y una mujer con aptitud legal para comprometerse a compartir la vida y, sobre esta base, crear un hogar, con o sin hijos propios o adoptivos” (DEL PICÓ, “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N° 1, 2011, p. 36).

infancia en que el proceso de socialización es crucial²⁰¹ y nacen como consecuencia directa de las correctas funciones parentales, según se ha visto previamente. La consecuencia jurídica de ello consiste en la protección de esas relaciones por su incidencia directa en el ISN.

En el contexto de las relaciones paterno-filiales se desarrolla el concepto de “apego” que *es lo que produce los lazos invisibles que crean las vivencias de familiaridad, caracterizada ésta por los sentimientos de pertenencia a un sistema familiar determinado*²⁰². Otros investigadores lo definen en términos muy similares aludiendo al concepto de “vínculo afectivo” que *hace referencia al lazo afectivo que emerge entre dos personas y que genera un marco de confianza en el otro y en la vida y un contexto de comunicación y desarrollo*²⁰³. Vínculo afectivo y apego se consideran conceptos sinónimos, siendo una cualidad esencial para el desarrollo de la personalidad del niño. En consecuencia, el vínculo afectivo o apego no es algo que se busque expresamente sino que nace como una consecuencia natural de la relación establecida entre padre e hijo, su intensidad depende de la importancia de esa relación y crece y se consolida mientras ésta se mantiene, en respuesta a un conjunto de instintos primarios del niño²⁰⁴ y de la respuesta del adulto²⁰⁵. Desde el punto de vista jurídico, se fomentan las

²⁰¹ “El entorno familiar es también el lugar de las primeras identificaciones. Se trata evidentemente de la identificación con las personas próximas (imágenes paternas, hermanos y hermanas) pero también de transmisiones culturales. Es también el lugar de transmisión de las normas y de los modelos adoptados por la familia. Pero, progresivamente, el niño ve su horizonte ensancharse, con lo que su esfera de socialización sobrepasa a la de la familia. La escuela y los amigos vienen a enriquecer las identificaciones posibles (maestros, profesores, alumnos, etc.). El joven hace el aprendizaje del ajuste de las conductas: se da cuenta de las diferencias, interioriza su pertenencia a diferentes grupos, comparte sus normas y sus reglas. [...] “mediante este proceso de socialización, cada individuo reajustará, de manera continua, su identidad y aportará las correcciones necesarias con el fin de que su identidad personal sea lo más consistente posible con la del grupo al que pertenece. “La socialización es un proceso de identificación, de construcción de identidad, es decir de pertenencia y de relación.” (Dubar, 2000: 32)” (GARCÍA MARTÍNEZ, *op. cit.*).

²⁰² Vid. DANTAGNAN, “Los trastornos del apego: elementos diagnósticos y terapéuticos” en BARUDY y DANTAGNAN, *op. cit.*, p. 165.

²⁰³ Vid. ENRÍQUEZ, PADILLA y MONTILLA, “Apego, vinculación temprana y psicopatología en la primera infancia”, *Informaciones Psiquiátricas: Publicación científica de los Centros de la Congregación de Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús*, 2008, n° 193, p. 251.

²⁰⁴ “En especies como la nuestra en que los niños no pueden sobrevivir por sus propios medios la necesidad de proximidad con el progenitor es tan original y primaria como la alimentación. Y mantener de manera relativamente estable unos reducidos límites de distancia en las primeras etapas de la vida es crucial para la supervivencia. [...] Respecto a la génesis del vínculo, este modelo [la teoría del apego] afirma la existencia en el lactante de patrones de comportamiento de carácter instintivo, propios de la especie, que promueven y prolongan la proximidad y el contacto. En otras palabras, los bebés, desde el comienzo, tienden genéticamente a la interacción con otras personas.” (ORTIZ, “La separación: alternativa ante los malos tratos en la infancia”, *Revista de Servicios Sociales*, n° 4, 1987, p. 41).

²⁰⁵ “La vinculación es el resultado de un proceso para el que es preciso la existencia de interacciones privilegiadas satisfactorias, placenteras, rítmicas, asimétricas, específicas y cambiantes, así como de

medidas que favorezcan el vínculo afectivo del niño con todos los miembros de la familia nuclear, padres y hermanos, otorgando una relevancia creciente al vínculo con los abuelos, por entender que de este modo se protege adecuadamente el ISN.

De todo lo anterior se desprende que existe una correlación directa entre el concepto jurídico del ISN y los aspectos psicosociales que el niño adquiere en su familia, cuando sus padres ejercen correctamente la responsabilidad parental.

1.1.2. La tutela ordinaria

La tutela ordinaria está regulada en el capítulo II del título X del Código Civil, en el que se encuentran mezclados los preceptos que hacen referencia a la tutela *ex lege* y a la tutela ordinaria, así como los que hacen referencia a personas menores de edad y a personas mayores de edad incapacitadas, lo cual aporta gran confusión al concepto como una de las figuras jurídicas de protección infantil.

La tutela ordinaria procede para un niño cuando éste no pueda estar bajo la patria potestad de sus padres por algún motivo. Las obligaciones del tutor son las mismas que las de los padres²⁰⁶ en el ejercicio de la patria potestad, por lo que el interés del tutelado se protegerá en la medida en que el tutor ejerza sus funciones. El artículo 239 CC establece que los padres son suspendidos de la patria potestad en el momento en que se establece la tutela ordinaria.

Una situación frecuente en que se establece la tutela ordinaria de un niño es aquella en que los padres fallecen y han dejado designado en testamento el tutor para el hijo²⁰⁷ que, obviamente, estará de acuerdo en ejercer la tutela al haberla pactado con los

procesos afectivos y cognitivos como la intencionalidad, el reconocimiento de sí mismo o el descubrimiento de la permanencia del objeto.” (ENRÍQUEZ, PADILLA y MONTILLA, *op. cit.*, p. 252).

²⁰⁶ *Vid.* artículos 268 y 269 CC.

²⁰⁷ “Una vez practicadas las audiencias exigidas por la Ley, y emitido el informe por el Ministerio Fiscal, el Juez dictará resolución:

a) Constituyendo la tutela, si ha quedado debidamente acreditado en el expediente la muerte, declaración de incapacidad, fallecimiento o ausencia de los padres del menor, o en su caso la privación de la patria potestad de ambos o del supérstite.

b) Nombrando tutor a la persona propuesta por los padres del menor en testamento o por el promotor del expediente, si de los autos no se desprende que en beneficio del menor es procedente nombrar a otra

padres. Incluso en este caso, dado que el hijo se encuentra en una de las situaciones que la LOPJM califica de desamparo (ex artículo 18.2 a) LOPJM), cabe pensar que podría aplicarse la tutela administrativa, aunque, posiblemente, dependerá de la iniciativa del designado como tutor. Fuera de este caso, la figura de la tutela ordinaria, presente en el ordenamiento jurídico español desde la primera edición del Código Civil, es, prácticamente, una figura en desuso desde que la LOPJM otorgó plenos poderes a las Entidades Públicas para el intervencionismo en las familias españolas, en las que se ven desfavorecidas las familias de estratos sociales marginales que ven cómo sus hijos son entregados a familias desconocidas. Así, DÍEZ²⁰⁸ expresa que *cabría cuestionar si no será la tutela ex lege en lugar de la ordinaria, ese fin normal de la guarda de hecho cuando ésta afecta a menores*. Cabe añadir que el Observatorio de la Infancia del Ministerio de Servicios Sociales no considera la tutela ordinaria una medida de protección²⁰⁹.

Cabría indicar que las personas susceptibles de ser tutoras de un niño habrían de poder ser personas de la confianza de sus padres, en caso de que éstos vivan, aunque no fuesen miembros de la familia. De este modo, se respetaría el derecho y el deber de los padres de escoger a quienes quisieran para cuidar de su hijo delegándoles su guarda cuando ellos se sintieran incapacitados, sin que la Entidad Pública pudiese imponer su criterio, por imperativo legal, en este sentido²¹⁰ y sin que tuviese que sobrevolar sobre el

persona.” (LEONSEGUI, “La tutela ordinaria de menores y la tutela automática de la Administración como fórmulas jurídicas de protección de niños en situación de calle” en RAVETLLAT, VILLAGRASA (coord.), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Editorial Ariel, 2006, p. 208).

²⁰⁸ Vid. DÍEZ, *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 202.

²⁰⁹ Vid. Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, *op. cit.*

²¹⁰ “Ejemplo de este último caso, en aplicación del artículo 158, es el comentado por DÍEZ GARCÍA, H., con relación al Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 25 de enero de 1999. En este supuesto, la madre biológica de una menor ante las dificultades para atenderla debidamente (por cuanto que padecía una discapacidad mental calificada de minusvalía orgánica y funcional de un 59%) y tras reiterados intentos por los servicios sociales de prestarle ayuda domiciliaria, decidió confiar la guarda de hecho a su hermana. El Tribunal comienza analizando la relación entre la menor y sus padres biológicos, comparándola con la que se desarrolla entre ésta y su guardadora de hecho y dado que el interés de la menor es permanecer junto a su guardadora, concluye señalando que, «por ello, conforme a lo dispuesto en los artículos 158 y 170 del Código Civil, es adecuado adoptar la medida de privación de la patria potestad y el otorgamiento de la custodia a la actora establecidas en la sentencia de instancia, si bien con la precisión de que la situación de autos debe reconducirse al control de la institución pública competente en el territorio (...) en cuyo seno (...) ha de valorarse la situación y establecerse los mecanismos jurídicos y materiales necesarios para procurar la asistencia y cuidado adecuados a la menor, así como adoptar las medidas oportunas para procurar la reincorporación de la menor a su familia natural. Entre tanto es adecuada la medida de suspensión de la patria potestad y el otorgamiento

guardador la sombra de la sospecha²¹¹, lo que no impediría que se realizase la correspondiente investigación sobre el ejercicio de la guarda y se instase el correspondiente proceso para la regularización de la situación mediante la tutela ordinaria²¹² o, si procediese, la adopción abierta o, incluso, la adopción propiamente

a la actora de la guarda y custodia de la misma, si bien con la precisión de que ha de entenderse que el Consejo del Menor asume la tutela automática, ex artículo 172 del Código Civil, en cuyo ejercicio cabe reconducir la situación por medio de la institución del acogimiento familiar simple, artículo 173 bis del Código Civil, en la persona de la actora, con sometimiento a la tutela del Consejo del Menor, entidad que asimismo resolverá y decidirá sobre la forma del ejercicio del derecho de los padres a visitar a la hija estableciendo el correspondiente horario que servirá asimismo para restablecer la relación de la hija con sus padres y así preparar la futura reincorporación de ésta al seno familiar de origen».

En este caso, se adoptó la solución del acogimiento familiar como medida provisional partiendo del hecho del desamparo de la menor que, a juicio del Tribunal, se producía si ésta retornaba a su núcleo familiar originario. Sin embargo, aunque la solución pudiera parecer adecuada desde el punto de vista de la justicia material, lo cierto es que técnicamente no puede decirse que la menor, sujeta a la guarda de hecho de su tía, se encontraba en tal situación en cuanto no se hallaba privada de la necesaria asistencia moral y material.

No comparto el criterio de la Audiencia, al considerar que la menor se encuentra en situación de desamparo, ya que no existía en ese momento desasistencia de la misma. Considero que hubiera sido suficiente aplicar el artículo 158 del CC, en el sentido de ordenar que la menor se quedara en acogimiento con la guardadora, en tanto los servicios sociales actúan en el proceso de retorno con sus padres.

No considero que se pueda establecer la situación de desamparo como previsión de futuro en los términos que hace la sentencia. Coincide la doctrina en definir el carácter objetivo del desamparo, relacionado exclusivamente con la situación de hecho en que se encuentre el menor. Tal como se expresa más arriba, si alguien atiende al menor, no se debe aplicar la tutela automática. Este incumplimiento de los deberes de protección no se refiere a ninguna persona en concreto, luego la declaración de desamparo no tendrá lugar si dichos deberes se cumplen, no importando por quién se cumplen.” (MORENO-TORRES, *El desamparo de menores*, Editorial Aranzadi, 2005, pp. 103-105).

²¹¹ “Ha de partirse en primer lugar de que la guarda de hecho tiene desde un punto de vista axiológico una naturaleza neutra, de modo que bajo tal denominación pueden abarcarse tanto situaciones de encomiable altruismo, asentadas firmemente en el superior interés del menor (piénsese en el supuesto prototípico de abuelos que con enorme esfuerzo asumen la crianza del nieto, ante el abandono de los progenitores) como situaciones que bordean o entran directamente en el ámbito penal (personas que con el fin de satisfacer sus deseos se hacen cargo de menores con los que no tienen vínculos, mediando o no retribución, haciendo tabula rasa de los procedimientos legalmente establecidos).” (*Vid.* Apartado IV de la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en Materia de Protección de Menores).

²¹² “La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 18 de octubre de 2000 analiza el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia que resuelve a favor de la solicitante, constituyendo la tutela de la menor sobre la base del artículo 239. En su argumentación jurídica, la Audiencia Provincial alude al hecho de que por el desamparo únicamente se suspende la patria potestad, pero en ningún caso se priva de patria potestad a los progenitores. Por ese motivo estima que sólo cuando los padres han sido privados de patria potestad, se puede proceder aplicar el artículo 239. Dice que lo contrario llevaría a situaciones absurdas y de colisión en el ejercicio de funciones al tener los padres la patria potestad y al mismo tiempo estar nombrado un tutor para ese menor con identidad de funciones a las de la patria potestad. No deja de tener una buena base dicha argumentación y en este punto hay que analizar el papel de los padres en el desamparo. Dice el artículo 172 que *no obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él*. Efectivamente, tal como analiza la sentencia estudiada, no se puede llegar al absurdo de que constituida la tutela, los padres conserven potestades sobre sus hijos. Si se estima que se puede constituir la tutela ex artículo 239, por las reglas ordinarias, de menores con medidas de desamparo, se debe interpretar que una vez que por el Juzgado se ha acordado la tutela, dicho nombramiento debe conllevar inherente la privación de la patria potestad, aunque no sea preciso un procedimiento de este tipo para la constitución de la tutela.” (MORENO-TORRES, *op. cit.*, p. 103).

dicha, en función de la situación de los padres, del guardador y del propio niño. De este modo, la figura de la tutela ordinaria alcanzaría la relevancia para la protección infantil que la ley le otorga.

Aunque en la LOPJM de 1996 la tutela ordinaria tenía el mismo objeto que en la ley actualmente vigente, parece que ésta impulsa la preferencia de la tutela ordinaria frente a la administrativa²¹³, por lo que puede que su efecto se empiece a notar cuando la nueva ley alcance plena y total implantación en la sociedad, aunque la timidez de la reforma no parece que vaya a producir efectos notables, al no existir ningún medio coactivo en contra de las malas prácticas administrativas.

1.1.3. La guarda de hecho

La guarda de hecho está regulada en el capítulo V del Título X del Código Civil mediante tres artículos²¹⁴. Como se verá posteriormente, la legislación vigente considera de forma inequívoca que la “guarda de hecho” es una situación de desamparo, lo cual es contradictorio con la redacción del artículo 303.2 CC: *Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores [...] en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia moral y material, contemplados en los artículos 172 y 239 bis*. Así, de este precepto legal se desprende que un niño bajo “guarda de hecho” se encontrará en desamparo cuando concurren las mismas condiciones que para un niño bajo cualquier otro tipo de figura o medida de protección, tal como la patria potestad o la tutela ordinaria, de lo que se deduce que no tiene sentido distinguir el desamparo en función del tipo de guarda del niño, además de que el precepto legal que lo regula no expresa esta distinción.

El tratamiento de la guarda de hecho fue objeto de especial atención en la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del

²¹³ “son muy numerosos los aspectos positivos de esta intensa e importante reforma del régimen jurídico estatal de protección de menores. [...] por lo que atañe a la tutela y la guarda administrativa: la configuración de la tutela ordinaria como mecanismo de protección preferente a la tutela administrativa de los menores declarados en desamparo” (LÓPEZ AZCONA, “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, Núm. 2185, 2016, pp. 14, 15).

²¹⁴ *Vid.* artículo 303, 304 y 306 CC.

Ministerio Fiscal en Materia de Protección de Menores. Este documento muestra que la guarda de hecho es una situación provisional que debe durar el tiempo necesario para realizar los trámites de una medida de protección permanente que podría ser la adopción o la tutela ordinaria²¹⁵. En este sentido, resulta contradictoria la postura de la Fiscalía: *los Sres. Fiscales apoyarán la opción de declarar al menor entregado con carácter permanente a personas ajenas al círculo familiar en situación de desamparo, sin perjuicio de evaluar el tiempo y los resultados de la guarda de hecho para que -si así lo exige el interés del menor- los guardadores sean designados acogedores; pues el niño puede no encontrarse privado de asistencia, ni moral ni material. Por el contrario, la constitución del acogimiento no produciría una medida estable, pues el niño pasaría a estar bajo la tutela del Estado, lo cual ha de ser una medida subsidiaria*²¹⁶.

El hecho de que los guardadores sean ajenos a la familia, puede requerir la correspondiente investigación, pero si de ésta se obtiene un resultado favorable para el niño no puede concluirse que exista desamparo como afirma la Circular de la Fiscalía²¹⁷ y

²¹⁵ “la guarda de hecho es una situación provisional, tolerada por el ordenamiento pero preordenada a su extinción, que debe desembocar en otra institución más estable. No puede decirse con propiedad que sea una institución tutelar, sino que es más bien una situación fáctica no prohibida, pues la Ley, en tanto faculta al Juez para controlar su desenvolvimiento, revela una actitud favorable a la misma, dentro su provisionalidad. (Vid. Apartado IV de la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en Materia de Protección de Menores).

²¹⁶ “Hablar de subsidiariedad implica pensar que sólo en el supuesto de que no existan otras alternativas, la Entidad pública asumirá la tutela de menores.

[...]

Con excepción de los supuestos en que de forma rápida y eficaz se debe realizar una separación del menor de su medio, existe un amplio elenco de alternativas con las que se debe jugar antes de adoptar a medida de desamparo, además del hecho de que el desamparo no debe usarse nunca de forma instrumental. Asimismo una vez desamparado el menor, se debe dotar al menor de una tutela cercana e integradora con su realidad familiar que la tutela pública, en el plazo más breve posible. El hecho de que se aplique a la tutela automática las dos características arriba mencionadas, implica que la decisión sobre la mejor opción posible supone valorar todas las alternativas posibles.” (MORENO-TORRES, *op. cit.*, p. 38).

²¹⁷ “La situación de desamparo derivaría, no de que el menor no esté recibiendo la atención precisa, sino de que no se la presta quienes por Ley tienen obligación de hacerlo, por lo que -en el mejor de los escenarios- la está recibiendo en condiciones de precariedad.

[...]

De este modo, ante supuestos de personas ajenas al círculo familiar o al círculo de allegados que, por las razones que fueren, hubiesen asumido la guarda, si se constata que los padres biológicos no existen, han desaparecido o no quieren o no pueden ejercer la patria potestad y proporcionar a los menores la necesaria asistencia material y moral, los Fiscales deberán promover la declaración de desamparo del menor y la asunción de la tutela automática por parte de la Entidad Pública. De esta manera se asegura la protección integral del desamparado por quien legalmente tiene atribuida con preferencia tal función. Esta solución instrumental tampoco condiciona la decisión respecto a la designación de los acogedores: si esas personas extrañas al menor han ejercido adecuadamente sus funciones de guardadores, han establecido un vínculo con el mismo, han actuado de buena fe, son idóneas y no han incurrido en conductas penalmente reprochables, podrá ser designadas como acogedores, pero siempre bajo la supervisión de la Entidad Pública como tutora del menor.” (*Ibidem.*).

no debería haber inconveniente en mantener la “guarda de hecho”, constituir la tutela ordinaria o, incluso, la adopción, que podría responder a su modalidad abierta. Pese al pronunciamiento de la Circular de la Fiscalía, parece que el artículo 303 CC entiende que bajo el supuesto de guarda de hecho no existe desamparo si el niño está bien atendido, con independencia de que sea por familiares o no²¹⁸, por tanto la LSPIA no ha seguido las directrices de la citada Circular en lo que se refiere a la guarda, aunque sí las ha seguido cuando ha definido el desamparo, dando lugar a un desajuste que deberá ser resuelto. De lo contrario permitirá que las Entidades Públicas actúen de forma distinta en distintos territorios, lo cual obrará en contra de la pretendida unificación de criterios que predica la reforma legislativa del año 2015.

Una diferencia esencial entre el desamparo y la “guarda de hecho” es que el primero provoca la suspensión de la patria potestad, lo que no ocurre con la guarda, en que los padres son responsables del cuidado de su hijo aunque lo hayan delegado.

1.1.4. La guarda administrativa

La guarda voluntaria es una figura de protección que apareció por primera vez en la Ley 21/1987 al modificar el artículo 172.2 CC (actualmente regulado en el artículo 172 bis CC), introduciendo un texto en que se aprecia como una medida de protección solicitada por los padres voluntariamente, pese a que las causas en que procedía este tipo de medida pudiesen ser de valoración administrativa: *La entidad pública asumirá solo la guarda, cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias grave*²¹⁹. En el caso en que se producía esta solicitud la Entidad Pública asumía la “guarda administrativa”, pero no la “tutela administrativa” como en el caso de desamparo, por lo que los padres no eran suspendidos de la patria potestad.

²¹⁸ “Son múltiples las sentencias en que, ante una situación de guarda de hecho, lo que se hace es simplemente reconocer que dicha situación existe. Tal como se estudia más adelante considero que esta única intervención judicial, por sí sola, no se considera una alternativa que dé seguridad jurídica a los menores y a los que los guardan. En estos casos el Juez únicamente establecerá medidas de vigilancia y control, pero no irá a la raíz del problema, manteniendo simplemente un status quo.” (*Ibidem.*, p. 96).

²¹⁹ “Si con la normativa de 1987 se consideró —y así se tradujo en la realidad— que correspondería a la entidad pública apreciar el desamparo, también a ella debería adjudicarse la apreciación de las causas que podrían dar lugar a la entrega en guarda, las cuales deberían justificar los padres o tutores.” (SEVILLA, *El papel de las entidades públicas de protección de menores tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, N° 1794, 1997, p. 828)

Posteriormente, la LOPJM de 1996 modificó de nuevo el citado precepto legal: *Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves no pueden cuidar del menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que esta asuma la guarda durante el tiempo necesario*. La semántica del nuevo texto no parece ser muy distinta del previo, pues queda claro que la decisión de solicitar la guarda sigue siendo de padres o tutores y que las circunstancias deben ser graves. Añade, simplemente, el aspecto temporal que no se precisaba en el texto legal anterior y elimina el ejemplo que hace referencia a la situación de enfermedad.

La cuestión que se plantea es si la diferencia entre los dos textos legales anteriores radica en la obligación de la Entidad Pública de asumir la guarda²²⁰, pero lo que, en ningún caso, cabía entender es que fuese la Administración quien debiese ofrecer a los padres la posibilidad de establecer esa medida de guarda²²¹. Tampoco se desprende del texto legal que la guarda voluntaria se deba establecer cuando el niño corre el riesgo de caer en desamparo, pues la LOPJM, en su redacción original, distingue la situación de riesgo en su artículo 17 LOPJM, por lo que resulta evidente que es una situación singular y distinta de cualquier otra y, concretamente de la guarda establecida en el artículo 19 LOPJM²²². Por tanto, no pueden equipararse situación de riesgo y de guarda voluntaria. Quizás la principal diferencia entre ambas situaciones sea que la primera supone una situación no controlada por los padres, sostenida en el tiempo y sin previsión de final, salvo que se produzca una intervención administrativa adecuada, mientras que la segunda ha de tener un requisito que suponga su finalización, bien sea una fecha determinada o

²²⁰ “Del artículo 172 insertado en el Código Civil por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se desprendía que era obligatoria la asunción del acogimiento —entonces guarda— del menor. En cambio, la normativa de 1996 parece disipar esa rotundidad con que se expresaba la normativa anterior. No entenderemos sin embargo que por ello se haya liberado a la entidad pública de esa obligación. Y es que esta normativa hay que entenderla en conexión con el artículo 14 de esta misma Ley de Protección del Menor:

«Las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal.» (*Ibidem.*, p. 829).

²²¹ “Se plantea la posibilidad de que la administración ofrezca a los padres que soliciten una guarda, ante la situación de riesgo e inminencia del desamparo. Esta solución es válida, pero choca con el principio recogido en el artículo 11.2 de la LO 1996, al disponer el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen, salvo que sea conveniente para su interés. Habrá que hacer una valoración caso por caso.” (MORENO-TORRES, *op. cit.*, p. 149).

²²² “La situación básica que actúa como presupuesto de la guarda es, así como en la tutela *ex lege*, la noción de desamparo; sin embargo la diferencia con la tutela es que la guarda procede aunque realmente aquel resultado no haya llegado a originarse.” (TENA, “Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996”, *Revista Jurídica de Navarra*, Nº 24, 1997, p. 252).

una condición que deba cumplirse con certeza. Sin embargo, la guarda voluntaria ha sido utilizada para evitar situaciones de riesgo de desamparo, pues muchas Entidades Públicas han entendido, a veces con apoyo de la legislación autonómica, como ocurre con la de las Islas Baleares, que el objetivo de la guarda era el que apunta TENA²²³. Ello ha originado que la práctica se haya consolidado y que la LSPIA se haya visto obligada a modificar la redacción de esta medida de protección, introduciendo en el primer apartado del artículo 172 bis CC el siguiente texto: *Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.* Con ello se pretende evitar situaciones de abuso tanto por parte de las Entidades Públicas que, haciendo un uso incorrecto de la guarda voluntaria se ahorra la inversión de recursos en reducir o paliar situaciones de riesgo, como por parte de los padres que hacían dejación de sus funciones caprichosamente, delegando en la Entidad Pública y privando a sus hijos de su medio familiar.

Esta última situación es la que se denuncia en el preámbulo de la LSPIA atribuyendo responsabilidad únicamente a los padres: *se pretende evitar que se hagan crónicas situaciones de guardas voluntarias en las que los progenitores ceden el cuidado de sus hijos a las Administraciones Públicas «sine die», privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, precisamente durante los años clave de la primera infancia.* Sin embargo, la responsabilidad de que esta situación se estuviese dando es principalmente administrativa, pues la Entidad Pública tiene la potestad de decidir si la situación del niño se ajusta a una necesidad de guarda o no, mientras que aceptar todas las solicitudes de guarda indiscriminadamente es, claramente, un acto de irresponsabilidad administrativa que ha tenido que solventarse mediante un parche legal que desvirtúa totalmente el original espíritu de la ley. Por su parte, la LSPIA ha modificado el artículo

²²³ “La “simple guarda” o “guarda legal”, no es sino la situación transitoria en que se encuentran determinados menores que, aun no estando actualmente en situación de desamparo, corren el riesgo de estarlo. Es decir, se trata de una actividad preventiva de la Administración, para evitar que llegue a producirse efectivamente el desamparo.” (*Ibidem.*, p. 251).

19 LOPJM añadiendo la cuestión de la transitoriedad de la situación que también se añade al artículo 172 bis CC. A falta del significado preciso de la transitoriedad en el contexto de la guarda voluntaria parece lógico pensar que ésta tenga el alcance que habitualmente se da a ese concepto que no es otro que el de indicar una duración limitada de relativamente poco tiempo. Ni que decir tiene que esa definición es incompatible con el apartado 2 que se le ha añadido al artículo 19 LOPJM que expresa la duración máxima de dos años (en concordancia con el artículo 172 bis CC) que, en el contexto de la vida de un niño no puede considerarse, en general, una situación transitoria ni expresa una situación en que la medida protectora se haya establecido con una previsión de final a corto plazo. Alcanzar esa duración máxima implicaría que algo ha fallado en la medida de guarda establecida, con los efectos que ello tiene en el desarrollo de la personalidad del niño, siendo razonable prever, legalmente, esta contingencia. De hecho, el último párrafo del artículo 19 LOPJM que expresa que *en estos supuestos de guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional* hace intuir que la situación familiar requiere algún tipo de intervención administrativa, lo cual no se ajusta al objetivo inicial de la guarda voluntaria (al que impulsó la Ley 21/1987) pues la intervención administrativa se prevé en situaciones de riesgo o desamparo, pero no de guarda administrativa. Además, el artículo 19 bis LOPJM refleja con claridad que la ley no expresa diferencia alguna entre la tutela y la guarda administrativa, más que en el nombre, pues la implicación tanto para las familias como para la Administración es exactamente la misma. Ante ello, cabe preguntarse si tiene sentido que la sola diferencia entre una y otra radique en la aceptación por parte de los padres de una situación de desprotección de los hijos, o lo que es lo mismo la sumisión a los designios administrativos. En apoyo de este argumento, es necesario mencionar que la diferencia entre la tutela *ex lege* y la guarda voluntaria no puede radicar en que la familia implicada acepte, o no, la situación de desamparo de sus hijos como afirma MORENO-TORRES²²⁴, ya que el desamparo es “situación de hecho” que siempre conlleva la tutela *ex lege* y nunca la guarda administrativa. De la afirmación de la citada autora cabría deducir que el rechazo de la guarda administrativa por parte de los padres, que por definición legal tiene que partir de su propia iniciativa, sería una situación causante de desamparo. Ello implicaría que la medida de guarda se utilizaría con carácter coactivo

²²⁴ “Cuando la familia que se encuentre en situación de riesgo que dé lugar al desamparo no acepte voluntariamente la guarda, será preciso decretar el desamparo a fin de evitar la situación de privación de asistencia de los menores.” (MORENO-TORRES, *op. cit.*, p. 149)

para evitar la declaración de desamparo, lo cual no puede considerarse una actuación legal. El desamparo o existe o no existe y, si no existe, los padres deben decidir sobre sus hijos sin que la Entidad Pública pueda imponerles una determinada conducta.

La diferencia esencial entre la situación de riesgo y la de guarda voluntaria, en concordancia con lo apuntado previamente, es la de la transitoriedad, en que esta última tiene un tiempo establecido, bien sea determinado por una fecha límite o por el fin de la circunstancia que motivó la guarda administrativa. Por tanto, el cese de la guarda y la recuperación de la convivencia de padres e hijos deben estar motivados por esa temporalidad, siendo conveniente que las circunstancias en que procede sean tasadas.

Con anterioridad a la reforma del año 2015 la guarda administrativa solo se podía alcanzar a través de la solicitud de guarda voluntaria por parte de los padres, sin embargo, la LSPIA introdujo la medida de “guarda provisional”, la cual se comentará posteriormente, a través de la cual también se alcanza la guarda administrativa.

a) Las circunstancias graves y transitorias para la constitución de la guarda

La guarda administrativa tuvo inicialmente una finalidad clara, pero a través del uso administrativo que se fue realizando de dicha figura jurídica se fue desvirtuando el objetivo inicial que se desprendía con nitidez de la literalidad del precepto legal. Así, en la actualidad, se puede observar que la práctica administrativa se ha consolidado, lo que ha provocado que se haya adaptado la redacción de la ley a la utilidad que, administrativamente, se le ha ido dando a lo largo del tiempo, para evitar el desajuste entre el contenido legal y la interpretación del mismo. En el contexto en que las Entidades Públicas establezcan la guarda administrativa en casos de riesgo de desamparo, existe un problema a la hora de establecer las circunstancias para constituirla. En tal caso tiene sentido el plazo establecido de dos años, pero si se vuelve al concepto inicial de guarda voluntaria, el citado plazo resulta excesivo.

Así, ha de entenderse que la guarda debe reservarse a aquellos casos en que estando plenamente capacitados los padres para cuidar de sus hijos se encuentran en circunstancias de incapacidad temporal, con previsión de final en un plazo determinado

por el fin de las circunstancias objetivas que motivaron la medida. Un ejemplo de ello sería el de los padres inmigrantes que deben viajar a su país por enfermedad de un familiar y para no desescolarizar a sus hijos deciden dejarlos en España bajo la guarda de la Entidad. Obviamente, a su regreso deberán ejercer de nuevo sus funciones de padres. Otro ejemplo sería el de la madre que ha de dar a luz mientras el padre está ausente y debe dejar a sus otros hijos bajo la guarda de la Entidad durante su hospitalización. Ambas situaciones tienen previsión de final, de unos meses en el primer caso y de unos días en el segundo caso y son muy distintas a una situación de riesgo de desamparo. Otra situación, que se exponía en la Ley 21/1987, es la de enfermedad, en que los hijos quedarían bajo la guarda de la Entidad en tanto el padre o la madre se recuperase. Ello no obsta a que la guarda voluntaria pueda prorrogarse por situaciones imprevistas o que, incluso, pueda llegarse a un desamparo, el cual ocurrirá cuando se den las situaciones previstas legalmente.

b) La interpretación por los tribunales

La jurisprudencia respecto de la guarda voluntaria es escasa ya que es una figura de protección poco utilizada. Por un lado las sentencias de la sección 6ª de la AP de Málaga 479/2014 de 30 de junio y 105/2016 de 17 de febrero consideran “guarda voluntaria” el hecho de que sean los padres los que solicitan ayuda para el cuidado de los hijos a la Entidad Pública, en el primer caso por grave discapacidad de la hija y en el segundo caso por enfermedad mental de la madre, lo cual se ajusta a lo establecido en la ley, aunque se precisa una previsión de final.

En otro sentido, las sentencias de la sección 3ª de la AP de Badajoz 186/2004 de 6 de junio, de la sección 24ª de la AP de Madrid 975/2007 de 12 de julio, de la sección 3ª de la AP de Las Palmas 390/2009 de 26 de junio, de la sección 1ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife 49/2010 de 8 de febrero y de la AP de La Rioja 265/2014 de 30 de octubre, de la sección 22ª de la AP de Madrid 971/2015 de 17 de noviembre, muestran casos en que se estableció primero la guarda voluntaria como medida transitoria menos drástica que el desamparo y después de cierto tiempo, el desamparo, al no haber mejorado la situación. La sentencia de la sección 3ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife 621/2005 de 9 de diciembre, considera que tras la guarda voluntaria no procede el desamparo sino la

reintegración familiar en atención al caso. No existe jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la guarda voluntaria, mientras que de la escasa jurisprudencia menor aportada puede deducirse que, en realidad, la guarda voluntaria ha sido utilizada como alternativa al desamparo y no ha sido establecida con la previsión de que haya un hecho que cause el final de la misma, a excepción del caso de la sentencia de la sección 6ª de la AP de Málaga 105/2016 de 17 de febrero.

1.1.5. La tutela administrativa

El desamparo es el presupuesto de la tutela administrativa, también calificada de tutela *ex lege* o tutela automática²²⁵ y se considera una situación de gravedad para el niño que obliga a la Entidad Pública a intervenir en la familia para mantener el ISN. Por tanto, la tutela administrativa indica la figura jurídica que sustituye a la patria potestad, bajo la cual se encuentra protegido el niño. En este sentido, corresponden a la Entidad Pública los deberes inherentes a la patria potestad, aunque no los derechos.

Cabe mencionar que, en algunos contextos, se confunden los conceptos de desamparo y tutela administrativa, aunque el hecho de que existan dos conceptos diferenciados indica que no son lo mismo y que es obligado distinguir los efectos de uno y otra, impidiendo que las leyes puedan excederse de los límites de su significado²²⁶.

El concepto de desamparo está delimitado en el artículo 172 CC y de la literalidad del mismo no se desprende que el “incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección” deba provenir, necesariamente, de los padres o tutores, pese a que, en ocasiones, se haya considerado así. Un guardador de hecho también tiene deber

²²⁵ “Los calificativos de *ex lege* o de tutela “automática”, pretenden distinguir esta forma de protección administrativa (en cuanto se lleva a cabo por determinadas entidades públicas en cada CCAA) de menores de aquella otra que presta la tutela llamada “ordinaria” o tutela tradicional” (TENA, *op. cit.*, p. 250).

²²⁶ “algunas Leyes autonómicas consideran incluido dentro del concepto de desamparo los supuestos en los que no son los padres los que atienden al menor. Así puede citarse el art. 22 a) Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia, el art. 63.1 b de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears y la reciente Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria (art. 61.2)” (*Vid.* Apartado IV de la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en Materia de Protección de Menores), aunque tal situación debería evitarse al no responder al contenido del concepto ni estar expresamente previsto en la definición legal del artículo 172 CC.

de protección, especialmente si ha sido delegado por los padres, considerándose que los padres cumplen sus obligaciones de forma indirecta y que, su cumplimiento será responsabilidad de ellos. Por otro lado, no cabe duda de que un acogedor tiene un deber de protección establecido legalmente, por lo que un niño bajo acogimiento, en ningún caso puede considerarse desamparado, ya que su situación no se ajusta a la descrita en el Código Civil. No existen estudios doctrinales sobre la cuestión de la duración del desamparo, que debería ser una situación puntual, lo más breve posible, considerándose extinguido en el momento en que la Entidad Pública asumiese la tutela administrativa y estableciese una medida de protección. Esta no es una cuestión menor, a pesar de que no ha despertado el interés de los investigadores, ya que la existencia de desamparo obliga a la Administración a actuar en defensa del niño, pero la inexistencia de desamparo debería imposibilitar que la Administración modificase, a su libre albedrío, las medidas de protección familiar establecidas; pues la tutela administrativa, del mismo modo que la patria potestad, debe tener unos límites de actuación²²⁷.

Así, la sentencia TS 453/2014 de 23 de septiembre que establece doctrina acerca de la documentación que acredita la minoría de edad de los extranjeros no acompañados y muchas otras sentencias dictadas en relación a la misma problemática, tales como las sentencias TS 329/2015 de 8 de junio y TS 411/2015 de 3 de julio, que expresan:

La emigración provoca por sí misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondientes».

Dichas sentencias consideran desamparados a los menores de edad que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección estando necesitados de ella. Por el contrario, la sentencia TS 687/2015 de 2 de diciembre considera desamparados a unos niños que se

²²⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN expresan que “el acogimiento es una situación familiar propia y distinta de la tutela *ex lege* y de la guarda de la entidad pública” (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 297), aunque no explican qué es lo que las distingue. Pese a ello, es claro que una diferencia esencial debería ser que durante el acogimiento no hay desamparo como sí lo hay en el momento en que se asume la tutela *ex lege*.

encuentran en acogimiento familiar, resultando que dicha medida de protección se considera favorable para ellos. Entre ambas posturas existe una evidente contradicción²²⁸ que convendría resolver en defensa de la seguridad jurídica y para evidenciar que solo en el primero de los casos (desatención del niño) puede intervenir la Entidad Pública.

1.2. Medidas de protección ajustadas a la situación del niño

Las cinco figuras jurídicas para la protección infantil antes examinadas identifican quien tiene la titularidad de la guarda y custodia del niño, quien la ejerce y de qué modo, además de la relación entre el niño y los cuidadores o tutores. En este apartado se estudian las situaciones vivenciales de un niño que pueden provocar el cambio de una figura jurídica a otra.

1.2.1. La situación de riesgo

Las condiciones psicosociales que el niño alcanza en su familia, previamente apuntadas, llevan a una conclusión con importantes efectos jurídicos: si el entorno familiar natural, biológico o primario del niño satisface sus necesidades afectivas, pese a no poder satisfacer completamente sus necesidades materiales, el niño debe mantenerse en su entorno familiar con la ayuda institucional necesaria para cubrir sus mínimas necesidades económicas²²⁹. La “situación de riesgo”²³⁰, en que el niño se encuentra bajo la patria

²²⁸ Desde un punto de vista semántico o literal del término el desamparo indica que se abandona o se deja sin protección o favor a alguien que lo pide o necesita, por tanto es aplicable a un menor de edad cuando las autoridades no se ocupan de él, pero no a un niño en acogimiento bajo el cuidado de una familia de acogida.

²²⁹ “las medidas que se contemplan tienen que ver con el apoyo técnico y económico a las familias. Las primeras consisten en intervenciones de carácter social y terapéutico a favor del menor y su propia familia. Por su parte, el apoyo económico a las familias que carezcan de recursos suficientes se concretará a través de ayudas económicas de carácter preventivo y temporal para la atención de las necesidades básicas de los menores.

Dentro de las medidas de prevención se incluyen también campañas y programas informativos tendentes a evitar el deterioro familiar, a disminuir los factores de riesgo y a sensibilizar a la sociedad sobre la problemática del maltrato infantil.” (RAVETLLAT, “Protección a la infancia en la Legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte especial)”, *Revista de Derecho UNED*, Nº 3, 2008, p. 383).

²³⁰ “Se considera situación de riesgo aquella que suponga un perjuicio de cualquier índole para el menor sin llegar a ser lo suficientemente grave como para declararlo en situación de desamparo. Existiría, pues, un perjuicio real para el menor, que justificará una cierta intervención de la Administración, actuación administrativa que tiene como límite la imposibilidad de que la medida de protección suponga separación del niño o niña de su núcleo familiar. La normativa autonómica, cada vez más, trata de

potestad de sus padres con una vigilancia y atención institucional especial, está prevista legalmente, tanto como situación derivada de la condición de pobreza de la familia como de otros factores, y contemplada tanto en el artículo 17 LOPJM como en el artículo 174.4 CC.

a) *Los indicadores y las situaciones de riesgo*

En aras a comprender cuál será la protección infantil en situación de riesgo, resulta necesario realizar un análisis del contenido legal al respecto²³¹. Así, el apartado primero del artículo 17 LOPJM redactado por la LSPIA menciona, “entre otros”, dos indicadores de riesgo, mientras que los artículos 17.9 LOPJM y 17.10 LOPJM determinan las que se consideran, realmente, situaciones de riesgo. Sin embargo, resulta evidente que ninguno de los indicadores de riesgo indicados permite alcanzar inequívocamente alguna de las dos situaciones de riesgo indicadas. Por ejemplo, un niño sano de 3 años en situación de carencias materiales (calificada de indicador de riesgo) nunca alcanzará la situación de riesgo prenatal (puesto que ya ha nacido) y, si se mantiene sano, no alcanzará nunca la situación de riesgo descrita en el apartado 17.10 LOPJM que guarda relación con intervenciones médicas. En definitiva, el niño en cuestión nunca se encontrará en ninguna de las situaciones de riesgo definidas en la ley y, por tanto, no recibirá ayuda institucional alguna. Por eso, resulta necesario indicar qué situaciones de riesgo pueden alcanzarse en presencia de los indicadores.

El indicador de riesgo consistente en “tener un hermano declarado en tal situación” responde a un hijo recién nacido que se incorpora a la familia cuyos hermanos se encuentran en situación de riesgo. No existirá indicador de riesgo para el recién nacido si “las circunstancias han cambiado de forma evidente”, por lo que cabe pensar que éstas solo afectan al nuevo miembro y no al resto de sus hermanos. Una situación que se ajustaría a este patrón sería la de los hermanos de simple vínculo cuyo progenitor no común puede cuidar adecuadamente del recién nacido.

precisar en qué ocasiones procede la declaración de situación de riesgo, con el fin de reducir en lo posible una discrecionalidad poco adecuada, por no decir abiertamente incompatible, con este tipo de intervenciones.” (*Ibidem.*, p. 384).

²³¹ Vid. SANTAMARÍA, “Tipificación de las causas de riesgo y desamparo”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, N° 11, 2016, pp. 36-38, <http://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/4035/6795> [consultada el 14 de noviembre de 2016].

Del artículo 17.4 LOPJM se desprende que, ante una situación de riesgo, se planteará un *proyecto de intervención*, mientras que el artículo 17.5 LOPJM expresa que *la omisión de la colaboración prevista en el mismo dará lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor*. De ello se deduce que la “situación de riesgo” valorada (que, por tanto, se considera existente) se trataría institucionalmente sin una declaración formal. La situación de riesgo únicamente se declararía formalmente, mediante resolución recurrible en vía civil, ante la falta de colaboración de los responsables respecto del proyecto de intervención trazado²³².

La ambigüedad del artículo citado es tal, que no se sabe qué circunstancias motivan que un niño se encuentre en situación de riesgo, otorgándose más importancia a la falta de colaboración de los responsables que a las necesidades y los efectos sobre el niño. Además, la falta de colaboración puede conllevar, al parecer, a la declaración de desamparo, pues es lo que se desprende del artículo 17.8 LOPJM, aun sin cumplirse ninguno de los requisitos del artículo 18 LOPJM en que se detallan las situaciones de desamparo.

De lo anterior se deduce que los esfuerzos por identificar todas y cada una de las causas que dan lugar a un desamparo pueden resultar totalmente inútiles si éste se puede alcanzar a través de una situación de riesgo, declarada o no, sin examinar los requisitos que impone el citado artículo 18 LOPJM. Además, habría que conseguir que la “situación de riesgo” de los hijos de una familia fuese acogida por ésta como una opción favorable a través de la cual fuese a recibir la ayuda necesaria para paliar sus deficiencias y problemas, tanto de índole material como logístico. Para ello es necesario que el sistema de protección infantil entienda que la mejor forma de proteger a un niño es proteger a su familia. Desde luego, ni lo uno ni lo otro ocurre en la actualidad. Es necesario evitar que la situación de riesgo resulte absolutamente arbitraria, y que el fracaso de un plan de intervención y colaboración inalcanzable para la familia o inalcanzado según los criterios subjetivos del técnico evaluador pueda frustrar la concesión de una ayuda económica

²³² “Con respecto a esta declaración, que es una novedad, he tenido mis dudas. Particularmente, siempre he estado en contra de un excesivo reglamentarismo por parte del Estado, pero si esta declaración administrativa de situación de riesgo puede evitar, en algunos casos, que la Administración se vea obligada a declarar la situación de desamparo de un menor, bienvenida sea.” (CABEDO, “La reforma de la normativa sobre protección a la infancia. Análisis crítico” en JIMÉNEZ, PANTOJA, LEIVA, MORENO, *Infancia en Contextos de riesgo, XXV Años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, GEU Editorial, 2014, p. 192).

necesaria para la familia. Ante la posibilidad de esta apreciación, resulta imperioso definir las que se consideran, legalmente, situaciones de riesgo de desprotección de un niño, así como establecer planes de intervención estándar que se encuentren publicados para el conocimiento del público en general, de tal modo que obligue a la Administración a establecer procedimientos y protocolos de actuación administrativa, que no impongan a las familias condicionantes de índole cultural o personal, que no invadan por sorpresa la intimidad de las familias, huyendo del ocultismo para evitar el rechazo y el fracaso de una intervención social imprescindible.

b) *Las circunstancias determinantes de la situación de riesgo*

El artículo 18.2 LOPJM expresa con claridad que *la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tomada en cuenta para la valoración de la situación de desamparo*. Sin embargo, la ley menciona las “carencias materiales” como “indicador de riesgo”, lo cual guarda una estrecha relación con la situación de pobreza. A falta de un conocimiento claro sobre la pretensión del legislador al diferenciar entre “indicador de riesgo” y “situación de riesgo”, cabe pensar que el primero es un indicio que puede llevar a identificar la segunda. Por tanto, la pobreza debería considerarse abiertamente una situación de riesgo de tal modo que obligase a la Administración Pública a invertir recursos económicos en la familia afectada con el fin de evitar problemas más graves²³³. En efecto, la pobreza es una “situación de hecho” y algunos de sus indicadores son la falta de higiene en la vivienda o las personas, la carencia de vivienda estable, de las condiciones necesarias de habitabilidad o del espacio suficiente para vivir con dignidad y las carencias materiales que la ley indica de forma expresa.

Así pues, es necesario que las situaciones de riesgo, al igual que las de desamparo, se mantengan dentro de una lista cerrada y perfectamente determinada, de manera que ni los usuarios puedan declarar, a fin de percibir una ayuda económica, riesgos que no

²³³ “Declarada la situación de riesgo - a través de un procedimiento administrativo, iniciado por el órgano local o autonómico competente -, la legislación autonómica contempla diversas medidas de intervención para corregir la situación de riesgo, las cuales, por definición, habrán de tener lugar en el seno familiar, del que no cabe en ningún caso extraer al menor. En consecuencia, se adoptarán medidas de apoyo familiar de carácter económico, educativo, asistencial o terapéutico dirigidas a promover y garantizar el desarrollo integral de los menores.” (RAVETLLAT, “Protección a la infancia...”, *op. cit.*, p. 384).

sufren, ni los técnicos de los servicios sociales puedan mantener bajo vigilancia a una familia, invadiendo su intimidad, por meras apreciaciones subjetivas.

El artículo 60.2 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears (Ley 17/2006 en adelante) muestra una lista abierta de supuestos que constituyen situaciones de riesgo que podrían servir de ejemplo para elaborar la tipificación que se propone para la LOPJM aunque la enumeración de elementos de la lista debería ser más concreta que la que ofrece la Ley 17/2006. Así, los elementos de esta lista podrían concretarse en los siguientes:

- La situación de pobreza de manera que con el incremento de recursos económicos en la familia aportados por la Administración, se pudiesen solventar los problemas derivados de ella.
- Las conductas parentales por exceso de exigencia a los hijos, tales como la inducción a la mendicidad o cierto grado de explotación laboral, siempre que éstas no mermen las posibilidades educativas y formativas de los hijos²³⁴.
- Las conductas que ocurren por desconocimiento y falta de formación de los padres, tales como no poner a los hijos los límites adecuados a su edad o no establecer horarios, que son susceptibles de mejora con una adecuada instrucción dentro del núcleo familiar.
- Las agresiones del niño por parte de sus cuidadores, con el fin de supervisar si éstas son meras acciones correctivas y, en todo caso, evitar que desemboquen en lesiones o malos tratos. Incluso, un niño que es víctima de violencia física leve con propósito de corrección²³⁵, debería ser objeto de atención institucional para su

²³⁴ Pese a que la Ley 17/2006 considera la mendicidad y las situaciones de explotación en general situaciones de desamparo, el nivel de gravedad de la inducción a la mendicidad, en caso de ser un hijo, no es comparable al de la inducción a la delincuencia o la prostitución. Sin embargo, ello debería compatibilizarse con el Código Penal que considera delito la inducción a la mendicidad. Del mismo modo, permitir que un niño trabaje en el negocio familiar a la salida del colegio, que bien podría calificarse de explotación laboral, no parece lógico que pueda considerarse motivo de desamparo.

²³⁵ “Se asumen como dificultades a la hora de definir de forma clara el concepto [de maltrato infantil por efecto de los padres]:

- La frecuencia en que produce el daño, puesto que puede darse un hecho aislado que no volviera a repetirse y no se consideraría, en ese caso, maltrato.
- La intensidad, puesto que es común encontrarnos padres que tienen prácticas de crianza en las que se incluyen los “cachetes” o los azotes que no producen un daño físico suficiente para considerarlo maltrato.

erradicación, intentando la comprensión y adquisición de métodos educativos adecuados para los cuidadores que puedan redundar en el beneficio de los niños²³⁶.

- Los antecedentes de violencia de alguno de los padres contra terceras personas.
- Las situaciones de conflictividad de los padres con discusiones en presencia de los niños²³⁷, siempre y cuando no se trate de episodios de violencia y malos tratos en el ámbito doméstico que sería preciso diferenciar con claridad, al conllevar distintas formas de intervención. En ningún caso, las discusiones entre los miembros de la pareja pueden considerarse maltrato emocional hacia los niños, pues dicho maltrato requiere que, expresamente, vaya dirigido contra la persona del niño²³⁸.
- La convivencia de un niño con quien ha sido condenado por delitos contra él (normalmente alguno de los progenitores) que, tras cumplir la condena, regresa al hogar familiar. De algún modo, la declaración de riesgo actuaría a modo de

- La intencionalidad de los padres, que se refiere al grado en que el maltratante es conocedor del daño que está produciendo ya sea inmediato o a largo plazo.

Se admite que los criterios para definir una situación como maltrato deben fundamentarse en las consecuencias sobre el niño.” (GARCÍA FERNÁNDEZ, “Consecuencias del maltrato físico infantil sobre los problemas de conducta: mediadores y moderadores”, *Intelligo*, 1 (1), 2006, pp. 50, 51).

²³⁶ “no debe plantearse la adopción de medidas técnicas desde sólo la perspectiva preventiva sino también reparadora; en el buen entendimiento de mejorar el clima entre progenitores y menores, complementando la labor correctora/educativa de los primeros dentro del hogar familiar [...]. Para ello, se debe priorizar, en cuanto sea posible, “la participación de los padres y las madres o personas que ejerzan la tutela o guarda y de las personas menores en los procesos de evaluación, planificación de la intervención y toma de decisión” dentro de un marco en donde “la actuación administrativa debe ser llevada a cabo con la mínima intromisión en la vida de la persona menor y de su familia. Esto implica la preferencia por intervenciones tan breves como sea posible y la acción por recursos normalizados y próximos a aquella y su familia” [...].

– Sí la levedad del incidente de castigo físico hacen irrelevante la conducta puntual, no obstante, la respuesta administrativa será focalizar sobre los padres o cualesquiera otro tipo de guardadores los servicios de información, asesoramiento y sensibilización para aportarles soluciones.

Desde la perspectiva última, el cambio social debe operar por el esfuerzo de la Administración Pública dirigida a la eliminación de las formas de violencia en las relaciones familiares.” (RIVERA, “Corrección, castigo físico y educación en la responsabilidad parental”, en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa, CUENA, ANGUIA y ORTEGA (coordinadores), Editorial Dykinson, 2013, pp. 1521, 1522).

²³⁷ “Ante la situación de conflictos parentales, los hijos están expuestos a peleas, denigraciones y recriminaciones mutuas de los padres, que si son abiertos, es decir, si se producen en presencia del niño se pueden asociar a algún tipo de trastorno, a problemas de adaptación, hostilidad y agresión (Jhonson & O’leary, 1987), a desórdenes de conducta y de personalidad, a inadecuación e inmadurez (Jouriles, Murphy & O’Leary, 1989) y a problemas externos e internos de conducta (Ramírez, 1999).” (RAMÍREZ, “Conflictos entre Padres y Desarrollo de los Hijos”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 11, Nº 34, 2004, pp. 175, 176).

²³⁸ “hablamos de maltrato emocional refiriéndonos a aquellas conductas dirigidas intencionalmente por un adulto hacia un niño, que producen en él daño interno a través de sentimientos negativos (desvalorización, desestima) hacia su propia persona sin justificación ni necesidad.” (BUENO, “El maltrato psicológico/emocional como expresión de violencia hacia la infancia”, *Alternativas: cuadernos de trabajo social*, Nº 5, 1997, p. 86).

prevención contra la comisión, por parte del adulto, de otro delito de la misma índole.

- El absentismo escolar sin causa justificada²³⁹.
- La incapacidad o imposibilidad de controlar la conducta del niño o adolescente que provoque un peligro evidente de hacerse daño a sí mismo o de perjudicar a terceras personas.
- La posibilidad de sufrir ablación o cualquier tipo de mutilación genital.
- La drogadicción, alcoholismo, ludopatía o comportamientos análogos de los padres o cuidadores que comporten una merma en la atención del hijo²⁴⁰.
- La ausencia de controles médicos durante un periodo prolongado de tiempo y la malnutrición si comportan algún peligro para la salud del niño como la obesidad u otras enfermedades, aunque sería necesario acreditarlo mediante informes médicos para evitar subjetividades. En ciertos casos, la situación de riesgo evitaría llegar a situaciones críticas de salud para los niños²⁴¹.

²³⁹ “la relación entre los estudios de los padres y el fracaso escolar es clara, en el sentido de que a mayor nivel educativo de los padres, menor es el nivel de fracaso de los hijos. Esta asociación se rompe sin embargo en los niveles medios (secundaria, bachillerato elemental o superior, y formación profesional), dado que en éstos no hay diferencias significativas en ninguno de los indicadores” (FERNÁNDEZ, MENA y RIVIERE, “Fracaso y abandono escolar en España”, *Colección Estudios Sociales*, Fundación La Caixa, Nº 29, 2010, p. 75).

²⁴⁰ “Un entorno familiar equilibrado emocionalmente es fundamental para aprender y desarrollar las habilidades de vida necesarias que le permitirán a las personas responder de manera adecuada a las situaciones de riesgo en su vida (CIJ, 2006), así como formarse expectativas positivas sobre ellos mismos y adquirir las herramientas necesarias para alcanzarlas. Pero este equilibrio, en condiciones desfavorables puede ser muy frágil y es común que llegue a romperse; esto es lo que ocurre cuando una de las figuras parentales del menor presenta una adicción o una relación problemática con las drogas, tanto legales (alcohol y tabaco) como ilegales (mariguana, cocaína, metanfetaminas, entre otras). Los factores de riesgo que suelen asociarse al inicio del consumo de sustancias, y que en condiciones más normalizadas y de equilibrio podrían afrontarse sin mayores dificultades, en las familias donde existe un padre o una madre con problemas de consumo de drogas suelen ocurrir mayores complicaciones para que los menores puedan afrontar situaciones problemáticas; más aun si a estos factores se suma actitudes favorables hacia el consumo de drogas, la excesiva tolerancia y ambigüedad respecto en las normas familiares con relación al consumo” (GUISA, “Padres adictos y su repercusión en los hijos”, 2008, <http://www.pediatria.gob.mx/cainm/padres1.pdf>, [consultada el 20 de octubre de 2016]).

²⁴¹ “Sirvan como botón de muestra algunos supuestos que recientemente han saltado a los medios de comunicación con una cierta relevancia mediática: el del menor *Connor McCreaddie*, un niño británico de ocho años y casi 90 kg de peso, de cuya guarda se intentó privar a su madre por los servicios sociales británicos, como consecuencia de la situación a la que estaba llegando la obesidad del menor, de cuya dieta estaban ausentes frutas y verduras. La Administración se planteó hacerse cargo del menor ante la negligencia de la madre.

Saltó igualmente a la prensa en marzo de 2007 otra noticia relacionada con este asunto, cuando los servicios sociales del Principado de Asturias, primer caso conocido en España después del planteado en Reino Unido, asumieron la tutela de un menor de diez años, bajo la guarda de sus abuelos, que llegó a pesar 100 kg.

Los medios de comunicación se hicieron eco igualmente de la situación del menor ourensano de 9 años a cuyos padres se les privaba de la guarda del menor como consecuencia de la «obesidad mórbida» del mismo. El menor fue entregado a la Xunta de Galicia tras la intervención de la misma asumiendo su tutela automática, confirmada tras el auto del Juzgado de Familia de Ourense de 29 octubre de 2009 por

Por último, es importante destacar que la concurrencia de varios factores de riesgo en una misma familia no deberían considerarse nunca una causa de desamparo. Es decir, no por tener una larga y llamativa lista de problemas menores ocurridos en la familia habría de ser posible declarar un desamparo. Tampoco la no superación de las situaciones de riesgo debería ser motivo de desamparo, pues el objetivo de que exista una lista cerrada de causas de desamparo totalmente tipificadas es, precisamente, el de evitar que se pueda alcanzar el desamparo por otras vías indirectas. Se trata con ello de impedir, a su vez, la grave inseguridad jurídica en que se incurre con la confusión entre situaciones de riesgo y desamparo y los límites de una y otras²⁴².

c) *El proyecto de intervención social*

Las situaciones de riesgo deberían obligar a la Administración Pública a invertir recursos económicos en la familia, de tal manera que la situación de pobreza quedase totalmente excluida. Con ello, el seguimiento realizado en el núcleo familiar debería supervisar la correcta utilización de los recursos invertidos y el empeño por superar deficiencias que no sean de índole económica, valorando, a su vez, el esfuerzo por conseguir los medios necesarios para la independencia económica. Aun así, será necesario considerar que, por motivos culturales y sociales, ciertos hábitos familiares pueden estar fuertemente arraigados. Como menciona FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ²⁴³ *no podemos obviar que el concepto que un grupo cultural tiene de la infancia, determina la práctica de crianza, el*

el que se atribuye la misma y confirma la declaración de desamparo del menor, sobre la base de que la resolución de desamparo «no se tomó por estética, sino porque había un grave riesgo para su vida, en base a los informes pediátricos» (BENAVENTE, “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la administración e intereses en juego”, *AFDUAM* 15, 2011, p. 17).

²⁴² La Ley 17/2006 expresa en el artículo 62 que *los padres o las personas que los sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad están obligados a colaborar activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas de protección mencionadas en la resolución de la situación de riesgo*, pero sin embargo no expone las consecuencias de este incumplimiento.

Parece que la LDOIA sí contempla la posibilidad de declarar el desamparo cuando no se superan las situaciones de riesgo o éstas son numerosas:

“Así, son supuestos de desamparo: [...] la obstaculización por parte de los progenitores o titulares de la tutela o guarda de las actuaciones de investigación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad del menor, así como la negativa de estos en participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello comporta la persistencia, la cronificación o el agravio de las mismas (letra j); las situaciones de riesgo que por su número, evolución, persistencia o agravio determinen la privación del menor de los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad (letra k)” (ALLUEVA, “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”, *InDret* 4/2011, 2011, p. 13).

²⁴³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los grupos de riesgo. Propuestas psicoeducativas”, *Revista de Claseshistoria, Publicación digital de Historia y Ciencias Sociales*, Artículo N° 368, 2013, p. 4.

tipo de interacción que los adultos establecen con los niños, los ambientes que les diseñan, los desarrollos que consideran necesarios y las expectativas sobre ellos. Por ejemplo, en ciertas culturas “comer con las manos” es una práctica habitual, extendida y socialmente aceptada por lo que se inculca a los más pequeños y no puede ser motivo de reproche por mucho que, en otras culturas, se considere falta de educación.

La intervención administrativa no debe pretender un nivel de perfección inalcanzable, ni establecer modelos convivenciales ajustados a ciertos parámetros culturales, ni que las familias de los niños sufran transformaciones en su estructura, no deseadas por sus miembros adultos²⁴⁴. Ahora bien, el manifiesto desinterés de los padres o cuidadores por superar las condiciones de riesgo en que se encuentren los hijos de la familia debería desembocar en la suspensión de la ayuda administrativa, de manera que se evitasen dependencias innecesarias y malversación de fondos públicos. A pesar de ello, hay que tener en cuenta que la “cronicidad de la dependencia de los servicios sociales” no debe por sí sola prosperar como causa de la suspensión de la ayuda familiar, ya que hay que distinguir el desinterés de los cuidadores de su incapacidad, provocada por no haber recibido en su infancia la formación cultural y educativa necesaria, que puede impedirles su incorporación al mundo laboral sin que se les pueda culpabilizar de ello. Manteniendo una ayuda razonable a estas familias se evitará, en cierto modo, que los hijos hereden los problemas de sus padres.

1.2.2. La guarda provisional

La “guarda provisional” es una nueva medida de protección introducida por la LSPIA. Está regulada en los artículos 172.4 CC y 14 LOPJM, pretendiendo que sea una situación legal distinta de cualquiera de las otras definidas en la ley. Con ella, son cuatro las situaciones en que intervienen las Entidades Públicas de protección. En el preámbulo de la LSPIA se justifica esta medida cuando el niño no está identificado por lo que se ajusta

²⁴⁴ “«Reuní las fuerzas para hablar al leer en *El País* la historia de Liberia Hernández [robada en la Casa Cuna de Tenerife a los 8 años] y las explicaciones que daba la superiora, sor Juana Alonso, negando haber conocido a esa niña. Yo recuerdo perfectamente a la madre de Liberia agarrada a las rejas del patio preguntando por su hija. Cuando yo empecé a trabajar allí y habían dado a Liberia en adopción, pero el resto de niñas y me explicó que aquella mujer que iba a la reja era su madre. Estuvo años yendo a la casa cuna a preguntar por su hija. No la abandonó. Sor Juana la despachaba diciéndole que se olvidara, que Liberia estaría mejor con las personas que estaba.» (DUVA y JUNQUERA, *Vidas robadas*, Santillana Ediciones generales, S.L., 2011, p. 46).

a la situación del niño extranjero no acompañado (el llamado MENA) sin perjuicio de que pueda servir para otras circunstancias. Se expresa así: *En este mismo artículo se establece la posibilidad de asumir la guarda provisional sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores, mientras tienen lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo. La guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales pues en otro caso podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica.* Cabe preguntarse si es razonable que un niño del que se desconoce su identidad y, por tanto, quienes son sus padres o cuidadores, no se considere abandonado y, en consecuencia, desamparado (según artículo 18.2 a) LOPJM). Si el niño no identificado está siendo correctamente cuidado mediante “guarda de hecho” tampoco ha de proceder otro tipo de medida protectora, sin perjuicio de que se lleve a cabo la correspondiente investigación y estabilidad de la medida, ya que la “guarda de hecho” en que no hay padres identificados provoca una situación extraña que no se ajusta a ninguna figura jurídica de las identificadas, por lo que procedería establecer la tutela ordinaria o la adopción según sean las condiciones del guardador. En otro caso, el niño debería considerarse desamparado y, una vez terminada la investigación sobre la identidad del niño y el paradero de sus familiares procedería mantener la situación de desamparo o revocarla por aplicación del artículo 172.3 CC. No existiría ningún perjuicio para el niño en actuar de este modo. Por tanto, lejos de ser “imprescindible” para situaciones de urgencia, la guarda provisional resulta superflua, pues ya existía un modo de afrontar la falta de identificación de un niño. Sin embargo, parece que se rehúye la situación de desamparo porque en realidad ésta se ha asentado como una medida drástica e irreversible que las Entidades Públicas son reacias a revisar y revocar de oficio, por lo que el artículo 172.3 CC raras veces se aplica.

Puesto que el legislador ha introducido la “guarda provisional” parece claro que ha pensado en que se ajuste a una situación de guarda administrativa, ya que la tutela administrativa es lo que pretende evitar, pero la inexistencia de los padres, la hace ajena a la guarda administrativa, lo que daría lugar a la incorporación de una nueva figura jurídica que no es, en absoluto, necesaria. Parece claro que se ha introducido una antinomia que convendría resolver eliminando del sistema jurídico una de las reglas que, en este caso, debería ser la de la “guarda provisional”. Mantener la figura de la “guarda

provisional” implica que puede haber comunidades autónomas en que los MENA se consideren desamparados y otros en que no se consideren como tal²⁴⁵, incumpléndose uno de los objetivos que pretendía la nueva legislación del año 2015 que era la de unificar criterios en todo el territorio español²⁴⁶. A pesar de ello, lo que parece claro es que la “guarda provisional” se quiere utilizar como medida previa al desamparo mientras se investigan las denuncias sobre el mismo, a modo de “desamparo preventivo”. Dos son los problemas derivados de ello: el primero es que puede durar, como mínimo, los seis meses determinados para el acogimiento de urgencia, con separación del niño de su núcleo familiar, con la consiguiente vulneración de derechos del niño en el caso en que la separación haya sido improcedente. El segundo es que el artículo 18 LOPJM está previsto para situaciones de desamparo pero no para la guarda provisional, por lo que la separación familiar puede producirse sin ajustarse a ninguno de los motivos tasados.

1.2.3. El desamparo

El desamparo²⁴⁷ se encuentra regulado en el artículo 172 CC que expresa que *se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*

La inmediata consecuencia de una declaración administrativa de desamparo de un niño es que éste es separado de su familia y colocado en una institución o en una familia

²⁴⁵ “La que fuera Defensora del Pueblo en funciones, M^a Luisa Cava de Llano, reprobaba, en el marco de las Jornadas MINA 2009, el caso concreto de la Junta de Andalucía, ya que ésta mantenía que no resultaba necesario declarar formalmente la situación de desamparo y asumir la tutela de los menores no acompañados, puesto que bastaba con disponer su guarda para atender a sus necesidades. [...]

Resultaba muy preocupante, cómo nos hacía ver Francisco Durán, encontrarnos con menores inmigrantes que se encontraban en centros de acogida en una situación de mera guarda de hecho, sin que se produjera una declaración de desamparo, quedando en situación de provisionalidad. No era el caso de la Comunitat Valenciana, que declaraba y declara el desamparo de un menor inmigrante no acompañado en el mismo momento en que era y es puesto a disposición de la Conselleria de Bienestar Social.” (CABEDO, “La reforma...”, *op.cit.*, p. 193).

²⁴⁶ “Por añadidura, las dos leyes aprobadas nacen con el propósito de garantizar a los menores una protección uniforme en todo el territorio español; objetivo éste que se revela muy ambicioso a la par que necesario, habida cuenta la diversidad normativa existente en la materia, desde el momento en que la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas se ha dotado de su propia normativa de protección de menores, al amparo de su competencia en materia de asistencia social *ex art.* 148.1.20 CE, generando no pocas disfunciones e, incluso, desigualdades.” (LÓPEZ AZCONA, *op. cit.*, p. 7).

²⁴⁷ *Vid.* SANTAMARÍA, “Tipificación...”, *op. cit.*, pp. 27-34.

en “guarda con fines de adopción” a la que no conoce²⁴⁸. El niño deja de estar, así, bajo la patria potestad de sus padres. Cuando esto ocurre, la percepción del niño es similar a la que pueda tener un adulto que ingresa en prisión, cuyo proceso se sustancia ante la jurisdicción penal, previo paso por el juzgado de instrucción. En el caso del adulto, a éste se le separa de todo su mundo conocido por motivos de interés general y por el posible perjuicio que dicho adulto pueda provocar a otras personas o a la sociedad en su totalidad. En el caso del niño, a éste se le separa de su entorno familiar por motivos de su propia protección e interés. En ambos casos, si la decisión no es acertada, el daño que se produce al individuo afecta a sus derechos fundamentales, siendo que, en el caso del niño, perjudica, en función de su edad, a la formación de su carácter al impedirle las influencias parentales²⁴⁹ y privarle de sus figuras de autoridad²⁵⁰, influye en el desarrollo de su personalidad²⁵¹, en su adaptación al entorno²⁵² y en su futura salud mental²⁵³. Por todo

²⁴⁸ La ley vigente parece postergar la declaración de desamparo a un momento posterior al de la separación familiar que se produciría por efecto de la “guarda provisional”. Sin embargo, en el pasado no ha sido así y, previamente, se ha justificado que la “guarda provisional” no tiene razón de ser.

²⁴⁹ “La interacción madre-hijo, no obstante, no constituye el único factor en el modelado de la personalidad infantil. Se puede considerar, desde otro enfoque, la diversidad de los roles relativos a la maternidad y la paternidad.

No cabe duda que la interacción padre-hijo contribuye también de forma decisiva la génesis de la personalidad infantil. La conducta de los padres, mediante las naturales recompensas y castigos, propician una mayor o menor facilidad para que el niño adquiera ciertas conductas o extinga otras. A ello se añade el aprendizaje (observacional) por imitación que el niño hace de las conductas que observa en sus padres. Esta imitación, no consciente, le conducirá a interiorizar, asumir e identificarse con la conducta de sus progenitores.” (POLAINO-LORENTE, CABANYES y DEL POZO, *Fundamentos de psicología de la personalidad*, Ediciones Rialp, S. A., 2003, pp. 58, 60).

²⁵⁰ “Para ayudar a los hijos/a en la formación del carácter debemos tener claros determinados aspectos. Primero, lo importante que es demostrar autoridad. Una AUTORIDAD no impuesta sino ganada por prestigio. A través de la serenidad y la paciencia, manteniendo una línea de actuación, mostrando interés por sus estudios o sus problemas.” (DE JORGE, SÁNCHEZ y RUIZ, “La práctica de las escuelas de padres y madres: propuestas y documentos” en DE JORGE (coordinadora), *Familia y Educación. Guía práctica para escuelas de padres y madres eficaces*, Región de Murcia Consejería de Educación, Formación y Empleo Secretaría General. Servicio de Publicaciones y Estadística, 2012, p. 51.

²⁵¹ “La personalidad se desarrolla con el tiempo. La experiencia, especialmente en la niñez, influye en la manera en que cada persona se desarrolla hacia su propia y única personalidad. Muchas de las grandes teorías de la personalidad descritas en este texto hacen afirmaciones acerca del desarrollo de la personalidad. Freud, por ejemplo, puso énfasis en la experiencia de los años preescolares para la formación de la personalidad. Muchos otros teóricos, en especial en la tradición psicoanalítica, están de acuerdo en que los primeros años son importantes (por ejemplo, Horney y Adler). Las teorías de la tradición del aprendizaje se enfocan principalmente en el cambio, pero incluso algunas de ellas (por ejemplo, Staats, 1996) proponen que el aprendizaje temprano puede influir de manera significativa en el curso de la personalidad a lo largo de la vida, al desarrollar habilidades esenciales sobre las cuales más tarde la experiencia construye. En el ámbito emocional, el desarrollo temprano de los vínculos de apego con los padres está recibiendo una considerable atención y se piensa ampliamente que influye en las relaciones con la gente durante la adultez (Parkes, Stevenson- Hinde y Marris, 1991).” (CLONINGER, *Teorías de la personalidad*, Pearson Educación, 2003, pp. 11-12).

²⁵² “al menos un tercio de los niños internos en sus primeros años resultó “socialmente incapaz de adaptación”” (BOWLBY, *Los cuidados maternos...*, *op. cit.*, pp. 49, 50).

ello, las consecuencias de una separación familiar para un niño son mucho más graves que la privación de libertad de un adulto, a pesar de la poca importancia que se le otorga, además de afectar a los cimientos de la sociedad, fuertemente fundamentada en la absoluta convicción de que el mejor medio de desarrollo de un niño es su propia familia, en la que se le ama por ser quien es y no por ser como es. En este sentido, el artículo 9 de la CDN configura el derecho del niño a crecer en su propia familia como fundamental, por lo que impedirlo, sin una probada causa de desprotección imputable a sus padres o cuidadores, afecta a la dignidad del niño, al desarrollo de su personalidad, altera el orden social y daña de muerte al Estado de Derecho.

Separar a un niño de su familia sin motivo, es tan agresivo como obligar a una persona a permanecer encarcelada, alejada de su entorno social y privada de la libertad para estar con los suyos cómo y cuando desee. La situación del niño se agrava cuando se le restringen sus posibilidades de comunicación con la familia de origen y se le limitan sus conversaciones y expresiones afectivas. En el ámbito penal no se tiene duda de que privar a un adulto de libertad sin una prueba de cargo concluyente es totalmente ajeno al Estado de Derecho. De ahí que el proceso penal se haya desarrollado para ofrecer plenas garantías a los presuntos delincuentes. No ocurre lo mismo en el ámbito de la protección de la infancia en que el proceso no garantiza la seguridad jurídica del niño afectado por una medida de separación ni la de sus padres u otros familiares. ALLUEVA²⁵⁴ pone de manifiesto esta grave problemática. Así, destaca la sentencia TC 41/1998 de 24 de febrero que *la opción entre estos, u otros, modelos de justicia penal [los existentes o los futuros] corresponde al Legislador, que puede configurar el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas, añadiendo que desde la perspectiva constitucional, el denominado “garantismo”, o doctrina favorable a anteponer las garantías de derechos y libertades, ha de tener plena observancia en el ámbito jurídico-penal.* Una de las formas utilizadas para mantener “garantismo” en el ámbito penal es la pormenorizada tipificación de los delitos, que impone la obligación de que la conducta

²⁵³ “Peter Fonagy, [...] Ha estudiado el Trastorno de Personalidad Límite o Borderline (TPB) y otras perturbaciones mayores, como resultado, especialmente en la adultez, de estados emocionales de maltrato en la infancia, con una enorme consideración de los tipos de apego y su incidencia en las posibilidades relacionales de los seres humanos y la salud mental.” (BOTERO, *op. cit.*, p. 153).

²⁵⁴ “Declarar un menor en desamparo es una decisión administrativa que, en algunas ocasiones, se toma de forma improcedente, y en otras, se toma de forma procedente pero sin considerar la posibilidad de mejora de las circunstancias que fundamentaron tal declaración.” (ALLUEVA, *op. cit.*, p. 17).

del presunto delincuente sea acorde con alguna de las tipificadas en el Código Penal. En contrapartida, en el ámbito de la protección infantil las causas de desamparo de un niño pueden ser cualesquiera de las que juzgue un técnico desde su perspectiva más subjetiva.

Si bien ALLUEVA²⁵⁵ afirma que *ya en el preámbulo [de la LDOIA], se remarca que la definición de desamparo se lleva a cabo con criterios objetivos, considerándola una situación de hecho, en que faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad del menor*, con posterioridad la propia autora reconoce que la LDOIA *ejemplifica mediante una lista abierta las situaciones que se consideran constitutivas de desamparo*²⁵⁶. Precisamente, la “lista abierta” deja espacio a decisiones de desamparo subjetivas consideradas por un determinado técnico o grupo de técnicos, con lo que se pierde el carácter objetivo. Algo similar ocurre en la recientemente aprobada LSPIA que, pese a realizar un notable esfuerzo por definir aquellas situaciones que considera de desamparo para un niño con la reforma del artículo 18 LOPJM, deja abierta la posibilidad de ampliar las situaciones definidas como desamparo. Ello supone una merma importante de garantías jurídicas que, con una lista cerrada de causas de desamparo, se podría impedir.

a) *Concepto*

El concepto de desamparo está doctrinalmente consolidado. Actualmente se considera desamparo una situación “de hecho” por la que un niño está privado de asistencia por incumplimiento del deber de guarda por parte de quién debiera prestarlo²⁵⁷, o por el

²⁵⁵ *Ibidem.*, p. 12.

²⁵⁶ *Ibidem.*, p. 13.

²⁵⁷ “son tres los requisitos necesarios para que se produzca el desamparo:

a) El incumplimiento de los deberes de protección a los que se refiere el artículo 154 CC, que puede ser total o parcial, o derivar de una actuación culposa o ajena a la voluntad de los padres. Se trata de una situación de hecho, sin valoración de causas ni intenciones. Basta con que el menor quede «de hecho» privado de la necesaria asistencia moral o material.

b) Falta de asistencia material o moral o de larga duración del menor, como consecuencia de acciones u omisiones de los encargados de su protección. Esa ausencia de asistencia –material o moral– es la que, entre otros elementos está jurídicamente indeterminada y debe ponerse en conexión con el artículo 39.3 CE, que establece la asistencia de todo orden que deben prestar los padres a sus hijos.” (BENAVENTE, *op. cit.*, p. 21).

“Así pues, dada la rotundidad de los efectos jurídicos del desamparo, es imprescindible perfilar el alcance de esta figura.

a) Los presupuestos -y a la vez elementos definatorios- de la situación de desamparo son: El incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección del menor que las

imposible o inadecuado ejercicio del deber de protección por los adultos responsables²⁵⁸, ya sea voluntario o involuntario²⁵⁹. Algunos autores mencionan el carácter subsidiario de la situación de desamparo²⁶⁰ por considerar que debe destinarse a los supuestos más graves para impedir que corra peligro el desarrollo normal del niño por la privación de su familia²⁶¹, mientras que pocos autores²⁶² tienen en cuenta la relación de causalidad entre

leyes ponen a cargo de padres o tutores. Estos deberes remiten al contenido del art. 154 CC. Concretamente a los deberes relativos a la esfera de protección personal del menor: velar por él, tenerlo en su compañía (la de los legalmente responsables), alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. No hay ninguna referencia subjetiva en el precepto de modo que, como unánimemente se acepta, es irrelevante la existencia o no de culpabilidad de los responsables del menor.

- b) La privación al menor de la necesaria asistencia moral o material. Elemento que resulta determinante pues la situación de desamparo es un dato de hecho que se apreciará solo si se constata este concreto resultado. Como se ha destacado, la «necesaria asistencia moral o material» conecta con estándares sociales en la atención a los menores que pueden cambiar en función de variables diversas. Así pues estamos ante un concepto jurídico indeterminado que requiere ser precisado en cada caso particular.”

(GAYA, “Tutela y guarda de menores en situación de desamparo” en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (coordinadora), *Derecho de Familia*, Thomson-Reuters, Editorial Aranzadi, S. A, 2012, pp. 1721, 1722).

²⁵⁸ “de acuerdo con este [...] requisito, la declaración de desamparo tiene lugar como consecuencia de un incumplimiento del contenido personal de la potestad o de la tutela. Dicho incumplimiento puede consistir:

- En ausencia (ejercicio imposible) de cumplimiento. Se caracteriza por una omisión general, por una desatención total.
- O en defecto (inadecuado ejercicio) de cumplimiento. En este caso los deberes inherentes a la potestad o a la tutela se ejercitan, pero en el contexto de una realización irregular o inidónea ya sea por medio de conductas activas (agresiones) o pasivas (negligentes).”

(RAVETLLAT, “Protección a la infancia...”, *op. cit.*, pp. 385, 386).

²⁵⁹ MORENO-TORRES asocia el desamparo por causa involuntaria a la situación de guarda voluntaria, mientras que el desamparo por causa voluntaria es lo que se reconoce como el hecho que lleva a la Entidad Pública a asumir la tutela de forma inmediata. *Vid.* MORENO-TORRES, *op. cit.*, pp. 148-152.

²⁶⁰ “Hablar de subsidiariedad implica pensar que sólo en el supuesto de que no existan otras alternativas, la Entidad pública asumirá la tutela de menores. [...]

Con excepción de los supuestos en que de forma rápida y eficaz se debe realizar una separación del menor de su medio, existe un amplio elenco de alternativas con las que se debe jugar antes de adoptar a medida de desamparo, además del hecho de que el desamparo no debe usarse nunca de forma instrumental.” (*Ibidem.*, pp. 37, 38).

²⁶¹ “El desamparo no es la privación del ambiente familiar idóneo, sino una situación de bastante mayor intensidad por sus perjuicios para el menor y determinante [...] de exorbitantes efectos jurídicos en el mundo de las relaciones paterno filiales y tuitivas. La privación de la patria potestad y la atribución de tutela o guarda a la Administración que regula nuestro derecho positivo, no pueden referirse a situaciones de mera inidoneidad en el medio familiar. En la mayoría de las familias se producen distorsiones y desajustes propios de la condición humana y social, que no deben provocar sin más la intervención de las entidades públicas, so pena de confundir la moral con el derecho a invadir el ámbito de privacidad con el que constitucionalmente se protegen las comunidades familiares. La propia Exposición de Motivos de la ley 21/87 utiliza la expresión “atendiendo a la urgencia del caso” cuando se refiere a la tutela automática y guarda de los menores desamparados. Sólo los supuestos urgentes basados en graves incumplimientos de los deberes de protección deben incardinarse en la definición que estudiamos.” (VARGAS, “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 44, nº 2, 1991, pp. 623, 624).

²⁶² “c) Existencia de nexo causal entre ambas situaciones. El requisito causal –incumplimiento o inadecuado ejercicio –y el de resultado– falta de asistencia, son acumulativos, debiendo concurrir ambos para que tenga lugar el hecho que consiste en la situación de desamparo” (BENAVENTE, *op. cit.*, pp. 21, 22).

el incumplimiento de los deberes de protección y la falta de asistencia moral o material del niño. Obviar esta última cuestión es lo que ha desencadenado el mayor número de abusos por parte de las Entidades Públicas de protección de la infancia, que muchas sentencias han ratificado²⁶³. Por este motivo, sería importante modificar la definición que ofrece la ley sobre situación de desamparo considerando que ésta es *la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de niños y adolescentes, cuando por dichas causas éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*. De este modo, se establece la relación causa-efecto entre el incumplimiento de los padres y la inasistencia de los hijos, de tal modo que carecer de asistencia material por motivos circunstanciales o coyunturales no podría ser causa de desamparo. Esta relación causa-efecto no es incompatible con la doctrina legal sobre el desamparo que destaca que éste se puede producir con carácter voluntario o involuntario. El carácter voluntario por el que se produce el desamparo de un niño responde a una acción negativa directa de los cuidadores sobre el niño, como, por ejemplo, el maltrato o el abuso sexual. Sin embargo, el desamparo con carácter involuntario se alcanza por omisión no culpable de los cuidadores como, por ejemplo, sería el caso de una madre de familia monoparental cuya enfermedad mental la incapacitase totalmente para el cuidado de un hijo. Ambos casos son totalmente distintos de aquellos en que, poniendo los cuidadores todos los medios a su alcance para cuidar correctamente de sus hijos y estando plenamente capacitados, se encuentran bajo privaciones materiales que impiden alcanzar una vida digna bajo los parámetros socio-culturales del lugar. En este último caso no existe desamparo y éste no debe declararse. De no entenderse así, se alcanzaría la contradicción de considerar la situación de pobreza una causa de desamparo que la ley, expresamente, ha considerado que no lo es. Por poner un ejemplo, desconsiderar esa relación causa-efecto provocaría

“c) Una relación de causalidad entre el incumplimiento de los deberes de protección y el resultado de falta de asistencia moral o material al menor. Es decir, la situación de desprotección del menor debe ser directa consecuencia de la falta de cumplimiento de los deberes tuitivos.”

(GAYA, *op. cit.*, p. 1722).

²⁶³ Existen resoluciones judiciales que afirman que *“la situación de abandono no requiere culpabilidad de los progenitores, sino situación objetiva de desamparo”* tal como lo hacen los autos de la sección 4ª de la AP de Las Islas Baleares 75/2001 de 5 de abril, de la AP de Córdoba de 8 de enero de 1998, y de la sección 2ª de la AP de Córdoba de 19 de octubre de 1990 o la sentencia de la sección 1ª de la AP de Ourense de 21 de noviembre de 2005, pese a sus diferentes pronunciamientos. Y es que de la redacción del artículo 172 CC no se desprende en absoluto que la situación de desamparo no requiera “culpabilidad de los padres” pues si refiere un “incumplimiento de sus deberes de guarda” bien debe entenderse que el incumplimiento sea “culpable”, no en el sentido penal, pero sí en el sentido de expresar la responsabilidad del incumplimiento de los padres y las consecuencias de sus incompetencias sobre los hijos.

que la recepción de familias de refugiados en España, implicase declarar el desamparo de todos sus hijos.

Cabría revisar si es razonable que la imposibilidad no culpable para ejercer la patria potestad produzca desamparo, ya que ha de entenderse que el desamparo de un niño debe ser causa de una conducta reprochable de los padres, pues impone un duro castigo, especialmente al niño quien debe abandonar su mundo conocido sin que, en ningún caso, pueda considerarse responsable. Si bien la sanción mencionada se encuadra dentro del ámbito civil, puede desembocar en la pérdida de la filiación, con el impacto en el interés general, tanto público como privado, que ello conlleva y los efectos futuros que desencadena²⁶⁴.

El artículo 172 CC, previamente mencionado, además de plasmar el concepto de desamparo hace referencia a las consecuencias que se derivan de su declaración por parte de la Entidad Pública. La cuestión a analizar es si realmente las declaraciones de

²⁶⁴ “Se trata de una motivación insuficiente, especialmente si tenemos en cuenta que los trascendentales derechos e intereses en juego exigen un canon de motivación reforzado en cuanto la resolución afecta a derechos fundamentales reconocidos en los Tratados Internacionales.

En este sentido, y retomando la afirmación que hacíamos en el primer párrafo del fundamento de derecho quinto de esta resolución (en el sentido de que los padres que acudiesen al procedimiento del art. 781 de la LEC "deberían acreditar que no están incurso en las causas de privación de patria potestad que se les hubiere hecho saber"), no resulta ocioso recordar que el Tribunal Constitucional, en Sentencia núm. 13/1982, de 1 abril (RTC 1982\13), estimó vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en un proceso matrimonial, señalando que "El derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos "doctrina que se reitera en STC núm. 36/1985, de 8 marzo (RTC 1985\36), en relación a un supuesto de despido laboral, si bien, en este caso, desestima que se hubiera producido la vulneración de tal derecho fundamental tras analizar la actividad probatoria.

La STS (Sala de lo Civil) de 8 julio de 1997 (RJ 1997\6013), también tiene presente esta doctrina, si bien desestimando el motivo que se fundaba en la supuesta vulneración de tal derecho, razonando que "El motivo se desestima. Centrado en la infracción de la presunción de inocencia para combatir una condena en una sentencia civil al pago de daños y perjuicios, es evidente su desenfoque, pues dicho principio opera exclusivamente en el ámbito de los procedimientos de los que se derive un resultado punitivo, sancionador o limitativo de los derechos del sancionado, no en el ámbito de la responsabilidad civil (Sentencias del Tribunal Constitucional 13/1982, 36/1985 y 367/1993)."

Cierto es que, con posterioridad, han sido muchas las sentencias del Tribunal Constitucional que han abandonado esta inicial doctrina, circunscribiendo el ámbito del derecho a la presunción de inocencia al proceso penal o administrativo sancionador.

Pero no se trata, con la cita de las sentencias anteriores, de recuperar su doctrina, sino de llamar la atención sobre el paralelismo que existe entre la carga que pesa sobre las acusaciones de proporcionar prueba de cargo suficiente para enervar tal derecho fundamental y la que, en aplicación de las reglas establecidas en el artículo 217 de la LEC, incumbe, en nuestro caso, a quien atribuye a la madre del menor encontrarse incurso en causa de privación de la patria potestad; especialmente sí, como ya hemos razonado, no se le facilitó una información adecuada y suficiente al respecto." (sentencia de la sección 2ª de la AP de Navarra de 10 de febrero, confirmada por Auto del TS de 4 de junio de 2013).

desamparo de las Entidades Públicas se ajustan al concepto teórico y doctrinalmente aceptado del desamparo²⁶⁵, ya que, sin duda, las graves consecuencias que desencadenan así lo requieren. Si bien el desamparo se considera una medida de protección infantil no puede consentirse que encubra la obligación administrativa de ayuda a las familias que impone el artículo 27 de la CDN.

b) *El indicador de desamparo*

La LSPIA ha añadido al artículo 18.2 LOPJM un “indicador de desamparo” pero no articula las condiciones bajo las cuales éste puede determinar la “situación de desamparo”, lo cual ofrece, de por sí, un escenario de inseguridad jurídica. El texto añadido es el siguiente: *Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.* Parece lógico pensar que dos hermanos que conviven y se encuentran en las mismas circunstancias habrán de ser declarados en desamparo simultáneamente. De ello se deduce que la situación que recoge la ley es para dos hermanos a los que no les han afectado las mismas circunstancias convivenciales, lo cual suele darse cuando uno de ellos no ha nacido todavía. Por tanto, esta previsión legal es para tutelar niños recién nacidos, permitiendo a los padres demostrar su “cambio de circunstancias”.

Dicho fragmento de la ley puede constituir un grave retroceso que puede incidir negativamente en los derechos fundamentales de todos los miembros de la familia, especialmente de los niños, ya que, si ya resulta difícil contradecir una decisión técnica del sistema de protección con presunción *iuris tantum*, la nueva ley permite que el segundo hijo y los siguientes de una familia con un hijo en desamparo sean también declarados en desamparo, solo con la apreciación de que “tener un hermano en la misma situación” es un indicador que provoca situación de desamparo. Este supuesto se aprecia en las sentencias de la sección 2ª de la AP de Castellón 85/2008, de 11 de junio, y de la

²⁶⁵ “Dice el artículo 172.1: «Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se le informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.» Este último extremo llama la atención, porque el artículo 172.1 señala los efectos de la asunción de la tutela *ex lege*; son automáticos, no posibles.” (DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 294). Esta anomalía ha sido corregida por la modificación realizada por el apartado trece del artículo segundo de la LSPIA.

sección 4ª de la AP de Zaragoza, de 19 de abril de 1999, en que las decisiones judiciales determinaron que los niños de ambos casos no se encontraban en situación de desamparo, pese a tener hermanos en tal situación. De este modo, la ley ha venido a establecer una norma que la jurisprudencia no podrá rebatir.

La actitud administrativa de intentar declarar en desamparo a los hijos (especialmente recién nacidos) de padres que ya tenían algún hijo tutelado se presenta con claridad en la sentencia TEDH R. M. S. (Demanda nº 28775/12) de 18 de junio de 2013 contra España que expresa tanto que la niña del caso tenía hermanos mayores en acogimiento, como que se busca activamente a un hermano menor:

El TEDH encuentra por lo menos sorprendente que la trabajadora social que desencadenó el procedimiento pidiera a la Cruz Roja que localizara a la demandante, afirmando que la familia que había «adoptado» a G. estaba igualmente “dispuesta a adoptar al lactante” cuya edad estimaba en alrededor de 9 meses, señalando que la interesada “se quedó embarazada hacía más de un año” (párrafo 26 citado anteriormente). Observa que la decisión del 14 de febrero de 2007 por la que la Delegación Provincial entrega a G en acogimiento pre-adoptivo (párrafo 34 citado anteriormente), tuvo en cuenta la situación de acogimiento familiar de dos hijos mayores de la demandante con su tío abuelo, así como la “posible” tutela de las Autoridades francesas del recién nacido de la demandante señalada por la trabajadora social. El TEDH estima que las Autoridades administrativas no han hecho más que reproducir sucesivamente las decisiones sin proceder de manera alguna a nuevas comprobaciones, ni a valorar, en base a elementos tangibles, la evolución de las circunstancias.

Parece que introduciendo el texto legal mencionado, el legislador ha querido dar cobertura legal a una práctica que las Entidades Públicas ya venían intentando y, muchas veces, consiguiendo, pues la inmensa mayoría de niños tutelados tras el nacimiento, lo son por el motivo de tener ya otros hermanos tutelados. Ahora bien, el hecho de que el precepto legal exprese el cambio de circunstancias obliga a la Administración a realizar ciertas comprobaciones para evitar reproches como los de la sentencia del TEDH antes citada. En coherencia con la defensa realizada acerca de establecer la tipificación de

situaciones de desamparo, habría que impedir que, con la vigente ley, un niño pueda ser declarado en desamparo por presunción *iuris et de iure* por el mero hecho de tener un hermano declarado en tal situación, sin necesidad de que aquél se encuentre en ninguno de los supuestos identificados en el artículo 18.2 LOPJM, ni siquiera en ningún supuesto peligroso para su integridad. Añade, si cabe, mayor inseguridad jurídica el hecho de que el precepto legal destaque que, además, pueden existir otros indicadores de desamparo no identificados (apartado h)), dejados al arbitrio (o arbitrariedad) y la subjetividad de un técnico de la Administración Pública, en el que puede alegarse cualquier circunstancia.

c) Tipificación de las causas de desamparo

Una de las mejoras que introduce la LSPIA en la redacción de la LOPJM es la definición de aquellas situaciones que considera de desamparo para un niño. Lo hace con la reforma del artículo 18 LOPJM. Sin embargo, esta reforma adolece aun de deficiencias, especialmente en lo que las modificaciones se exceden de considerar lo que son situaciones de desamparo y que, a todas luces, no lo son²⁶⁶. Atendiendo a la doctrina legal, el desamparo debe destinarse a casos de extrema gravedad. ALLUEVA²⁶⁷ pone de manifiesto que la anomalía de excederse en las consideraciones de lo que supone desamparo se ha presentado en el pasado con graves consecuencias para las familias afectadas que aun pudiendo demostrar la ausencia de desamparo se ven incapacitadas para recuperar a un hijo por el transcurso del tiempo.

Un primer paso para evitar declaraciones de desamparo cuando éste es inexistente, pasa por que las situaciones de desamparo queden plenamente tipificadas sin posibilidad de que el arbitrio o subjetividad de un técnico permita definir causas de desamparo distintas de las establecidas legalmente. Esa es la pretensión del artículo 18.2 LOPJM que realiza una enumeración lo más exhaustiva posible de las causas de desamparo

²⁶⁶ Por ejemplo, el hecho de que se considere indicador de desamparo el tener un hermano declarado en tal situación o el apartado a) del artículo 18.2 LOPJM.

²⁶⁷ “La LDOIA prevé la posibilidad de solicitar la revisión de la declaración de desamparo si, en el curso de un año, cambian dichas circunstancias. Sin embargo, el elevado número de recursos presentados que contribuyen a la lentitud de los tribunales y el paso inexorable del tiempo reducen la posibilidad de revisión de la declaración de desamparo, y en consiguiente, de recuperación del menor.” (ALLUEVA, *op. cit.*, p. 17).

comprendiendo nueve apartados. El resultado sería el de la tipificación mencionada si la última causa de desamparo (apartado h) no mantuviese abierta la lista de posibilidades, como se desprende del texto legal: *Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.* A este apartado de la ley se puede ajustar cualquier situación que un técnico del sistema pueda considerar con su presunción *iuris tantum* sin que la ley imponga unos límites a su decisión, salvo aquellos que de forma abstracta les exige una valoración y ponderación conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Si el legislador realiza un esfuerzo por enumerar todas las causas de desamparo posibles y de hecho enumera todas aquellas que se le han ocurrido, cualquier “situación gravemente perjudicial” queda perfectamente delimitada, por lo que no parece razonable que se deje abierta la posibilidad de que, con otros criterios administrativos se establezcan causas distintas pues, de ese modo, se propicia la arbitrariedad administrativa. Por tanto, la opción 18.2 h) LOPJM debería desaparecer del texto legislativo, sin perjuicio de que en posteriores reformas legislativas se añadan nuevas causas de desamparo aparecidas por las cambiantes realidades sociales²⁶⁸. Ello sería similar a lo ocurrido en el Código Penal con los delitos informáticos que, recientemente, han debido ser incorporados, sin que por ello los códigos penales anteriores hayan permitido que un policía o autoridad cualquiera pudiese inventar un delito a su conveniencia. Por eso, las causas de desamparo deben ser definidas con precisión para evitar ambigüedades. Este sería el punto de partida de la solución del problema para evitar declaraciones de desamparo cuando éste es inexistente.

El artículo 18.2 a) LOPJM menciona como causa de desamparo el “abandono del niño”. Cualquiera puede pensar que el abandono de un niño es una situación grave para

²⁶⁸ “Lo que procedía revisar, realmente no es sólo o tanto el funcionamiento del proceso, sino los criterios y situaciones que determinan la declaración de desamparo y consiguiente retirada de los menores de la guarda de sus progenitores. Cómo se actúa en ese momento inicial es lo que, a nuestro entender, comienza a resultar discutible: la flexibilidad de supuestos que pueden determinar la declaración, la proliferación de situaciones, como hemos comentado anteriormente, que están provocando tales declaraciones al amparo de un concepto tan amplio como indeterminado bajo el que cabe todo, «el interés superior del menor», la, en la mayoría de supuestos, falta de información, conocimientos y nivel cultural que rodea a los padres biológicos que se ven sumidos en la adopción de una medida cuyo alcance desconocen.” (BENAVENTE, *op. cit.*, p. 52).

él, como así es. Sin embargo, sería necesario ajustar el concepto de abandono a lo que realmente la sociedad entiende por aquel concepto. Según los parámetros sociales, el “abandono de un niño” es aquella situación en que éste se encuentra solo o en compañía de otros niños, sin la supervisión de adulto o menor de edad con capacidad de responsabilizarse de su integridad física o moral. Con esta definición, o entendiendo este significado, el epígrafe sería correcto. En este epígrafe habría que incluir el caso en que se mantuviese a un niño encerrado sin una causa justificada, especialmente en condiciones indignas (por ejemplo, atado, sin recibir estímulos externos, sin asear o sin comodidad). Los investigadores ofrecen una definición de lo que denominan “abandono físico” o “negligencia infantil”²⁶⁹ que corresponde a todo maltrato producido por la omisión de los responsables del cuidado debido al niño. Ahora bien, resulta obvio que el texto legal no se refiere a este tipo de maltrato ya que, si así fuese, resultaría redundante lo expuesto en el apartado c) del artículo 18.2 LOPJM en que se detalla el maltrato físico. Sin embargo, lo que se desprende de este apartado es que el niño se considera desamparado bajo la “guarda de hecho”, incluso aunque ésta haya sido delegada por los padres, lo cual no es razonable.

El artículo 18.2 b) LOPJM menciona como causa de desamparo el hecho de que haya transcurrido el plazo de guarda voluntaria de un niño y sus responsables legales no quieran o no puedan asumir su guarda. En este caso, cabría matizar que si los responsables legales de un niño se encuentran en condiciones de hacerse cargo de su guarda y no quieren asumirla, aun sin haber transcurrido el máximo plazo legal permitido en guarda voluntaria, debería declararse la tutela administrativa del niño, pues es obvio que un niño no puede permanecer toda su infancia esperando que sus padres o responsables se quieran ocupar de él. Sin embargo, no procede declarar el desamparo del niño pues si éste está protegido bajo una medida de acogimiento familiar no se encuentra desamparado en el sentido legal del artículo 172.1 CC, al no estar privado de asistencia moral o material y encontrarse bajo una medida legal de guarda que, además, ha sido constituida por la Administración competente.

²⁶⁹ “Desde un punto de vista conceptual, entendemos por abandono físico o negligencia infantil aquella situación de desprotección donde las necesidades físicas básicas del niño (alimentación, higiene, vestido, protección y vigilancia en las situaciones potencialmente peligrosas, educación y/o cuidados médicos) no son atendidas temporal o permanentemente por ningún miembro de la unidad donde convive el menor (Arruabarrena y de Paúl, 1994).” (MORENO, “Estudio sobre las variables que intervienen en el abandono físico o negligencia infantil”, *Anales de psicología*, vol. 18, nº 1, 2002, p. 135).

El artículo 18.2 c) LOPJM menciona como causa de desamparo el riesgo para la vida, salud e integridad física del niño, lo cual requiere de mayor precisión que se realiza a continuación en el propio artículo. Sin duda, aquellos hechos delictivos realizados por los cuidadores de un niño de forma conjunta, coordinada o con complicidad, afectándole a su integridad física, serán causas de desamparo²⁷⁰, siempre y cuando, si los cuidadores o responsables son dos, ambos tengan responsabilidad en los hechos delictivos, pues, de lo contrario, el niño quedará bajo la responsabilidad de aquel cuidador o responsable que no le causó ni consintió daño alguno y, por tanto, no se encontraría en desamparo. Esta circunstancia excluye a los hijos de víctimas de violencia de género del desamparo.

En los hechos delictivos que dañan la integridad física de un niño se integrarían los malos tratos físicos graves, los abusos sexuales y la trata de seres humanos, todos ellos incluidos en el artículo citado de la LOPJM. Este último motivo de desamparo quedaría mejor encuadrado bajo algún otro epígrafe, pero en cualquier caso supone situación de desamparo. Además, habría que añadir como causas de desamparo aquellas lesiones que, producidas a un niño, suponen actos delictivos, aun sin suponer maltrato habitual. Previamente, se han catalogado las “agresiones” contra el niño que no han producido lesiones, o violencia de baja intensidad, como situaciones de riesgo, ya que cabe entender que algunas agresiones en el ámbito del hogar pueden ser propias del derecho de corrección de los padres²⁷¹ por lo que, por sí solas, no podrán considerarse causas de desamparo, sino quizás todo lo contrario²⁷².

Prosiguiendo en el análisis de los riesgos para la integridad física de un niño, lo que el citado artículo califica de “negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias” quedaría mejor especificado por “desnutrición” siempre que ésta esté debidamente acreditada por personal médico, pues en sí ello demostrará la “negligencia grave”, salvo que haya motivos probados de lo contrario. Sin embargo, la malnutrición no puede considerarse siempre causa de desamparo, ya que no implica, por

²⁷⁰ RAVETLLAT realiza un recorrido exhaustivo de los delitos contra los niños en (RAVETLLAT, “Protección a la infancia...”, *op.cit.*, pp. 377-382).

²⁷¹ *Vid.* sentencia de la Sección 12ª de la AP de Barcelona, 625/2014, de 16 de octubre, entre otras.

²⁷² “pueden justificarse el castigo físico como “medio” de imponer una decisión que procura el beneficio del menor y no para satisfacer intereses particulares o generales de los demás miembros de la familia. Así, puede intentar utilizarse cuando el menor tenga madurez suficiente y haya un grave enfrentamiento con los progenitores que desean imponer una decisión utilizando la violencia, la fuerza o el castigo físico.” (RIVERA, *op. cit.*, p. 1512).

sí sola, negligencia, sino quizás desconocimiento o ignorancia en hábitos alimenticios sanos²⁷³. Además, la desnutrición expresa el efecto que produce sobre el niño la negligencia de sus cuidadores, siendo insuficiente demostrar incapacidad parental sin daño para el hijo. En cuanto a la “negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones de salud”, ésta debe quedar reflejada en función de la actitud y comportamiento de los cuidadores, no de los niños o adolescentes, cuya conducta es, a veces, impredecible e incontrolable por parte de los adultos a los que no se puede siempre responsabilizar, especialmente, cuando no se encuentran en el ámbito del hogar, y el niño tiene cierta edad y capacidad de decisión. La enumeración exhaustiva de los casos en que se produciría negligencia de progenitores, tutores o guardadores sobre el niño o adolescente que tengan a su cargo con efectos graves sobre éste, podría ser:

- Omisión de asistencia médica en caso de enfermedad, lesión o accidente de suficiente gravedad.
- Descuido o desinterés, con grave riesgo para la salud, en el suministro de un tratamiento médico prescrito.
- Suministro de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica sin prescripción médica.
- Síndrome de Munchausen por poderes, síndrome de Diógenes o cualquier trastorno análogo incapacitante, siempre y cuando estén debidamente diagnosticados en el cuidador.
- Consentimiento o tolerancia por parte del adulto en el consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo por parte del niño o adolescente.
- Consentimiento o tolerancia por parte del adulto en la ejecución de conductas peligrosas de manera reiterada por parte del niño o adolescente.
- Ablación y mutilación genital, teniendo en cuenta que su efecto no variará por la declaración de desamparo.

Como describe el artículo 18 LOPJM, se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando los adultos responsables, con conocimiento de las conductas que ponen en peligro la salud de los niños o adolescentes, no hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliarlas.

²⁷³ El auto 4/2005 de la sección 6ª de la AP de Sevilla, de 19 de enero hace expresa mención a la diferencia entre desnutrición y malnutrición, destacando la ausencia de desamparo en caso de malnutrición.

También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido, acreditados por personal médico, causados por maltrato prenatal, aunque sería necesario distinguirlo con precisión de la “situación de riesgo”, diferenciando qué conductas detectadas durante el embarazo se consideran conducentes a una situación u otra, para evitar decisiones subjetivas sobre una cuestión de tanta importancia, especialmente para un bebé, según ya se ha justificado.

El artículo 18.2 d) LOPJM menciona como causa de desamparo el “riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato emocional continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores”. Este es quizás uno de los puntos más escabrosos y perniciosos de la ley, ya que demostrar el maltrato emocional de un niño es sumamente difícil y no puede acogerse que se denuncie “maltrato emocional” con posterioridad al momento de la separación del niño de su entorno familiar²⁷⁴, pues esta separación supone uno de los motivos que produce mayor “peligro para la integridad moral del niño”²⁷⁵, “riesgo para su salud mental”²⁷⁶ y “daño

²⁷⁴ “La definición de desprotección [infantil] incluye también (a) la consideración de que el comportamiento parental coloca al niño en peligro (*endangerment*) de sufrir un daño significativo aun cuando éste no se haya producido, y (b) situaciones en que el comportamiento parental es tan extremo, inherentemente traumático o inadecuado en su naturaleza que puede asumirse que se ha producido un daño emocional significativo, incluso aunque el niño pueda no mostrar signos obvios de daño ni a nivel físico ni comportamental (US Department of Health and Human Services, 2009).

[...]

El concepto de *daño significativo* -real y potencial- es central tanto en la definición de qué es desprotección infantil como en la valoración de su gravedad. Pero definir qué es daño (*harm*) y más específicamente daño significativo (*significant harm*) no parece fácil, especialmente cuando éste no es de carácter físico.” (ARRUABARRENA, “Maltrato Psicológico a los Niños, Niñas y Adolescentes en la Familia: Definición y Valoración de su Gravedad”, *Psychosocial Intervention*, Vol. 20, Nº 1, 2011, p. 28).

²⁷⁵ Vid. sentencias del TC 221/2002 de 25 de noviembre y TC 11/2008 de 21 de enero.

²⁷⁶ “Aquellas organizaciones de carácter privado que en la actualidad sólo prestan una parte de estos servicios, en particular las que atienden al cuidado de niños alejados del hogar, pero sin preocuparse de las medidas que podrían haber evitado la separación o permitirían reconstituir la familia, debieran tratar de revisar radicalmente sus programas. Cuando se trata de organizar servicios de carácter público, es indispensable darles una organización completa y plenas facultades para asistir a los niños, tanto en el seno de sus familias como fuera de ellas.

A lo largo de este informe se ha subrayado la cardinal importancia de los cuidados maternos para la conservación de la salud mental. Es evidente, por lo tanto; que en el futuro los servicios de asistencia familiar e infantil no sólo deben estar íntimamente relacionados entre sí, sino asociados también con los de higiene mental. No en vano son idénticos los propósitos finales de los tres, cada día más semejantes sus técnicas y más indisolublemente entrelazadas sus actividades, sin dejar de contar la valiosa ayuda que cada uno de ellos puede prestar a los demás.

[...]

los higienistas mentales tendrán que tomarse la molestia de ahondar, con mayor ahínco que hasta aquí, en los problemas de la familia y del niño y en la labor de los que se consagran al bienestar de una y otro.” (BOWLBY, *Los cuidados maternos...*, *op. cit.*, pp. 186, 187).

psíquico”²⁷⁷. Por tanto, es necesario ser preciso en la redacción de este epígrafe, a fin de evitar apreciaciones subjetivas o comprobadas con posterioridad a la separación, ya que es necesario tener en cuenta que los hechos que provocan un desamparo deben ser anteriores al mismo.

Por otro lado, habría que destacar que los efectos sobre el niño fuesen de una cierta entidad, pues si la negligencia en el cuidado de la salud física produce daños evidentes, no así la negligencia emocional cuyos daños deben ser evaluados por expertos. Concretamente, sería necesario evitar que pudiesen declararse generalidades, sin las comprobaciones necesarias, como la “carencia o deficiencia de habilidades parentales”²⁷⁸. Además, aquellas conductas calificables de “maltrato emocional”²⁷⁹, a pesar de ser rechazables y poder producir efectivamente un perjuicio emocional en el niño que lo sufre²⁸⁰, deberían quedar excluidas si ocurren por desconocimiento, falta de formación o autocontrol de los padres y son susceptibles de mejora o erradicación con una adecuada

²⁷⁷ “Ahora bien, cualquier separación de la madre implica una configuración mental vulnerable que plantea perturbaciones, limitaciones, o franca insania mental. La “separación temprana” de los niños de sus madres, es considerada, con pruebas sustanciales como que no sólo influye en el patrón de relación en la edad adulta, sino también en el riesgo de Trastorno Depresivo Mayor (Agid *et al.*, 1999). Las situaciones traumáticas en estos momentos primarios, separaciones precoces, ausencias, procedimientos invasivos, violentos, intrusivos, predisponen a patologías tales como Trastorno Depresivo Mayor y Trastorno de Personalidad Límitrofe (Fonagy, 2001).” (BOTERO, *op. cit.*, p. 171).

²⁷⁸ “El impacto emocional de la conducta de una persona sobre otra es muy relativo. Va a depender, sobre todo, de la forma en que esa conducta sea percibida por el niño, por el receptor. Podemos decir que el impacto emocional es cognitivo y, por lo tanto, no tiene valor universal ni constante. Es susceptible de interpretaciones diversas como cualquier conducta verbal en función del tono, de matices y contexto de la frase; o como una conducta no-verbal en términos de captación del significado y alcance de los gestos.

Al mismo tiempo, el impacto emocional de una conducta adulta en un niño adquiere valoración negativa en función de los términos de comparación de conductas que utilice el sujeto.

Los términos de comparación a utilizar por el sujeto pueden ser de dos clases:

- Las conductas habituales de trato a los otros niños en ese mismo medio social y cultural.
- Las conductas habituales de trato a ese niño por otras personas.

Esta relatividad de la interpretación de las conductas es lo que hace especialmente difícil la intervención y prevención en los casos de impacto emocional negativo.” (BUENO, *op. cit.*, p. 86).

²⁷⁹ “El maltrato emocional lo definen como la hostilidad verbal crónica en forma de insulto, desprecio, crítica o amenaza de abandono y constante bloqueo de las iniciativas de interacción infantiles (desde la evitación hasta el encierro o confinamiento) por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar.

El abandono emocional a su vez, lo definen como la falta persistente de respuesta a las señales (llanto, sonrisa,...), expresiones emocionales y conductas procuradoras de proximidad e interacción iniciadas por el niño y la falta de iniciativa de interacción y contacto por parte de una figura adulta estable.” (MORENO, *Variables que intervienen en el abandono físico o negligencia infantil comparativamente con otros tipos de maltrato infantil*, Tesis doctoral, Universidad de Extremadura, 2001, p. 42).

²⁸⁰ “En primer lugar, el maltrato emocional de tipo A es el que con más facilidad salta a la vista. Se localiza en las zonas más deterioradas de las poblaciones, en condiciones de vida y vivienda por lo general muy bajas. Suelen ser casos conocidos suficientemente por los vecinos y por los técnicos de la intervención social. Es frecuente que sea toda la familia la que viva en tales condiciones, afectando especialmente al grupo infantil; pero puede darse sólo en alguno o algunos de los miembros. Es fácilmente denunciado por ir unido al maltrato físico, y su comprobación resulta así más objetiva.

instrucción o terapia dentro del núcleo familiar. Lo mismo podría decirse de otras conductas dañinas para el niño como el sometimiento a vivencias estresantes que puedan herir su sensibilidad infantil, tal como visionar de forma habitual escenas pornográficas o excesivamente violentas y presenciar el consumo habitual de sustancias tóxicas.

Por tanto, antes de declarar que un niño ha sufrido “maltrato emocional” en el seno de su familia, sería necesario examinar si la conducta de los padres o familiares respecto al niño se corresponde con alguna de las definidas por los expertos en la materia²⁸¹, valorando, además, la opción de corrección de las conductas negativas dentro

Otra cosa es que el niño/a no sea consciente de ese maltrato porque no conoce otra forma de vivir. Si pervive en ese ambiente lo lógico es que lo acabe interiorizando como una forma normal de relacionarse y que más adelante lo reproduzca en sus etapas juvenil y adulta.

[...]

El tipo B de maltrato emocional que hemos señalado se caracteriza, además de por su vinculación con el maltrato físico y por el hecho de que no es la forma habitual de vida, por el hecho de que ambos se pueden reforzar recíprocamente. El daño emocional incrementa el dolor físico y ciertos daños físicos acentúan el sufrimiento interior de la persona.

[...]

Es en este tipo de casos donde con más frecuencia se buscan desencadenantes causales de la violencia. Puede ser que se atribuya a una conducta inicial del niño: obstinada, insolente, absurda, etc., que resulta insoportable y provoca las iras del adulto. Una vez que el adulto airado inicia la reacción de agresión, ambas conductas (la del niño y la del adulto) se potencian circularmente: -llanto infantil-ira del adulto-llanto obstinado del niño-reacción agresiva del adulto-incremento de la obstinación infantil-incremento de la agresión adulta - ...

[...]

El maltrato emocional de tipo C puede ser generalizado hacia todo el grupo familiar o escolar o institucional, pero no es lo más frecuente. Cuando se da tal situación estamos o ante un planteamiento educativo absolutamente negativista o bien estamos ante una persona de autoridad totalmente engreída o amargada. No descartamos tales situaciones, pero el prototipo del modelo C es el menor -hijo/a, alumno/a, etc.- no querido, no deseado, rechazado, por las razones que sea, dentro del contexto al que nos referimos.

[...]

Mirando a la intervención en este tipo de casos, es sin duda la terapia familiar la opción indicada, en ventaja frente a cualquier otro tratamiento de carácter individual.

El maltrato emocional de tipo D, que, como el anterior, ya dijimos que son los más frecuentes en personas de clase media y por tanto los más frecuentes, acentúa aún más su incidencia por la sencilla razón de que no se trata de una conducta extrema ni continua. El hecho de que no se trate de una conducta continuada no quiere decir que sea algo aislado, más bien diríamos que nos referimos a un goteo despreciativo discontinuo pero alargado durante gran parte de la infancia y adolescencia.” (BUENO, *op.cit.*, pp. 91, 92).

²⁸¹ “Una de las primeras y aún hoy en día más citadas propuestas de definición operativa del maltrato psicológico es la realizada por la Asociación Profesional Americana sobre el Abuso Infantil, que diferencia seis categorías o formas de maltrato psicológico:

1. Rechazar-rechazo/degradación hostil; incluye actos verbales y no verbales del adulto que rechazan y degradan al niño-.
2. Aterrorizar -amenazar al niño con sufrir un daño físico, morir, ser abandonado, o dejarle a él o a sus seres/objetos queridos en situaciones claramente peligrosas-.
3. Aislar -negar al niño de forma continuada oportunidades para satisfacer sus necesidades de interactuar/comunicarse con iguales o adultos dentro y fuera del entorno familiar-.
4. Explotación/corrupción –fomentar el desarrollo de conductas inapropiadas en el niño, por ejemplo, conductas autodestructivas, antisociales, delictivas, desviadas u otras conductas desadaptadas-.

del ámbito familiar y el riesgo de maltrato emocional que pueda producir la separación de la familia²⁸², lo cual supone una exigencia de carácter constitucional al ser susceptible de vulnerar el ISN²⁸³.

La LOPJM en su artículo 18.2 e) menciona como causas de desamparo “el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares”. El contenido de este epígrafe es de suma ambigüedad en lo que se refiere a determinar las situaciones de desamparo, aunque queda meridianamente claro el objetivo que persigue. Por ello, habría que evitar que la literalidad de este epígrafe pretendiese caer en el tópico de *alejar al menor de su núcleo de origen cuando se considera que su pertenencia a sectores sociales desfavorecidos le impide llevar una vida digna*²⁸⁴ pues puede estar encubriendo separaciones familiares a causa de situaciones de pobreza, especialmente prohibidas por la ley. Además de ello, los apartados c) y d) del artículo 18.2 LOPJM recogen sobradamente los daños tanto físicos como psíquicos que puede sufrir un niño, siendo irrelevante las carencias o problemas de los padres que los provocan, puesto que el desamparo se produce tanto por causas voluntarias como involuntarias de los cuidadores. Por tanto, habría que evitar que el citado artículo 18.2 e) LOPJM permitiese que la separación de un niño de su familia fuese debida al hecho de que su vivienda careciese de ciertos requisitos de superficie, distribución y lujos que algunas familias de niveles sociales desfavorecidos no pueden permitirse. Se trataría de impedir que un niño fuese

5. Ignorar -ausencia de responsividad emocional; ignorar los intentos y necesidades del niño de interactuar -fracaso en expresarle afecto, protección y amor- y no mostrar emoción alguna en la interacción con él-.

6. Negligencia hacia la salud mental/médica/educativa -actos injustificados que ignoran, no permiten o fracasan en proporcionar el tratamiento requerido para los problemas o necesidades de salud mental, médicas o educativas del niño-.

(American Professional Society on the Abuse of Children, 1995)”

(ARRUABARRENA, *op. cit.*, p. 30).

²⁸² “Tanto si el apartamiento obedece a enfermedad, descuido, abandono, ineficacia o muerte de sus padres, como si lo causa la conducta del niño en el hogar o fuera de él, no puede transferírsele al control de personas extrañas sin meditarlo mucho antes... Con demasiada frecuencia se separa a los niños de sus familias habiendo pensado muy poco, o sin haber pensado siquiera, en las causas determinantes de la situación. Muchos organismos de protección enfocan el problema apoyándose en ideas predeterminadas acerca de las condiciones que aconsejan su apartamiento del hogar, más bien que con el propósito de estimar la posible modificación de esas condiciones, y a hacerlas favorables para la continuidad del niño en él.” (BOWLBY, *Los cuidados maternos...*, *op. cit.*, p. 85).

²⁸³ *Vid.* sentencia TC 16/2016 de 1 de febrero.

²⁸⁴ *Vid.* CARRASCO, *Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan*, 2010, <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/807/tribuna-padres-sin-hijos-y-ciudadanos-que-lo-pagan> [acceso restringido], [consultada el 20 de abril de 2015]. Aunque la sentencia mencionada en dicho artículo fue revocada por el Tribunal Supremo, la problemática que denuncia es real.

separado de su familia cuando ésta deba compartir la vivienda con otras personas o familias. Sería aconsejable, incluso, impedir que un niño fuese declarado en desamparo en situaciones de chabolismo, pues no es ocioso recordar que las Administraciones Públicas tienen obligación de proporcionar viviendas dignas a todos los ciudadanos²⁸⁵, con compromiso tanto jurídico como político, y no es de recibo que invierta ingentes cantidades de dinero en mantener centros institucionales para encerrar allí a los niños cuyos padres carecen de vivienda independiente y en ciertas condiciones. Para ello, sería necesario recalcar en la letra de la ley, de forma explícita, que cualquier condicionante sobre la vivienda impida la declaración de desamparo de un niño. Es más, a nivel internacional, resulta obvio que se da mayor importancia a la permanencia de un niño en su entorno familiar que a la posesión de una vivienda digna, pues a los niños que viven en campos de refugiados no se les separa de sus familias para enviarlos a gozar de las comodidades del primer mundo en el que, sin duda, encontrarían cabida en familias acomodadas²⁸⁶.

En el epígrafe 18.2 f) LOPJM, que menciona “la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución”²⁸⁷, podría incluir como causa de desamparo la explotación laboral del niño o adolescente cuando le impida la escolarización y el ocio, evitando cualquier tipo de generalidad como “la explotación de similar naturaleza o gravedad” que puedan llevar a valoraciones subjetivas. Sería preciso añadir aquí el uso del niño para “trata de seres humanos”, quitándolo del epígrafe que hace referencia al maltrato físico, pues ese tipo de maltrato no produce secuelas físicas, sino más bien psicológicas, siendo un caso claramente subsumible como un tipo de explotación infantil.

Respecto del epígrafe 18.2 g) LOPJM habría que tener en cuenta si la falta de escolarización de un niño responde a una opción parental por el *homeschooling* la cual, si no produce algún efecto negativo sobre el hijo o le impide su normal desarrollo, no ha de ser considerada una causa de incumplimiento parental²⁸⁸ aunque no tenga cabida en el sistema español²⁸⁹.

²⁸⁵ Vid. Artículo 27 CDN.

²⁸⁶ Vid. sentencia del TEDH de 24 de mayo de 2011 en el asunto Saleck Bardi contra España.

²⁸⁷ Pese a que la mendicidad no parece una situación de tal gravedad que aconseje la separación del niño de su familia, mantenerla como causa de desamparo puede ser adecuado para evitarla, dado que es una actividad plenamente visible para la ciudadanía y podría ser fácilmente denunciada.

²⁸⁸ Vid. sentencia de la sección 2ª de la AP de Ourense 178/2015 de 1 de junio.

²⁸⁹ Vid. sentencia TC 133/2010 de 2 de diciembre.

Por último, cabe analizar el párrafo del artículo 18 LOPJM que expresa que “las circunstancias que revelan desamparo se deben valorar y ponderar respecto a los principios de necesidad y proporcionalidad”, ya que en esa valoración y ponderación se debe estudiar si la medida propuesta para el niño no le causa más daño que el que se pretende evitar, en que los efectos de la privación afectiva provocada por la separación de los niños de su familia, ha de tener una importante repercusión en la decisión, dados los efectos de dicha privación, que con anterioridad se han apuntado de forma extensa²⁹⁰. Es además, una exigencia respecto a la consideración del ISN que ha de entenderse una “norma de procedimiento”. Así, las decisiones administrativas que provoquen a los niños estrés por separación o carencias afectivas de consideración, sin la correspondiente compensación protectora habrán de calificarse de *malos tratos infantiles en los sistemas de protección a la infancia*²⁹¹ o *maltrato institucional*²⁹² perfectamente conocidos y argumentados por los investigadores.

d) *Incidencia especial: el abandono del niño*

El artículo 18.2 a) LOPJM, ya comentado previamente, menciona como causa de desamparo el abandono del niño, entendiendo éste como aquella situación en la que *faltan las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas*

²⁹⁰ “en mi experiencia profesional en el sistema de protección de menores, he podido observar que en el ideario de las profesionales, predomina la creencia de que las *necesidades básicas* que debe tener cubiertas un niño se refieren a la preservación de su vida física: con frecuencia, percibimos los indicadores de desprotección más visibles (alimentación, higiene, vestido, seguimiento pediátrico...) y los tenemos en cuenta por encima de los más relevantes (estabilidad y permanencia de los vínculos, consistencia y predictibilidad de las conductas paternas, aceptación, afecto y aprobación parental...). La mayoría de las profesionales estamos peor entrenadas para valorar estas cuestiones y el resultado es que, cuando la administración dispone de mecanismos para cubrir con garantías las necesidades físicas, las profesionales, al igual que los padres, no siempre tenemos la competencia para cubrir las necesidades emocionales.” (LEAL, “El vínculo de apego como organizador del desarrollo en menores protegidos de 0 a 3 años”, *Revista educación inclusiva*, Vol. 4, Nº 1, p. 90).

²⁹¹ “Podemos testimoniar desde nuestra experiencia múltiples casos en los que las intervenciones de protección, de una forma activa o por omisión, agravan el daño que los niños sufren en sus familias.” (BARUDY, “La ecología familiar, social y cultural de los malos tratos infantiles”, en BARUDY y DANTAGNAN, *op. cit.*, p. 140)

²⁹² “Se trata de cualquier legislación, programa, procedimiento, actuación u omisión procedentes de los poderes públicos o derivada de la actuación individual del profesional o funcionario que conlleva abuso, negligencia, detrimento de la salud, seguridad, bienestar emocional y físico o que viola los derechos básicos del niño (Martínez y de Paúl, 1993). Es decir, que son aquellos actos por parte de instituciones que violan los objetivos de cuidado al menor o constituyen amenaza para el adecuado desarrollo del niño. En esta tipo de maltrato infantil, los responsables institucionales no ofrecen al niño la cobertura de sus necesidades para un correcto desarrollo o no se les proporciona el bienestar adecuado cuando los padres no lo hacen.” (MORENO, *Variables que intervienen...*, *op. cit.*, p. 49).

no quieran o no puedan ejercerla. Como es sabido, las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda de un niño son sus padres. Por ello, según el citado texto legal, un niño bajo el cuidado de personas distintas de los padres, bien por orfandad o por decisión de los propios padres, incluso en aquellos casos en que el niño esté cuidado por familiares, podrá ser declarado en desamparo al amparo de la vigente ley. Esta redacción viene a dar cobertura a la legislación desarrollada por las distintas CCAA que consideraban este hecho uno de los motivos para declarar el desamparo de un niño²⁹³. Ante esto cabe establecer algunas matizaciones. En primer lugar, el “abandono voluntario de un niño por parte de sus padres” ha de entenderse una situación en que los padres se ausentan dejándolo sólo ante una potencial situación de peligro o de inasistencia. Ahora bien, la acción expresa de dejar a un hijo al cuidado de otro adulto, es precisamente un acto de responsabilidad de quienes tienen atribuida la guarda y custodia legal del niño en cuestión y, en ningún caso, puede considerarse abandono. Lo correcto en este caso es que, tanto los guardadores legales como la persona o personas que van a ejercer de tutores o guardadores, acudan a la autoridad judicial para su nombramiento o para su conocimiento. Con ello se evita la posibilidad de hacer transacciones privadas que puedan considerarse tráfico de menores (como el caso que menciona la sentencia de la sección 1ª de la AP de Pontevedra, 393/2011 de 14 de julio), pues la tutela quedaría bajo la vigilancia de la fiscalía y el juzgado. Sin embargo, la detección de una situación de guarda de un niño por parte de quien no corresponde legalmente, en ningún caso, debería suponer situación de desamparo, sino que debiera imprimir, a quien tuviese conocimiento de ello, la obligación de comunicarlo a las autoridades judiciales y la fiscalía, con el fin de regularizar la situación convivencial del niño.

La doctrina TS 582/2014, de 27 de octubre determinó que en caso de guarda de hecho “ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo”. Dicha doctrina del Tribunal Supremo fue dictada antes de que la LSPIA (ley que introdujo el artículo

²⁹³ “Sin perjuicio de la anterior definición [de desamparo, expresada en el artículo 172 CC], ciertamente genérica en su formulación, las leyes de las Comunidades Autónomas han procedido a dar su propio concepto de situación de desamparo, concretando en la mayoría de los casos una serie de situaciones que determinan la mencionada declaración por parte del organismo público competente. Una vez más, las diferencias entre las distintas leyes autonómicas son notables. A pesar de ello, las causas que suelen aparecer recogidas son las enumeradas a continuación:

1. El abandono voluntario del menor por parte de su familia.

[...]

9. La falta de las personas a las que corresponda ejercer las funciones de guarda o cuando éstas se hallen imposibilitadas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor.”

(RAVETLLAT, “Protección a la infancia...”, *op.cit.*, pp. 386, 387).

18.2 a) LOPJM) fuese aprobada por lo que actualmente ha sido superada por la letra de la ley, de tal modo que ya no resulta aplicable. Ahora bien, la expresión de la citada sentencia supone admitir que el desamparo de un niño bajo “guarda de hecho” ha de producirse en las mismas situaciones que para cualquier otro niño, pues las “circunstancias concretas de la guarda de hecho interpretada al amparo del ISN” a la que alude la sentencia, es lo que determina que haya o no desamparo para un niño que convive con sus padres bajo su patria potestad teniendo en cuenta sus “circunstancias concretas interpretadas al amparo de su interés superior”.

Lo más sencillo era no establecer diferencias en cuanto a la situación de guarda del niño para determinar su desamparo, ya que dicha condición no es la determinante, en ningún caso, del desamparo. Así, el tratamiento diferenciado de las situaciones de guarda de un niño no hace sino complicar la aplicación de la ley, en que las controversias al respecto se decantarán por la opción administrativa que podrá ejecutarse por la fuerza. En definitiva, parece que el legislador ha venido a dar cobertura legal a una práctica que las Entidades Públicas ya venían intentando, encontrándose con dificultades a nivel jurídico que, en la actualidad, son inexistentes, gracias a la reforma de la LSPIA. Este apartado de la ley impide a los padres optar por la opción legal de la “guarda de hecho”, considerando que ésta supone desamparo sin una motivación razonable.

e) Situaciones excluidas del desamparo

La defensa de la tipificación de las causas de desamparo propuesta en un apartado precedente, permitiría eliminar del texto de la ley la referencia explícita a aquellos supuestos que no deben considerarse de desamparo. Sin embargo, la LSPIA, al optar por una lista abierta de causas de desamparo se ha encontrado en la obligación de destacar las situaciones que no suponen desamparo y que durante los casi 20 años de vigencia de la LOPJM de 1996 han sido motivo de separaciones familiares claramente abusivas y con efectos muy perjudiciales para la sociedad en su conjunto, al incidir en el problema de la discriminación por diferencias sociales.

Una de las situaciones que la LSPIA destaca como ajena al desamparo es la pobreza como ya se ha mencionado previamente. Este supuesto es el único que se aprecia

como determinante del desamparo en la sentencia TEDH R. M. S. (Demanda nº 28775/12) de 18 de junio de 2013 contra España que supone una crítica a la actuación del sistema de protección español, tanto en sus aspectos jurídicos, al demostrar una aplicación arbitraria de la ley, como morales, al no ayudar a las personas desfavorecidas a superar sus carencias.

Existe otro motivo que, sin serlo, ha sido, durante la vigencia de la LOPJM original, ampliamente utilizado como causa de desamparo de un niño. Es aquel que considera desamparado a un hijo de una víctima de violencia de género o doméstica. Ello ha sido objeto de atención por parte del legislador, por lo que la LSPIA en el apartado siete del artículo primero modifica el contenido del artículo 12 LOPJM en el que se añade el siguiente texto: *Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación.* Con ello se pretenden impedir situaciones pasadas vulneradoras de derechos fundamentales.

Si bien es cierto que los niños sufren aunque no sean víctimas directas de la violencia²⁹⁴, no por ello debe separárseles de la fuente de seguridad que les puede ofrecer la víctima directa una vez que se ha solucionado el problema. Dicho esto, cabe observar que la redacción legal antes citada, es un tanto peligrosa pues aunque, por un lado

²⁹⁴ “En la teoría del Circulo Interactivo de la Violencia Familiar, [...] la mujer víctima, como consecuencia del maltrato por parte de su pareja, padece una alta tasa de estrés, lo que puede originar, por una parte un proceso vincular con su hijo/a donde a su vez predomina el estrés, y además padecer síntomas psicológicos y físicos (angustia, trastornos depresivos, trastornos somatomorfos, descompensaciones de procesos crónicos como diabetes o hipertensión arterial), derivados de dicha situación, y que puede llevar a una reducción en sus habilidades de manejo eficaz de los hijos/as. Una segunda consecuencia del maltrato en la mujer es que los hijos/as padecen también una situación de estrés, fundamentalmente referido a la respuesta al proceso vincular, y al establecimiento y desarrollo de las conductas de apego, incrementándose en los menores los síntomas emocionales (irritabilidad, trastornos afectivos tipo reacciones depresivas, trastornos somatoformos) y comportamentales (descargas agresivas, oposicionismo). La alteración del proceso vincular afectado va a potenciar en el polo materno un incremento en la tensión a la hora de poder establecer la parentalidad y en el polo filial también se constata una tensión creciente en las relaciones madre-hijo, lo que sin duda repercute negativamente en el estado emocional de ambos.

Esta situación de estrés de la mujer víctima no debe en ningún caso ser culpabilizadora para ella ni convertirla en blanco de las críticas. No todas las mujeres reaccionan igual, y la mayoría de las veces, la toma de conciencia de que el maltrato que ellas sufren le está afectando a sus hijos, les da fuerza para romper el círculo en el que se ven inmersas.” (SEPÚLVEDA, “La Violencia de Género como causa de Maltrato Infantil”, *Cuadernos de Medicina Forense*, 12(43-44), 2006, pp. 153, 154, 156).

menciona que se debe “procurar” la permanencia del niño con la víctima de violencia de género, por otro lado menciona que también hay que procurar su “protección” y no cabe olvidar que la declaración de desamparo se considera una “medida de protección” que implicaría la separación del niño de la víctima (normalmente la madre), llegando a una evidente contradicción. Por ello, sería necesario añadir expresamente en el artículo 18 de la LOPJM que “el hecho de que un niño se encuentre bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, no supondrá, en ningún caso, motivo de desamparo”, evitando así posibles malinterpretaciones.

La discapacidad de uno de los padres ha sido, durante la vigencia de la LOPJM original, ampliamente utilizada como causa de desamparo. Por ello, la reforma de la ley ha excluido expresamente esta circunstancia como motivo de desamparo: *Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos*. El hecho de que la ley mencione expresamente la exclusión de la discapacidad como elemento del desamparo proviene de un instrumento internacional, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en vigor desde el año 2008.

Resulta necesario mencionar que si se mantiene abierta la lista de motivos de desamparo, la relación de las causas que no suponen desamparo deberá ser lo más exhaustiva posible a fin de evitar perjuicios a los niños que pudiesen encontrarse en tales situaciones. Por tanto, debería excluirse de causa de desamparo el hecho de que el cuidador padeciese algún trastorno psíquico²⁹⁵ (aunque podría, en algunos casos,

²⁹⁵ “A este respecto citamos la **Sentencia de la AP de Zaragoza de 23 de septiembre de 2010** que confirma la Sentencia dictada en primera instancia en un procedimiento de divorcio en el que se atribuye la guarda y custodia del hijo menor a la madre, contra la que se presentó por el padre Recurso de Apelación solicitando la guarda y custodia de su hijo alegando que la madre padece una enfermedad crónica, basándose en un informe aportado en la primera instancia, en el que se dice que la madre presenta un trastorno psíquico de intensidad grave de muy difícil abordaje terapéutico, y que aconseja transferir la guarda y custodia del hijo al padre, con un régimen de visitas en función de su estado psíquico.

Por el contrario la psicóloga adscrita al Instituto de Medicina Legal de Aragón que no desconoce la problemática padecida por la madre, informa que según la valoración realizada no se aprecia en aquella un deterioro cognitivo y signos patológicos mayores, y que desde noviembre de 2008 acude a terapia psicológica en el Instituto Aragonés de la Mujer que informa de una gran mejoría en su estado personal, aconsejando:

“tras el estudio psicológico realizado al grupo familiar que el menor permanezca junto a su madre, que ha sido su principal cuidadora, es su referente afectivo más importante, y le otorga la seguridad necesaria para un correcto desarrollo psico-emocional...”

(GARCÍA LLORENTE, “Atribución de la custodia: Valoración judicial de la prueba pericial en el ámbito del derecho de familia” en PÉREZ, FORCADA, TAMBORERO, GARCÍA LLORENTE y

considerarse causa de discapacidad²⁹⁶), pues por sí solo no puede apreciarse como motivo para privar al niño de la convivencia con el citado cuidador, a menos que fuese causa de desprotección del niño, es decir, que le afectase negativamente. Ello sigue entrañando el peligro de que esa causa de desprotección pueda ser inventada, a menos que se establezca la tipificación expuesta.

En definitiva, la tipificación de causas de desamparo permite simplificar la redacción de la ley, centrando el esfuerzo en identificar aquellas situaciones dañosas y gravemente perjudiciales para los niños, evitando exponer cada uno de los problemas que presentan los padres, haciendo innecesario pensar en todas y cada una de las situaciones que no implican daños significativos para sus hijos que, por supuesto, son mucho más numerosas que las contrarias y cuya identificación resultaría ser una tarea ardua e innecesaria. Pretender destacar en la ley todas las causas que no suponen desamparo implica que mientras no estén identificadas, los niños están expuestos a ser declarados en desamparo por dichos motivos, tal como ha ocurrido en el pasado.

1.2.4. La adopción

El artículo 21 de la CDN señala que el concepto del ISN debe regir el procedimiento de adopción al que eventualmente sea sometido un niño para adquirir una filiación conforme a sus necesidades y derechos fundamentales²⁹⁷.

Según la opinión de diversos autores²⁹⁸, la adopción se considera un negocio procesal que se encuentra regulado en la sección segunda del capítulo V del Título VII

ARCH, *La nueva regulación del Derecho de Familia, Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Editorial Dykinson, 2011, p. 165).

²⁹⁶ Vid. sentencia de la sección 6ª de la AP de Málaga, 105/2016 de 17 de febrero.

²⁹⁷ “Dicho principio fue retomado por el *Convenio de la Haya de 29 de Mayo de 1993 sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional* y en la revisión de la *Convención Europea sobre Adopción de Menores* de 2008 del Consejo de Europa, que confirmaron que la adopción es –o debe ser– una medida de protección de la infancia y no una solución para las familias o los estados.” (MARRÉ y SAN ROMÁN, *op.cit.*).

²⁹⁸ “Con anterioridad a la reforma del Código Civil de 1987, solía considerarse la adopción como un negocio jurídico de Derecho de Familia. A partir de la Ley citada en este epígrafe no parece ello posible, ya que al manifestar que «la adopción se constituye por resolución judicial» y concederse amplio margen al Juez para valorar su conveniencia, a pesar de que medien consentimiento de adoptante y adoptado, demuestra que *el eje de la adopción ha dejado de ser el consentimiento de las partes* (esencial para que pueda hablarse de negocio jurídico), que se ha convertido en simple

del Código Civil en lo que respecta a los aspectos sustantivos de la adopción, mientras que las cuestiones procesales están reguladas en el capítulo III del Título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV en adelante) que han sustituido ciertos preceptos de la LEC. Una peculiaridad de la adopción es que se establece mediante auto, en lugar de mediante sentencia, lo cual ofrece un punto de reflexión que se planteará posteriormente.

Es importante resaltar la relevancia que se otorga a la Entidad Pública en el establecimiento de una adopción, cuando meramente debería tener un papel informador sobre el desarrollo de la relación entre adoptante y adoptando. Se aprecia que el artículo 176.2 CC, atendiendo a la literalidad del texto legal, establece por norma que el proceso de adopción de un niño en régimen de acogimiento o guarda con fines de adopción de duración inferior a un año, sea instado ante el juzgado por la Entidad Pública, pues son los únicos casos que se ajustarían a la normalidad de la regla establecida. La situación que se dará, en atención a la experiencia pasada, será que la Entidad Pública se negará a elevar propuesta de adopción cuando el niño esté bajo acogimiento, por lo que, presumiblemente, la norma será utilizada únicamente en casos de guardas con fines de adopción de corta duración como establece la ley. Bajo esta norma, a la Entidad Pública le está permitido, incluso, iniciar el proceso de adopción de un niño con independencia de que tenga posibilidades de retornar a su entorno de origen con garantías de éxito, ya que la norma no establece ningún requisito sobre el adoptando cuando es la Entidad la que decide elevar la propuesta de adopción, pues lo único que se considera relevante es que haya habido una declaración de desamparo dictada por la misma Entidad²⁹⁹. En contrapartida, la norma no permite al guardador o tutor de duración inferior a un año, ni

presupuesto, dejando la primacía a la decisión del Juez, que no queda vinculado por tal consentimiento. Por consiguiente, la cuestión primordial consiste en conocer cuál es el carácter que reviste la adopción en la nueva regulación. La opinión doctrinal mayoritaria coincide, en cualquier caso, en prescindir de su catalogación como negocio jurídico. [...]

Sin embargo, la opinión más acertada me parece la de CASTRO LUCINI. Opina el autor, y yo con él, que la adopción es un *negocio procesal*, aunque en un primer momento esa calificación pudiera parecer «extraña». (ARTERO, “El elemento volitivo en la adopción”, *Acciones e investigaciones sociales*, 2001, pp. 55-57).

²⁹⁹ “Según dispone el art. 176.2.1 Cc -inalterado en este extremo-, en principio, la adopción no puede constituirse por el Juez si no es a propuesta de la Entidad Pública formulada por escrito, acompañada de la declaración de idoneidad y en la que especifique las razones de su elección, según precisa el art. 35.2.a LJV. De este modo, la Administración mantiene su papel de control en la tramitación de las adopciones, a fin ya no sólo a fin de garantizar la adecuada selección de los adoptantes, sino de evitar el tráfico de menores.” (LÓPEZ AZCONA, *op. cit.*, p. 63). Con el argumento de evitar el tráfico de niños se otorgó a las entidades públicas un control sobre las adopciones mucho más amplio que el que meramente trata de impedir ese tráfico.

al acogedor, cualquiera que sea su modalidad y duración del acogimiento, instar la adopción de un niño aunque se cumpla el requisito de la existencia de desamparo y, en consecuencia, su posibilidad de adopción.

La adopción en el ámbito nacional provoca que un niño que no se encuentra sometido a la patria potestad de sus padres, pase a estar bajo la patria potestad de sus guardadores adoptantes que, a partir de la adopción, serán los padres adoptivos del niño rompiendo sus vínculos con su familia de origen (excepto en casos excepcionales), lo cual la convierte en cuestión de interés público³⁰⁰.

La adopción debería ser el proceso por el que se dota de estabilidad jurídica a una relación familiar o de convivencia preexistente, siempre y cuando esta relación respetase las normas constitucionales y respondiese a la voluntad de los convivientes. Cumpliendo estos requisitos, existiría un respeto por el ISN adoptando, mientras que el hecho de la convivencia previa sería la garantía de que ésta se estableció con idoneidad de los adoptantes. Todo ello, sin perjuicio de que se mantenga la adopción del niño huérfano por algún familiar pese a no haber tenido convivencia previa, aunque lo normal será que la haya habido, ya que incluso en caso de orfandad sobrevenida súbitamente (por ejemplo, por muerte de ambos padres en accidente) habrá algún familiar que asuma la guarda del niño.

Existen varios motivos por los que un niño puede llegar a ser adoptado en el territorio español mediante el procedimiento de adopción nacional, los cuales responden a situaciones distintas que requieren diferente tratamiento. Todas ellas se exponen a continuación.

a) *Por voluntariedad de la madre*

Una madre puede decidir dar a su hijo en adopción tras el parto. La decisión puede ser previa al parto y puede haberse puesto en contacto con la Administración Pública para formalizar su decisión, aunque el asentimiento de la madre no puede prestarse hasta seis

³⁰⁰ “La adopción suscita el interés del público, que encuentra a través de ella un cauce para realizar aspiraciones y deseos de los matrimonios sin hijos y de amparo de los niños abandonados y recogidos en establecimientos benéficos.” (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p.291).

semanas después del parto según el artículo 177.2 CC³⁰¹. Ante tal previsión legal ha de estudiarse cuál ha de ser la situación del niño. No puede decirse que el niño se encuentre desamparado, pues la madre ha tomado una decisión responsable y lo ha puesto en conocimiento de las autoridades precisamente para evitar que su hijo llegue a estar desamparado, o tenga que abandonarlo como ocurría en tiempos pasados; por lo que procede la tutela administrativa, pero no el desamparo.

En tanto la madre no ha prestado el asentimiento, es decir, antes de las seis semanas después del parto, el niño debería pasar a “guarda con fines de adopción” con una familia que tendría que conocer la posibilidad de que tras las seis semanas el niño pudiera retornar junto a su madre si ésta no asiente a la adopción³⁰², sin que se requiera otro requisito para ello. Si la madre asintiese a la adopción, ésta se tramitaría inmediatamente. Establecer este protocolo puede tener unas consecuencias jurídicas importantes para todos los implicados, al ofrecer un escenario de seguridad jurídica que, de otro modo, podría quedar en entredicho.

Para la madre supone que su capacidad parental no se pone en duda por el hecho de haber entregado a un hijo en adopción (cabe imaginar la situación de una madre adolescente o soltera que por su situación no quiere cuidar del hijo), como sí lo estaría si su hijo hubiese sido declarado en desamparo. Además, supone para ella la garantía de que su hijo permanecerá desde el nacimiento con una misma familia con todas las ventajas que ello supone para el niño. Esto no es una cuestión menor, pues el hecho de que una madre dé a su hijo en adopción no implica que se desentienda de su bienestar y que no le importe que deambule de familia en familia con los perjuicios que pueda producirle. Por otro lado, si la madre, posteriormente, tiene otros hijos a los que quiere cuidar, ejercerá sobre ellos la patria potestad con normalidad. Para el niño supone la garantía de que en un futuro conocerá el motivo de su adopción, que no fue un abandono ni una “transacción

³⁰¹ “Las razones de esta cautela legal, se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño.” (DURÁN, “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, 2010, p. 15).

³⁰² Si llegase a establecerse la adopción sin este requisito sería una adopción nula. *Vid.* CORRAL GARCÍA, “La nulidad de una adopción y el interés del menor: conveniencia de la reinserción en la familia de origen (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001)”, *Actualidad Civil*, Nº 5, Sección Jurisprudencia comentada, 2002, Ref. VIII, tomo 1, Editorial La Ley.

ilegal” sino una decisión ponderada de su propia madre. Conocerá que no fue sometido a cambios de familia injustificados y que las medidas de protección sobre él fueron correctas. Para la familia adoptante supondrá también beneficios pues sabrá que ha realizado una adopción dentro de los límites legales, conociendo que la madre biológica ha tenido las debidas oportunidades de cuidar de su hijo y que éste no sufrirá problemas futuros por situaciones traumáticas causadas por cambios de familia. Todo ello redundaría en un beneficio para la sociedad al establecerse un protocolo respetuoso con los derechos fundamentales de todos los implicados. En la actualidad, la ley guarda silencio sobre el modo de proceder ante la decisión voluntaria de adopción, por lo que hace que las distintas comunidades autónomas actúen en modos diferentes³⁰³. Por ello, en atención al ISN que debe considerarse una “norma de procedimiento” es necesario que este protocolo o uno similar se instaure legalmente.

La ley tampoco articula la postura del padre en este supuesto pero es obvio que no contar con su consentimiento supone un motivo de discriminación. Por ello, en el momento en que la madre manifieste su voluntad de dar al recién nacido en adopción debería recabarse la disposición del padre para cuidar de su hijo, en que las seis semanas posteriores al parto tendrían que suponer tiempo suficiente para hacerlo.

b) Por previo desamparo o guarda voluntaria

Tal como está actualmente previsto en la legislación, para que un niño pueda alcanzar la adopción por previo desamparo basta que éste haya sido declarado por la Entidad Pública (con independencia de que se haya realizado una investigación minuciosa sobre los hechos que la provocaron) para que los progenitores se encuentren incurso en causa de privación de la patria potestad, por lo que no es necesario su asentimiento a la adopción y, en consecuencia, el trámite más impeditivo de la adopción queda superado con ausencia de obstáculos y relativa facilidad. Se aprecia, pues, que se otorga más relevancia a la declaración de desamparo que a su existencia real, sin que exista un nexo ni legal ni causal entre una y otra.

³⁰³ Mientras que unas CCAA ofrecían al niño un acogimiento preadoptivo que tras el consentimiento de la madre desembocaba en la adopción por los acogedores, otras constituían un acogimiento temporal y solo después del consentimiento de la madre, realizaban el correspondiente traslado a otra familia en acogimiento preadoptivo para posterior adopción.

Para que un niño pueda alcanzar la adopción a través de una guarda voluntaria, basta que transcurran dos años en esta situación, para que la adopción pueda establecerse con los mismos argumentos que en caso de desamparo. Puesto que la adopción suele establecerse en familia ajena, otro requisito imprescindible para proceder a ella es la inexistencia de familia extensa para el acogimiento, pues mientras ésta quiera atender a un pariente menor de edad tutelado por la Entidad Pública, es inviable que pueda hacerse partícipe a una familia ajena en la protección del niño según se desprende de la legislación actual. Si realmente se respeta esta prioridad de la permanencia del niño tutelado en su familia extensa, las adopciones serán una medida residual, lo cual es respetuoso con el ISN.

Ahora bien, cuando se plantea la adopción, cabe preguntarse si el procedimiento legal establecido respeta el derecho del niño al retorno a su entorno familiar de origen y, por tanto, su interés superior. En este caso, la respuesta es negativa, pues el niño que ha sido declarado en desamparo es directamente considerado adoptable, sin que sea necesario esperar los dos años que la ley establece para la posible recuperación del entorno familiar de origen. A ello hay que añadir un nuevo inconveniente, y es que siendo el niño adoptable bajo una medida de acogimiento, la estabilidad de la relación de convivencia entre el acogedor y el niño acogido depende de la decisión de la Entidad Pública, que puede iniciar el procedimiento de adopción o no, y no de la relación familiar establecida, lo cual encarna un escenario de inseguridad jurídica y de vulneración de preceptos constitucionales, tanto para el niño como para la familia.

c) Excepciones a la intervención de la Entidad Pública

El artículo 176.2 CC expone una serie de casos excepcionales en que se permite que no haya intervención administrativa para la adopción de un niño, destacando las circunstancias que lo hacen adoptable y la relación con el adoptante. Así, las circunstancias en que, legalmente, se reconoce la innecesariedad de propuesta de la Entidad Pública para personas menores de edad son:

- 1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

- 2.^a Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.
- 3.^a Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.

Siendo coherente con la legislación establecida en materia de protección de la infancia, un niño huérfano será declarado en desamparo en virtud del artículo 18.2 a) LOPJM, al no existir las personas a las que legalmente corresponde la guarda del niño, por lo que este caso quedaría vacío de contenido, pues sería la Entidad Pública quien debiera instar la adopción del niño. Sin embargo, en coherencia con la propuesta de la presente tesis, lo que habría que modificar es el artículo 18.2 a) LOPJM y mantener la circunstancia de orfandad como requisito para que los parientes del huérfano puedan solicitar su adopción.

El segundo caso se refiere a niños no sujetos a medidas de protección, por lo que no es del ámbito de este estudio, aunque cabe apuntar que un niño en acogimiento integrado en una familia tendrá una relación análoga a la que tenga un niño con el cónyuge o la pareja de uno de sus progenitores, a los que se permite solicitar la adopción por propia iniciativa, lo cual ofrece una discriminación flagrante respecto del acogedor en el aspecto de la autonomía de su voluntad.

El tercer caso hace frente a la dejación de funciones de las Entidades Públicas previendo la posibilidad de que éstas no cumplan los plazos que la ley marca para elevar la propuesta de adopción que es, como máximo, de tres meses. Sin embargo, es previsible que esta tercera opción se alcance pocas veces, no porque las guardas con fines de adopción no vayan a sobrepasar el año de duración, sino porque el guardador, en general, no será informado de su posibilidad de acudir al juzgado a solicitar la adopción del niño y porque existirá, normalmente, una enorme dependencia de este guardador de la Entidad Pública, por lo que preferirá esperar que sea ésta quien tome la iniciativa del proceso. Este comportamiento es predecible del hecho de que los acogimientos preadoptivos de la ley anterior también superaban, la mayoría de las veces, el año de duración y, sin embargo, el acogedor no solía solicitar nunca la adopción por su cuenta, a pesar de ser ésta una previsión contemplada legalmente. Esto se aprecia en diversas sentencias entre las que cabe citar las del TS 687/2015 de 2 de diciembre y TS 565/2009 de 31 de julio.

1.2.5. Otras medidas de protección infantil

Para realizar un recorrido exhaustivo a través de las normas legales que permiten alcanzar alguna de las figuras jurídicas de protección infantil, es necesario hacer referencia a dos situaciones que aparecen en el Código Civil y que no están encuadradas en ninguna de las citadas figuras jurídicas ni en las medidas de protección. Ambas se analizan a continuación.

a) *La filiación*

Las acciones de determinación de la filiación otorgan un conjunto de efectos que inciden en la protección de la persona menor de edad y en su interés superior³⁰⁴. Si bien el inicial objetivo de la determinación de filiación era el del conocimiento de la verdad biológica y la adecuación de dicha verdad a la realidad jurídico formal, tal como muestran numerosas sentencias de los altos tribunales³⁰⁵, hoy día se reconoce la filiación “no biológica”³⁰⁶, por lo que debería existir una coherencia entre la adopción, que no es otra cosa que la constitución de una filiación no biológica, y el proceso de determinación de la filiación³⁰⁷. Sin embargo, lo cierto es que tal coherencia no existe por lo que se pueden alcanzar situaciones sumamente antagónicas.

En primer lugar, se puede apreciar que las condiciones para determinar la filiación³⁰⁸ son totalmente distintas de las que se requieren para la adopción y, en segundo lugar, la filiación se establece por sentencia, mientras que la adopción se establece mediante auto, lo cual provoca que los aspectos sustantivos en que se fundamenta la

³⁰⁴ “para determinar la relación jurídica de filiación y establecer así el conjunto de efectos que comporta (patria potestad, obligaciones de vela y custodia, alimentos, apellidos, derechos sucesorios), el Derecho elige unos concretos hechos y actos a los que atribuye tal función.” (BARBER, *op. cit.*, p. 26).

³⁰⁵ *Vid.* sentencias TC 138/2005 de 26 de mayo y TC 273/2005 de 27 de octubre, entre muchas otras.

³⁰⁶ *Vid.* sentencias TS 740/2013 de 5 de diciembre y TS 836/2013 de 15 de enero de 2014.

³⁰⁷ “el legislador debe decidir entre un sistema jurídico de filiación que tienda a la coincidencia entre la realidad fáctica y la jurídica, y otro que asuma, por razones diversas, la separación entre ambas. En esta elección, lógicamente, el legislador no tiene una plena libertad de configuración normativa, sino que se encuentra limitado por las previsiones constitucionales al efecto.” (BARBER, *op. cit.*, pp. 26, 27).

³⁰⁸ “La trascendencia de estos procesos en la intimidad personal y familiar, garantizada como derecho fundamental en el art. 18.1 CE, justifica y exige que el legislador haya impuesto unos requisitos que devienen en presupuestos procesales específicos de las partes (capacidad de conducción procesal – GIMENO-) para la admisión de la demanda y que, como tales, imponen al Tribunal una actividad de control de oficio de dicho escrito en aras a su constatación o cumplimiento.” (GIMENO, *Derecho Procesal Civil, II. Los procesos especiales*, UNED, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2016, p. 299).

adopción (artículo 175 CC y siguientes) no sean susceptibles de control casacional³⁰⁹, por lo que su aplicación no responderá a un criterio unificado.

b) *La guarda judicial*

La guarda judicial es una institución jurídica que aparece dispersa en distintos artículos del Código Civil y que implica, generalmente, otro tipo de guarda. Así el artículo 172 bis 2 CC expresa un tipo de guarda judicial: *la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente*. La propia tutela ordinaria es un tipo de guarda judicial. Ésta se adopta, en general, por aplicación de los artículos 158 CC y 216 CC³¹⁰.

El artículo 158.6 CC (su contenido estaba recogido en el artículo 158.4 CC antes de la reforma obrada por la LSPIA) permite al juez una amplia capacidad de actuación y decisión acerca de la modalidad de guarda más aconsejable para un niño³¹¹, por lo que su sola invocación debería implicar al juez en la investigación del entorno y las circunstancias del niño³¹² y en la toma de decisiones, sin delegar en la Entidad Pública³¹³,

³⁰⁹ Vid. autos de inadmisión TS de 20 de mayo de 2015 (rec. 29/2015), 10 de junio de 2015 (rec. 81/2015), 18 de noviembre de 2015 (rec. 179/2015) entre otros.

³¹⁰ “También cabrá, si las circunstancias concretas lo aconsejan, adoptar al amparo de los arts. 158 y 216 CC la constitución de una guarda judicial como medida cautelar.” (Vid. Apartado IV de la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en Materia de Protección de Menores).

³¹¹ “el artículo 158.4 [actualmente artículo 158.6 CC] ha supuesto la posibilidad práctica de evitar en muchas ocasiones la declaración de desamparo, dando soluciones alternativas y de lo más variopintas al caso concreto, debido sobre todo a la flexibilidad que permite su aplicación, dejando la tutela de la Administración como una medida aplicada en último lugar y de auténtico carácter residual.” (MORENO-TORRES, *op. cit.*, p. 39).

³¹² “En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de febrero de 2003, se plantea la situación de unos menores que han vivido desde su nacimiento con los abuelos, solicitando éstos al Juzgado la constitución judicial de la guarda. Durante dos meses se mantuvo la situación legal de desamparo, siendo posteriormente revocada la misma. Argumenta la sentencia que el hecho de que los padres nunca hayan sido privados de patria potestad bastaría, en circunstancias normales, para revocar la sentencia de instancia y acordar la reintegración de los menores al domicilio paterno. Pero el hecho de que los menores hayan convivido con los abuelos durante los últimos años y no sólo el tiempo en que estuvieron desamparados, así como el hecho de que el padre no haya iniciado en todo este tiempo medidas para recuperarlos, verifica lo que el Tribunal denomina una situación excepcional, cual es la falta de trato del padre con los menores por no haber convivido juntos.

[...]

La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de junio de 2003, plantea el supuesto de una menor que ha estado bajo la guarda de hecho de una pareja desde que tenía un mes de edad hasta los 6 años, fecha en que alertada la Consejería de Asuntos Sociales de esta situación, decide declarar la situación de desamparo y acordar el ingreso residencial de la menor. Formulada oposición, tanto en primera como en segunda instancia se reconoce que sobre la base del artículo 158 del Código Civil, se

lo que sería equivalente a desentenderse de un pleito que ha llegado a su conocimiento en detrimento de una opción que será, con posterioridad, revisable en vía judicial, alargando un proceso de forma innecesaria con perjuicio del interés del niño por la incertidumbre que introduciría³¹⁴.

debe revocar el acogimiento residencial, ya que aunque por la Administración se declara que la pareja no es idónea, no prestando la misma su consentimiento, conforme al artículo 173 del Código Civil, estima el Tribunal que sí existen criterios de idoneidad por lo que la menor debe permanecer junto a sus guardadores. No se pronuncia la sentencia sobre el desamparo, ya que el *petitum* de la demandante sólo alude a la guarda.” (*Ibidem.*, pp. 99-101).

³¹³ “El Auto de 10 de septiembre de 2004, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga, trata expresamente sobre la constitución de la guarda judicial de un menor traído a España del extranjero por una familia española, con el consentimiento, acreditado notarialmente, de sus padres biológicos. Se trata de un menor que lleva ya varios años en España, habiéndose demostrado que está bien atendido y que su interés es permanecer en el núcleo familiar de los guardadores. Descarta en primer lugar el auto la necesidad de intervención de la Entidad pública. Se pronuncia, previamente al fondo del asunto, sobre el hecho de que «no existe en esta situación ni riesgo ni desamparo conforme a los términos de los artículos 17 de la LO 1/1996 ó 172 del Código Civil, motivando la intervención judicial únicamente la necesidad de regularizar la situación legal del menor con sus guardadores... considera el Juez, que dicha intervención en éste y otros asuntos similares, perseguiría más objetivos de política general de protección a la infancia (evitar cauces paralelos de acogimiento y adopción al margen de la Entidad pública) que realmente el beneficio del menor que nos ocupa». Finalmente destaca que es una situación contemplada en el artículo 303, pero que si no tiene cobertura judicial, puede plantear muchos inconvenientes a los guardadores, por lo que sobre la base del artículo 158.4, constituye la guarda judicial, otorgando facultades necesarias para atender al menor en todas las necesidades del menor respecto a su cuidado diario, salud y educación.

En este supuesto el Juzgado no sólo reconoce la situación de hecho sino que además usa la vía del artículo 158.4 para dar cobertura legal a la situación que vive el menor y sus guardadores, dando además facultades de tutela, con lo que el problema en el caso arriba planteado queda parcialmente subsanado, ya que al menos, en actos esenciales relativos a salud o educación los guardadores podrán representar adecuadamente al menor.” (*Ibidem.*, pp. 101, 102).

³¹⁴ “La sentencia de 5 de febrero de 2003, de la Audiencia Provincial de Asturias, revisa la decisión de primera instancia en que se acuerda, en proceso de separación matrimonial la privación total de patria potestad del padre, sin derecho de visitas, otorgando la misma de forma exclusiva a la madre y la delegación de la guarda en la abuela materna con fijación de alimentos. La Audiencia decide mantener la medida de privación, pero dado que ni la madre ni la abuela están capacitadas para atender a los menores, y de hecho están siendo atendidos por una pareja ajena al círculo familiar, acuerda, sobre la base de los artículos 92 y 158 del Código Civil, así como del artículo 40 de la Ley de Protección del Menor del Principado de Asturias, de 27 de enero de 199588, la atribución de la guarda y custodia de los menores a la Administración del Principado de Asturias, el cual evaluará la conveniencia para los menores de permanecer en el domicilio de las personas con que actualmente conviven, traslado a un centro o acogimiento familiar, así como el restablecimiento del régimen de visitas con el padre de los hijos.

Hay un pronunciamiento expreso de la Audiencia, en contra de la constitución judicial de la guarda con los guardadores de hecho, con independencia de cómo se encuentren los menores en dicho núcleo familiar, al decir que el informe psicosocial revela «dejación de las funciones de guarda y custodia tanto por parte de la madre de los menores como de la abuela materna, así como la pretensión de consolidación de la situación de hecho existente por parte de las personas que en la práctica asumen las funciones que les son delegadas por la madre y la abuela materna». Usando como argumento las intenciones de los guardadores de hecho, la Audiencia deja al arbitrio de la Administración la decisión de la forma de ejercicio de la guarda. Si los menores han estado bien atendidos con esta familia, se pudo acordar, basándose en el artículo 158, la guarda judicial, en tanto la Entidad pública decide la forma de ejercicio. En todo caso si la familia era idónea para la guarda de los menores, se pudo decretar la guarda judicial, y si no lo era, los menores, por orden del Juzgado, aplicando el mismo artículo, pudieron pasar de forma inmediata a estar bajo la guarda de la Administración. Finalmente, si ésta decide formalizar el acogimiento en este núcleo familiar, el caso deberá volver de nuevo al Juzgado, si no hay consentimiento de los progenitores, lo cual parece más que probable dada su oposición.

1.3. La protección infantil asumida por el Estado

La aplicación de ciertas medidas de protección asumidas por el Estado provoca la separación del niño de su familia, iniciando nuevas relaciones de convivencia con repercusiones para sí mismo y para las personas que entran en contacto con él, por lo que resulta necesario prestarles atención.

1.3.1. Guarda o tutela administrativa: formas de ejercicio

El acogimiento familiar se reguló por primera vez en la Ley 21/1987 sin mención alguna al acogimiento residencial que existía previamente con otra denominación³¹⁵. La LOPJM reguló por primera vez el acogimiento residencial como tal, e introdujo algunos cambios en el familiar, que ha sido, de nuevo, objeto de reforma por la LSPIA, según la cual, las formas de ejercer la guarda, sea administrativa o provisional, se describen en el artículo 172 ter CC: *La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial.* Con esta descripción, no parece que el acogimiento esté pensado para el ejercicio de la tutela administrativa, a la que se destinará la “guarda con fines de adopción”. El acogimiento, sea residencial o familiar, supone la separación del niño de su entorno socio-familiar conocido, de sus relaciones escolares y sociales, de sus hábitos y costumbres y de sus objetos y lugares habituales. Supone una pérdida a nivel material de dimensiones importantes, pero, sobretudo, supone una pérdida a nivel afectivo con

Si efectivamente el menor no está bien atendido por ninguna de las personas de su entorno, lo que existe es falta de asistencia moral o material, por lo que lo que hay que hacer es decretar el desamparo. En resumen, puesto que el caso se ha planteado en sede judicial, teniendo la oportunidad de decidir con quién debían quedarse los menores, no se hizo, sino que quedaron en guarda de hecho hasta que la Administración decidiera. Confirma, sin embargo, la obligación de prestar alimentos por parte de ambos progenitores, que, en su caso, se tendrán que abonar a la Administración. Y, por último esta sentencia, de nuevo, respecto del régimen de visitas del padre, dispone que sea la Entidad pública la que decida cuándo y cómo se deben restablecer.” (*Ibidem.*, pp. 98, 99).

³¹⁵ “En España el modelo tutelar data de principios de siglo, con la Ley de Bases de 1918 mediante la cual se crearon los tribunales de menores, el primero de los cuales comenzó a funcionar en Bilbao en 1920. De 1948 data el texto refundido de la Ley y Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores. Esta ley contempla básicamente una competencia triple de los tribunales de menores: protectora, en relación a menores de 16 años; reformadora, también respecto de menores de 16 años; y, finalmente, de enjuiciamiento de mayores de 16 años, en ciertos casos. De acuerdo a su artículo 9, “la jurisdicción del tribunal no tendrá carácter represivo, sino educativo y tutelar”. En cuanto a las sanciones aplicables (artículo 17), estas van desde de la “amonestación o breve internamiento” hasta el ingreso a un “establecimiento especial para menores anormales.” (CORTÉS, “A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la convención internacional de los derechos del niño: el desafío pendiente”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, 2007, p. 151).

repercusiones en la edad adulta de mayor o menor consideración que, además, reproduce patrones de incapacidad parental³¹⁶.

Si el acogimiento es residencial, además, el niño no encuentra la compensación afectiva que puede hallar en el acogimiento familiar. Se observa que, a pesar del elevado elenco de estudios psicosociales en qué apoyarse de que disponía el legislador que redactó la LSPIA, éste introduce en la ley el error de considerar que el acogimiento familiar pueda ser más inconveniente para el interés de un niño que el acogimiento residencial. Sin embargo, existen suficientes y probadas evidencias científicas que permiten asegurar la falsedad de dicha consideración, por lo que ésta debería quedar excluida de la ley, debiendo decir el citado precepto legal que: *La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible, mediante el acogimiento residencial.* En concordancia con ello habría que modificar también el artículo 21.3 LOPJM que según la vigente ley expresa: *Con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para menores de seis años. No se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses.* Bastaría eliminar de este precepto la frase que dice “o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor” que, en base a los estudios en materia psicosocial indicados anteriormente, no puede ser nunca cierta³¹⁷. De este modo, se estaría ante una ley realista y respetuosa con los derechos infantiles.

³¹⁶ “La mayoría de los padres pueden asumir la parentalidad social como una continuidad de la biológica, de tal manera que sus hijos son cuidados, educados y protegidos por las mismas personas que los han procreado. Sin embargo, para un grupo de niños y niñas esto no es posible. Sus padres tuvieron la capacidad biológica para copular, engendrarlos y, en el caso de la madre, parirles; pero desgraciadamente no poseen las competencias para ejercer una práctica parental mínimamente adecuada. Las causas de las incompetencias de estos padres se encuentran en sus historias personales, familiares y sociales. En la mayoría de casos, vemos antecedentes de malos tratos infantiles, medidas de protección inadecuadas, institucionalización masiva, pérdidas y rupturas, antecedentes de enfermedad mental de uno o de los dos padres, pobreza y exclusión social.” (BARUDY, “Familiaridad y competencias: ...”, *op. cit.*, pp. 77, 78).

³¹⁷ “el niño institucionalizado ha sido un tópico de la investigación desde los años cuarenta, y los resultados más diseminados de este tipo de trabajos siempre han apuntado al pernicioso papel que estas

La pequeña reforma propuesta para la nueva ley permitiría que quedase patente el motivo por el cual un niño debe ingresar en un centro residencial. Por ello, ofrecería una evaluación del desarrollo de las medidas de acogimiento familiar realizado por cada Comunidad Autónoma, a la vez que eliminaría la subjetividad inherente al concepto de “conveniencia para el interés del menor” dejado a la consideración de un determinado técnico de la Entidad Pública, en una cuestión que los estudios científicos han dotado de sobrada objetividad. De lo contrario, cuando un niño quiera mantenerse bajo internamiento, siempre existirá una decisión administrativa con presunción *iuris tantum* que resolverá que esa es la mejor opción para el niño, con total imposibilidad de que alguien pueda destruir dicha presunción, salvo que lo intentase el Ministerio Fiscal que sería el único que tendría legitimación y conocimiento para oponerse a una decisión de tanta importancia.

La insistencia de la ley sobre la necesidad de mantener a un niño menor de tres años en un entorno familiar no es caprichosa. La importancia de que un niño crezca en el seno de una familia ha sido considerada tradicionalmente por todas las culturas y desde tiempos inmemoriales. Sin embargo, hasta mediados del siglo XX no se estudió este fenómeno, en que BOWLBY³¹⁸ recopiló experiencias más antiguas de otros investigadores extrayendo la conclusión de que *un niño medra mejor en un mal hogar que en una buena institución*, teniendo en cuenta que BOWLBY compara en todo momento “hogares deficientes” con instituciones de alta calidad, obteniendo un mejor desarrollo infantil en los “hogares deficientes”. El profesor FERNÁNDEZ DEL VALLE³¹⁹, en un estudio publicado más recientemente, afirma que *el apego no daña al niño, lo que le causa daño es la falta de vínculos. Es mejor que un niño se vincule a una familia y luego a otra, incluso a una tercera, en las que se sienta querido, a que permanezca en un centro sin ningún vínculo emocional*. Los estudios de ciertos investigadores afirman que el efecto de la separación de un niño de su familia, o su abandono, afecta en cualquier edad en la que se produzca, pero de forma decisiva en la edad temprana y con distintas consecuencias futuras³²⁰. Los estudios mencionados son

instituciones jugaban y los estragos que causaban en el desarrollo infantil.” (FERNÁNDEZ y FUERTES, *El acogimiento residencial en la protección a la infancia*, Ediciones Pirámide, 2004, p. 29).

³¹⁸ Vid. BOWLBY, *Los cuidados maternos...*, op. cit., p. 82.

³¹⁹ Vid. FERNÁNDEZ DEL VALLE, *Diario Independiente de Asturias*, <http://www.lne.es/siglo-xxi/2009/08/02/bebes-atendidos-centros-deterioran-dana-proceso-evolutivo/790281.html> [Consultada el 8 de abril de 2013].

³²⁰ “Efectos del abandono en las diferentes edades:

plenamente aplicables a la situación de los niños tutelados por las Entidades Públicas, por lo que se puede afirmar que este tipo de niños tienen “necesidad de vínculos”³²¹, como cualquier otro niño. En efecto, todos los estudios realizados, tanto de BOWLBY como de FERNÁNDEZ DEL VALLE y otros investigadores, tanto antiguos como recientes, van dirigidos principalmente a estudiar las necesidades de aquellos niños que, por cualquier circunstancia, no encuentran en sus familias biológicas el cuidado y la protección que necesitan, requisito que se cumple en los niños bajo guarda o tutela administrativa. En todo caso, podría afirmarse que son las necesidades de los niños bajo la patria potestad de sus padres las que no están estudiadas.

Cabe observar que la ley solo establece cierta obligación de acogimiento familiar para niños por debajo de los seis años, ya que para niños mayores de esa edad es difícil encontrar opción familiar cuando su propia familia extensa no se ofrece al acogimiento. Por ello, para esos niños convendría examinar con rigurosidad si la opción de retorno a la familia de origen es una opción plausible a pesar de las deficiencias de los padres, dado que la opción de internamiento es, a todas luces, perjudicial para ellos. En cualquier caso, es importante destacar que la separación de un niño de su entorno familiar supone un acto sumamente distorsionador de su esfera personal, lo que requiere que los motivos para llegar a dicha situación deban ser ponderados, analizados y demostrados, además de ser una exigencia para hacer frente al ISN como “norma de procedimiento”. De lo contrario, el niño puede percibir más daño que beneficio, incluso con el acogimiento familiar, de difícil reparación.

Primar el acogimiento familiar frente al residencial permitirá dar cumplimiento al derecho del niño a crecer en una familia, si no la suya propia, una que la sustituya con

-
- a) **Abandono in útero:** Verny (citado en Hermosilla 1989) plantea que el abandono in útero sienta las bases de una personalidad depresiva y vulnerable a las situaciones de estrés.
 - b) **Primeros 6 meses:** La separación de la madre a esta edad implica que el niño pierde sus sentimientos de seguridad. Alrededor de 3º y 4º mes el niño empieza a contactar con el ambiente que le rodea y puede reconocer a la figura materna y personas significativas.
 - c) **De 6 meses a un año:** Los niños se vuelven más tímidos y un nuevo vínculo se da más fácilmente si el niño ha tenido inicialmente una relación segura. Pareciera que el abandono en esta edad tuviera peores consecuencias para el desarrollo de la psiquis, que en otros momentos (Hermosilla 1989).
 - d) **Posterior a 1 año:** Los efectos van a depender de los vínculos establecidos en los 2 primeros años. Si han sido buenos y hay figura sustituta es probable que el niño logre establecer buenos lazos afectivos. Si las experiencias anteriores han sido malas es difícil que genere buenos lazos.

(ROSAS, GALLARDO y DÍAZ, “Factores que influyen en el apego y la adaptación de los niños adoptados”, *Revista de Psicología*, 2000, volumen IX, N° 1, p. 148).

³²¹ Vid. BARUDY, “Las necesidades infantiles”, *op. cit.*, p. 66.

carácter protector y competencias necesarias. Este derecho se desprende del preámbulo de la CDN en que se puede leer: *Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.*

Según el artículo 173 bis CC *el acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, pudiendo en este último caso ser especializado*, de lo que se aprecian tres formatos distintos para ese tipo de acogimiento. En el ámbito de la legislación española y en concordancia con el objetivo de mantenimiento del niño en su medio familiar de origen se da prioridad al acogimiento en familia extensa, según establece el artículo 20 LOPJM. En segundo lugar, se plantea el acogimiento familiar en familia ajena en sus distintas modalidades con posibilidad de recuperación de su entorno familiar de origen y, por último, en ausencia de otros recursos o conveniencia para el interés del niño, se plantea el internamiento en centro.

El artículo 173 CC, además de las funciones tuitivas, identifica la formalización del acogimiento y las condiciones para el cese, mencionando también la posibilidad de remoción de la guarda en acogimiento³²², con una mezcla de cuestiones sustantivas y procedimentales poco aconsejable.

³²² “El régimen jurídico del acogimiento familiar se cierra con unas nuevas previsiones en materia de cese que, a mi juicio, plantea no pocos problemas interpretativos. El principal tiene que ver con la distinción que introduce el art. 173 Cc entre la remoción de la guarda y el cese del acogimiento. Así, en su aptdo. 3 contempla novedosamente la posible “remoción de la guarda” por problemas graves de convivencia entre el menor y los acogedores, mientras que en su aptdo. 4 mantiene el “cese del acogimiento” en sus dos variantes tradicionales, administrativo y judicial, e incorpora alguna causa adicional a operar automáticamente. Así las cosas, entiendo que esta distinción resulta innecesaria y no hace sino introducir confusión en el tema, por las dos razones que se exponen a continuación. En primer lugar, porque se está extrapolando al acogimiento familiar una figura como es la remoción propia de la tutela ordinaria, prescindiendo de las garantías de que se rodea ésta en los arts. 248 a 250 Cc en sede de tutela ordinaria, en relación con el art. 49 LJV. Así, en los términos en que se regula en el art. 173.3 Cc, esta nueva modalidad de remoción se atribuye a la Administración, excluyendo toda intervención judicial y sin establecer un procedimiento *ad hoc* ni prever una medida de protección alternativa para el caso de que sea declarada. Como contrapunto, esta medida sólo puede adoptarse por la Administración a instancia de parte, lo que parece prudente. En concreto, se atribuye legitimación para solicitar la remoción de la guarda, por este orden: al Ministerio Fiscal; al propio acogido, sin exigirle sorprendentemente la edad de doce años o, al menos, la suficiente madurez; a los acogedores, a los progenitores no privados de la patria potestad o, en su caso, al tutor ordinario no removido de la tutela; y, en general, a cualquier otro interesado, expresión ésta en la que podría tener cabida la familia extensa del menor. Por añadidura, la remoción sólo es factible en el supuesto de que surjan graves problemas de convivencia entre el menor acogido y los acogedores, prescindiendo así -dudo si intencionadamente o por mero olvido del legislador- de las otras causas de remoción de la tutela ordinaria que contempla el art. 247 Cc, lo que a mi juicio hubiera sido lo correcto y más habiendo podido constatarse reiteradamente la intención del legislador estatal de aproximar la figura del acogimiento a la de la tutela ordinaria.

a) *El acogimiento residencial*

La LSPIA realiza una importante apuesta por el acogimiento familiar frente al residencial, tal como lo expresa con claridad en el apartado dieciséis del artículo primero que modifica el artículo 21 LOPJM, añadiendo, entre otros, el punto 3, antes citado. El motivo de esta prioridad tiene su fundamento en la adecuada satisfacción de las necesidades afectivas del niño, como ya se ha visto previamente. Sin embargo, la LOPJM en su redacción original de 1996 también consideraba el acogimiento residencial una medida que debía durar el menor tiempo posible primando el acogimiento familiar, pues así lo recogía el artículo 21.1: *Cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor.* La expresión “el menor tiempo posible” permitía prever que si existía posibilidad de acogimiento familiar, éste debía prevalecer, de manera que el tiempo de acogimiento residencial fuese nulo. Esto es lo que se desprende de la literalidad de la LOPJM de 1996 que, sin embargo, no ha sido obstáculo para que, durante su vigencia, el acogimiento residencial se impusiese frente al familiar, a través de una inadecuada interpretación del precepto³²³. Por ello cabe preguntarse qué efecto va a tener la nueva redacción de la ley en el IS de los niños sujetos a medidas de protección.

Y en segundo término, por la propia terminología empleada, esto es, “remoción de la guarda” que no del acogimiento, expresión que literalmente podría interpretarse en el sentido de que el acogimiento sigue en pie, pero privado de contenido, dado que el acogedor ha sido removido de la guarda, lo que obviamente carece de sentido alguno.

En lo que atañe propiamente al cese del acogimiento familiar, tal y como se regula en el art. 173.4 Cc en su redacción dada por la Ley 26/2015, no acaba de entenderse se mantenga la distinción entre el cese judicial (art. 173.4.a) y el cese administrativo (art. 173.4.b) cuando ha sido suprimido el acogimiento judicial. Y es que, recuérdese, en el anterior art. 173.4.1º Cc el cese en virtud de resolución judicial se reservaba al acogimiento constituido judicialmente. De este modo, excluido el acogimiento judicial en la nueva normativa, hubiese sido deseable que se especificase en qué casos procede el cese judicial, so pena de dejar esta previsión vacía de contenido.

Por su parte, el cese en virtud de resolución administrativa se circunscribe al supuesto de que la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda del menor acogido “lo considere necesario para salvaguardar los intereses del mismo” con el consiguiente margen de discrecionalidad que ello implica por la propia naturaleza del “interés del menor” como concepto jurídico indeterminado. Con todo, ha de valorarse muy positivamente el hecho de que el art. 2 LOPJM en su redacción dada por la LO 8/2015 haya dotado de este concepto de una mayor concreción, en línea con la Observación núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.” (LÓPEZ AZCONA, *op. cit.*, pp. 38-40).

³²³ “En España, teóricamente el acogimiento residencial debería ser un instrumento meramente subsidiario en el sistema de protección de menores desprotegidos. Sin embargo, tanto las cifras de acogimiento residencial, cerca de 14.000 en 2011, como sobre todo el esfuerzo presupuestario realizado por las Administraciones Públicas sugieren que desde un punto de vista administrativo el acogimiento residencial es el elemento más importante del modelo, contradiciendo así los planteamientos de partida tanto del Gobierno Central como de la Unión Europea” (SANDULLI, “Análisis económico del

En la actualidad, la LOPJM aconseja que los niños menores de seis años no ingresen en centros y obliga a que los menores de tres años no lo hagan, salvo imposibilidad acreditada de acogimiento familiar o “conveniencia para el interés del niño”. Parece obvio que el legislador quiere dejar abierta la posibilidad de mantener los internamientos sin que las Entidades Públicas incurran en manifiestas ilegalidades. A la vista de ello, hay que deducir que no existe un compromiso firme por parte de las formaciones políticas y las Administraciones Públicas, incluida la judicial, para terminar con el acogimiento residencial, pues siempre existirá un argumento para acordar el internamiento que no es otro que afirmar de forma retórica que conviene al ISN.

b) *El acogimiento especializado, profesionalizado o en hogar funcional*

La LOPJM distingue el acogimiento profesionalizado del especializado en la relación laboral respecto de la Entidad Pública, existiendo en el primer tipo pero no en el segundo³²⁴. Ambos tipos de acogimiento familiar se realizan por personas cualificadas, con experiencia y formación específica para la función de acogedor. Este tipo de acogimiento está regulado en el artículo 20 LOPJM y de él se desprende que solo está dirigido a niños con “necesidades o circunstancias especiales” que no están identificadas en la ley, con lo que se destinará, según la decisión de la Entidad Pública, a aquellos que considere oportuno³²⁵. Si bien parece que está pensado para niños con enfermedades,

acogimiento familiar”, *Fundación Acogida*, 2013, p. 21, <https://estaestucasa.files.wordpress.com/2015/05/informe-econoc3b3mico-acogimiento-familiar.pdf>, [consultada el 2 de noviembre de 2016]).

³²⁴ El acogimiento familiar especializado trata de atender en un contexto familiar las necesidades y dificultades que presentan niños y niñas con graves problemas.

[...]

Lógicamente, uno de los aspectos clave en los acogimientos familiares especializados es poder captar familias que asuman las características que presentan estos niños y niñas. [...] las aptitudes y las características de las familias deben contrastarse con las necesidades concretas que puedan presentar los niños en el momento del acogimiento. Dentro del proceso de selección, en los acogimientos familiares especializados, la formación de los candidatos conforma un elemento estrictamente necesario. Las familias necesitan poder tomar conciencia de las necesidades que puedan presentar los niños y las niñas y de los retos que supone su acogimiento.

Una vez seleccionadas las familias, se pasa por un tiempo de espera durante el que las familias pueden reflexionar sobre las implicaciones del acogimiento. En este periodo de espera son muy importantes los contactos que puedan mantener con los profesionales. Llegado el momento, el equipo debe transmitir toda la información sobre las características del niño y del acogimiento. Es necesario que las familias perciban que los profesionales ofrecen de una forma verás toda la información necesaria para conocer al niño y facilitar su adaptación.” (AMORÓS y PALACIOS, *Acogimiento familiar*, Alianza editorial, 2004, pp. 225, 229).

³²⁵ “El acogimiento familiar especializado se ha ido asentando y es una opción con mucho futuro, ya que facilita la normalización de la vida de muchos niños y niñas con necesidades especiales que hasta el momento solo eran atendidas en contextos institucionales.” (*Ibidem.*, pp. 226, 227).

problemas de conducta o discapacidades de cualquier tipo³²⁶, nada impide que se tienda a este tipo de acogimiento en familia ajena para la mayoría de niños tutelados, en detrimento del acogimiento familiar que inicialmente se pensó para ser desarrollado por los ciudadanos de forma altruista. De este modo, parece que la tendencia será la de ofrecer acogimiento profesionalizado en pequeñas instituciones como ya destaca el artículo 173 CC con su referencia a los “hogares funcionales” como lugar de desarrollo del acogimiento familiar, cuya definición se omite en la LOPJM. Ahí se encuentra una evidente contradicción entre la literalidad de la ley y la realidad práctica existente en el contexto de la protección infantil en el que se encuadra la ley; ya que no cabe duda de que el “hogar funcional” desarrollado en España no ofrece acogimiento familiar, sino residencial³²⁷. Es por ello, que la propia legislación está disfrazando el acogimiento residencial de familiar, lo cual tendrá consecuencias negativas en los niños tutelados por las Entidades Públicas pues éstos sufrirán las consecuencias negativas de los internamientos cuando, supuestamente, según la ley, se encontrarán bajo acogimiento familiar. Parece que el acogimiento especializado, o más bien el profesionalizado, desdibuja las fronteras entre el acogimiento familiar y el residencial, por lo que será necesario definir con precisión sus contornos.

A tenor de lo establecido en el artículo 173 bis 2 c) CC la modalidad más estable del acogimiento especializado será la permanente, al parecer por las dificultades que se prevén para la adopción de niños con problemática complicada. En la actualidad, dada la

³²⁶ “CASO 1. Niña de doce años con una minusvalía grave debido a una encefalopatía con crisis epilépticas. [...] En un primer momento se valora la adopción pero dado su complicado perfil se contemplan otras alternativas como el acogimiento familiar especializado.” (LÓPEZ, FERNÁNDEZ DEL VALLE, MONTSERRAT y BRAVO, “Niños que esperan. Estudio sobre casos de larga estancia en acogimiento residencial”, GIFL, Universidad de Oviedo, 2010, p. 70).

³²⁷ “Nuestros Hogares están concebidos como un recurso residencial para menores de 0 a 18 años que, tras sufrir situaciones de desamparo en el seno de sus familias, se encuentran bajo una medida de protección expedida por las distintas administraciones. El número de plazas es reducido. Los Hogares, que abren las 24 horas los 365 días del año, están ubicados en barrios perfectamente integrados al resto de la población. Los niños se benefician de un ambiente cálido, acogedor y familiar que favorece su desarrollo integral.

En cada hogar viven entre 6 y 8 niños junto a un equipo de educadores que se encarga de supervisar su día a día escolar, social y emocional. Esto permite que se cree un ambiente tranquilo, estable y positivo, parecido a una familia. La atención del Hogar corre a cargo de las personas que integran el “Equipo educativo” y de “La Madrina” (siempre es una persona voluntaria y se convertirá en la figura referente para el menor). Del buen funcionamiento del centro y de coordinar las diferentes actuaciones se encarga el “Responsable de Hogar”.

Los Hogares Funcionales son el tipo de centro más numeroso en Nuevo Futuro y en la actualidad funcionan 48 Hogares con 375 Plazas. En 2014 se ha atendido a 507 menores en todos ellos.” (<http://www.nuevofuturo.org/quienes-somos/asi-trabajamos/tipo-de-hogares-y-centros/hogares-funcionales.html>, [consultada el 6 de noviembre de 2016].

gran predominancia del acogimiento residencial, el acogimiento especializado está poco implantado en España.

Puesto que el acogimiento especializado supone una forma particular de acogimiento en familia ajena (aunque no debería existir impedimento en que también pudiese realizarse en familia extensa, cuestión que queda sin explicación en la ley), todo lo que se dirá posteriormente sobre el acogimiento en familia ajena es aplicable al acogimiento especializado.

c) *El acogimiento en familia extensa*

El acogimiento en familia extensa es el realizado por algún familiar del niño que se encuentra bajo guarda administrativa, ya sea voluntaria o provisional, y cuenta con muchas y destacables ventajas³²⁸ reconocidas por los profesionales³²⁹, por lo que jurídicamente debe establecerse de forma prioritaria. Pese a que los acogimientos en familia extensa venían practicándose desde la implantación legal del acogimiento en la legislación española, la regulación del mismo como tal se ha introducido en la LSPIA por primera vez, aunque existía en algunas legislaciones autonómicas. En España los acogimientos familiares en familia extensa son mayoritarios³³⁰ aunque inferiores en

³²⁸ “En 1994, la Child Welfare League of America contribuyó a la conceptualización del fenómeno de los acogimientos en familia extensa, con un gran impacto en la literatura científica posterior, estableciendo las excelencias de este tipo de acogimiento:

- permite que los niños vivan con personas que conocen y en quien confían
- ayuda a la transmisión de la intensidad y la cultura de la familia
- fomenta las relaciones y vínculos con sus progenitores (cuando es posible), hermanos y otros miembros de la familia extensa
- anima a las familias a confiar en sus propios miembros y recursos
- incrementa las oportunidades del niño de continuar dentro de su comunidad
- disminuye la etiqueta de niño tutelado

(FERNÁNDEZ DEL VALLE, LÓPEZ, MONTSERRAT y BRAVO, *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, pp.22, 23).

³²⁹ “Existe ya consenso profesional en que el acogimiento en familia extensa presta un buen servicio a las necesidades de niños y niñas. Da continuidad a una vida en la que cierta discontinuidad debe introducirse, ayuda a vivir con naturalidad una transición que no es fácil, sin crear un entorno cargado de profesionales y desconocidos en que el niño pueda sentirse perdido. El cambio tiene mucho más de suave que de brusco y típicamente aporta importantes elementos de seguridad y continuidad (la red de amigos, el entorno de personas conocidas, la escuela, la proximidad de los padres, el vecindario...) (Greff, 1999).” (AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 210).

³³⁰ “Acogimiento familiar – Datos a 31 de diciembre [de 2014]

Desglose por modalidad y tipo de familia

En los acogimientos familiares según tipo de familia se mantiene, respecto a años anteriores, la predominancia de las familias extensas (13.463) sobre las ajenas (5.656).”

número que los acogimientos residenciales³³¹. Como afirman AMORÓS y PALACIOS, *el crecimiento del acogimiento en familia extensa se debe también a la regularización de situaciones de hecho*³³², refiriéndose a la “guarda de hecho”; aunque ciertamente calificar el acogimiento de “regular” es una opinión que toma partido por la intervención estatal en las familias españolas sin que realmente se haya dado una situación de desamparo. De este modo se impide alcanzar un modelo de sociedad civilizada y responsable con el objetivo de que sean los ciudadanos dentro de su núcleo familiar o social quienes se ocupen responsablemente del bienestar y el desarrollo de sus miembros más pequeños, debiendo quedar el Estado, en virtud del principio de subsidiariedad, relegado a resolver aquellos casos más graves en que se demuestra una evidente incapacidad de las familias para abordar la protección de sus niños.

La modalidad del acogimiento, definida en el artículo 173 bis 2 CC, carece de sentido cuando el acogimiento se realiza en familia extensa, aunque el Código Civil las incluya también para este tipo de acogimiento³³³. La razón para ello es que el acogedor se habrá ofrecido altruistamente para ayudar a su familia hasta que se solucionen los problemas que provocaron la separación³³⁴, con independencia del tiempo que se invierta en conseguirlo³³⁵. Incluso aunque pueda haber ciertos ajustes que realizar en la relación de acogida, el acogedor estará deseoso de que el niño regrese junto a sus padres y lo facilitará cuando pueda ser beneficioso para el niño³³⁶. Por el contrario, si el retorno del niño a la convivencia con sus padres es inviable, incluso a largo plazo, es posible que el

(Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, Boletín número 17, Datos 2014, *Observatorio de la Infancia*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, p. 29).

³³¹ “El total de acogimientos residenciales a 31 de diciembre sufrió un ligero incremento (de 13.401 en 2013 a 13.563 en 2014), rompiendo la tendencia descendente de los años anteriores.” (*Ibidem.*, p. 18).

³³² *Vid.* AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 209.

³³³ “Uno de los problemas es que la modalidad de familia extensa (al contrario que en la familia ajena) lo más habitual es que el rol de acogedor no ha sido planificado: los familiares empiezan a acoger al niño para reforzar la vinculación con la familia o por obligación, ya que no quieren que el niño la niña vaya a vivir con desconocidos. De hecho, el acogimiento en familia extensa se lleva a cabo como parte de la percepción del rol, ya que se trata de mantener al niño unido a la familia y no disgregado de ella, lo que no ocurre en el caso de la familia ajena.” (*Ibidem.*, p. 214).

³³⁴ “Es una buena opción mantener al niño en contacto con su familia, en un contexto donde es conocido y querido, y en el que la probabilidad de mantener contacto con los padres queda facilitada.” (*Ibidem.* p. 209).

³³⁵ “Los profesionales del sistema de protección, normalmente, toman en consideración a todas las personas que mantengan lazos afectivos significativos con el niño o la niña y que, a la vez, puedan ofrecer un apoyo al menor y a la familia biológica.” (*Ibidem.*, p. 217).

³³⁶ “Los roles de los acogedores en familia extensa se complican, además, porque de por medio están las relaciones con los padres de los niños. Acogedores y padres pueden percibirse como competidores entre sí, con sentimientos de culpabilidad y desconcierto, en los unos, por pensar que al acoger al niño están contribuyendo a la separación familiar; en los otros, por sentirse culpables y desconcertados ante la salida del niño de su hogar.” (*Ibidem.*, p. 214).

acogedor mantenga su compromiso de acogimiento³³⁷, ampliable, quizás, a la constitución de tutela ordinaria.

Desde luego, ha de ser un objetivo que todo niño se mantenga en su familia con independencia del formato jurídico que se adopte para lograrlo. Incluso, es importante considerar que el acogedor en familia extensa pueda ser una persona del círculo cercano del niño aunque que no tenga lazos consanguíneos con él, siempre y cuando su relación afectiva sea estrecha, de manera que se aproveche la ocasión de un acogimiento exitoso³³⁸.

Pese a las bondades del acogimiento en familia extensa, la jurisprudencia muestra que esta familia no siempre es la que prevalece frente a la familia ajena, aunque todos los casos, que se analizarán posteriormente, son de la etapa en que el acogimiento en familia extensa no estaba regulado legalmente, por lo que no puede decirse que existiese irregularidad alguna en las citadas sentencias. Ahora bien, tras las leyes del año 2015, cualquier acto administrativo que establezca una guarda con fines de adopción en familia ajena, existiendo la posibilidad de establecer un tutor de la familia extensa (en virtud del artículo 172.4 CC), habrá de calificarse de ilegal, puesto que la prioridad que se otorga a la familia extensa, en atención al ISN, es indiscutible en las citadas leyes; incluso cuando se considere imposible el retorno a la familia nuclear.

d) *El acogimiento en familia ajena*

El acogimiento en familia ajena es aquel que se desarrolla en una familia que no tiene, en un principio, lazos familiares ni afectivos con el niño en acogida, es decir, es una familia

³³⁷ “Los niños que están en acogimiento en familia extensa tienden a volver a los servicios de protección en un porcentaje menor que los acogidos en familia ajena. Parte de este éxito, según Holman (1975), puede deberse a la actitud más inclusiva de los acogedores, al hecho de no tener que competir con otros niños de la misma edad y sexo, o a la mayor edad de los acogedores.” (*Ibidem.* p. 209).

³³⁸ “Cualquier familiar de sangre o familiar político de la red familiar de los padres biológicos puede ser considerado un acogedor en familia extensa. Hay culturas en las que ciertos miembros de la red social no familiar tienen lazos tan fuertes como con miembros de la familia, que ésta los considera como familiares. En tales casos, lo que realmente importa no son los familiares legales, sino los familiares afectivos. Por este motivo, de cara a encontrar para un niño o una niña acogedores en familia extensa, los profesionales del sistema de protección, normalmente, toman en consideración a todas las personas que mantengan lazos afectivos significativos con el niño o la niña y que, a la vez, puedan ofrecer un apoyo al menor ya la familia biológica.” (*Ibidem.*, p. 217).

desconocida para el niño³³⁹. La Ley 21/1987 en la que se reguló el acogimiento por primera vez pretendió *dotar de un contenido jurídico, de carácter esencialmente personal a la relación que se crea entre el menor y la persona o personas a quienes se le confía, no olvidando los derechos de los padres por naturaleza*³⁴⁰, lo cual es especialmente relevante en el acogimiento en familia ajena, pues el parentesco existente en el acogimiento en familia extensa ya implica, de por sí, un contenido jurídico. Sin embargo, la práctica administrativa y judicial demuestra que el acogimiento no tiene ningún reconocimiento jurídico, a pesar de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la legitimación de los acogedores en defensa de los intereses de los niños en acogimiento y los suyos propios³⁴¹.

En el acogimiento en familia ajena adquieren plena relevancia las distintas modalidades de acogimiento reguladas en el artículo 173 bis 2 CC. El artículo 173 bis se introdujo en el Código Civil con la en la LOPJM con el objetivo de hacer frente a la necesidad del acogimiento familiar distinguiendo modalidades en función de la finalidad³⁴². Así, la introducción del artículo 173 bis CC pretendía subsanar los problemas que se habían encontrado en la aplicación de la ley previa 21/1987 que se deduce del texto destacado en la exposición de motivos: *Con ello, se subsanan las insuficiencias de que adolecía el artículo 173.1 del Código Civil diferenciando entre los distintos tipos de acogimiento en función de que la situación de la familia pueda mejorar y que el retorno del menor no implique riesgos para éste, que las circunstancias aconsejen que se constituya con carácter permanente, o que convenga constituirlo con carácter preadoptivo*. El texto no es muy concreto porque no especifica cuáles eran las insuficiencias del artículo 173.1 CC, aunque yendo a otro punto de la exposición de motivos de la LOPJM se aprecia que: *Hasta ahora, la legislación concebía el acogimiento como una situación temporal y por tanto la regulación del mismo no hacía distinciones respecto a las distintas circunstancias en que podía encontrarse el menor, dando siempre a la familia acogedora una autonomía limitada en cuanto al cuidado del*

³³⁹ “En esta modalidad [acogimiento en familia ajena] el menor es asignado a la persona o familia que, sin tener ningún vínculo familiar con aquél, han presentado solicitud de acogimiento y han obtenido informe favorable del equipo técnico competente en el proceso de selección” (EGEA, “El acogimiento simple” en ESPIAU y VAQUER (editores), *Protección de Menores, Acogimiento y Adopción*, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 1999, p. 98).

³⁴⁰ *Vid.* Preámbulo de la Ley 21/1987.

³⁴¹ *Vid.* sentencias TC 124/2002 de 20 de mayo y TC 221/2002 de 25 de noviembre.

³⁴² *Vid.* Disposición final séptima de la LOPJM de 1996.

menor. Una reflexión que actualmente se está haciendo en muchos países es si las instituciones jurídicas de protección de menores dan respuesta a la diversidad de situaciones de desprotección en la que éstos se encuentran. La respuesta es que tanto la diversificación de instituciones jurídicas como la flexibilización de las prácticas profesionales, son indispensables para mejorar cualitativamente los sistemas de protección a la infancia. Esta Ley opta en esta dirección, flexibilizando la acogida familiar y adecuando el marco de relaciones entre los acogedores y el menor acogido en función de la estabilidad de la acogida.

La introducción del artículo 173 bis CC delimita la expectativa que la familia de acogida puede albergar en su relación con el niño acogido en virtud de la modalidad del acogimiento. No se puede negar que esta cuestión es ciertamente importante, pero no es menos cierto que la experiencia ha demostrado que la expectativa que una familia de acogida y un niño en acogimiento tienen respecto de la continuidad de su relación no depende de una modalidad de acogimiento establecida mediante una formalidad rígida y estática, sino de la realidad que están viviendo ese grupo de personas (acogedores, acogidos y su familia biológica) y de la satisfacción y estabilidad de la convivencia y la relación entre ellos, que no siempre se corresponde a lo establecido formalmente, salvo que la modificación de la modalidad del acogimiento se vaya adaptando a las circunstancias cambiantes del niño, especialmente en lo que respecta a su familia biológica. Para ello, resulta imprescindible que no se prescinda de la perspectiva del niño y de los criterios a considerar de su interés superior, siendo preponderante el aspecto afectivo y las nuevas relaciones con la familia de acogida.

Por otro lado, durante la vigencia de la LOPJM de 1996, el acogimiento, cualquiera que fuese su modalidad, se consideró por la jurisprudencia una situación temporal, pues el retorno a la familia de origen es un derecho del niño que un formalismo administrativo no puede impedir. Con ello cabe destacar el fracaso de las modalidades de acogimiento en el logro del objetivo para el que fueron ideadas. Además de ello, induce a engaño, el hecho de que la ley insinúe que un acogimiento puede no ser temporal. Lamentablemente, la reforma legislativa obrada por la LSPIA no ha planteado la eliminación de las modalidades de acogimiento. Pese a ello, la ley ha resuelto el problema de la disponibilidad de familias en cualquier momento en que se produzca el desamparo de un niño con la nueva modalidad que ha añadido.

En la actualidad, la ley distingue tres modalidades de acogimiento familiar. La primera responde al acogimiento familiar de urgencia³⁴³ que ha sido introducido por la LSPIA, aunque anteriormente se venía practicando bien por las familias de acogida simple o temporal, bien por familias especialmente preparadas para acogimiento de urgencia. Esta modalidad de acogimiento está destinada *principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.*

La segunda modalidad corresponde al acogimiento familiar simple que, tras la modificación del artículo 173 bis CC mediante la LSPIA, se identifica con el acogimiento familiar denominado temporal y que es *para aquellas situaciones en las que se prevé el retorno del niño o la niña a su hogar o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción*³⁴⁴. Resulta patente que no se piensa en la tutela ordinaria como una medida más estable que el acogimiento, pese a que lo es, ni se piensa en la guarda o tutela administrativa como una medida subsidiaria, aunque lo debería ser.

La tercera modalidad es el acogimiento permanente³⁴⁵ que se estableció inicialmente con una redacción ambigua e indeterminada que dejaba a merced del criterio

³⁴³ “Triseliotis (1995) ha distinguido tres subtipos de este tipo de acogimiento: el de respiro, utilizado para dar descansos breves a padres que crían a sus hijos en condiciones particularmente estresantes y agotadoras; el de urgencia, utilizado durante tiempos muy breves para atender a niños y niñas que proceden de situaciones de riesgo a los que en ese momento no se puede atender en servicios más estables (por ejemplo, porque es fin de semana y esos servicios están cerrados); y, en tercer lugar, el de corta duración, usado durante hasta tres meses para situaciones de crisis familiar (hospitalización, encarcelamiento) o cuando hay que llevar a cabo una valoración de la familia.

[...]

Entre nosotros, el acogimiento de urgencia o de urgencia-diagnóstico se ha implantado con unas características en parte relacionadas con dos de los tipos descritos por Triseliotis (1995). En nuestro contexto, este tipo de acogimiento trata de evitar la institucionalización de niños y niñas de corta edad que deben ser separados de sus padres de forma inmediata y de cuyas circunstancias se conoce muy poco. En estos casos, los objetivos básicos a cumplir son tres: proteger al niño o a la niña situándolos en un contexto seguro, evitar su institucionalización proporcionándoles una familia de acogida y disponer de unos meses para llevar a cabo un diagnóstico de la situación y de sus posibilidades.” (AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, pp. 196, 198).

³⁴⁴ “La Fundación La Caixa puso en marcha en 1997 un programa llamado «Familias canguro» que [...] ayuda a resolver el problema de muchos niños y niñas que deben ser separados de sus familias, para los cuales se considera inadecuado vivir en instituciones de protección y para los que además no es posible plantearse la adopción, ya que no se dan en ellos circunstancias que lleven a una ruptura definitiva con su familia de origen, sino que, por el contrario, dicha familia es una de las opciones de futuro.” (*Ibidem.*, p. 72).

³⁴⁵ “Son acogimientos que se caracterizan por que el retorno no es posible o deseable, al tiempo que la adopción no resulta posible o aconsejable. Suelen durar hasta la mayoría de edad o hasta que se encuentre una opción más adecuada para el niño y la niña. Son acogimientos que en ocasiones están

de la Entidad Pública el hecho de establecer dicho acogimiento, ya que no se concretaba cuáles eran las circunstancias del niño que pudieran aconsejarlo³⁴⁶. Actualmente, tras la modificación de la LSPIA, el acogimiento familiar permanente *se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen*. Parece que este tipo de acogimiento se aconseja cuando la situación de la familia de origen del niño no llega a mejorar pese a la prolongación de la ayuda, por lo que resulta conveniente estabilizar la situación familiar del niño que podría hacerse mediante la tutela ordinaria que no requiere intervención administrativa.

En la LOPJM original se introdujo también el acogimiento preadoptivo³⁴⁷, que ha sido eliminado por la LSPIA, el cual resulta importante considerar puesto que fue causa de múltiples controversias en sede judicial, al no estar resuelta completamente la cuestión del retorno del niño a la familia de origen, aunque administrativamente se hubiese decidido la adopción por la familia de acogida.

El acogimiento de urgencia actualmente regulado en la ley parece que ha de ser la opción a tomar en el momento que se denuncie el posible desamparo del niño y se establezca la guarda provisional. Además de esta modalidad que garantiza que existan familias que, en un momento dado, puedan estar preparadas para recibir a un niño o varios hermanos en acogimiento, convendría que existiese otra modalidad para un acogimiento a más largo plazo. Ahora bien, a la vista de las experiencias pasadas cabe prever una serie de dificultades provocadas por la discrecionalidad de las Entidades Públicas en la toma de decisiones que, de producirse, incidirán negativamente en el ISN. En primer lugar, puesto que la ley no obliga a establecer este acogimiento para mayores de seis años, es posible que éstos ingresen en centros de primera acogida. Otra objeción sobre esta modalidad proviene de la ausencia de referencia alguna al establecimiento de visitas con la familia de origen, que convendría que fuese obligatoria. Una última crítica proviene de la duración del acogimiento, pues seis meses es un tiempo excesivo tanto para realizar la investigación necesaria, como para que al niño se le imponga un cambio a

condicionados por la edad, las características especiales del niño y la niña, la existencia de referentes familiares, etcétera. En ocasiones, suele ser una alternativa a la adopción.” (*Ibidem.*, p. 84).

³⁴⁶ Vid. Disposición final séptima de la LOPJM de 1996.

³⁴⁷ Vid. AMORÓS y PALACIOS, *op.cit.*, pp. 84.

otra familia de acogida transcurrido ese tiempo, pues nada hace pensar que las familias de urgencia se vayan a considerar adecuadas para el acogimiento a más largo plazo³⁴⁸. Por ello, convendría que los acogimientos de urgencia no durasen más de dos semanas, tiempo suficiente para valorar a posibles personas de la familia extensa y averiguar los hechos que desencadenaron el desamparo. Además, debería exigirse que las condiciones del niño no cambiaran excesivamente, es decir, que mantuviese el mismo colegio y sus otras rutinas, excepto las de convivencia. De este modo, el niño viviría la separación familiar como si hubiese estado en un campamento o un viaje escolar. Transcurrido ese tiempo, si se considera oportuno mantener la tutela administrativa del niño temporalmente, convendría que se mantuviese el acogimiento con la misma familia, si ésta está conforme, cambiando la modalidad al acogimiento de más largo plazo. Si la familia de urgencia no quisiese continuar el acogimiento, el niño irá a un acogimiento a largo plazo en otra familia dispuesta a ello.

Por tanto, un niño que entra por primera vez en contacto con el servicio de protección de la infancia requiere un acogimiento de urgencia con visitas diarias sin que sea conveniente dejar al arbitrio de la Entidad la posibilidad de establecer ningún otro tipo de acogimiento, ni tampoco la decisión de mantener contactos entre el niño y su familia, que siempre deberían contemplarse ante tal situación. Lo que es irrelevante a efectos del niño y su familia es que se le considere desamparado o bajo “guarda provisional” pues la diferencia entre una situación y otra responde a una cuestión conceptual que, incluso, podría modificarse sin perjuicio alguno para el ISN. Manteniendo las modalidades de acogimiento, se mantiene la posibilidad de que las Entidades Públicas formalicen acogimientos de una modalidad que, de hecho, tienen características de acogimiento de otra modalidad. En el pasado, se dieron casos en que se formalizaron acogimientos de modalidad temporal cuando el niño era adoptable y no mantenía ninguna relación con ningún miembro de su familia de origen y también al contrario, se formalizaron acogimientos preadoptivos cuando el niño tenía posibilidades de retornar a su familia biológica. Así se demuestra la inutilidad de establecer modalidades de acogimiento en función de unas características ambiguas de

³⁴⁸ “Un aspecto muy importante para la utilización de estos acogimientos es respetar al máximo el tiempo de permanencia de los niños en esta situación de urgencia, siendo aconsejable un período de tres meses y no sobrepasar los seis meses. En los casos en que el niño o la niña no pueda retornar a su familia, debe disponerse de familias de acogida o adoptivas para ofrecer una continuidad del acogimiento a medio o largo plazo.” (AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 81).

provisionalidad, transitoriedad, estabilidad o grados de desprotección de las cuales se desconoce su estado real y su posible evolución, con lo que la probabilidad de error es elevada. Esto provocó en los niños situaciones muy dolorosas y problemas mucho más graves que los que se producían antes de distinguir las distintas modalidades, motivo por el cual sería deseable mantener, en el artículo 173 bis CC, solo el acogimiento de urgencia y un acogimiento más a largo plazo sin fecha de finalización, con las obligaciones que impone el artículo 173 CC en que, además, convendría dejar establecido el régimen de visitas con la familia de origen. El principal problema que ha presentado el artículo 173 bis CC en el pasado es que no ha impedido una interpretación tergiversada sobre el modo de actuar ante un cambio de circunstancias del niño, cuestión que fue objeto de especial atención en la Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines³⁴⁹ que se llevó a término en el año 2010. Al respecto, sorprende que no haya despertado el interés del legislador, por lo que el problema persistirá con la nueva redacción de la ley al no haber sido modificada oportunamente para evitarlo, además de que permitirá que las distintas CCAA sigan actuando de forma descoordinada³⁵⁰.

e) *La guarda con fines de adopción*

La LSPIA parece desvelar que la intención del legislador es que la familia seleccionada para la adopción no se considere familia de acogida por lo que ha transformado lo que antes era el acogimiento preadoptivo en la “guarda con fines de adopción”³⁵¹. Esta

³⁴⁹ “En caso de acogimiento o adopción nos hemos encontrado casos en los que la familia de urgencia quiere ser la adoptiva o la acogedora simple y la Administración opta por separarlos. Esta medida la podemos entender cuando la Administración cumple los plazos de estudio, pero cuando la Administración está un año o dos estudiando y no seis meses, se debe tener en cuenta a la familia que lo ha acogido en urgencia (*Vid. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, BOCG, IX Legislatura, 2010, p. 36, http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/89.pdf, [consultada el 7 de octubre de 2016]).

³⁵⁰ “conviene reparar en la ausencia de regulación en la nueva normativa de una cuestión [...] de indudable importancia práctica, como es la posible modificación del acogimiento familiar por alteración de las circunstancias, contemplada, sin embargo, en la normativa autonómica de protección de menores. Y es que, a mi juicio, hubiera resultado muy adecuado que el legislador estatal ya no sólo hubiera previsto esta contingencia, sino que, además, hubiese articulado un procedimiento *ad hoc* con audiencia tanto de los acogedores como del menor acogido.” (LÓPEZ AZCONA, *op. cit.*, p. 42).

³⁵¹ “No obstante, a mi modo de ver se trata más bien de un cambio meramente terminológico, ya que lo cierto es que no se aprecian importantes divergencias de contenido entre ambas figuras y, de hecho, se hace extensivo a los guardadores con fines de adopción el estatuto de los acogedores familiares (art. 176 bis.1.2 Cc en relación con el art. 20 bis LOPJM). Ello con una salvedad atinente al derecho del menor a

distinción se ha plasmado en la ley, de tal manera que, por un lado, el artículo 20 bis 1 g) LOPJM proclama que el acogedor tiene derecho a “ejercer todos los derechos inherentes a la guarda” y, por otro lado, el artículo 176 bis 1 CC proclama que “los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares”. Si se toma en cuenta esta información todo parece indicar que los derechos de ambos son idénticos. Sin embargo, se observan diferencias entre ellos en otros puntos de la ley. Una de ellas se encuentra en el artículo 176.2 CC, en que al guardador se le reconoce capacidad para solicitar la adopción del niño cuando lleva más de un año bajo su guarda, mientras que no así al acogedor, con independencia de la situación del niño que puede llevar largo tiempo en acogimiento y ser adoptable, como ha ocurrido frecuentemente en el pasado. Con ello, existe clara discriminación de los derechos de los niños bajo medidas de protección, siendo que a unos se les permite “permanecer en su familia” y a otros no, en virtud de una situación jurídico-administrativa que el niño no puede comprender. Existen otras diferencias que no son de especial relevancia para lo que aquí interesa, pues obedecen meramente a cuestiones formales³⁵².

Respecto del acogimiento, la jurisprudencia ha proclamado que ninguna de sus modalidades supone una medida estable por lo que la “guarda con fines de adopción”

relacionarse con su familia de origen que aquí, como regla, debe suspender la Entidad Pública cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva, salvo que convenga otra cosa al interés del menor o se den las circunstancias de la adopción abierta (art. 176 bis.2 Cc)” (*Ibidem.*, p. 61).

“No hay razón alguna para sustituir el acogimiento preadoptivo por esta nueva guarda con fines de adopción” (CABEDO, “La reforma...”, *op. cit.*, p. 197).

Si bien los dos autores citados no encuentran diferencias significativas entre la figura del “acogimiento preadoptivo” y la “guarda con fines de adopción” hay que reparar en que el anteproyecto de ley de protección de la infancia (*Vid.* http://observatorio.icam.es/docs/Anteproy_LeyProteccionInfancia.pdf [consultada el 18 de septiembre de 2014]) pretendía que los acogedores no pudiesen oponerse a las resoluciones de las entidades públicas, como se desprende del artículo 780 LEC redactado en el citado documento, permitiendo la oposición solo a los guardadores. Esa era la diferencia esencial que, posteriormente hubo de ser rectificada por algún motivo, por lo que se han mantenido dos figuras jurídicas con escasas diferencias. Ello corrobora la idea de que el acogedor se quiere mantener como una figura de uso administrativo sin autonomía para decidir.

³⁵² Otra previsión coincidente con el acogimiento familiar radica en que esta guarda delegada debe formalizarse mediante resolución administrativa, reconociéndose un mero derecho de audiencia -que no consentimiento, a diferencia del acogimiento familiar- a los adoptantes y al menor mayor de doce años o con suficiente madurez. Por su parte, los progenitores o, en su caso, el tutor ordinario, al igual que en el acogimiento familiar, sólo tienen derecho a que se les notifique la formalización de dicha guarda y ello siempre que no estén privados de la patria potestad o -entiéndase- removido de la tutela (art. 176 bis.1, 2ª parte Cc).

Se prescinde, sin embargo, de la necesaria notificación de la resolución administrativa al Ministerio Fiscal, presente en el acogimiento familiar *ex* art. 172 ter.1.3 Cc, lo que no deja de revelar una cierta falta de concordancia entre ambos preceptos y más aún cuando esta omisión fue advertida en fase de Anteproyecto por el Consejo de Estado, pero no subsanada ulteriormente” (LÓPEZ AZCONA, *op. cit.*, pp. 61, 62).

tampoco lo será³⁵³. Por tanto, los conflictos que se produjeron en el pasado respecto a la posibilidad de retorno a la familia de origen seguirán produciéndose, aunque se resolverán con más facilidad pues el asentimiento a la adopción de los progenitores no será necesario bastando que haya habido declaración de desamparo. De hecho, por coherencia con los demás preceptos legales establecidos si se dicta una resolución de desamparo sobre un niño, la modalidad de guarda que le corresponde es la de “guarda con fines de adopción”, pues el acogimiento está pensado para situaciones de guarda voluntaria, además de que no tiene sentido dilatar el proceso de adopción que se puede iniciar inmediatamente con plenas garantías de llegarse a culminar. Así, cabe preguntarse si la voluntad del legislador es que a los niños declarados en desamparo no se les de oportunidad de retornar a su entorno de origen, ni de ser acogidos en su familia extensa, con lo que se puede eliminar el artículo 172.2 CC, pues será en el proceso de adopción donde los padres podrán prestar oposición y ser oídos. A pesar de ello, aunque esta actuación parece la planteada en la legislación, nada obliga a una Entidad Pública a actuar de ese modo, al no existir un protocolo de directrices administrativas que guíen la actuación de la Entidad Pública, por lo que ésta puede hacer deambular al niño por distintas familias de acogida antes de la adopción, tal como ocurrió con la legislación anterior³⁵⁴.

Una cuestión que, predeciblemente, será un foco de problemas es el modo en que la Entidad Pública asignará la “guarda con fines de adopción” en virtud del artículo 176 bis 1 CC, cuando un niño se encuentre en acogimiento en familia ajena. En este caso, si se declara el desamparo del niño y el acogedor reúne los requisitos para adoptar, por aplicación del artículo 176 bis 1º CC, la Entidad Pública puede formalizar la “guarda con fines de adopción” del acogedor. Si el acogedor no reúne los requisitos para adoptar, procede el establecimiento de la “tutela ordinaria” como medida de protección familiar más estable para el niño. Si bien no existe obligatoriedad para la Entidad Pública de establecer la guarda con fines de adopción o la tutela ordinaria, la imposibilidad de un cese de acogimiento satisfactorio que el acogedor desea mantener, no permite otra actuación, pues el cese de acogimiento por obligación administrativa no salvaguardaría el

³⁵³ Las sentencias TC 124/2002 de 20 de mayo y TS 565/2009 de 31 de julio muestran que los acogimientos de modalidad preadoptiva no eran medidas de protección estables, pues no impidieron que se estudiase la posibilidad de “recuperación” del entorno familiar de origen en respuesta al ISN.

³⁵⁴ *Vid.* sentencia de la sección 6ª de la AP de Alicante 203/2014 de 24 de septiembre, en que la niña del caso estuvo en tres familias de acogida, una temporal, una permanente y una preadoptiva.

interés del niño, vulnerando el artículo 173.4 b) CC. Desde un punto de vista semántico, cuando un niño en acogimiento a causa de una guarda voluntaria es declarado en desamparo respecto de su familia de origen (no respecto del acogedor), no cabe sino reconocer que la guarda en acogimiento se convierte automáticamente en “guarda con fines de adopción”. A este hecho habría que otorgarle una relevancia jurídica y constitucional que hasta ahora no se ha reconocido por los altos tribunales españoles, al no haberse pronunciado nunca respecto de esa cuestión. Sin embargo, sí lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, declarando que se vulnera el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del CEDH en el rechazo de la solicitud de adopción formulada por los acogedores respecto al niño que tenían acogido provisionalmente³⁵⁵, lo cual vendría a ser equivalente a la vulneración del artículo 18.1 CE en el ámbito del derecho español.

Es indudable que el objetivo del artículo 176 bis CC es que el niño sea adoptado por los guardadores que se le asignen en virtud de este precepto, ahora bien el requisito que se exige para establecer este tipo de guarda es que el niño haya sido “declarado en situación de desamparo” que ha sustituido al antiguo requisito para constituir el acogimiento preadoptivo, contenido en el artículo 173 bis 3º CC (según la redacción previa a la LSPIA), en que se exigía que el niño se encontrase en “situación jurídica adecuada para su adopción”. En realidad, el artículo 176 bis CC es coherente con el argumento sobre el requisito de “incursión en causa de privación de la patria potestad” de los progenitores, que luego se verá, pues en el momento del desamparo de un niño, sus padres estarán incurso en causa de privación y podrá ser dado en guarda con fines de adopción y elevarse su adopción al juzgado inmediatamente. Ante esta situación, el acogimiento familiar será únicamente para las situaciones de guarda voluntaria o provisional, mientras que el desamparo provocará directamente la adopción del niño. Todo ello permite predecir que los padres aceptarán que sus hijos estén en guarda voluntaria y después de dos años serán adoptados, al pasar a situación de desamparo, pues la deriva de la ley parece apuntar en este sentido, con el inconveniente de que la guarda voluntaria no se puede recurrir ante la jurisdicción civil, pues obviamente, una persona no puede recurrir sus propias decisiones. Existe aun un inconveniente y es que el niño que se encuentra en acogimiento por aplicación del artículo 172 bis 1 CC, no

³⁵⁵ Vid. sentencia TEDH de 27 de abril de 2010 (rec. 16318/2007), caso Moretti y Benedetti contra Italia.

conviene que pueda ser declarado en desamparo ya que su situación no se ajusta a la que expone el artículo 172.1 CC al no encontrarse privado de asistencia ni moral ni material y sí hallarse bajo el “adecuado ejercicio de los deberes de protección” que la ley exige, si bien no por los padres sino por los acogedores. Ahora bien, ese niño debería pasar a la tutela administrativa, tal como correspondería al artículo 18.2 b) LOPJM, manteniendo el acogimiento con la familia en la que ya convivía bajo la guarda administrativa. Fuera de estas previsiones convendría que no se permitiese mayor discrecionalidad a las Entidades Públicas que pudiese incidir en la ruptura de relaciones convivenciales satisfactorias para los niños y que, eventualmente, los adultos no deseen interrumpir.

1.3.2. Objetivos de la guarda o tutela administrativa

El objetivo principal de la guarda o tutela administrativa es que el niño disponga de una familia alternativa que haga frente a su necesidad de protección cuando su familia de origen no puede o no quiere hacerlo. Esta nueva familia debe atender a las necesidades del niño del mismo modo que lo haría si fuese un hijo propio, ya que la mayoría de las necesidades de un niño que se encuentra en el sistema de protección infantil son exactamente iguales a las de cualquier niño que crece bajo el correcto ejercicio de la patria potestad de sus progenitores. Sin embargo, es necesario referirse a algunas de esas necesidades del niño tutelado por su especial vulnerabilidad y peligro de que no puedan ser adecuadamente respetadas, como son la de disponer de un contexto familiar que además sea estable y con buena dinámica familiar, evitando el acogimiento residencial. A su vez, es necesario minimizar los riesgos de los cambios de contexto familiar o convivencial, impidiendo la acumulación de rupturas, respetando las relaciones con los hermanos, especialmente la convivencia. Estas tres características que se cumplen en aquellos niños bajo la patria potestad de sus padres, no son tan evidentes para los niños usuarios del sistema de protección, por lo que requieren de una especial mención. Además, existen otras necesidades que son específicas de este tipo de niños, y que inciden en su interés superior, tales como la de tomar decisiones con prontitud conforme al principio de celeridad, de acuerdo a las opciones disponibles y a los derechos de los niños. De estas cuestiones, tres de ellas han sido recogidas por los criterios ponderativos del ISN en la legislación vigente, mientras que la convivencia con los hermanos está presente en el artículo 172 CC.

a) *Primacía del acogimiento familiar frente al residencial*

La necesidad que tiene un niño tutelado administrativamente de un contexto familiar estable y con buena dinámica familiar es común a la necesidad que tiene cualquier otro niño. Sin embargo, la inestabilidad familiar es, a veces, una consecuencia de las acciones administrativas del sistema de protección que no solo no ofrece opciones estables, sino que cambia las decisiones de asignación de familias a los niños con criterios que no respetan el ISN.

A propósito de la estabilidad familiar dicen AMORÓS y PALACIOS³⁵⁶ que *siendo la estabilidad en las relaciones familiares muy deseable, el acogimiento familiar nos sitúa a veces precisamente ante situaciones en las que no es posible, pues, [...], existen tipos de acogimiento que vienen definidos por su provisionalidad y, en algunos casos, por su corta duración. Sin embargo, el acogimiento no es una mala opción si la alternativa es la permanencia del niño o la niña en una situación de grave riesgo en su núcleo familiar, o su paso por una institución.* Hay que matizar que esta cita contiene un error de concepto, porque en realidad toda situación de acogimiento es provisional, lo cual no siempre quiere decir que la convivencia familiar en acogimiento sea inestable. De hecho, la guarda con fines de adopción es tan provisional como cualquier tipo de acogimiento y lo que lo distingue de ellos es la finalidad que, en el primer caso, es la de constituir la adopción. El problema se plantea cuando se establece un acogimiento con finalidad adoptiva o bien cuando el niño alcanza la condición de adoptable estando en acogimiento cualquiera que sea su modalidad.

No cabe la menor duda de que la estabilidad familiar, que cualquier niño encuentra en su familia, es una condición importante y necesaria para un niño. La idea de estabilidad es equivalente a la “ausencia de cambios”, en consecuencia, puede decirse que los procedimientos administrativos fundamentados en la “capacidad de adaptación” de un niño a nuevas situaciones convivenciales, tal como un “cambio de familia” innecesario o un internamiento en centro, son contrarios al logro de un objetivo básico de protección y, por tanto, un fracaso a la hora de hacer frente a una de las necesidades fundamentales de un niño: su estabilidad familiar. Por este motivo, este tipo de procedimientos no están escritos en ningún manual de intervención administrativa, son

³⁵⁶ Vid. AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 57.

simplemente procedimientos que se aplican, cuyos objetivos se destapan cuando llegan a sede judicial y permanecen ocultos, en caso contrario, o bajo la tímida queja de los usuarios adultos que se atreven a discrepar en los foros de Internet³⁵⁷. Según BARUDY³⁵⁸, que reconoce que *los múltiples cambios de lugar de los niños se deciden por razones administrativas, sin preocuparse mucho de sus necesidades ni de una continuidad de vínculos afectivos significativos para construir su identidad*, esta disfunción de los sistemas de protección es conocida por los investigadores, sin que haya tenido ninguna repercusión a nivel judicial que ponga fin a prácticas tan dañinas y perjudiciales para los niños. Estos procedimientos son los que BARUDY y DANTAGNAN³⁵⁹ llaman *intervenciones de protección infantil intempestivas e incoherentes que transforman el sufrimiento en un trauma* con la particularidad de que los autores citados consideran “sufrimiento” a los malos tratos infringidos a un niño en el entorno familiar, indicando que las acciones administrativas lejos de paliar el sufrimiento, lo agravan.

En sentido contrario, existe inestabilidad cuando hay posibilidades razonables de cambios en el contexto familiar, que no siempre son negativos, pues suelen producirse para hacer frente a los derechos fundamentales de los niños, como es el caso del retorno a su familia de origen. En cualquier otro caso, la inestabilidad es negativa pues para un niño existe el derecho de “permanecer en su familia”, entendida ésta como aquella que hace frente a la parentalidad social, sea cual sea el calificativo que se otorgue a la familia en la que convive.

En la actualidad, la LOPJM establece en el artículo 2.3 c) y 2.3 d) como criterios ponderativos del ISN que, *en caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial y la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad*. Si bien parece que la ley apunta en el sentido correcto, cabe sospechar que dicho criterio ponderativo pretende evitar el retorno del niño a su familia de origen para favorecer la adopción, pues, como se verá más adelante, tanto las decisiones

³⁵⁷ Vid. Denuncia de maltrato institucional, (actualizado el 7 de marzo de 2010), Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=o99ra2wpiq0> [consultada el 17 de septiembre de 2014].

³⁵⁸ Vid., BARUDY, “Las necesidades infantiles”, *op. cit.*, p. 65.

³⁵⁹ Vid., BARUDY y DANTAGNAN, “Un apoyo terapéutico basado en el buen trato y el apoyo a la resiliencia”, en BARUDY y DANTAGNAN, *op. cit.*, p. 226.

administrativas como la jurisprudencia del Tribunal Supremo se dirigen a este objetivo, siendo una condición insuficiente para evitar que un niño deambule por distintas familias de acogida antes de alcanzar estabilidad jurídica, ya que no es una norma imperativa.

b) *Minimización de los riesgos de los cambios*

Minimizar los riesgos de los cambios es un criterio ponderativo del ISN recogido en el artículo 2.3 d) LOPJM. Tal como expresan AMORÓS y PALACIOS³⁶⁰, *estrechamente relacionada con el argumento de la estabilidad está la necesidad de evitar a los niños y las niñas a los que atiende el sistema de protección una sucesión de rupturas negativas, es decir, no de aquellas en que un niño sale de un entorno familiar provisional favorable para pasar a otro igualmente favorable pero más estable, sino del tipo de ruptura que procede del fracaso de las relaciones anteriores*. Ante todo, cabe decir que pasar de un entorno familiar a otro no produce estabilidad, sino todo lo contrario, en atención al significado literal del vocablo. Además, para un niño perder la familia en la que está integrado supone el mayor foco de inestabilidad y daño³⁶¹. En realidad, lo que hay que evitar es que las relaciones fracasen y provoquen una ruptura por lo que, con mucho más motivo, será necesario evitar rupturas que proceden de relaciones exitosas, como puede ser las que se alcanzan en cualquier relación de acogimiento. La necesidad fundamental de evitar rupturas no es específica de un niño usuario del sistema de protección, sino que lo es también de cualquier otro niño. Sin embargo, la vida de un niño bajo una relación de acogimiento puede discurrir por varias alternativas que, para respetar su interés superior, deben plantearse en este orden:

- 1.^a el retorno a su entorno de origen (familia que le ofrece estabilidad), ya que esto supone un derecho del niño.
- 2.^a ante la imposibilidad de retornar a su entorno de origen, permanecer en acogimiento familiar, en aplicación de la doctrina de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio.

³⁶⁰ Vid. AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 58.

³⁶¹ “Tanto las pérdidas significativas de su mundo afectivo –un padre protector, una madre incondicional y emocionalmente disponible– como su falsa expectativa de ser cuidado y protegido por ellos y/o por otros que le han conocido, llevan a convencerle [al niño] de que no necesita a nadie o que no puede confiar en nadie.” (DANTAGNAN, “Manifestaciones del sufrimiento infantil por malos tratos: aspectos clínicos y terapéuticos” en BARUDY y DANTAGNAN, *op. cit.*, p. 156).

3.^a ante la imposibilidad de retornar a su familia de origen, realizar un tránsito a una familia estable si la familia provisional no quiere ofrecerle estabilidad familiar y jurídica³⁶².

Siendo la estabilidad familiar una necesidad básica de cualquier niño, la inviabilidad de retornar al entorno de origen de un niño en acogimiento, no debería impedir la estabilidad alcanzada en su nueva situación familiar. Del mismo modo que a un niño que crece felizmente bajo el correcto cuidado de sus padres no se le somete a un tránsito a otra familia, por muy cuidado y respetuoso que éste sea, también se debe evitar, en la medida de lo posible, para un niño en acogimiento. En otras palabras, ante la imposibilidad de un niño acogido de recuperar su relación de origen, éste tiene derecho a mantener sus relaciones familiares alcanzadas según las normas constitucionales si es de la voluntad de los convivientes, acogedor y acogido, lo cual se configura como otro de los derechos fundamentales de cualquier niño, el de “permanecer en su familia”. En tal caso se debe dotar a la relación familiar de estabilidad jurídica mediante la adopción o la tutela ordinaria. Actuar de otro modo supondría un trato diferencial y discriminatorio para el niño bajo guarda o tutela de la Administración Pública, pues no se respetaría su relación familiar como a los demás niños, con la consiguiente carencia afectiva³⁶³, si se le obliga a la ruptura. Esto supondría la vulneración de otro de sus derechos fundamentales, el derecho a la no discriminación. Destaca BARUDY³⁶⁴ que *otro de los componentes de la parentalidad sana y bientratante es la estabilidad, es decir, ofrecer a los niños y niñas una continuidad a largo plazo de relaciones que aseguren sus cuidados y la protección para preservarles de los riesgos del entorno, así como la socialización, necesaria para que sean buenas personas, por lo que ha de ser un objetivo a lograr para los niños usuarios del sistema de protección.*

³⁶² “si el niño ha de pasar de un contexto familiar alternativo provisional a otro más estable, el problema no es que forme lazos de apego en el primero, sino cómo se realiza la transición al segundo, garantizando al máximo la continuidad y protegiendo al niño de la vivencia de una ruptura que es lo que en realidad produce daño emocional” (AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 58)

³⁶³ “Entre los traumas más dañinos que provocan los llamados contextos de riesgo se encuentra los producidos por los trastornos de los contactos físicos, ya sea por ausencia, deficiencia o distorsión de estos. Esto se explica porque los niños y las niñas tienen necesidades de sentir caricias, de ser tocados, de estar en brazos de sus madres y padres, no únicamente para satisfacer la necesidad psicológica fundamental que es la de desarrollar un apego sano y seguro, sino para permitir la maduración del cerebro (Rygaard, 2005). Es por eso que siempre, junto con muchos otros autores, hemos considerado junto con la desnutrición, a la negligencia afectiva como una de las peores formas de maltrato a los niños y las niñas, sobre todo cuando son pequeños.” (BARUDY, “Infancia en contextos de riesgo, traumas infantiles y resiliencia” en JIMÉNEZ, PANTOJA, LEIVA, MORENO, *op. cit.*, p. 114,115).

³⁶⁴ *Vid.* BARUDY, “Familiaridad y competencias: ...”, *op. cit.*, p. 97.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el acogimiento familiar era, en la LOPJM de 1996, una institución de guarda provisional en que la responsabilidad tutelar era administrativa. Por ello, al plantearse una opción estable para un niño en acogimiento, en que había de finalizar la tutela administrativa, la familia de acogida podía declinar su responsabilidad sobre el niño. En tal caso, era necesario buscar una familia alternativa que hiciese frente a la necesidad de estabilidad jurídica del niño y éste debía cambiar de familia mediante el proceso de tránsito al que se aludía previamente. Puede decirse que, si la familia de acogida no quería mantener la responsabilidad parental sobre el niño, no se le podía obligar a ello, pues su compromiso de guarda era únicamente temporal. Por ello se requería un cambio, plenamente respetuoso con las normas constitucionales, a una familia que pudiese ofrecer al niño relación de filiación y responsabilidad parental. En cierto modo, cuando la familia de acogida no quería seguir cuidando al niño, éste volvía a una situación de desamparo, por lo que era necesario que lo integrase adecuadamente³⁶⁵.

En la actualidad el acogimiento es una medida de guarda administrativa, pero los padres no están suspendidos de la patria potestad, lo cual ha de suponer una limitación importante de las funciones administrativas.

c) Actuación conforme al principio de celeridad

El principio de celeridad se menciona en el artículo 18.5 LOPJM en relación a un asunto de competencia y en relación a la determinación de la minoría de edad de las personas extranjeras, en lo que parece que no se extiende a otras decisiones administrativas. Sin embargo, es muy deseable para un niño que la Administración “tome decisiones con prontitud” de manera que su infancia no se vea envuelta en la incertidumbre de un prolongado presente incierto que no puede ser sino perjudicial. Sin embargo, siendo cierto que *la toma de decisiones en el sistema de protección de menores no siempre es fácil*³⁶⁶, no es menos cierto, que el momento de tomarlas es aquel en que en las

³⁶⁵ “Tareas terapéuticas: es importante brindar al niño o niña espacio y tiempo para expresar su dolor provocado por estas pérdidas y traiciones. Posteriormente, dar paso a la elaboración del dolor, es decir, ayudarle encontrar un sentido a lo vivido. A partir de este momento se puede ayudar al niño a comprender cómo estas vivencias están presentes en sus relaciones actuales. La tarea fundamental será ofrecer al niño o niña una relación terapéutica que ayude a reparar su confianza en el ser humano.” (DANTAGNAN, “Manifestaciones del sufrimiento infantil ...”, *op. cit.*, p. 157).

³⁶⁶ AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 60.

circunstancias familiares del entorno del niño no se prevén cambios. Por otro lado, en caso de dudas, debe otorgarse al niño la posibilidad familiar que le ofrezca, a la vez que protección, mayores garantías de continuidad, aun a riesgo de que la convivencia tenga que cesar. En realidad, si ocurre la cesación de la convivencia tiene que responder al interés del niño, es decir, será para el retorno a su entorno familiar de origen, por lo que responderá a la necesidad de respetar sus derechos fundamentales, lo cual no puede sino suponer un motivo de satisfacción para la familia acogedora por el feliz desenlace del acogimiento, pues no se puede pretender la convivencia con un niño a riesgo de vulnerar sus derechos.

Puede ocurrir que, por cualquier motivo, la Administración tome alguna decisión desacertada, lo cual es comprensible dada la complejidad que pueden presentar algunas estructuras familiares. En tal caso, las nuevas decisiones deben partir de la situación fáctica alcanzada, involucrando a todas las personas que puedan conseguir el mayor respeto a los derechos del niño.

d) El respeto por las relaciones fraternas

Tanto el Código Civil como la LOPJM otorgan una relevancia especial al mantenimiento de las relaciones entre los hermanos, entre las que el Código Civil destaca la de convivencia, por encima de las meras visitas o comunicaciones esporádicas o periódicas. El artículo 172 ter CC expresa la prioridad de la convivencia entre hermanos cuando éstos están sometidos a una medida de acogimiento, mientras que el artículo 176 CC favorece la adopción conjunta de hermanos y el artículo 240 CC la tutela de los hermanos por el mismo tutor, de tal manera que puedan mantener su convivencia. Por su parte, la LOPJM se pronuncia sobre los hermanos en el ámbito del acogimiento residencial³⁶⁷,

³⁶⁷ “existen muchos casos de niños y adolescentes [...] que pasan más tiempo del deseado en AR (López, Del Valle, Montserrat y Bravo, 2010). Según estos autores son varias las causas que pueden estar detrás de este hecho y una de ellas es que en un número elevado de casos se vinculan las medidas a los grupos de hermanos, por lo que lograr un acogimiento familiar o una adopción para un grupo de hermanos de diferentes edades se convierte en algo complicado. Y es esta variable, la de los grupos de hermanos declarados en desamparo, una variable relevante cuando hablamos del AR. Según las Directrices para el Cuidado Alternativo de los Niños de la ONU (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2010), una de las recomendaciones es la de no separar a los hermanos cuando se adoptan medidas de protección. Estas directrices tienen un reflejo directo en la legislación y en la práctica profesional, convirtiéndose en un principio de actuación, ya que se busca mantener a los hermanos juntos y fomentar el contacto entre aquellos que han sido separados (Lundström y Sallnäs, 2012). La lógica que subyace a esta

otorgando la misma relevancia a la convivencia que a la relación entre hermanos, sin priorizar la primera sobre la segunda. No se impone ninguna condición explícita para que pueda excluirse la convivencia de los hermanos tras una medida de protección, bastando que se haya procurado su mantenimiento. Por tanto, es sencillo eludir esta norma.

Los artículos 160 y 161 CC establecen de forma genérica los derechos de relación entre hermanos, entendiéndose que deben regularse para el caso en que los hermanos no convivan. El artículo 161 CC se refiere expresamente a los niños en situación de desamparo, aunque el contenido del citado artículo ha de extenderse a los niños bajo guarda administrativa, máxime cuando los niños en desamparo, según la nueva ley, se encontrarán bajo una medida de “guarda con fines de adopción” en que se promueve el cese de las relaciones con la familia de origen, por lo que ambos preceptos entrarían en contradicción. El artículo 178 CC se refiere a la relación entre un niño adoptado y sus hermanos biológicos que pueden, a su vez, haber sido adoptados por otras personas.

Ni el Código Civil ni la LOPJM descienden a la casuística que puede darse entorno a la cuestión de los hermanos que entran en contacto con el sistema de protección y son separados de su familia. Todo parece indicar que ambos textos legales se refieren a los derechos que asisten a los hermanos que conviven en el momento en que se produce la separación familiar, para los que el derecho de convivencia y relación es indiscutible.

Los datos jurisprudenciales muestran que la casuística es más variada, aunque no existe un pronunciamiento explícito al respecto. Un ejemplo habitual es el del niño que, por su situación de negligencia en su familia de origen, adquiere una nueva situación familiar en la infancia temprana, ya sea de acogimiento o de filiación adoptiva, con total estabilidad en sus aspectos vitales, al que además no se le reconoce el derecho a relacionarse con sus progenitores. Con posterioridad, este niño tiene un nuevo hermano de simple vínculo materno (es el caso más frecuente) que, a su vez, toma contacto con el servicio de protección y, en consecuencia, establece convivencia con una familia ajena distinta de la de su hermano mayor. La cuestión que se plantea es si estos dos hermanos

recomendación es que los hermanos ayudan a sobrellevar los conflictos parentales (Iturralde, Margolin y Shapiro, 2013) y que cuando se produce una separación, estar con los hermanos ayuda a mantener el sentido de continuidad con la familia y a afrontar el dolor provocado por la separación (Sen y Broadhurst, 2011).” (MARTÍN y MÁRQUEZ, “El papel de los hermanos en el logro de objetivos en los programas de acogimiento residencial infantil”, *Psychosocial Intervention*, 24, 2015, p. 28).

de vínculo sencillo tienen derechos de relación o convivencia, dado que no han nacido bajo un mismo estatus familiar³⁶⁸. De hecho, dicha polémica surge cuando los dos hermanos son conocidos por el sistema de protección, pues si cualquiera de los dos hermanos tuviese otro hermano de vínculo paterno (por ejemplo) desconocido por el sistema de protección no se les reconocería ningún derecho de relación o convivencia, sin perjuicio de que alcanzada la edad adulta pudiesen ponerse en contacto, una vez que conociesen sus datos de filiación biológica.

Otro caso distinto es el del niño tutelado que tiene un nuevo hermano no tutelado con el que no ha convivido pero con el que podría convivir si cesase su tutela y se produjese el retorno a su familia de origen. La cuestión a plantear consiste en esclarecer si, en tanto no se produzca el retorno del hermano mayor, ambos hermanos tienen derechos de relación.

Un último caso es el del niño que ha tenido hermanos en su hogar de acogida y, por cualquier motivo, cesa la convivencia de acogimiento, en lo que cabe plantearse los derechos de relación de esos hermanos. En este caso, la ley reconoce unos derechos entre acogedor y acogido tras el acogimiento que han de ser extensibles a los hermanos.

1.3.3. Efectos de la guarda o tutela administrativa

Una de las diferencias entre la tutela y la guarda administrativa es el efecto que produce sobre la patria potestad, pues mientras la tutela produce la suspensión, como se desprende con claridad del artículo 172 CC, la guarda no produce ese efecto ni ningún otro sobre la patria potestad, pues el artículo 172 bis CC no expresa nada al respecto. Esto tiene unas consecuencias importantes, pues el progenitor que ha delegado la guarda a la Entidad Pública de forma voluntaria mantiene todo el contenido de la patria potestad recogido en el artículo 154 CC, por lo que el hijo tiene derecho a permanecer en compañía de su progenitor³⁶⁹ aunque éste, transitoriamente, haya delegado el derecho de convivencia por

³⁶⁸ La sentencia TS 565/2009 de 31 de julio muestra el caso de una niña en régimen de acogimiento preadoptivo que, pese a tener un hermano de simple vínculo materno que estaba siendo correctamente cuidado por su madre, no regresó junto a su madre, por lo que a los hermanos no se les reconoció derecho de convivencia, aunque este asunto no fue expresamente tratado.

³⁶⁹ ««Tenerlos en su compañía» significa la necesidad de una relación interpersonal continuada, que presupone la comunidad de vivienda. No obstante, por motivos legítimos pueden encomendar

motivos justificados. A consecuencia de ello, si la guarda se ha delegado por motivo distinto de la lejanía geográfica entre progenitor e hijo, podrán estar en compañía sin restricción alguna, salvo la que, razonablemente, deba respetar los requisitos y disponibilidad que exprese el acogedor asignado al hijo. Del mismo modo, deberá respetarse el derecho y el deber de educación del progenitor por lo que la elección del centro escolar y otro tipo de cuestiones al respecto serán de su responsabilidad, así como los gastos ocasionados por el niño, cuestión que está prevista también para casos de desamparo.

Otros efectos sobre la patria potestad son la “incursión en causa de privación”, la privación propiamente dicha y la exclusión, siendo que estos distintos estados de la patria potestad tienen como fundamento la protección del interés superior del hijo³⁷⁰ y no son estados permanentes, sino reversibles por aplicación del artículo 170 CC o la extinción de la adopción en ciertos casos (artículo 180 CC).

a) *Mantenimiento del vínculo con la familia de origen*

El concepto de familia de origen es muy usual en el ámbito de la protección infantil y se utiliza para distinguir las dos familias que adquieren relevancia para el niño cuando éste permanece sujeto a tutela o guarda administrativa. Por ello, el concepto de familia de origen requiere de una definición precisa a los efectos de hablar con propiedad y evitar interpretaciones que puedan ser perjudiciales para el ISN.

Pese a que las leyes en materia de Derecho de familia no lo revelen de forma explícita, quizás por obvio y porque resulta comúnmente aceptado, se presupone que la familia de cualquier persona es única aunque, eso sí, puede estar compuesta de muchos miembros. En este sentido, resulta indiscutible que la familia de un niño es aquella en la que ha nacido, del mismo modo que no se pone en duda el derecho del niño a crecer en

transitoriamente las funciones de compañía a otras personas o instituciones (p. ej., internado para estudios, en establecimientos sanitarios, por la necesidad de realizar un viaje, etc.).” (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 276).

³⁷⁰ “Tanto la privación como la suspensión de la patria potestad son medidas que van dirigidas, no tanto a sancionar o castigar a su titular por determinadas conductas, como a proteger el interés de los menores *in potestate*, y este *interés* es el que debe informar siempre la toma de decisiones, de manera que se acordará esta privación o suspensión solo cuando sea conveniente para la protección, formación y educación del menor afectado” (LASARTE, *op. cit.*, p. 360).

esa familia. En efecto, hasta ahora nunca se ha cuestionado que el niño tiene derecho a permanecer en la familia en la que nace, según se desprende de distintos artículos de la CDN (ya justificado previamente), salvo que la voluntad de los padres sea otra, o las necesidades del niño requieran un cambio familiar, el cual debe estar debidamente justificado, dado el enorme impacto de una medida semejante, tanto en los aspectos psicosociales que afectan al niño, como en sus derechos fundamentales y los del resto de la familia, como en el orden público establecido.

Se considera familia de origen de un niño a aquella en que convivía en el momento en que se aplicó la medida de protección por la cual inició su convivencia en acogimiento. En la mayoría de casos la familia de origen de un niño es su familia biológica. Sin embargo, en los casos en que un niño nace bajo la aplicación de la LTRHA, la familia de origen del niño no coincide, en todos los casos, con la biológica. En este caso, la familia de origen la forman aquellos adultos que se han comprometido a ejercer las funciones de parentalidad social sobre el niño, tengan, o no, relación biológica con él. En otros casos, la familia de origen de un niño puede ser una familia adoptiva, salvando las objeciones que se puedan presentar al respecto³⁷¹.

³⁷¹ “Ahora bien, el Tribunal Constitucional encontró diferencias importantes entre el caso resuelto en la Sentencia 221/2002 y el que iba a resolver [71/2004]. Entendió que tanto el supuesto fáctico de uno y otro como el propio tratamiento dado por la Audiencia Provincial de Sevilla en cada uno de ellos eran distintos. Con relación a los supuestos fácticos es necesario resaltar que el tiempo transcurrido en el supuesto contemplado en la Sentencia 221/2002 era notablemente superior -seis años- al que ahora estamos analizando -año y medio-. No entendemos, sin embargo, la alusión, a que «en el supuesto a que se refería la STC 221/2002 no intervenían los padres biológicos de la menor cuya guarda y custodia se discutía» (FJ 8). Caben aquí dos interpretaciones: a) Que el Alto Tribunal se equivocó y, en lugar de indicar que se trataba de padres «adoptivos» (la menor fue adoptada en 1987, habiendo nacido en octubre de 1986), dijo que eran «biológicos». Salvando este error, se querría indicar que los padres «adoptivos» no comparecieron ante el Tribunal Constitucional interesando su personación, como sí lo hizo la madre biológica de la menor en el caso que ahora analizamos; y b) Que no hay error alguno y se quiso, por tanto, dar diferente trato a los padres adoptivos y a los biológicos. La duda se despeja más adelante en la misma Sentencia cuando se dice que «a diferencia de los que acaecía en la tan referida STC 221/2002, en el asunto que aquí resolvemos se da la circunstancia de que una de las partes que disputa el estatus familiar de la menor es su madre natural» (FJ 8). Se afirma la preferencia de la familia natural o de origen o propia para el desenvolvimiento de la vida de los menores. Este principio del mantenimiento en el medio familiar de origen, positivizado en el art. 11.2 de la LO 1/1996 y en el art. 172.4 del Código Civil, no sería predicable, según parece, a una familia adoptiva. No comparto esta interpretación del Alto Tribunal. En el supuesto de la Sentencia 221/2002 la única familia que conoció la menor cuya situación allí se discutía eran sus padres adoptivos. Recordemos que la misma fue adoptada cuando todavía no tenía un año y, por ello, a todos los efectos, pese a no ser su familia biológica, sí puede o debería considerarse su familia de origen. No había, desde nuestro punto de vista, una diferenciación tan trascendental, como afirmaría el Tribunal Constitucional, entre los supuestos planteados en las Sentencias 221/2002 y 71/2004 por el hecho de que en un caso nos encontremos ante una familia adoptiva y en el otro ante una madre biológica.” (CABEDO, *Marco constitucional de la protección de menores*, edición nº 1, Editorial LA LEY, 2008, versión electrónica, [acceso restringido], <http://laleydigital.laley.es>).

Si, por norma general, toda persona tiene una sola familia, la excepción para el niño se produce cuando interviene el sistema de protección. Por ello, cuando la vida de un niño está rodeada de dos familias, puede desdibujarse para él, su voluntad de permanencia y estabilidad en el tiempo en cada una de ellas. Partiendo del punto en que un niño se encuentra bajo una medida de protección de acogimiento familiar, se configura un nuevo derecho fundamental para el niño: el de retorno a su familia de origen. Así, se conjugan dos de sus derechos fundamentales incompatibles entre sí, aunque con una jerarquía establecida. Por un lado, el derecho del niño a retornar a su familia de origen resulta prioritario mientras que el derecho de permanencia en su nueva familia, la de acogida, se plantea ante los riesgos del retorno familiar³⁷². Por respeto a su interés superior, no existe otra opción posible, ya que ni el articulado de la CDN ni ninguna otra normativa permite interpretar que el niño en acogimiento, cuya familia de origen no le pueda ofrecer la necesaria protección, deba cambiar a una tercera familia para estabilizar su situación jurídica mediante la adopción, ni que requiera el ingreso en un centro institucional, salvo que la voluntad de la nueva familia sea la de cesar el acogimiento.

Además, existen situaciones en que ciertos niños, por sus circunstancias, tienen como única referencia familiar afectiva, válida, respetuosa y protectora a una familia de acogida, en que las decisiones administrativas de protección apuntan a la imposibilidad de retorno a la familia de origen. En ocasiones, la Entidad Pública considera oportuno que el niño no mantenga contacto con su familia de origen, por lo que la distinción entre familia de origen y familia de acogida pierde todo sentido para el niño, pues conserva una única referencia familiar, la de la familia de acogida. La cuestión es si se debe respetar la familia de acogida para el niño de forma estable. La normativa en materia de protección infantil apunta en la dirección de respetar esa relación familiar siempre y cuando exista voluntad de permanencia y estabilidad en el tiempo por parte de los componentes de la familia. En el caso del niño acogido, la voluntad de permanencia debe deducirse de su integración familiar y buen desarrollo, lo cual puede suponerse si el niño es muy pequeño y puede manifestarlo si tiene edad suficiente para hacerlo. Sin embargo, las decisiones administrativas, al carecer de control alguno, pueden apuntar a un “cambio de familia” para proporcionar al niño una familia de adopción estable. En ocasiones, este cambio consigue el respaldo de la fiscalía y de las instancias judiciales. En tales casos, se puede

³⁷² Vid. sentencia TS 565/2009 de 31 de julio.

afirmar razonadamente que un niño en acogimiento puede tener como familia de origen la familia de acogida que tuvo que abandonar por imposición administrativa y judicial sin motivo real de protección ni respeto a sus derechos fundamentales y, muy especialmente, con daño psicológico que puede manifestarse posteriormente y que puede desembocar en el fracaso en la tercera familia.

Se requiere que un niño tenga claro, en todo momento, qué es lo más conveniente para él, cuáles son sus derechos y sus posibilidades ante sus concretas circunstancias. De lo contrario, se le puede estar manipulando y engañando. El niño necesita conocer su historia³⁷³, por dura y cruel que ésta sea así como sus opciones de vida futura. Si el niño sufrió un “cambio de familia” innecesario y doloroso debe conocer su derecho al retorno a la familia de la que procedía si fracasase la relación familiar impuesta³⁷⁴ o, incluso, por su propia voluntad³⁷⁵.

b) *Suspensión de la patria potestad*

La suspensión de la patria potestad se produce tanto en caso de que se establezca la tutela automática de un hijo, en virtud del artículo 172 CC; como en caso de que se determine la tutela ordinaria, conforme al artículo 239 CC. La suspensión de la patria potestad se conoce también como “privación parcial”³⁷⁶ y afecta al contenido tuitivo o personal de la patria potestad, es decir a la función consistente en “velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”. No afecta, sin embargo, a la función de representación y administración de los bienes del hijo. En caso de suspensión de la patria potestad, el progenitor tendrá restringida la compañía con los

³⁷³ “El reconocimiento progresivo de este derecho [a conocer los orígenes biológicos] en los casos de adopción, no ha supuesto tantas dificultades y dilemas éticos, ni ha interferido en el reconocimiento de una maternidad y paternidad social por encima de vínculos estrictamente biológicos y genéticos.” (IGAREDA, “El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos”, *Derechos y libertades*, Número 31, Época II, 2014, p. 235).

³⁷⁴ El niño de El Royo tenía derecho a retornar junto a sus acogedores de El Royo, puesto que manifestaron sus capacidades protectores para con él. Si no lo hizo es porque no se aplicó correctamente la normativa ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

³⁷⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos apuntan en esta dirección, lo cual se justificará posteriormente.

³⁷⁶ “La gravedad en sí misma considerada de la privación de la patria potestad propiamente dicha, de un lado, y de otro el carácter en todo caso recuperable de ella [...], junto con la dificultad de concreción, en algunos casos, de los deberes inherentes a ella, hace que no sea raro el recurso a la expresión de «suspensión de la patria potestad», con la plasticidad suficiente para poner de manifiesto el carácter temporal y pasajero de dicha medida.” (LASARTE, *op.cit.*, p. 360).

hijos y tendrá que aceptar ciertas decisiones en relación al resto de funciones inherentes a la patria potestad que decidirá quien ostente la guarda del niño, tales como cuestiones referentes a la educación.

La jurisprudencia ha determinado que la “guarda de hecho” por delegación del progenitor a terceras personas no supone la suspensión de la patria potestad del primero. Así se han pronunciado las sentencias TS 308/2001 de 29 de marzo y TS 582/2014 de 27 de octubre. En este sentido, pese a que el progenitor no ejerza directamente la guarda de su hijo, sigue siendo responsable de su formación integral, es decir, no está desentendido de velar por él en algunos aspectos, especialmente los que incumben a su educación y formación.

La jurisprudencia ha considerado también que es posible suspender la patria potestad respecto de un hijo y no respecto de otro, incluso en el mismo momento y bajo las mismas circunstancias y condiciones de cuidado. En caso de que esto sea posible, requiere de alguna justificación para comprender los motivos por los que los actos del progenitor afectan negativamente a un hijo y a otro no, dado que los efectos sobre el hijo han de ser patentes.

Una interesante reflexión acerca de la suspensión de la patria potestad se aprecia en la sentencia de la sala de lo penal TS 320/2005, de 10 de marzo, que establece que se levanta la suspensión de la patria potestad de un niño tutelado por la Administración Pública en aquellos periodos de tiempo en que el niño sale de vacaciones o visitas temporales con un progenitor³⁷⁷. Si bien parece más adecuado entender que en esos periodos el progenitor está a cargo de la guarda del hijo sin ejercer la patria potestad, pues si ejerciese la patria potestad, siendo como es el titular de la misma, no se le podría exigir que lo retornase a la tutela de la Entidad Pública.

³⁷⁷ “Pero esto no significa que la acusada se hubiera eximido de su condición de garante al menos en aquellos períodos de tiempo en que los menores vivían en el domicilio de aquélla, saliendo transitoriamente de la esfera de protección que los brindaba la Junta de Andalucía como tutor legal, para ingresar en el marco de protección y cuidado a que estaba obligada la acusada durante el tiempo de convivencia de sus hijos menores en su domicilio puesto que en tales circunstancias, la suspensión de la patria potestad, de que en ningún caso se había privado a la acusada, sino que solamente se había interrumpido, volvía a recaer sobre la madre de la menor en aquellos períodos de tiempo en los que la tutela pública de guarda y custodia no podía ser efectivamente ejercida, y en esos supuestos de vacaciones o visitas temporales quedaba alzada la suspensión de la patria potestad de la madre, que ésta recobraba con todos los deberes inherentes a la misma.” (*Vid.* FJ 4 de la sentencia de la sala de lo penal TS 320/2005, de 10 de marzo).

Lo anterior lleva a reflexionar sobre el motivo por el cual un niño no puede vivir de forma continuada bajo la patria potestad de alguno de sus progenitores, cuando puede hacerlo sin peligro de su integridad física o moral, durante unos días. Ello lleva a plantearse los motivos de una prolongada guarda o tutela administrativa cuando el niño puede permanecer con sus padres, sin riesgos de relevancia.

c) Incursión en causa legal de privación de la patria potestad

La incursión en causa de privación de la patria potestad no es un asunto que haya despertado el interés de los investigadores, sin embargo, es de suma importancia en un expediente de adopción. Si un progenitor está incurso en alguna causa de privación de la patria potestad respecto de un hijo, éste podrá ser adoptado sin que sea necesario recabar el asentimiento del progenitor, que solo será oído, sin que su oposición sea, en ningún caso, vinculante³⁷⁸.

La jurisprudencia ha considerado, según aprecia la sentencia TS 315/2014 de 6 de junio, que un progenitor se encuentra en estado de “incursión en causa de privación” desde el preciso momento de la suspensión de la patria potestad por desamparo del hijo, alcanzándose dicha condición³⁷⁹ en el mismo instante de la declaración de desamparo³⁸⁰. Al coincidir el momento de la suspensión de la patria potestad con el de la “incursión en causa de privación” cabe preguntarse el motivo por el que se distinguen dos conceptos distintos y cuáles son sus diferencias. Además, la sentencia TC 58/2008 de 28 de abril³⁸¹

³⁷⁸ “Debemos destacar asimismo que gran parte de los supuestos de privación de la patria potestad se plantean con ocasión de expedientes de adopción de los menores, puesto que si los padres no están privados de esta función, ni incursos en causa legal para ello, es necesario su asentimiento, y la adopción no puede llevarse a efecto con su oposición, mientras que si están incursos en dichas causas deben ser oídos pero su oposición no es vinculante (art. 177 CC).” (LASARTE, *op.cit.*, p. 360).

³⁷⁹ “El conflicto fundamental planteado se centra en el momento en el que procede valorar la concurrencia de la causa de privación. Esta causa no es otra que el incumplimiento, por parte de los padres, de los deberes inherentes a la patria potestad, contenidos en el artículo 154 del CC. Incumplimiento que el artículo 170.1 del CC reconoce expresamente como causa de privación.” (“Reseñas de jurisprudencia civil”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, p. 254).

³⁸⁰ “Y el Tribunal Supremo reitera su doctrina señalando que el momento en el que debe determinarse si los padres estaban incursos en causa de privación de la patria potestad es el de la declaración de desamparo” (*Ibidem.*).

³⁸¹ “Para efectuar este análisis hemos de partir de que, admitido que ni el menor se hallaba emancipado ni la demandante se encontraba privada de la patria potestad, sino que tan sólo el ejercicio de ésta por su parte se encontraba suspendido -ex art. 172.1, in fine, del Código civil (CC)- como consecuencia de la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública de protección de menores, el único supuesto de entre los mencionados en el art. 177.1.2 (sic) CC que justificaría prescindir del asentimiento a la adopción por

no tiene el mismo parecer que la sentencia TS 315/2014 de 6 de junio ya que la primera, reconoce que la madre recurrente tenía suspendida la patria potestad por el desamparo del hijo pero no que ello implicase que, por ese motivo, se encontrase incurso en causa legal de privación de la patria potestad. Con la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo existe, además, un problema añadido, pues si la Entidad Pública, al día siguiente de la declaración de desamparo de un niño decidiese instar su adopción por terceros, no habría ningún impedimento, pues los progenitores no habrían de prestar asentimiento, conforme al artículo 177.2 CC al estar incurso en causa legal de privación de la patria potestad. Con ello, sería superfluo el párrafo incluido en el artículo 177 CC: *Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieran suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada.* Cabe preguntarse si esta situación es razonable, pues en tal caso, el tiempo de dos años que la ley ofrece a los progenitores para la recuperación de la patria potestad tras el desamparo, en virtud del artículo 172.2 CC, carece de sentido. Parece claro que la LSPIA que modificó el artículo 177 CC no ha recogido en el texto legal lo establecido en la sentencia TS 315/2014 de 6 de junio, pero al dejar indeterminado el significado de “estar incurso en causa legal para la privación de la patria potestad”, éste puede complementarse con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece ese momento en el de la declaración de desamparo, prevaleciendo sobre lo establecido por la sentencia citada del Tribunal Constitucional que lo contradice.

El concepto de “incursión en causa legal de privación”, según lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo, permite que las Entidades Públicas puedan decidir libremente el momento en el que un niño tutelado pueda ser dado en adopción, pues tanto si esperan los dos años que establece el artículo 172.2 CC como si no lo hacen, se mantendrán dentro de la legalidad. Ahora bien, cabe preguntarse si para la justificación de estar incurso en causa legal de privación basta alegar la situación de desamparo o será necesaria la valoración de los motivos que llevaron a ese desamparo³⁸², lo cual será

parte de la demandante de amparo sería el de encontrarse la madre incurso «en causa legal para tal privación».” (Vid., FJ 3 de la sentencia TC 58/2008 de 28 de abril).

³⁸² “se limitó a afirmar que la oposición de la demandante a la adopción ya había sido sustanciada al resolver [...] los recursos deducidos contra las resoluciones administrativas sobre asunción de tutela automática, acogimiento preadoptivo y solicitud de adopción. Sin embargo lo cierto es que en tales

especialmente relevante en aquellos casos en que el desamparo no haya sido objeto de revisión judicial. Así debería procederse, no solo para salvaguardar la tutela judicial efectiva del progenitor, sino muy especialmente, a los efectos de mantener el respeto por el interés superior del adoptando, requisito imprescindible en un asunto de adopción.

Desde un punto de vista semántico, “estar incurso” significa que se está inmerso en un proceso para alcanzar algo. Atendiendo a ese significado, “estar incurso en causa de privación de la patria potestad” debería significar que existe un proceso judicial para privar al progenitor de la patria potestad, pues de otro modo no se puede alcanzar. Sin embargo, considerar que la declaración de desamparo provoca ese efecto es una auténtica falacia, pues ni la ley lo establece ni se puede deducir mediante un razonamiento lógico, más bien al contrario, no tendría sentido esperar ningún otro requisito para que el niño fuese adoptable. Por ello, en la mayoría de procesos de adopción no ocurre que los progenitores estén inmersos en procesos de privación de la patria potestad según el artículo 170 CC. Incluso, en caso de que lo estuviesen, lo relevante en un proceso es el resultado que se obtiene, mientras que la adopción, según el artículo 177 CC, se podría establecer aunque el resultado no fuese conocido, bastando que el progenitor esté inmerso en el proceso para alcanzar ese resultado. En definitiva, el juez no estará obligado a investigar las causas de privación, siendo suficiente que haya habido una declaración de desamparo administrativa para que un niño pueda ser adoptado por terceros sin un mínimo de garantías jurídicas. Parece claro que el legislador quiere evitar los largos procesos de desamparo y adopción que se daban con la ley anterior.

d) *Privación y extinción de la patria potestad*

La privación de la patria potestad se produce por sentencia firme y no es definitiva, pues puede recuperarse invocando el artículo 170 CC por el cual *los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación*. El problema en los casos de “privación

procesos [...] no se decidió si los hechos descritos integraban o no causa de privación de la patria potestad, todo lo cual impide considerar que existió decisión judicial acerca de la concurrencia de la causa de privación de la patria potestad en un procedimiento judicial contradictorio, único modo en el que el art. 177.1.2 (sic) CC permite su apreciación” (Vid., FJ 4 de la sentencia TC 58/2008 de 28 de abril).

parcial” o suspensión es el desconocimiento del momento en que se considera que ha cesado la causa que la motivó, pues depende de los criterios administrativos que, con frecuencia, están dotados de cierta opacidad. Lo cierto es que si los particulares accionan la recuperación de la patria potestad a través del artículo 170 CC suele ser rechazada³⁸³, mientras que ni las Entidades Públicas ni el Ministerio Fiscal suelen hacerlo, aunque se lo permite el artículo 172.3 CC a las primeras y el artículo 174 CC al segundo, incluso, con carácter imperativo. Cuando hay una condena penal por algún delito cometido contra el hijo, la privación puede constar en sentencia³⁸⁴, por lo que la recuperación podrá solicitarse transcurrido el tiempo de privación. La adopción produce la extinción de la patria potestad respecto de los progenitores pero renace en las nuevas figuras parentales que suponen los adoptantes. Por ello, hablar de extinción es relevante para el progenitor pero no para el hijo que seguirá estando sujeto a patria potestad si es menor de edad. Con ello, se pone de manifiesto que la privación, recuperación y extinción son cualidades expresadas respecto del padre, no del hijo. De ahí la incongruencia de que, a veces, se hable de privación respecto de un hijo pero no respecto de otro.

e) *Recuperación de la patria potestad y conservación de las relaciones posteriores con la familia de acogida*

Como el Derecho Civil hace frente al derecho de la persona, todo ciudadano que se presta a acoger a un niño, lo hace por un motivo altruista y espera que el interés superior del niño al que acoge sea respetado por encima de todo. Por ello, resulta imprescindible que

³⁸³ “Atendiendo, sin embargo, a la jurisprudencia recaída sobre el precepto [artículo 170 CC] no parece que sean frecuentes los supuestos en los que la reclamación de recuperar la patria potestad tenga verdaderamente fundamento, [...], tras la correspondiente declaración de privación: cfr., por ejemplo, SSTS 1.ª 998/2004, de 11 de octubre; SAP de Palencia 200/2001, de 18 de junio; SAP de Teruel 157/2000, de 24 de julio. En sentido positivo, en cambio, véase SAP de Sevilla 64/2001, de 8 de marzo.” (LASARTE, *op.cit.*, p. 361).

³⁸⁴ “La falta de concreción de las causas de privación de la patria potestad obliga en todo caso a realizar una determinación casuística, pues ante la falta de «tipificación legal» del incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad es cuestión reservada al criterio judicial. [...] son relativamente numerosas las sentencias de Audiencias Provinciales que estiman la privación de la patria potestad atendiendo a la falta de contacto e interés por el hijo durante un periodo temporal prolongado, o por no atender a la satisfacción de las necesidades de los hijos, teniendo el progenitor medios económicos suficientes para ello. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996 declara que «repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno» por haber incurrido en el delito de parricidio de la esposa (y madre del menor cuya patria potestad pretende el parricida).

El [...] Código Penal [...] considera la pena especial y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en relación con los delitos [...] de abandono de familia (art. 226 CP), o de abandono del menor o utilización para la mendicidad (art. 233 CP).” (*Ibidem.*, pp. 359).

un niño alcance la convivencia con una familia de acogida por un motivo objetivo y real de desamparo en su familia de origen. Ello comporta que el acogimiento sea una opción, desde el punto de vista familiar y social, plenamente respetuosa con las normas que rigen el buen desarrollo de nuestra sociedad, el interés público y general, la paz social, el bien común y el respeto a las reglas constitucionales que regulan la convivencia ciudadana. De forma muy especial, el acogimiento debe respetar los derechos fundamentales del niño acogido. Puede decirse que, en virtud del artículo 20 bis 1. c LOPJM que permite al acogedor conocer el expediente administrativo del niño acogido, el primero obtendrá los motivos que han provocado la separación familiar del citado niño, lo cual le permitirá conocer la ponderación de tal decisión y mantener el acogimiento por respeto a las necesidades del niño. En este sentido, los derechos de un acogedor están supeditados a los del niño acogido, y el primero adquiere derechos únicamente en tanto se respeten los del segundo. Por ello, todo acogedor debe tener en cuenta que el principal derecho de un niño en acogimiento es el de retorno a su entorno familiar de origen. Además, el acogedor debería conocer los criterios que determinan ese retorno y, en su caso, los que determinan la inviabilidad del retorno. Puede entenderse que los apartados b, c y d del artículo 20 bis 1 LOPJM le permitirán conocer y opinar acerca de dichos criterios si realmente se le quiere hacer partícipe de la vida del niño en acogimiento.

La LOPJM recoge, en el artículo 19 bis 3 LOPJM, los criterios que la sentencia TS 565/2009, de 31 de julio, ha establecido para decidir si procede la reintegración familiar en interés del niño, entre los que afectan negativamente el paso del tiempo o la integración en la familia de acogida. Sin embargo, el proyecto omite apuntar que esos criterios son únicamente relevantes cuando la decisión de desamparo fue cierta, real y objetiva (la propia sentencia TS 565/2009, de 31 de julio lo destaca y fue plenamente aplicado en sentencia TS 84/2011, de 21 de febrero). Por otro lado, un criterio que afecta positivamente a la reintegración del niño en su entorno familiar de origen es el hecho de que mantenga “referencias parentales” con la familia de origen, pero se omite indicar que debe analizarse si la ausencia de ese criterio es única y exclusivamente responsabilidad de la Entidad Pública (o las instancias judiciales) o bien si responde a la despreocupación y desinterés de la familia. De lo contrario, el paso del tiempo, la integración de un niño en una familia ajena y la ausencia de relación del niño con su familia de origen por decisión administrativa permitirá, por ley, el robo institucional de niños, del que se hará partícipes a los acogedores sin ninguna opción de réplica.

El artículo 21 bis 2 LOPJM destaca el derecho de un niño en acogimiento familiar *a mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y siempre que lo consintieren el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, la familia de acogida y la de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente*. Se aprecia que la decisión sobre estas relaciones recae, principalmente, en la Entidad Pública, con lo que no se considera la relación de acogimiento, una relación familiar en que los contactos interpersonales adquieren carácter dispositivo. En cierto modo, ha de entenderse que si el niño ha retornado a su familia de origen, la relación con el acogedor se ha extinguido, mientras que si éste no ha querido mantener la relación con el niño cediéndola a una familia ajena, ha renunciado a su relación familiar. Para mantener coherencia, lo lógico es que el acogedor mantenga relación con el niño acogido cuando éste ha retornado a su familia de origen, pues para ésta sería un modo de mostrar agradecimiento por el servicio prestado.

Los derechos de los acogedores introducidos en la LOPJM por la LSPIA son fruto de las conclusiones de la “Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines”, según expresa la LSPIA en su preámbulo. En dicha comisión, los acogedores reclamaron derechos de familia respecto al niño acogido. En efecto, una de las cuestiones principales tratadas en la comisión no fue otra que la posibilidad de estabilidad jurídica del niño en su familia de acogida, cuando se considera inviable el retorno a su entorno familiar de origen, con independencia de la modalidad de acogimiento. Sin embargo, este derecho de ámbito constitucional se omite por completo en la LOPJM a pesar de que la sentencia del TEDH Moretti y Benedetti contra Italia (rec. 16318/2007) de 27 de abril de 2010 reconoce que la permanencia de un niño adoptable en su familia de acogida provisional, si así lo solicitan los acogedores, forma parte del derecho a la vida personal y familiar del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, cubierta por los artículos 18 y 39.4 CE.

Así, los derechos del acogedor recopilados en una pormenorizada enumeración en el artículo 20 bis 1 LOPJM, están básicamente destinados a definir aquello que el acogedor puede exigir a la Entidad Pública para llevar a término la función que ambas partes han pactado. El hecho de que los acogedores dispongan de la máxima información no puede sino ser algo positivo que favorece la transparencia. Además, el apartado e del

citado artículo 20 bis 1 LOPJM destaca como un derecho del acogedor el “cooperar con la Entidad Pública en los planes de actuación y seguimiento establecidos para el acogimiento”, es decir, se establece aquel derecho que protege al acogedor de asumir responsabilidad alguna sobre las posibles decisiones injustas o arbitrarias de la Entidad Pública que afecten negativamente al niño acogido y a su familia de origen, lo que supone un modo de protección del sistema de acogimientos.

En cierto modo, se incurre en contradicción cuando, por un lado, la nueva ley permite al acogedor tener la máxima información y, por otro lado, le exige de responsabilidad de actuar en función de su propio criterio sobre aquello que sabe. Con ello, la ley proclama que el acogedor mantenga una relación de “servilismo” respecto de la Entidad Pública. Ello queda especialmente claro en el artículo 172 ter 3 CC, que establece una acción impositiva de la Entidad Pública sobre un niño en acogimiento sin que, en ningún caso, tenga en cuenta la opinión del acogedor ni los planes familiares de los acogedores en que el niño acogido pudiera estar incluido como corresponde a la obligación del acogedor.

Cabe preguntarse qué ocurrirá cuando el acogedor no se acoja al derecho de cooperación con la Entidad Pública si, en el desarrollo de su propia autonomía y personalidad, considera que alguna decisión administrativa no responde al interés del niño acogido. Cabe preguntarse si en el ejercicio de “todos los derechos inherentes a la guarda” (artículo 20 bis 1 g) LOPJM) cualquier acogedor podrá oponerse judicialmente a una decisión administrativa sobre la que no adquiere obligación ni compromiso, como la de acoplar al niño a una familia ajena, ya sea otra familia acogedora, ya sea una familia de la lista de adoptantes, o llevar al niño a un internamiento, cuestiones ambas que vulneran derechos fundamentales del niño y de la propia familia acogedora. Ha de entenderse que el acogedor tendrá legitimación para oponerse al cese del acogimiento como ha ocurrido en el pasado.

El derecho a la protección de los datos personales del acogedor respecto de la familia de origen es también un derecho al que algún acogedor preferiría no acogerse, pues la mayoría de acogedores estarían de acuerdo en mantener alguna relación con la familia de origen del niño. Cabe preguntarse si las Entidades Públicas verán esta opción como algo positivo, o bien lo considerarán motivo de represalias hacia el acogedor, pues

parece existir un interés institucional en que ambas familias no se relacionen, que la ley ampara oportunamente.

Analizados los aspectos de la relación entre el acogedor y el niño acogido y los derechos que se reconocen a ambos, no se aprecia que la convivencia en acogimiento establezca ningún derecho familiar de carácter constitucional entre ambos, por lo que el procedimiento de acogida será sustancialmente igual al que había antes de la reforma legislativa del año 2015.

1.4. La obligación legal de protección institucional de la infancia

En todos los países del mundo existen niños que, por diversas circunstancias, no pueden convivir en sus familias biológicas, en cuyo caso el Estado tiene obligación de asumir su tutela o guarda para la correcta protección de sus intereses. La CDN destacó en su articulado dicha problemática e impuso a los países que la ratificaron la obligación de implicarse institucionalmente en la protección infantil. Por este motivo, la LOPJM, principal ley en cuestión de protección infantil, junto al Código Civil y las leyes autonómicas en la materia, que constituyen el apoyo legal de la intervención administrativa ante la necesidad de protección de un niño en el estado español; aluden constantemente a Entidades Públicas y Administraciones como responsables de decisiones que afectan al desenvolvimiento de la personalidad de los niños y de sus relaciones familiares³⁸⁵.

Esta implicación institucional ha de ser respetuosa con el interés del niño, por lo que resulta necesario cuestionar y analizar la forma en que las decisiones administrativas inciden en las familias afectadas, dada la importancia de los intereses en juego, con

³⁸⁵ “la Disposición Final 15ª de la Ley 26/2015 deja a salvo la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, no así en cambio y, a mi juicio, erróneamente la DF 4ª.2 LO 8/2015. Y es que personalmente considero que a partir de esta nueva legislación estatal las Comunidades Autónomas forales -que no todas- bien podrán, al amparo de la competencia civil atribuida por el art. 149.1.8 CE, dotarse *ad futurum* de su propio régimen jurídico de protección de menores en aquellas materias no reservadas a Ley Orgánica. Esta nueva normativa autonómica, de aprobarse, necesariamente deberá ser acorde con las previsiones de sus respectivas leyes civiles, pero, sin duda, será deseable y aconsejable que tome como referencia las pautas fijadas por la Ley 26/2015 y la LO 8/2015 -en aquellas materias no orgánicas, que serán las únicas que puedan regular-, a fin de garantizar un marco jurídico uniforme en materia de protección de menores en todo el Estado español, muy necesario en mi opinión.” (LÓPEZ AZCONA, *op. cit.*, pp. 8-9).

incidencia en los derechos constitucionales reconocidos a la institución familiar³⁸⁶ y a los miembros individuales que la forman.

Además de entidades públicas autonómicas y administraciones del ámbito local, el sistema de protección se completa con la participación del Defensor del Pueblo o el Defensor del Menor y la Administración de Justicia. En cuestiones que afectan a niños, la Administración de Justicia interviene cuando son aplicables los artículos de los capítulos IX y X del Título IV y el Título V íntegro del Libro I del Código Civil que se refieren a los aspectos comunes a la nulidad, la separación y el divorcio, la paternidad y la filiación. El Defensor del Pueblo o el Defensor del Menor pueden intervenir en la medida en que lo solicite el propio niño.

El ISN es un concepto crucial en estos asuntos en que existe toda una doctrina que ha delimitado dicho concepto para niños que atraviesan la ruptura de pareja de sus padres o que se enfrentan a la determinación de su filiación, lo cual contrasta con la escasa doctrina existente en asuntos de protección.

1.4.1. Funciones administrativas de los entes públicos

Una vez analizadas las distintas formas de protección infantil, se aprecia la intervención administrativa en todas aquellas situaciones en que los padres no cumplen adecuadamente su papel tuitivo respecto de sus hijos. Algunas de las funciones que desarrollan las Administraciones Públicas se regulan en el Código Civil, dada su importancia, y otras en leyes específicas, tales como la LOPJM y la LJV. Además, el Código Civil regula la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, en el capítulo I del Título VII del Libro I, que, mientras se mantenga en los límites legales establecidos, no será objeto de injerencia administrativa, por lo que nada se menciona al respecto en los preceptos legales correspondientes. Las funciones en que intervienen las instituciones se detallan y estudian

³⁸⁶ “Debemos partir de nuestra propia Constitución que, al enumerar en el Capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.” (GONZÁLEZ, “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, *InDret*, 2/2008, p. 4, www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124250/172223 [consultada el 11 de febrero de 2015]).

a continuación, identificando el papel de cada una de ellas y analizando la coherencia de las distintas intervenciones posibles, tanto de las previsiones legales como de la discrecionalidad que la ley permite a las Administraciones Públicas.

a) *Apartar al niño de peligros y perjuicios*

Apartar a un niño de peligros y perjuicios es la función más genérica de las atribuidas a los poderes públicos. Esta función se confiere a las autoridades y servicios públicos en el artículo 14 LOPJM y 172.4 CC cuando les impone la obligación de prestar atención inmediata a cualquier niño. También está directamente atribuida al Juez, aunque puede realizarse a petición del Ministerio Fiscal, a través del artículo 158 CC. La aplicación del artículo 14 LOPJM implica la asunción de la guarda provisional y el establecimiento del acogimiento, lo cual engarza con otras funciones administrativas desempeñadas por las Entidades Públicas. El correcto desempeño de esta función se consigue a través de la delimitación de lo que supone peligro o perjuicio para un niño. Mediante la tipificación realizada en apartados anteriores no debería existir problema en dicha delimitación, como tampoco debería existir posibilidad de arbitrariedad.

b) *Investigar los hechos y las circunstancias del niño*

La obligación institucional de investigar las circunstancias del niño ante una posible situación de desamparo, se introduce por primera vez en la LOPJM original del año 1996 que destacaba esta investigación en la exposición de motivos: *la Ley regula los principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social, incluyendo la obligación de la entidad pública de investigar los hechos que conozca para corregir la situación mediante la intervención de los Servicios Sociales o, en su caso, asumiendo la tutela del menor por ministerio de la ley*. Sin embargo, el articulado de la Ley no contenía ninguna obligación legal de investigación de los hechos denunciados sobre el desamparo de un niño, por lo que, en muchas ocasiones, la declaración de desamparo se llevaba a cabo sin la correspondiente investigación de la veracidad de los hechos que podían provenir de denuncias anónimas e, incluso, inventadas con el objetivo de una venganza o la obtención de algún beneficio. Ello era posible al carecer la exposición de

motivos de valor normativo³⁸⁷, por lo que no existía realmente ninguna obligación de investigación de las denuncias de terceros, que podían ser asumidas por los funcionarios de la Entidad Pública y ser elevadas al juzgado, en caso de impugnación de la declaración de desamparo, como presunción *iuris tantum*, sin que en sede judicial fuese necesaria mayor investigación, pues los juzgados de familia no tienen capacidad instructora sino que simplemente valoran los datos que le ofrecen. La falta de investigación fue denunciada reiteradamente, aunque con escaso éxito, por muchos letrados de progenitores cuyos hijos fueron declarados en desamparo.

Este defecto ha sido subsanado mediante la reforma obrada por la LSPIA, en que se ha introducido la obligación de investigación, tanto en el artículo 14 LOPJM, como en el artículo 172.4 CC con responsabilidad de la Entidad Pública y obligación de comunicación al Ministerio Fiscal. Con esta previsión legal, el desamparo habrá de ser declarado con la completa investigación de los hechos que conducen a él. El problema es que mientras se realice la investigación, el niño estará en guarda provisional, supuestamente separado de su familia, por lo que el daño de la separación no se le evitará, ni tampoco los problemas de decisión sobre el retorno.

c) Declarar situaciones de riesgo y desamparo, asumir la guarda provisional y la guarda voluntaria

Los motivos que pueden llevar a la declaración de riesgo, desamparo, guarda provisional y voluntaria ya han sido abordados con anterioridad, por lo que no se volverá de nuevo a ello. Sin embargo, cuando la LSPIA se refiere a la modificación del artículo 17 LOPJM que regula la situación de riesgo, menciona repetidas veces a la “administración pública competente” con clara distinción de la Entidad Pública a la que se refiere cuando se trata de declarar y atender a situaciones de desamparo, guarda provisional y guarda

³⁸⁷ “Existe en el derecho español, como es notorio, una arraigada tradición en virtud de la cual las leyes -así como otras disposiciones normativas- van a menudo precedidas de un *preámbulo*, también llamado *exposición de motivos*.

[...]

Es opinión absolutamente generalizada a este respecto que los preámbulos carecen de tal valor normativo directo, entendiendo por valor normativo directo la aptitud para regular por sí mismos situaciones y relaciones jurídicas. A partir de un preámbulo, pues, no es posible extraer el efecto típico de toda norma jurídica, a saber: imputar una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho.” (DÍEZ-PICAZO, “Los preámbulos de las leyes”, Anuario de Derecho Civil, Vol. 45, Nº 2, 1992, pp. 501, 502, 516).

voluntaria³⁸⁸. De ello se deduce que la ley prevé que sean instituciones distintas las que vigilen las situaciones de riesgo en que el niño se mantiene en su núcleo familiar, de las otras situaciones de guarda en que el niño es separado de su entorno familiar de origen, pese a su falta de concreción sobre qué administraciones deben hacerlo y de qué modo y pese a la ausencia de reglamentación³⁸⁹. Esta postura es razonable pues la forma de vigilancia ha de ser distinta cuando el niño se mantiene en su familia o cuando no lo hace. Lo que se echa en falta, sea cual sea la administración competente, es el protocolo de actuación ante una determinada situación o circunstancia que determine un riesgo para la protección del niño, ya que toda intervención administrativa en otras materias tiene una limitación legal de actuación.

d) Seleccionar la familia de acogida y la modalidad de acogimiento

Aunque la ley no lo exprese explícitamente, la Entidad Pública es responsable de la trascendente decisión para la vida del niño como la de “establecer un acogimiento en determinada familia”, que ha de ser analizada y ponderada en relación al ISN. Por otro lado, la Entidad Pública toma la decisión, instrumental e irrelevante para la vida y el

³⁸⁸ Esta distinción resulta especialmente clara en el artículo 17.8 LOPJM en que se refiere a la comunicación entre ambas instituciones públicas.

³⁸⁹ “La situación de riesgo es un concepto que ya aparecía en la L.O. 1/96 de protección jurídica del menor aunque de una forma menos concreta, tanto en su definición como en su contenido y procedimiento a seguir para su declaración. La aparición del concepto de riesgo en la L.O. 1/1996, debería haber supuesto un cambio de paradigma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en tanto que:

- Debía situar la intervención con las familias de origen como eje central de todo el sistema de protección, tanto de niños que se encuentran viviendo con sus padres como con aquéllos que han sido separados provisionalmente de ellos.
- Debía suponer un desplazamiento, como piedra angular del sistema de protección a la infancia, de las medidas relacionadas con la separación familiar (acogimiento familiar/ acogimiento residencial), priorizando otras relacionadas con la preservación y la reunificación familiar.
- Debía suponer la ampliación de las situaciones de desprotección, antes limitadas a las situaciones de desamparo, y por tanto, ampliar el número de niños que podrían beneficiarse de las actuaciones de los poderes públicos.
- Debía suponer la incorporación de los servicios sociales municipales y por tanto de las entidades locales, al sistema de protección a la infancia haciendo que aquéllas, en las situaciones de riesgo, se convirtieran en entidades competentes en materia de protección de menores.
- Debía suponer la incorporación del resto de sistemas, particularmente educación, sanidad, formación y empleo, integración social, como competentes en el desarrollo de políticas de prevención dirigidas a eliminar cualquier situación potencial de riesgo o desamparo potenciando factores de protección, por tanto competentes en materia de protección de menores.” (*Modificaciones introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, http://www.elsindic.com/documentos/435_AN%20C3%81LISIS%20DE%20MODIFICACIONES%20DE%20PROTECCI%C3%93N%20DE%20MENORES.pdf [consultada el 24 de noviembre de 2016]).

desarrollo del niño, de la “modalidad de acogimiento” que se decide en muchas ocasiones en un momento de urgencia con muy poca información sobre el propio niño y su familia. Por el elevado grado de incertidumbre ante la posible evolución de las circunstancias del niño acogido y su familia, la modalidad de acogimiento no se considera una condición inamovible y debe depender siempre de la situación del niño. Por ello, los artículos 173 bis CC y 176 bis CC articulan los requisitos necesarios para alterar la modalidad de acogimiento o guarda, en concordancia con los artículos 173 CC y 176 CC.

Así, tras la investigación de los hechos que condujeron a la guarda provisional y la asunción de la tutela, habrá quedado determinado si hubo desamparo o no lo hubo, lo cual se comunicará a la familia de acogida. En caso de que se determine que hubo desamparo en la familia de origen, la ley actual determina que haya un cambio de situación jurídica para el niño pasando a “guarda con fines de adopción” o el establecimiento de tutela ordinaria. Ante tal situación la familia de acogida puede mostrar dos actitudes distintas: en primer lugar, dado que el acogimiento familiar es una institución de guarda provisional en que la responsabilidad tutelar es administrativa, al plantearse una opción estable para el niño en acogimiento y la finalización de la tutela administrativa, la familia de acogida puede declinar su responsabilidad sobre el niño. En tal caso, es necesario buscar una familia alternativa que haga frente a la necesidad de estabilidad jurídica del niño y éste deberá cambiar de familia mediante un proceso de tránsito, ya argumentado con anterioridad. Puede decirse que, si la familia de acogida no quiere mantener la responsabilidad parental sobre el niño, no se le puede obligar a ello, pues su compromiso de guarda era únicamente temporal. Esta es una situación contemplada en la ley, pues los acogedores optarían por solicitar el cese del acogimiento regulado en el apartado b) del artículo 173.4 del CC. Por ello se requiere un cambio, plenamente respetuoso con las normas constitucionales, a una familia que pueda ofrecer al niño lazos filiativos y responsabilidad parental. Por decirlo de algún modo, cuando la familia de acogida no quiere seguir cuidando al niño, éste se encuentra en una situación de desamparo respecto de su familia de acogida. Por el contrario, si la familia de acogida y, en su caso, el niño, desean mantener la relación familiar establecida entre ellos, romper esa relación familiar vulnera los artículos 10 y 39 de la Constitución española, al no existir la voluntad de los convivientes. Esta cuestión no ha sido abordada por los altos tribunales españoles, a pesar de que la jurisprudencia muestra varios casos de este tipo, en que las Entidades Públicas han impuesto a los acogedores un cambio de familia para los niños. Sin embargo, el

Tribunal Europeo de Derechos Humanos si que se ha pronunciado al respecto en la sentencia TEDH Moretti y Benedetti contra Italia (rec. 16318/2007) de 27 de abril de 2010, mostrándose favorable a respetar el vínculo del niño con la familia de acogida temporal, según se ha comentado previamente.

e) *Regular visitas y comunicaciones*

En lo referente a regulación de visitas y comunicaciones de niños bajo medidas de protección son de aplicación los artículos 160 CC y 161 CC, sin perjuicio de que el artículo 160 CC sea aplicable también a niños sujetos a medidas por la ruptura de pareja de sus padres. El artículo 172 ter CC menciona que la revisión del régimen de visitas debe ser semestral para los niños tutelados por las Entidades Públicas. Además, resulta de aplicación el artículo 20.3 1º LOPJM en que destaca la Entidad Pública como responsable del establecimiento y la modificación del régimen de visitas, previsión que antes de la reforma de la LSPIA contenía el artículo 173 CC. El artículo 20 bis 1 b) LOPJM destaca el derecho de los acogedores a ser oídos en relación al régimen de visitas del niño acogido con la familia de origen, mientras que el artículo 20 bis 2 e) LOPJM destaca su deber de *respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del niño* en acogimiento. El artículo 21 bis d) LOPJM destaca el derecho del niño en acogimiento a mantener visitas con su familia de origen. Por último, la LOPJM destaca de forma especial el derecho de visitas de los niños con problemas de conducta.

La LSPIA introdujo novedosamente el régimen de “guarda con fines de adopción”, ya explicado previamente, con lo que se han regulado las cuestiones relativas a este nuevo régimen de guarda establecido y, concretamente, el régimen de visitas. Así, el artículo 176 bis 2 CC destaca que *salvo que convenga otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva a que se refiere el apartado anterior [guarda con fines de adopción], excepto en los casos previstos en el artículo 178.4 CC* que regula la llamada adopción abierta. Cabe observar que se niega, por ley, el derecho del niño en “guarda con fines de adopción” a mantener visitas con su familia de origen. Por tanto, la ley proclama los mismos derechos y obligaciones al acogedor que al guardador con fines de adopción, pero en realidad, la obligación de las

visitas solo es para el acogedor³⁹⁰. Los derechos para el niño bajo un régimen de guarda u otro tampoco son los mismos. Con ello ha resuelto las múltiples impugnaciones que se producían tras la suspensión de visitas con la aplicación de la ley anterior. La diferencia entre ambos regímenes de guarda es notoria, pues en el caso de la “guarda con fines de adopción” la Entidad Pública ha determinado que existió motivo de desamparo (pese a que no se haya resuelto judicialmente) mientras que el niño bajo acogimiento no se encuentra bajo la declaración de desamparo, sino en guarda voluntaria o provisional. En base a ello cabe justificar la diferencia existente en el régimen de visitas y que el desamparo, llevará, indefectiblemente, a la adopción del niño.

El hecho de que se haya determinado legalmente esta suspensión de visitas no proviene de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sino de reiterada práctica administrativa que actuaba suspendiendo las visitas cuando el niño alcanzaba el acogimiento preadoptivo, con escasa o nula justificación en el ISN. Esta práctica no ha sido avalada por los tribunales, a pesar de que durante la vigencia de la LOPJM original existieron dos líneas jurisprudenciales claramente contradictorias seguidas por las Audiencias Provinciales, lo cual se revisará con posterioridad. Aunque ha prevalecido legalmente la opción administrativa, ello no obsta a que el ISN sea examinado, pues la ley prevé el mantenimiento del régimen de visitas por respeto a ese interés, por lo que la suspensión también se establecerá respondiendo al mismo interés. En concordancia con esto, el artículo 161 CC, que regula los derechos de relaciones personales entre el niño acogido y sus familiares, fue modificado por la LSPIA, con lo que el derecho de visitas ya no es un derecho con carácter imperativo, pues lo establece, o no, la Administración.

f) Revocar la situación de desamparo y cesar en la tutela o guarda administrativa

El artículo 172.3 CC otorga a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal la función de revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno con su familia. Siendo coherentes con la única opción legal de establecer la “guarda con fines de adopción” tras la declaración de desamparo, cabe deducir que la revocación del desamparo es una opción imposible. Para justificarlo, cabe recordar que la guarda con fines de adopción se ofrece a personas que están dispuestas a adoptar al niño y que, por

³⁹⁰ *Vid.* artículo 176 bis 1 CC.

tanto, tienen esa expectativa, hecho que conoce la Entidad Pública que es la institución que le ha asignado el niño. Por este motivo, la Entidad Pública no se va a prestar a defraudar las expectativas que los guardadores han depositado en la medida establecida, decidiendo el retorno del niño con su familia de origen por su propia iniciativa. Tampoco el Ministerio Fiscal va a prestarse a este cometido, ya que la información de que dispone es la que le proporciona la propia Entidad Pública, con lo que no tendrá juicios de valor distintos que puedan avalar el retorno del niño a su familia de origen. De este razonamiento se desprende que el artículo 172.3 CC resulta totalmente superfluo.

El artículo 172.5 CC recoge una serie de supuestos por los que debe cesar la tutela o la guarda administrativa que responden a la ausencia del niño (más bien se refiere a adolescentes) del ámbito de responsabilidad de la Entidad Pública. Esta medida se adopta novedosamente en la LSPIA al haberse detectado situaciones anómalas en este sentido al mostrarse renuentes las Entidades Públicas a abandonar la tutela o guarda de ciertos niños, pese a no estar ejerciendo ningún cuidado sobre ellos, dado que la ley no obligaba al cese de la tutela o guarda en estos casos³⁹¹.

g) Promover la privación de la patria potestad y estudiar el pronóstico de imposibilidad de retorno

El artículo 172.1 CC menciona a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal como legitimados para promover la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela (se entiende que se refiere a la tutela ordinaria), mientras que el artículo 172.2 CC menciona la existencia de un pronóstico de imposibilidad de retorno del niño a su entorno familiar de origen. Ambas cuestiones están íntimamente relacionadas entre sí y son las condiciones que realmente habrían de determinar la posibilidad de adopción de un niño, requisito que en ningún momento menciona la ley vigente. Por el contrario, la declaración de desamparo no habría de determinar, necesariamente, la posibilidad de adopción del niño, como parece que pretende la ley actual al considerarla única premisa para establecer la guarda con fines de adopción, pues, si bien es cierto, que la declaración de desamparo se ha postergado a un momento posterior al de las denuncias recibidas, dicha declaración

³⁹¹ Vid. denuncias en este sentido de finales de noviembre de 2016 https://www.youtube.com/watch?v=U8I_iasJa5A&feature=youtu.be [consultada el 28 de noviembre de 2016]

se hará en base a los hechos denunciados por lo que la propia declaración de desamparo implicará la imposibilidad de retorno, sin importar la evolución de los progenitores en el tiempo transcurrido en guarda provisional del niño. Por otro lado, la declaración de desamparo implicará la suspensión de visitas, lo cual obra en favor de imposibilitar el retorno del niño por su desvinculación del entorno de origen, además de afectar a un elemento esencial de su interés superior.

Esta vía legal viene, de nuevo, a consolidar una práctica administrativa de “no retorno” de los niños declarados en desamparo, si bien existe una mejora respecto al régimen anterior, no en el resultado pero sí en la forma, al eliminar la incertidumbre de pronóstico de retorno que se mantenía antes, mientras el niño permanecía en acogimiento simple, pues, inequívocamente, con la ley actual, la declaración de desamparo desembocará en la adopción del niño, salvo que se establezca la tutela ordinaria en familia extensa.

Sin embargo, convendría que el legislador optase de forma clara por el formato de protección de impedir el retorno o por el de dar oportunidades al retorno del niño tras la declaración de desamparo, pero no puede mantenerse en un espacio legal tibio que no hace sino contribuir al sufrimiento de las partes implicadas, además de que el artículo 172.2 CC sería de aplicación cuando la adopción estuviese establecida lo cual contribuiría a una enorme inseguridad jurídica al incidir en el estado civil de las personas.

h) Cesar el acogimiento

Una de las funciones atribuidas a las Entidades Públicas o al Ministerio Fiscal es la del cese del acogimiento cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del niño, recogido en el artículo 173.4 CC. A solicitud de los padres o tutores se acordará el cese del acogimiento si éste se produjo a causa de una guarda voluntaria. El cese a solicitud del niño de suficiente madurez se producirá, probablemente, en casos similares al recogido en el artículo 173.3 CC, es decir, por problemas en la convivencia. Uno de los motivos del cese del acogimiento que respeta plenamente el interés superior es el del retorno del niño al entorno familiar de origen, dado que responde a la satisfacción de sus derechos fundamentales y los de su familia, especialmente cuando se determina que no

hubo desamparo. Sin embargo, si el regreso del niño al entorno familiar de origen se considera inviable, la Entidad Pública no tiene posibilidad de aplicar el artículo 173.4. b) CC para imponer el cese del acogimiento si el acogedor, y en su caso el niño acogido, no desean romper sus lazos familiares, ya que el citado artículo obliga a salvaguardar el interés del niño, como toda acción administrativa, y oír al acogedor. En efecto, si se tiene en cuenta que el acogimiento fue establecido en interés del niño y que el cese no responde a la satisfacción de sus derechos fundamentales, como correspondería en el caso del retorno al entorno familiar de origen, no existe ningún criterio de aplicación sobre el interés del niño que permita legal y normativamente el cese del acogimiento por imposición administrativa. Por ello, si el acogimiento es de modalidad “de urgencia” procede la aplicación del artículo 173 bis 2 a) CC al haberse decidido ya la “medida de protección familiar que corresponda” y si el acogimiento es “temporal” procede la adopción de una “medida de protección que revista un carácter más estable”, sin que, en ningún caso, la literalidad de estos preceptos permita entender que “un cambio de familia para el niño” sea la medida que hay que imponer, pues la interpretación para favorecer la estabilidad y las relaciones afectivas del niño, como ponderación de su interés superior, es la que permita transformar la modalidad de acogimiento o guarda. Varios argumentos respaldan esta solución. En primer lugar, porque el niño bajo acogimiento no se encuentra, en general, desamparado en el sentido del artículo 172 CC por “privación de la necesaria asistencia moral o material” por lo que no sería de aplicación el artículo 176 bis CC. En segundo lugar, porque un cambio de realidad familiar para un niño que no ha sufrido desamparo en la familia de acogida no le proporciona una medida de protección, sino de peligro y riesgo y de vulneración de derechos fundamentales. En tercer lugar, porque, ante todo, la protección familiar y estabilidad a las que se refiere el artículo 173 bis CC han de entenderse como la “protección de la familia sustituta del niño, la de acogida, dotándola de la máxima estabilidad jurídica posible” siempre y cuando exista voluntad del acogedor y, en su caso, el niño acogido, respecto de la “permanencia en la familia”. La medida de protección de carácter más estable puede ser, bien la tutela ordinaria o bien la adopción si el acogedor reúne los requisitos para adoptar.

La ley busca que cualquier niño mantenga con su guardador el vínculo jurídico adecuado respetando su relación de convivencia y lo fundamenta en criterios de hecho y de derecho que acreditan la validez de la relación desde el punto de vista constitucional, según se verá en un capítulo posterior. Es decir, la ley busca que la situación jurídica de

un niño se adapte y respete su situación familiar, lo cual consienten, a veces, las Entidades Públicas, según se desprende de la jurisprudencia. En este sentido, la aplicación del artículo 176 CC otorgaría al niño adoptable³⁹² la filiación adoptiva siempre y cuando su guardador reuniese los requisitos para adoptar, es decir, los que exige el artículo 175 CC, y tuviese voluntad de adopción. De otro modo, la situación jurídica puede ser la de la tutela ordinaria.

Por el contrario, la ley no pretende que se actúe al revés, es decir, que se decida una determinada situación jurídica para un niño, tal como la adopción, alterando sus relaciones familiares para adaptarlo a la situación jurídica decidida³⁹³, ya que si el acogedor no reúne los requisitos para adoptar pero desea mantener la relación familiar con el niño, procederá establecer la tutela ordinaria, al prevalecer el mantenimiento de las relaciones familiares del niño frente a un estatus jurídico determinado, pues el primero es un criterio del ISN mientras que no así el segundo, que siendo deseable, está supeditado al cumplimiento del primer criterio, además de que existen suficientes figuras jurídicas para estabilizar una relación familiar análoga a la paterno-filial. Además, si el ISN fuese el de ser adoptado, la figura de la tutela ordinaria no tendría razón de ser.

i) Declarar la idoneidad del adoptante

La función administrativa de declaración de idoneidad de los adoptantes está recogida en el artículo 176 CC³⁹⁴. Este artículo fue modificado por la LOPJM del año 1996 y en alusión a la idoneidad establecía que “la declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta” de adopción, mientras que la LSPIA ha modificado el requisito de la idoneidad añadiendo que “la declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta” de adopción, cuestión que siendo totalmente de competencia administrativa, ésta puede controlar según su propio criterio, de tal modo que este control puede impedir al acogedor

³⁹² La ley no articula las condiciones por las que un niño es adoptable.

³⁹³ En realidad, existe jurisprudencia ha determinado la improcedencia de la intervención administrativa en aquellos casos en que un niño se encuentra debidamente protegido bajo una guarda de hecho.

³⁹⁴ “Asimismo, es de notar la excesiva regulación que se hace de algunos extremos al detalle, lo que, a mi entender, constituye materia más bien propia de un reglamento de desarrollo que de las normas con rango legislativo que aquí se reforman, como son la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) y el Código civil. Puede mencionarse a este respecto la regulación de los extremos a recoger en el documento anexo a la resolución administrativa de constitución del acogimiento familiar (art. 20.3 LOPJM); o las previsiones contenidas sobre la declaración administrativa de idoneidad de los adoptantes en el art. 176.2 y 3 Cc” (LÓPEZ AZCONA, *op. cit.*, p. 12).

el acceso a la adopción. En efecto, la declaración de idoneidad por parte de la Entidad Pública es un requisito que impide que un acogedor, pese a cumplir todos los requisitos sustantivos contenidos en los artículos 175 CC a 178 CC (excepto el de la idoneidad), no pueda ser adoptante al no prestarse la Entidad Pública a valorar su idoneidad, vetando así el acceso a la adopción del niño en acogimiento e impidiendo alcanzar los requisitos del artículo 176.1 CC, desconociendo realmente si la valoración de la idoneidad del acogedor daría un resultado positivo.

Sorprende que la LSPIA no haya recogido la necesidad de que el acogedor sea declarado idóneo por la Entidad Pública, pese a que la declaración de idoneidad del acogedor es una práctica administrativa extendida³⁹⁵, lo cual no solo es razonable sino imprescindible, pues no se puede otorgar el cuidado de un niño a cualquiera que se presente ante la Entidad Pública manifestando su voluntad de acoger, y entender que éste es el único requisito exigible. Por tanto, todo acogimiento se establece con requisitos de idoneidad del acogedor incluso más estrictos que los del adoptante, pues al primero se le exige una disponibilidad para la relación con la familia de origen del niño³⁹⁶ que no se exige siempre al segundo. De este modo, los requisitos del artículo 176.3 CC se cumplen de sobra en cualquier acogedor, excepto en el hecho de que la Entidad Pública puede negarse a extenderle la resolución que lo avale, incluso, bajo petición del acogedor.

Los criterios del artículo 176.1 CC (interés del niño e idoneidad del acogedor para el ejercicio de la patria potestad) para establecer una adopción, ya se aplicaron por decisión de la Entidad Pública cuando se constituyó el acogimiento inicial, por lo que si éste ha sido satisfactorio para el niño, no puede sino concluirse que los criterios se aplicaron correctamente. Por ello, los requisitos para obtener la adopción (entendiendo que se cumplen los del artículo 175 CC) se cumplen entre acogedor y acogido, con anterioridad al inicio del proceso de adopción. A pesar de ello, el proceso puede quedar

³⁹⁵ “Una vez reunidos los requisitos necesarios para ser familia acogedora, ésta realizará la oportuna solicitud al departamento correspondiente, el cual llevará a cabo una valoración y expedirá después el necesario certificado de idoneidad. Dicho certificado es extendido, normalmente, por la propia Administración competente en la materia, en función de la Comunidad Autónoma, o por la entidad colaboradora si existiese.” (CAPARRÓS y JIMÉNEZ-AYBAR, *El acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales*, Ediciones Rialp, S. A., 2001, pp. 154, 155).

³⁹⁶ “Debemos partir de la premisa de considerar que, en principio, es conveniente que ese menor mantenga contacto -de manera más o menos frecuente- con su familia de origen, habida cuenta que el objetivo final del acogimiento familiar es que pueda producirse al retorno del acogido -a corto, medio o largo plazo- al seno de aquélla.” (*Ibidem.*, p. 207).

impedido por aplicación del artículo 176.2 CC ante la negativa de la Entidad Pública de reconocer formalmente (mediante resolución) la idoneidad del acogedor como adoptante, pese a que la reconoció implícitamente al constituir el acogimiento. En definitiva, la Entidad Pública puede modificar arbitrariamente los criterios sobre el interés del niño susceptible de adopción y la idoneidad del acogedor que había considerado en el momento de establecer el acogimiento inicial, sin exigirse un mínimo de coherencia.

Por otro lado, el artículo 176 CC no especifica si en los casos en que no se requiere propuesta de la Entidad Pública se requiere resolución de idoneidad sobre el adoptante, aunque parece claro que no es así, pues en este caso, los adoptantes no han establecido ninguna relación con la Entidad Pública pero sí con el niño susceptible de ser adoptado. Además de ello, para evaluar la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad, según exige el artículo 176.1 CC, el juez no tiene por qué ceñirse a la obtención de una resolución administrativa de idoneidad pues puede solicitar todo tipo de pruebas que avalen la idoneidad del adoptante, en que puede ser perfectamente válido recurrir al criterio de que haya cuidado de sus propios hijos o a un peritaje realizado por un profesional independiente de la Administración.

El requisito de la idoneidad del adoptante declarado por la Entidad Pública es claramente un obstáculo para evitar que el acogedor pueda ser adoptante, pues existe una evidente renuencia de las Administraciones Públicas a favorecer esta situación por un pretendido peligro de la institución del acogimiento³⁹⁷, aunque en ello se olvidan de los derechos de carácter constitucional adquiridos por acogedor y acogido en base a su relación de convivencia que, por ejemplo, se respetan en otras relaciones “no biológicas” tal como la establecida por la aplicación de la LTRHA.

j) *Elevar propuesta de adopción al juzgado y solicitar facultades de tutela para los acogedores*

Según la redacción del artículo 176.2 CC, modificado por la LSPIA, *para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor*

³⁹⁷ “las Comunidades Autónomas que no permiten la adopción por los acogedores están tratando, muy justificadamente, de preservar un programa que tiene otra función distinta: el acogimiento de carácter temporal” (FERNÁNDEZ DEL VALLE, LÓPEZ, MONTSERRAT y BRAVO, *op. cit.*, p. 175).

del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. El motivo por el que se requiere, por norma, la intervención administrativa para establecer la adopción de un niño responde al logro de dos objetivos. Por un lado, evitar que la adopción sea un negocio privado y, en definitiva, impedir el tráfico de niños³⁹⁸. Por otro lado, pretende impedir que un acogedor inste, por propia iniciativa, la adopción de un niño que tiene posibilidades de retorno a su familia de origen. Fuera de ello, la Administración no tiene otra responsabilidad en un proceso de adopción, especialmente cuando ya tuvo una actuación previa de protección en que estableció el acogimiento del niño en determinada familia, decisión de una trascendencia vital y constitucional para el niño pues genera nuevas relaciones familiares³⁹⁹ y de ello depende su desarrollo y personalidad. En este sentido, atendiendo a la intervención administrativa, se observa que ésta es necesaria en un momento previo a aquel en que puede hacerse efectiva la propuesta de adopción, es decir, con anterioridad al momento en que el niño pueda ser adoptado, por lo que cabe preguntarse si, después de ese momento, la Entidad Pública mantiene control sobre la relación establecida.

k) *Informar a la Fiscalía*

La función de “poner en conocimiento del Ministerio Fiscal” aquellas decisiones administrativas tomadas por la Entidad Pública en virtud de la protección infantil se aprecia en varios de los preceptos legales, tanto del Código Civil como de los artículos de la LOPJM. Este deber de información no puede ser caprichoso, sino que debe tener el objetivo de establecer una mayor implicación del Ministerio Fiscal en las decisiones tomadas para los niños bajo tutela pública o separados de sus padres bajo cualquier

³⁹⁸ Vid. DUVA y JUNQUERA, *op. cit.*

³⁹⁹ “la STC 222/1992 estableció, en definitiva, la obligación constitucional de los poderes públicos de reconocer y tutelar como familia modelos de convivencia que cuenten con cierta presencia social, y muestren manifiestas necesidades de tutela” (RODRÍGUEZ RUIZ, “Matrimonio, género y familia en la Constitución Española: trascendiendo la familia nuclear”, *REDC*, nº 91, p. 89). Las sentencias TC 124/2002 de 20 de mayo y TC 221/2002 de 25 de noviembre denotan que el modelo convivencial en que un niño se encuentra en acogimiento muestra manifiestas necesidades de tutela, bajo el cual es necesario considerar si protege el ISN. La doctrina de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio reconoce aquellas situaciones en que la convivencia en acogimiento se muestra la opción familiar más favorable para el niño frente al retorno al entorno familiar de origen, identificándolas con la expresión del ISN como máxima del ordenamiento jurídico. Por ello, no puede negarse que la convivencia en acogimiento es un modelo de convivencia con presencia social que, en virtud de las necesidades y el bienestar de la población infantil, debería ser creciente en el futuro tendiendo a la sustitución del acogimiento residencial, como recomienda la reforma legislativa obrada por la LSPIA.

medida⁴⁰⁰. La Fiscalía tiene facultades para actuar⁴⁰¹, aunque no siempre con imperatividad, que sería quizás un requisito exigible, con el fin de establecer un control administrativo riguroso en materia de protección infantil, sin que por ello tuviese opción de excederse de sus funciones actuales.

1.4.2. La función del Defensor del Pueblo o del Defensor del Menor

El Defensor del Pueblo puede adquirir funciones de defensa de los intereses de los niños, tanto por propia iniciativa como a petición del propio niño, pese a las dificultades que puede presentar para él el acceso a las instituciones⁴⁰². Las citadas funciones pueden, en su caso, ser asumidas por el Defensor del Menor en aquellas comunidades en que exista esta figura⁴⁰³. El objetivo de esta institución es la de procurar a los niños un espacio de participación social en que poder manifestar sus problemas y obtener soluciones, garantizando la debida confidencialidad, según expresan las páginas web⁴⁰⁴ en las que los niños pueden encontrar la debida información. La legislación vigente también se ha ocupado de introducir la figura del Defensor del Menor, como muestra el artículo 10

⁴⁰⁰ “se observa una importante potenciación de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal en materia de protección de menores (vid. p. e. arts. 17, 21.5 y 22 quáter LOPJM, y arts. 172.1.5 y 174 Cc), aunque lo cierto es que sin proporcionarle el suficiente apoyo técnico a fin de que pueda desempeñarlas de una manera efectiva.” (LÓPEZ AZCONA, *op. cit.*, pp. 11, 12).

⁴⁰¹ “Aclarada la importante labor del ordenamiento jurídico le encomienda al Ministerio Público en el orden de la defensa de los menores y sus derechos, no se puede olvidar que el mismo posee una facultad de intervención y defensa que excluye toda posibilidad decisoria, motivo que no resta relevancia a sus funciones pero que conviene tener presente para conocer los límites de sus funciones en este preciso campo.” (CARBONELL, “El interés del menor: criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor del Menor y del Ministerio Fiscal” en VALLÉS (director), *op. cit.*, p. 151).

⁴⁰² “El Defensor del Pueblo, al que el menor de edad puede dirigirse directamente dado que su edad no excluye ni limita esta facultad, se puede concebir, a la vista de sus ejercicios desde un triple ámbito de consideración. En primer término, como una figura de equilibrio e independencia, en segundo lugar como un órgano que coordina las figuras análogas al Defensor del Pueblo previstas en los diferentes Estatutos de Autonomía y, por último, como una institución de control parlamentario y extrajudicial de la Administración Pública e, incluso, de colaboración con el Ombudsman comunitario de las Comunidades Europeas.” (*Ibidem.*, pp. 140, 141).

⁴⁰³ “La figura de un defensor de la infancia se torna precisa puesto que la proclamación de los derechos de los niños, [...] no ha sido suficiente. Las garantías en este ámbito todavía son muy débiles y, en estas circunstancias, la función de un Defensor del Menor sigue siendo imprescindible más aún cuando la figura del menor posee una condición jurídica tan particular, no debiendo permitirse el hecho de que el trabajo de promoción y defensa de los derechos de la infancia acabe haciéndose de una forma espontánea y carente de organización y de especialización profesional.” (*Ibidem.*, pp. 141, 142).

⁴⁰⁴ “La ODDM defiende y promueve los derechos de los niños en las Islas Baleares.

[...]

se encarga de luchar por tus derechos. Representa tus intereses y tus necesidades para que los adultos los respeten (padres y madres, familiares, maestros, vecindarios, compañeros, policías, jueces, fiscales, políticos ...).” (<http://www.caib.es/sacmicrofront/contenido.do?mkey=M97&lang=es&cont=1743> [consultada el 10 de febrero de 2017]).

LOPJM, dada la creciente preocupación social por la defensa de los intereses infantiles⁴⁰⁵. Sin embargo, desde el momento en que estas figuras están cubiertas por cargos políticos, dado que son puestos de confianza, su eficacia en la defensa de los intereses infantiles queda claramente comprometida al primar sobre ellos, la lealtad al partido político que les colocó en el puesto⁴⁰⁶. En este sentido, no cabe ignorar que, en la actualidad, el “Defensor del Menor” en aquellas CCAA en que existe es, por norma general, un cargo político⁴⁰⁷.

Para los niños tutelados por las Administraciones Públicas, la figura del “Defensor del Menor” es una institución inaccesible dado que la propia Administración tutora de los niños nunca admitirá que los derechos de éstos requieren de la ayuda de dicha institución para ser protegidos adecuadamente. En definitiva, la institución del Defensor del Menor tiene escasa relevancia en asuntos de protección infantil, en que, por estar ya implicada una Administración Pública, se mantendrá al margen de toda interferencia con ésta última. En sentido contrario, la existencia de esta institución puede incidir en que ciertos niños descontentos con el rol educativo paterno, terminen bajo tutela administrativa al acudir a la oficina del Defensor del Menor con denuncias contra sus padres⁴⁰⁸.

1.4.3. El papel de la Administración de Justicia

En la Administración de Justicia interviene tanto la Fiscalía como el poder judicial, en que la primera institución tiene un papel mucho más continuado que la segunda, ya que ha de estar al corriente de todos los asuntos relacionados con los niños bajo guarda o tutela administrativa, dada la obligación de las Entidades Públicas de informar periódicamente a la Fiscalía.

⁴⁰⁵ “La regulación de la institución del Defensor del Menor ha sido una aspiración de todos los sectores de nuestra sociedad preocupados por dar una mayor seguridad jurídica al desarrollo de los intereses y participación social de las personas menores de edad.” (VIDAL, “la evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud”, *DS*, Vol. 11, Núm. 1, 2002, p. 224).

⁴⁰⁶ “debe insistirse en el hecho de que sea una institución independiente ya que no debiese ser objeto de presiones de ningún tipo”. (CARBONELL, *op. cit.*, p. 145).

⁴⁰⁷ “La dirección de la ODDM la ejerce un alto cargo de la Administración del Gobierno de las Islas Baleares, nombrado por el Consejo de Gobierno...” (<http://www.caib.es/sacmicrofront/contenido.do?mkey=M97&lang=es&cont=1743>, *op. cit.*).

⁴⁰⁸ *Vid.* <http://www.diariosur.es/nacional/201609/14/carta-integra-maria-jose-20160914092246.html> [consultada el 10 de octubre de 2016].

a) *La función de la Fiscalía*

La función de la Fiscalía en cuanto a la defensa e intereses de los niños contempla un amplio abanico de posibilidades. En lo que respecta a cuestiones de protección infantil, la Ley le impone la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los niños bajo tutela pública⁴⁰⁹. El artículo 174 CC es el que establece las funciones genéricas del Ministerio Fiscal en cuanto se refiere a la supervisión de las Entidades Públicas en cuestiones de protección infantil⁴¹⁰. Cuando en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre se introdujo la figura del Ministerio Fiscal como observador de las funciones tuitivas hacia la infancia, uno de los objetivos fue el de establecer un mecanismo rápido de protección⁴¹¹. Esa rapidez de intervención se otorgó legalmente a las Entidades Públicas, con la complacencia del Ministerio Público, entendiendo con ello que era la forma óptima de protección infantil. Transcurrido el tiempo, ha sido necesario reconocer que las medidas de protección provisionales establecidas por las Entidades Públicas se han

⁴⁰⁹ “Tiene encomendada el Ministerio Fiscal, por imperativo del Artículo 174 del Código Civil la superior vigilancia de la tutela, acogimiento, guarda de los menores a que se refieren los Artículos 172 y ss. del mismo cuerpo legal.

Aparece la función encomendada al Fiscal, como el elemento necesario para articular jurídicamente las actuaciones protectoras de los menores.” (PANTOJA, “El fiscal como defensor del menor (la posición del menor ante la ley a través de la defensa que del menor ejerce el ministerio fiscal)”, IX Congreso Nacional de la Sociedad Española de Psiquiatría y Psicoterapia del Niño y del Adolescente, 1995, p. 77).

⁴¹⁰ CARBONELL refiere que “de las obligaciones que le impone [al Ministerio Fiscal] el contenido del precepto 174 del Código Civil -y especialmente en materia de tutela, acogimiento y adopción- se extrae, que para poder determinar la posición del Ministerio Fiscal, el mismo deberá atender también a las siguientes consideraciones: el verdadero interés del menor, la presunción de que este citado interés se encuentra en el mantenimiento de su propia familia salvo que de las circunstancias se infiera lo contrario y la integración del menor dentro del núcleo familiar -siempre que sea posible y aconsejable- antes que su internamiento en una institución.” (CARBONELL, *op. cit.*, p. 150). Sin embargo, suponer, de la literalidad del artículo 174 CC, estas atenciones del Ministerio Fiscal hacia la infancia, supone ir más allá del mero ejercicio deductivo.

⁴¹¹ En efecto, la Ley 21/87 de 11 de Noviembre vino a introducir el modelo constitucional en las relaciones de las distintas instituciones que contribuyen a la protección de los menores. Hasta ese momento, era el Tribunal Tutelar de Menores, las Juntas de Protección de Menores, etc., las encargadas de aplicar aquellas medidas que en protección de los mismos se hacía preciso establecer; de tal manera que era el Juez del Tribunal Tutelar el que venía a resolver sin contradicción, y oídos, en su caso, los informes técnicos el que decidía sobre la conveniencia o no de la naturaleza de las medidas protectoras.

Esta situación planteaba diversos problemas tales como, los que se derivan de que el Juez generalmente se encuentra alejado de la realidad de los menores, y que la decisión a adoptar no siempre era lo rápida e inmediata que la situación requería, sin olvidar que en muchos casos los padres del menor o, en general aquellas personas interesadas en ellos, carecían de mecanismos efectivos para mostrar su oposición a la decisión judicial, y sobre todo, que en el esquema constitucional, el Juez está para juzgar y ejecutar lo Juzgado (art.117.3 de la C.E.), de tal modo que deben ser las partes las que acudan al mismo para resolver el conflicto planteado, función ésta que atribuye la propia Constitución, institucionalmente, al Ministerio Fiscal, cuando le encomienda promover la acción de la Justicia (art. 124 de la C.E.).

De este modo, la Ley 21/87 viene a solucionar, al menos en parte, estos problemas, y sobre todo, trata de establecer las relaciones entre los intervinientes de acuerdo con la Constitución.” (PANTOJA, *op. cit.*, pp. 77, 78).

perpetuado en el tiempo para muchos niños con lo que ha sido necesario recordar al Ministerio Fiscal que su función no consiste meramente en ser receptor de las actuaciones administrativas. Así, la ley actual remarca el papel activo, con carácter imperativo, del Ministerio Fiscal, para evitar dicha contingencia. Así se desprende del artículo 172.4 CC, que asigna al Ministerio Fiscal una actuación en caso de que la guarda provisional exceda el plazo señalado, expresando de forma explícita una de sus funciones. Ello obliga a suponer que la guarda provisional se constituirá con un plazo señalado, de lo contrario, el Ministerio Fiscal no actuará. Ya desde la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, el Ministerio Fiscal tenía obligaciones con carácter imperativo, tal como promover las medidas de protección que estimase necesarias⁴¹², pero la práctica jurídica desde la vigencia de la citada ley de 1987 ha demostrado que la interpelación del Ministerio Público a los juzgados en asuntos de protección ha sido prácticamente nula, pues esta institución ha considerado, en un porcentaje elevadísimo de casos que las medidas establecidas por la Entidades Públicas han sido correctas, por lo que su actuación no ha llegado a producirse por haberse considerado innecesaria. A partir de ahí, es obvio, que se han detectado casos en que el Ministerio Fiscal debió intervenir y no lo hizo⁴¹³, por lo que, convendría que la ley fuese más explícita en los aspectos de la competencia activa del Ministerio Público.

En la práctica judicial, la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva en cualquier asunto que afecte a un niño de tal modo que su ausencia puede provocar la nulidad radical de lo actuado. El grado de intervención puede ser el de mero informante

⁴¹² “Pues bien, el contenido del Artículo 174 del Código Civil que encomienda al Fiscal la superior vigilancia, significa que la Entidad Pública tiene obligación de poner en conocimiento de esta Institución la decisión adoptada, y es el Fiscal, el que valorando la misma en el caso de discrepancia, lleva el conflicto ante el Juez de Familia (o de Primera Instancia en los lugares donde no haya aquellos) para que tras el oportuno procedimiento el Juez resuelva a la vista de las pruebas practicadas – generalmente los informes de los Equipos Técnicos de los Juzgados– dictando resolución de acuerdo o no con la medida adoptada con la Entidad Pública; vemos de este modo como se encomienda a la Entidad Pública precisamente el contacto directo con el menor y la actuación administrativa tendente a solucionar la situación de peligro en que este se puede encontrar, propiciando a través del Fiscal el control jurisdiccional de esta medida, que si quedara exclusivamente en manos de los padres, devendría ineficaz ya que en la mayoría de los casos los padres no se encuentran en situación de dar una respuesta a la actuación de la Administración, al no saber acudir al Juez, ni qué recursos jurídicos emplear para la defensa de sus intereses y de los que ellos entiendan que corresponden a sus hijos.” (*Ibidem.*, pp. 78, 79).

⁴¹³ Un caso claro, por poner un ejemplo conocido, es el del niño de El Royo en que habiéndose demostrado de forma manifiesta la incapacidad de su familia biológica, tanto nuclear como extensa, para su cuidado, el Ministerio Público no solicitó la reintegración del niño a la familia acogedora de El Royo que se había demostrado eficaz en la protección de ese niño en concreto. Por el contrario, la pasividad de la Fiscalía ha consentido la institucionalización del niño hasta su mayoría de edad.

en el caso o el de parte procesal cuando sea el promotor de las acciones, siendo escasas las ocasiones en que actúa de este último modo⁴¹⁴.

b) *La intervención del poder judicial*

La intervención del poder judicial cierra el itinerario a través del sistema de protección infantil, con el fin de dotar a las soluciones definitivas que se adopten sobre un niño de la debida seguridad jurídica y garantías constitucionales. Con este objetivo la ley permite que los padres o guardadores se opongan a las resoluciones administrativas en materia de protección infantil, a la vez que obliga a que las medidas de protección estables, tales como la adopción o la tutela ordinaria, sean establecidas mediante resolución judicial.

Una novedad introducida por la LSPIA es la de la impugnación de la declaración de riesgo que, con anterioridad, no estaba prevista, de lo que se deduce que dicha declaración se plantea como una amenaza para la integridad de la familia y que, el propio legislador, así lo entiende. Por ello, resulta necesario que esta concepción cambie, pues el desarrollo legislativo debe obrar en beneficio de la sociedad y es menester conseguir que los usuarios conciban el sistema de protección como un verdadero “servicio”. De la literalidad de la ley no se desprende que la “guarda provisional” también pueda impugnarse, aunque parece razonable que así sea, ya que es esta medida la que produce la separación del niño de su familia y no el desamparo como ocurría con la ley anterior. En la medida en que debe dictarse una resolución administrativa para acordar la guarda (según artículo 172.4 CC) ésta podrá ser impugnada (según artículo 780 LEC). En sentido contrario, la LSPIA ha eliminado el llamado “acogimiento provisional” que se refería al acordado administrativamente sin ratificación judicial. En la LOPJM original, cuando los padres no consentían el acogimiento, éste debía ser acordado judicialmente y era la Entidad Pública la que actuaba de parte actora en sede judicial. En la ley actual, no se pide consentimiento al acogimiento, lo cual es totalmente razonable a la vista de que las resoluciones judiciales de constitución de acogimiento carecían de todo sentido, pues se atacaba judicialmente la consecuencia del desamparo, es decir, el acogimiento, sin

⁴¹⁴ “Para que quede más reforzada la importancia de su intervención [del Ministerio Fiscal] en todos aquellos supuestos antes mentados, se establece una sanción de nulidad para aquellos supuestos en que debiendo éste intervenir de forma preceptiva no se haya tenido en cuenta su participación.” (CARBONELL, *op. cit.*, p. 150).

entrar a valorar los motivos que lo habían provocado. Ello daba lugar a presuponer, en sede judicial, la existencia de desamparo y, por tanto, el acogimiento era su consecuencia lógica y la ratificación judicial era automática. Sin embargo, la mayoría de las veces el “no consentimiento” de los padres al acogimiento se refería en realidad a la oposición al desamparo, dando pie a la confusión de pensar que no consintiendo el acogimiento se oponían, tácitamente, al desamparo. Por lo demás, las posibilidades impugnatorias se refieren a todas aquellas decisiones administrativas que hayan sido debidamente formuladas mediante resolución impugnabile, por lo que todas aquellas decisiones comunicadas de palabra o en un escrito sin formalidad no pueden impugnarse. Esto ocasiona serios problemas de carácter procesal con difícil solución para el justiciable, ya que no se permite el acceso a la Administración de Justicia en ausencia de resolución impugnabile. Además supone una discriminación respecto a los familiares de niños no usuarios del sistema de protección (padres, abuelos, etc.) que pueden dirigirse al juzgado en cualquier momento.

1.5. La ausencia de normativa legal

La reforma legislativa del año 2015 en materia de protección infantil, llevada a cabo mediante la LSPIA y la LOSPIA, realizó importantes esfuerzos para unificar la legislación de todo el territorio español. A pesar de ello, se echa en falta la elaboración de un reglamento que de cobertura a la ley, permitiendo la unificación de criterios administrativos a la hora de determinar el grado de intervención del sistema de protección. También se nota la ausencia de unas directrices de actuación cuando ha fracasado una medida de protección decidida institucionalmente.

1.5.1. La necesidad de reglamentación

La definición de un adecuado protocolo de protección requiere de la clarificación del itinerario legal de protección que marque la forma de proceder ante una determinada situación, limitando el margen de discrecionalidad administrativa. En definitiva, se trata de generar “normas de procedimiento” que permitan alcanzar el ISN, de tal modo que éste resulte siempre respetado y conocido por las personas que guardan una relación con

el niño. En íntima relación con la elaboración de un correcto protocolo de actuación se requiere el estudio de las cuestiones del ámbito económico y presupuestario, del que la LSPIA únicamente expresa que las medidas introducidas no llevan consigo la necesidad de nuevas dotaciones presupuestarias⁴¹⁵. Por último, resultaría necesario detallar la derivación de casos entre entes administrativos, en virtud de la división de roles asignados a ellos.

a) *El protocolo de actuación*

La ley actual tiene un marcado carácter “adopcionista”, el cual no puede mermar las debidas garantías jurídicas que permitan respetar plenamente el ISN que entra en contacto con el sistema de protección. Por ello, es necesario hacer frente a algunas cuestiones no resueltas en la vigente ley.

Una cuestión no suficientemente explorada en la ley es el modo en que se detectan situaciones de riesgo y desamparo de los niños. La experiencia demuestra que las fuentes de las que provienen los datos al respecto son de las denuncias de vecinos y familiares, del centro escolar, de los hospitales de urgencias o consultas médicas, de los propios guardadores que solicitan ayuda, o de los servicios sociales comunitarios o municipales. Ante ello, sería conveniente delimitar en qué casos conviene declarar la situación de riesgo y en qué otros conviene la guarda provisional o el desamparo⁴¹⁶ o, incluso, ninguna medida.

⁴¹⁵ Vid. Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, https://www.fiscal.es/fiscal/pa_webapp_sgentj_nfis/download/2914informe%20cf%20ley%20proteccion%20infancia.pdf?idfile=ccc43a18-67fc-470d-8bb2-172759eff938, Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia del CGPJ, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Proteccion-a-la-Infancia> y Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección a la Infancia del Consejo Económico y Social, http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/4.pdf [consultadas el 25 de noviembre de 2016].

⁴¹⁶ “Tenemos la impresión de que auténticas situaciones de riesgo, derivadas de la marginalidad de la familia biológica, carencias culturales de los padres, dificultades de socialización, pobreza extrema, han ido ganando terreno a los supuestos que, inicialmente, podían determinar la adopción de medidas protectoras (malos tratos, desestructuración familiar, prostitución...). [...] ha de señalarse que tampoco las recientes decisiones de nuestros tribunales contribuyen positivamente a transmitir tranquilidad en este tema, donde creemos, se produce igualmente en algunos casos, esa confusión entre el riesgo y el desamparo, con las consecuencias que de ello derivan.” (BENAVENTE, *op.cit.*, pp. 16, 17, 18)

Las informaciones que suelen obtenerse sobre la desprotección de un niño pueden ser de “sospecha” o de “certeza” o “evidencia”. La ley especifica que la situación de desamparo es una “situación de hecho”, por lo que para alcanzar el desamparo no basta la mera sospecha, sino que es necesaria la existencia de evidencias. Ello es coherente con la tipificación de las causas de desamparo, pese a que haya resoluciones judiciales que consideran las sospechas motivo suficiente para mantener a un niño separado de su familia⁴¹⁷. La ley no articula el modo de actuación en caso de “sospecha” de desprotección, aunque bien podría ajustarse a una situación de riesgo, mientras se efectúa la investigación que descarte o confirme la sospecha. No es razonable la “guarda provisional” durante la investigación de las sospechas, pues si las mismas se descartan, el daño de la separación que ha sufrido el niño es muy elevado. Además de ello, la investigación puede quedar viciada al haber separado al niño de su entorno. En especial, cabe ser muy cautos cuando las denuncias provienen del entorno cercano del niño, es decir, de familiares y vecinos, ya que pueden encubrir venganzas por discordias entre adultos. Así, una primera cuestión del protocolo establecido consistiría en determinar la situación en que debe quedar el niño ante una concreta denuncia de desprotección. Hay que tener en cuenta que la mera declaración de riesgo, puede ser suficiente para que se produzca un cambio de actitud en la familia y que el riesgo quede eliminado⁴¹⁸.

La previsión de la ley es que tras una denuncia el niño pase a “guarda provisional” que se concretará en un acogimiento de urgencia, aunque no está así específicamente regulado. Si tras las denuncias, las investigaciones no confirman las sospechas de desprotección en un tiempo determinado, sería necesario suspender la intervención sobre

⁴¹⁷ La sentencia de la sección 2ª de la AP de Toledo 297/2009 de 13 de noviembre destaca lo siguiente respecto al desamparo de una niña en que es apelante su padre: *aunque un maltrato o un abuso sufrido por la menor no haya provocado una condena penal hacia el padre, sin embargo esto no es óbice para que tales hechos puedan ser valorados por los Juzgados Civiles en procesos como el que nos ocupa*. Con este argumento mantiene el desamparo de la niña. Por su parte, la sentencia de la sección 4ª de la AP de Las Islas Baleares 45/2009 de 10 de febrero en que son apelantes los padres de dos niñas expresa lo siguiente: *En primer lugar, ni se han acreditado esos hechos [abusos sexuales], continuando toda resolución basándose en "indicadores" y en "sospechas", ni puede tampoco ampararse ni fundarse una resolución judicial en "presuntas sospechas" ni en indicadores" bajo el dictado de una decisión "cautelar" cuando la situación de tutela asumida por el Consell [Entidad Pública] ya dura más de tres años*. Existiendo meras sospechas se mantiene el desamparo.

⁴¹⁸ “Mediante la elaboración y ejecución de un programa individualizado socioemocional podremos potenciar las capacidades y recursos indicados tanto del menor como de la familia independientemente que sea de origen o extensa sobre las incidencias iniciales a la intervención, reduciendo las barreras socioculturales y optimizando la calidad de socialización del Menor, concretamente desde el control de impulsos, tolerancia la frustración, resolución de conflictos, hábitos saludables, etc.” (FERNÁNDEZ MURCIA, “Intervención socioeducativa emocional. La toma de conciencia para romper creencias limitadoras”, en JIMÉNEZ, PANTOJA, LEIVA y MORENO, *op. cit.*, p. 141).

la familia y permitir el retorno del niño a su hogar, pero la práctica demuestra que éste no se alcanza fácilmente.

Hay que tener en cuenta que la aplicación de una medida de protección puede desencadenar una postura tan drástica como la adopción del niño y la radical separación de su familia, por lo que conviene esclarecer qué hechos conllevan a tal situación. Sin embargo, se aprecia, por un lado, que la declaración de desamparo provoca la “guarda con fines de adopción” (artículo 176 CC) lo que indefectiblemente y sin traba jurídica alguna, terminará con la adopción del niño. Por otro lado, el artículo 172.2 CC expresa que la adopción del niño procede “cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen” indicando que ésta puede ocurrir en los dos años posteriores a la notificación de la declaración de desamparo. Por tanto, existen dos hechos constitutivos de la adopción de un niño, con evidente contradicción entre ellos en lo que respecta al aspecto temporal. Además, esta formulación legal implica que el niño que es dado voluntariamente en adopción por su madre también se considera desamparado, lo cual no se ajusta a la realidad.

En este sentido, la “declaración de desamparo” no debe ser condición necesaria para establecer la “guarda con fines de adopción” (sería el caso de la adopción por voluntad de la madre) y, en caso de haberse producido desamparo, éste no debería ser condición suficiente para establecer la “guarda con fines de adopción”, como, al parecer, pretende la ley vigente, pues es preciso que se otorgue la debida oportunidad al niño de retorno a su entorno de origen.

Otra cuestión sobre la que no existe previsión legal alguna se refiere a la exploración del niño y la participación de los guardadores en ella, pues habría de permitirse, incluso requerirse, la presencia de un perito de parte de éstos. Además, debería ser preceptiva su intervención, con el fin de evitar la manipulación del niño por parte de unos profesionales que, llegado el caso, se enfrentarán a los guardadores en un pleito judicial. También la exploración de los guardadores debe exigir el mismo requisito. Otra exigencia legal, requeriría la grabación de todas las exploraciones, a fin de poder ser exhibidas en caso de pleito. En general, la forma de proceder cuando se produce una separación familiar debería ser objeto de minuciosa reglamentación, dada la importancia de los intereses en juego.

Debería también existir una previsión de finalización de la situación de desamparo. Por ejemplo, en aquellos casos en que se han instruido causas penales por malos tratos o ablación, el desamparo debería quedar extinguido tras el cumplimiento de la condena, exigiendo a los guardadores el requisito de asistencia a algún medio de concienciación de la necesidad de evitar prácticas contrarias a los intereses del niño. Asociado a ello, convendría definir una forma de actuación en caso de reincidencia sobre una misma cuestión delictiva causante de desamparo. Sin embargo, puesto que la ley apunta en el sentido de impedir que esas personas puedan ser padres, no se requieren esas previsiones legales. En cierto modo, a las personas que tuvieron hijos en desamparo se las considera incapacitadas para mantener una estructura sociofamiliar adecuada. Por tanto, la reinserción no está prevista para ellas.

Por último, convendría establecer un límite legal sobre las actuaciones de las Entidades Públicas de protección. Así, la Administración Pública debería tener vetadas algunas funciones tal como el cese de un acogimiento satisfactorio para internamiento en centro y el cambio de familia de un niño cuando no ha sufrido situación de desamparo.

Con estas previsiones legales, el itinerario del niño a través del sistema de protección quedaría restringido a unos límites razonables que respetarían plenamente su interés superior. Todo ello sin la pretensión de que el examen realizado de la problemática que afecta a los niños del sistema de protección haya sido exhaustivo.

b) Las partidas presupuestarias para ejercer funciones de protección infantil

Los datos muestran que el niño tutelado no sale mejor preparado para la vida adulta que los niños que se mantienen con sus padres, pese a la supuesta dedicación de recursos institucionales en su beneficio⁴¹⁹. De hecho, la vigente ley hace frente a esta realidad

⁴¹⁹ En España no existen datos recopilados pero “En Reino Unido [...] los resultados académicos de estos jóvenes [extutelados] todavía se sitúan muy por debajo de la media de la población global. Cameron, Hollingworth y Jackson (2011) destacan las diferencias importantes que hay entre los logros escolares de la población general y la de protección, aunque han mejorado después de implementar programas promovidos por el gobierno durante los últimos años: a la edad de 7 años obtienen el correspondiente nivel académico (KS1) el 86% de la población escolar general y el 58% de los niños y niñas de protección, a la edad de 11 años (KS2) las diferencias son del 80% y el 44% y a la edad de 14 (KS3) ya son del 73% y el 27%, respectivamente. Obtienen el certificado de educación obligatoria a la edad de 16 años el 58% de la población general y sólo el 14% de la tutelada. Siguen estudios postobligatorios un

considerando la preparación del tránsito a la vida adulta como un elemento ponderativo del ISN. Por tanto, la opción de permanencia en la propia familia mediante una situación de riesgo excepto, claro está, en casos de abusos sexuales intrafamiliares y malos tratos con agresiones visibles, ha de considerarse prioritaria al permitir una mejora notable en el futuro de los niños, pues su desarrollo afectivo quedará garantizado, aunque su desarrollo educativo adolezca de carencias. Estos adolescentes podrían ser usuarios de los programas de preparación a la vida adulta aunque hayan permanecido con su familia, de manera que sin privarles de ella recibiesen una formación que les ayudase a forjar su futuro.

De este modo, la distribución presupuestaria habría de ser proporcional al número de niños que se encontrasen en cada una de las distintas situaciones, aunque el presupuesto asignado a situaciones de riesgo debería ser mucho más elevado que el destinado a situaciones de desamparo⁴²⁰. A su vez, dentro del presupuesto destinado a las situaciones de desamparo debería destinarse gran cantidad del presupuesto al acogimiento familiar, restringiendo el presupuesto para el acogimiento residencial, lo cual supondría una inversión de la tendencia anterior⁴²¹. Además de ello, un porcentaje elevado del presupuesto debería incidir directamente en las familias, invirtiendo también la tendencia anterior⁴²². No cabe duda de que esta distribución presupuestaria incidiría positivamente en la población infantil. A modo de ejemplo, podría destinarse un 60% del presupuesto a situaciones de riesgo, un 35% al acogimiento familiar y un 5% al acogimiento residencial. Una distribución invertida como la existente durante la vigencia de la LOPJM original ha de considerarse anómala y debería despertar el interés de las instituciones que

68% y 19%, respectivamente, y llegan a la educación superior a partir de los 19 años el 43% de la población general y el 6-9% de la de protección, dependiendo de las zonas.” (MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD, “Los itinerarios educativos de los jóvenes ex-tutelados”, *Informes, Estudios e Investigación*, 2011, p. 24).

⁴²⁰ “Nuestro Sistema de protección permanece anclado a las medidas de protección que suponen la separación del núcleo familiar, aun cuando estas, en muchas ocasiones, se consideran inadecuadas y más costosas económicamente.” (*Modificaciones introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, op. cit.*).

⁴²¹ “Las administraciones públicas autonómicas dedican una importante cantidad de fondos públicos al acogimiento de menores tanto en familias como en residencias. Los datos de los Presupuestos Públicos para 2013 indican que en este año se dedicaron 562 millones de euros al acogimiento. La mayor parte se dedica al acogimiento residencial (91%) frente al acogimiento familiar (9%)” (SANDULLI, *op. cit.*, p. 14).

⁴²² “[En Cataluña] Un análisis de los presupuestos asignados a los servicios responsables de la protección a la infancia indica que por cada euro del presupuesto público invertido en la familia biológica en 2006, se invirtieron dos en atención a la familia extensa, dos y medio en la familia de acogida, 24 en centros residenciales y 30 en centros de acogida de urgencias (Síndic de Greuges, 2009).” (MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD, *op. cit.*, p. 38).

deben velar por la correcta protección de la infancia, buscando las formas de revertir esa situación.

La distribución presupuestaria entre los distintos modos de protección infantil ha de distinguirse de la dotación presupuestaria de cada territorio, pues si bien la distribución ha de ser proporcional al número de niños en cada situación, no así la dotación presupuestaria total, para la que quizás habría de buscarse otro tipo de fórmula. El presupuesto administrativo es lo suficientemente abultado como para cubrir el salario de los trabajadores y grandes infraestructuras (oficinas y centros residenciales) además de los servicios externalizados. Si existe una relación directa entre presupuesto asignado y cantidad de niños protegidos por el sistema, éste trata de maximizar el número de usuarios. Dicha relación se ve especialmente clara cuando los servicios se ofrecen desde el ámbito privado que, por normas de mercado, tratará de mantener elevado el número de clientes. Por otro lado, si el presupuesto se establece en función de las plazas en centros privados con contratos temporales como, al parecer, es la opción seguida por el Consell Insular de Mallorca⁴²³, resulta obvio que si esas plazas no se ocupan, cuando se haga la revisión del contrato se reducirá el presupuesto, dimensionando correctamente los recursos ofrecidos ajustándolos a los servicios utilizados. De lo contrario, se estaría ante una situación de malversación de fondos públicos en recursos inutilizados. De ello cabe deducir que las plazas ofertadas tienden a estar ocupadas, con el fin de no perder el presupuesto asignado, para lo cual es necesario que la Entidad Pública justifique que los niños que las ocupan deben estar tutelados.

La solución del tema presupuestario no es sencilla pues, por un lado no se puede dejar sin protección al niño que lo necesita y, por otro lado, no se puede consentir que los niños sean separados de sus familias por cuestiones presupuestarias que luego no inciden directamente en su bienestar. Sin embargo, la ley vigente apuesta por las soluciones estables frente a las temporales, por lo que convendría excluir de dotación presupuestaria a las situaciones de tutela prolongadas en el tiempo, que no hacen sino mostrar el fracaso del sistema, además de fomentar la falta de interés institucional en buscar soluciones para

⁴²³ “Els preus per plaça concertada, d’acord amb el que s’especifica a l’informe tècnic que ha emès el Servei de Menors i Família, serà: - Des de l’1 de maig de 2013 fins el 30 d’abril de 2014: 107 € per plaça i dia, l’import del qual apuja a un total de 195.275 euros. Per tant, la contractació proposada és d’un any, amb possibilitat de pròrroga d’un any, per tant, el període de pròrroga seria de l’1 de maig de 2014 fins el 30 d’abril de 2015.” (<http://www.imasmallorca.net/sites/default/files/05.Plec%20prescripcions%20t%C3%A8cniques%20generals.pdf> [consultada el 10 de febrero de 2017]).

los niños tutelados⁴²⁴. Por el contrario, debería mantenerse una relación directa entre el presupuesto y el número de niños subvencionados sin abandonar su familia.

c) La derivación de casos entre entes administrativos

La LSPIA menciona en su preámbulo, a la “«Entidad Pública» en relación a la Entidad Pública de protección de la infancia competente territorialmente”, refiriéndose al ente autonómico, aunque algunos tienen delegadas las funciones en entes territoriales más pequeños, de ámbito provincial o insular. Por otro lado, expresa que es la “administración pública competente”, como ente responsable de hacer frente a las situaciones de riesgo, por lo que la ley prevé que la evaluación y seguimiento de tales situaciones puedan, por ejemplo, llevarse a cabo por los servicios sociales municipales⁴²⁵, mucho más cercanos al ciudadano.

La solución radica en que sean instituciones distintas las que se ocupen de las situaciones de riesgo, entre las que se debe incluir la pobreza y la discapacidad, y de las de desamparo. Si bien es cierto que esta estructura a dos niveles requiere de regulación jurídica y desarrollo normativo. Las instituciones municipales se encargarían de mantener a cuantos más niños bajo su control sin cederlo a las Entidades Públicas, pues de este modo manejarían el presupuesto que debería ser asignado a ellas exclusivamente. No cabe pensar que los niños que realmente deberían estar en desamparo pudiesen permanecer en situación de riesgo, ya que, por un lado, los indicadores de desamparo deberían ser inequívocos y, por otro lado, los entes municipales no se arriesgarían a mantener a un niño en peligro, pues en ello ha de radicar el éxito y el prestigio de su actuación⁴²⁶. Cabría esperar que un sistema así estructurado tuviese una mejor acogida

⁴²⁴ “estos dispositivos, como las cárceles o los centros de menores, más allá de su objetivo explícito de reinsertar, en el primer caso, y de proteger, en el segundo, enmascaran un fin oculto —castigar, someter y controlar la pobreza— y, a su vez, resultan ser un negocio: el negocio de la miseria” (EMPEZ, “Centros de menores e instituciones totales: ¿dispositivos de control o de protección?” en EMPEZ (coordinadora), *op. cit.*, p. 246).

⁴²⁵ “En esta línea, la LDOIA distingue qué entidades intervienen en cada caso. Así, el art. 99 LDOIA establece que en casos de riesgo, las Entidades públicas que intervienen son las locales, y en casos de desamparo, son competentes las Entidades públicas autonómicas, esto es, la DGAIA.” (ALLUEVA, *op. cit.*, p. 9).

⁴²⁶ “Queda indicado de forma explícita que las causas que pueden dar lugar a que un menor se encuentre en situación de riesgo puede encontrarse no sólo en el ámbito familiar, sino también en el social o en el educativo, ampliando con ello, las situaciones por la que un menor puede ser considerado en riesgo y las administraciones competentes para su protección. La ampliación de estos supuestos y competencias

social, ya que las medidas de separación familiar provocan amplio rechazo en las familias afectadas incumpliendo uno de los objetivos de la nueva legislación en materia de infancia que es dar prioridad a las soluciones consensuadas frente a las impuestas⁴²⁷. Por otro lado, convendría que la salida de una situación de desamparo implicase necesariamente el establecimiento de una situación de riesgo, revisable por el correspondiente ente administrativo, para la comprobación de que la convivencia se restablece con normalidad y beneficio para el niño.

1.5.2. La previsión de fracaso de las medidas acordadas

La ley no prevé una forma de actuar ante los fracasos de las medidas de protección acordadas, pese a que éstos son de dos tipos: por un lado, los que provienen del fracaso de las relaciones del niño con las personas con las que convive y, de otro lado, las que provienen de la prolongación de las medidas temporales que podrían estabilizarse si se diese la oportunidad a los acogedores.

El apartado 12.6 LOPJM obliga a la Entidad Pública a justificar al Ministerio Fiscal los motivos de prolongación de una medida por tiempo superior a dos años, pero no obliga a impedirlo ni se prevé que el Ministerio Fiscal deba actuar de ningún modo concreto, por lo que la mera justificación permitirá que la medida siga prolongándose hasta que el niño alcance la mayoría de edad. De hecho, la previsión legal de reinserción social de los niños que alcanzan la mayoría de edad tutelados (cabría decir internados), no hace sino mostrar el fracaso del sistema en la evitación de que eso ocurra, previéndose una solución para el error, pero no una prevención del mismo.

El fracaso de las decisiones de retorno del niño al entorno familiar de origen se manifiesta porque éste vuelve a caer en desamparo. Podría plantearse, en este caso, la reinserción del niño en la familia de acogida que abandonó para el retorno, en lugar de la institucionalización. Un caso emergente es el de los niños adoptados en el ámbito nacional que, alcanzada la edad adolescente, vuelven al sistema de protección, por

conlleva la obligación de las distintas administraciones de coordinar sus intervenciones.”
(*Modificaciones introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, op. cit.*).

⁴²⁷ Vid. artículo 12 LOPJM.

rechazo de una familia impuesta a la que no han logrado adaptarse. En estos casos no se plantea otra opción que la institucionalización, cuando podrían regresar a su familia biológica, cuyas circunstancias (transcurridos los años) pueden ser muy distintas de las que originaron el desamparo; o, si se da el caso, a una familia de acogida anterior en la que sí pudiese sentirse integrado y aceptado como un miembro más de la familia. Por tanto, contar con las opciones familiares previas para un niño que cae de nuevo en desamparo, habría de ser una norma legal imperativa, junto con el establecimiento de un seguimiento terapéutico⁴²⁸.

2. ASPECTOS PROCESALES

Las leyes son dictadas para que, en último término, sus disposiciones sean llevadas ante los Tribunales y éstos diriman las discrepancias existentes en la aplicación e interpretación de las mismas. En los asuntos de protección infantil está en juego la delimitación del ISN y la aplicación de las medidas adecuadas conforme a dicho interés, en que el niño, como sujeto principalmente afectado por las decisiones que se tomen, no es, ni siquiera, una de las partes procesales. En consecuencia, se le trata de “objeto procesal” con evidente contradicción con toda la normativa, tanto nacional como internacional, que proclama al niño como sujeto de derechos propios. Aun si fuese una de las partes procesales, estaría claro que sería la parte más débil y vulnerable de todas las intervinientes⁴²⁹. En este sentido, algunas ramas del Derecho, como el Mercantil⁴³⁰, está

⁴²⁸ “Cuando el trauma se produce, provoca un impacto en las diferentes áreas de la personalidad del niño. Las consecuencias pueden ser *trastornos o mecanismos adaptativos*. Esto último corresponde a los mecanismos de defensa que el niño desarrolla para hacer frente al dolor y al estrés.

[...]

Puesto que uno de los ejes del proceso terapéutico es el contenido de los procesos traumáticos, nos ha parecido importante describir las vivencias de estos niños traumatizados por los malos tratos. [...]

Cada una de estas vivencias internas se tratarán considerando los siguientes aspectos: su dinámica, el impacto psicológico, las manifestaciones conductuales y las tareas terapéuticas básicas para tratarlas.” (DANTAGNAN, “Manifestaciones del sufrimiento infantil...”, *op. cit.*, pp. 153, 154).

⁴²⁹ El artículo 780 LEC tras la reforma obrada por la LSPIA admite, de forma explícita, al niño como parte procesal en la oposición a las resoluciones que le afecten. Ahora bien, el citado artículo antes de la reforma no excluía al niño como parte procesal ya que legitimaba a “Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa en materia de protección de menores...”, de lo que resulta claro que existía una amplia legitimación. A pesar de ello, el niño no era normalmente parte procesal directa, ya que su condición de niño le impedía tener conocimiento de su posibilidad de recurrir, lo cual seguirá ocurriendo, presumiblemente, con la actual redacción del artículo 780 LEC, pues no prevé que se nombre defensor judicial de forma automática y directa.

⁴³⁰ “las normas sobre competencia desleal tienen también por finalidad la protección de los intereses de los consumidores; intereses que han de ser tenidos en cuenta, por consiguiente, tanto al elaborar esas normas como al interpretarlas y aplicarlas.” (BERCOVITZ, *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho*

dotado de normas para proteger los intereses de los consumidores, mientras que el Derecho de Familia⁴³¹ está dotado de procedimientos para velar por los intereses de los hijos y los del “cónyuge más necesitado de protección”, rigiendo el “principio de protección de la parte más débil”. En coherencia con ello, convendría que el niño fuese, obligatoriamente, parte procesal⁴³² para ejercer acciones contra las resoluciones sobre medidas de protección que le afecten⁴³³, con independencia de que ciertas instituciones o asociaciones de usuarios⁴³⁴ lo fueran también. Sin embargo, la realidad es que los procesos de protección infantil se siguen con la ausencia del niño como parte procesal, sin que su legitimación activa sea realmente efectiva, mediante un procedimiento que ofrece escasas garantías jurídicas de defensa al niño.

2.1. Procesos relacionados con medidas de protección infantil

La LEC regula dos procesos relacionados con medidas de protección infantil: el de oposición a resolución administrativa en materia de protección infantil, en el artículo 780 LEC, y el específico para determinar la necesidad de asentimiento a la adopción, en el artículo 781 LEC. A ellos hay que añadir los procedimientos de jurisdicción voluntaria por los que se sustancian tanto la adopción como la tutela ordinaria.

2.1.1. Proceso especial de oposición a resolución administrativa en materia de protección infantil

El proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de la infancia recogido en el artículo 780 LEC es, básicamente, un procedimiento de naturaleza

Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 399).

⁴³¹ “La naturaleza familiar de estas medidas [provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio] y su finalidad de atender a la imperiosa y urgente protección de los hijos del matrimonio menores o incapaces de valerse por sí mismos o de los intereses personales y patrimoniales del cónyuge más necesitado de protección, las distinguen de las medidas cautelares” (GIMENO, *Derecho Procesal Civil*, II. ... *op. cit.*, p. 284).

⁴³² La LOPJM prevé que el niño esté dotada de un defensor judicial (artículo 10.2 e)) pero el hecho de que éste deba ser otorgado a petición del propio niño, imposibilita su aplicación práctica.

⁴³³ De forma análoga al “reconocimiento de la legitimación activa de los consumidores para el ejercicio de acciones por competencia desleal” (BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 399).

⁴³⁴ La sentencia TC 184/2008 de 22 de diciembre muestra la legitimación activa de una asociación para la interponer un recurso especial contencioso-administrativo para la protección de derechos fundamentales de una persona menor de edad.

civil moldeado según el proceso contencioso-administrativo con la dispensa de reclamación previa en vía administrativa, con carácter preferente y que se sustanciará por las normas del juicio verbal⁴³⁵, con ciertas peculiaridades respecto a los principios de justicia rogada y de aportación⁴³⁶. El proceso solo es invocable ante determinadas condiciones, por lo que se aprecia la existencia de una importante limitación de impugnación, además de que se imponen plazos de caducidad de las acciones impugnatorias. Ello conlleva que, en la actualidad, el desamparo de un niño puede quedar sin revisión judicial si los padres o guardadores no tienen el suficiente interés para oponerse a él, o bien la suficiente capacidad litigante, entendiendo ésta como la aptitud para comprender la necesidad de defender los derechos de sus hijos⁴³⁷. Esto supone una anomalía que convendría solventar, pues los derechos de un niño no pueden depender de que terceras personas quieran defenderlos. Por supuesto, tampoco puede depender de la

⁴³⁵ “Por este proceso, que se regula en los arts. 779 y 780 LEC, se asegura el control judicial de las medidas “administrativas” de protección y guarda que “*la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores*” adopte en los dos casos previstos en el art. 172 CC [...] Las resoluciones de la Administración en esta materia exigían una intervención judicial en caso de oposición que, finalmente, resultó en la regulación de un proceso, de naturaleza similar al contencioso-administrativo, ante el Juez civil de Primera Instancia, con las especificidades propias de la impugnación judicial de actos administrativos que inciden en los derechos del menor. La ubicación de este proceso híbrido “contencioso-administrativo-civil” en la LEC se explica, por razones de oportunidad, por la necesaria unidad de la ordenación de cuestiones que afectan a los menores de edad.” (GIMENO, *Derecho Procesal Civil, II. ... op. cit.*, pp. 310, 311).

⁴³⁶ “Esta atenuación de los principios dispositivo y de aportación de parte tiene las siguientes manifestaciones en los procesos de menores:

- a) Los procesos de menores no se pueden iniciar de oficio, pues el legislador trata de garantizar en todo caso la imparcialidad judicial, de tal forma que es necesario que alguien ajeno a la jurisdicción inicie el proceso. No obstante, el proceso jurisdiccional se presenta como la única vía para la aplicación del Derecho al caso concreto, esto es, las consecuencias jurídicas en materia de menores sólo se pueden alcanzar a través del cauce jurisdiccional.
- b) Las partes no podrán disponer del objeto del proceso, salvo determinadas cuestiones de contenido patrimonial; en consecuencia, el legislador prohíbe la renuncia, el allanamiento y la transacción y permite el desistimiento con las limitaciones que se recogen en el art. 751 LEC y que se expondrán en los apartados siguientes.
- c) Como garantía de los intereses de los menores, siempre será parte el Ministerio Fiscal, como representante del interés público que concurre en estos casos (art. 749 LEC).
- d) En los procesos de menores también aparecen atenuadas las consecuencias del principio de aportación de parte, de forma que la actividad alegatoria y probatoria no está exclusivamente en manos de las partes, pudiendo el juez resolver el litigio de acuerdo con los hechos objeto de debate y que hayan sido probados, con independencia de cuál haya sido la forma de introducción en el proceso y permitiéndose además, al órgano jurisdiccional la práctica de pruebas de oficio (art. 752 LEC).
- e) El principio de publicidad se podrá restringir por el órgano jurisdiccional cuando así lo considere adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto (art. 754 LEC).
- f) Por último, la eficacia *erga omnes* de las sentencias que se dictan en estos procesos obliga a su publicación de oficio en el Registro Civil (art. 755 LEC).

(GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 8, 9).

⁴³⁷ “conviene reparar en la intensificación de que ha sido objeto la intervención administrativa en materia de protección de menores, ya no sólo en detrimento del papel correspondiente a la autoridad judicial –lo que, en ocasiones, se revela excesivo y, por ende, cuestionable–” (LÓPEZ AZCONA, *op. cit.*, p. 11).

disposición del niño, dada su incompleta capacidad de obrar. Esta cuestión ha sido reiteradamente denunciada por colectivos de usuarios afectados por decisiones administrativas en materia de protección de la infancia, sin que los poderes públicos parezcan tener interés en resolver, pues la reforma del año 2015 era la ocasión idónea para hacerlo.

a) *La reclamación previa en vía administrativa*

La dispensa de reclamación previa en vía administrativa era un privilegio que tenía la pretensión de agilizar el proceso y no perjudicar los intereses del niño sujeto a una medida de protección. En la actualidad, esta dispensa se ha generalizado en el ámbito civil y laboral⁴³⁸. Sin embargo, se aprecia que el propio artículo 780 LEC expresa la necesidad de que exista una resolución administrativa para poder recurrir ante la jurisdicción civil, la cual muchas veces es necesario reclamar, pues la Entidad Pública no siempre dicta las resoluciones oportunas. Así se desprende del artículo 172.2 CC en que se insta a padres o tutores a solicitar a la Entidad Pública la revocación de la situación de desamparo, lo cual ha de considerarse una “reclamación previa” sin la cual no pueden dirigirse a los juzgados, ya que la norma procesal no lo permite. Por supuesto, la Entidad Pública puede revocar la tutela de oficio en el momento en que considere oportuno, pues la ley le otorga dicha potestad a través del artículo 172.3 CC, en cuyo caso, no será necesaria la impugnación en vía judicial.

Salvo en los casos en que expresamente la ley obliga a la Entidad Pública a dictar resolución, la reclamación en vía administrativa es necesaria, por lo que expresar de forma explícita su dispensa es una falacia que induce a confusión al justiciable. Es necesario remarcar que el artículo 172.2 CC cuyo contenido fue introducido por la LSPIA, es una modificación del artículo 172.7 CC introducido por la Ley 54/2007 de Adopción Internacional en que se entendía a los padres legitimados para solicitar la revocación del desamparo sin especificar reclamación a la Entidad Pública, por lo que

⁴³⁸ “De acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, la Ley no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas.” (Preámbulo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.)

bien podía entenderse que la solicitud podía dirigirse al juzgado. Precisamente por ello, la jurisprudencia menor se acogió a la literalidad de la dispensa de reclamación previa en algunas de sus sentencias, entendiendo, en el caso de la revocación del desamparo, que la resolución impugnada era la misma resolución de declaración del desamparo pero con un plazo de impugnación mayor que para el de la inicial oposición al desamparo⁴³⁹, en el que era preceptivo alegar cambio de circunstancias. Entre las sentencias que así lo entendieron cabe destacar, por su claridad, el pronunciamiento de la sentencia de la sección 5ª de la AP de Granada 412/2012 de 26 de octubre:

si bien la oposición a cualquier otra resolución administrativa en materia de protección de menores debe efectuarse en el plazo de dos meses, a tenor del art. 780 LEC, no obstante si la misma no se hubiere recurrido o si, recurrida, fuere desestimada, cabe pedir su revocación dentro del plazo de dos años por idéntica razón a la anterior, esto es, "por cambio de circunstancias".

Como en el caso contemplado la resolución de desamparo se acordó por resolución administrativa de 18 de Marzo de 2.009 y no consta que se opusiese a ella el recurrente en el plazo legal de tres meses antedicho, es patente que a la fecha de presentación de la demanda -el 27 de Diciembre de 2.010- no habían transcurrido los dos años previstos en el art. 172.7 del código civil, por lo que cabe analizar si se han producido los cambios que puedan aconsejar modificar aquella declaración de desamparo.

Sin embargo, no todas las resoluciones de la jurisprudencia menor entendieron así la acción de revocación del desamparo, ya que el Auto de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 80/2015 de 12 de junio (previo a la vigencia de la reforma obrada por la LSPIA) inadmitió *ad limine* la demanda de revocación del desamparo de un niño porque la solicitud realizada en vía administrativa por la madre carecía de su firma y, en su lugar, firmaba un abogado. Es decir, un defecto formal subsanable (la ausencia de firma) se utilizó para inadmitir de plano una demanda en la que estaba en juego el ISN. Además de ello, el mero hecho de que la madre acudiese al juzgado suponía su conformidad con la solicitud administrativa firmada por el abogado, a la vez de que, el otorgamiento de poder

⁴³⁹ Vid. sentencias de la sección 2ª de la AP de Cantabria 403/2012 de 28 de junio, de la sección 1ª de la AP de León 88/2014 de 23 de mayo, de la sección 6ª de la AP de Alicante 46/2014 de 13 de febrero, de la sección 18ª de la AP de Barcelona 304/2011 de 4 de mayo, entre otras.

al procurador o firma de *apud acta* en el proceso judicial iniciado, había de sustituir la firma que faltaba en la solicitud administrativa.

b) *La limitación de impugnación*

Del artículo 780 LEC se desprende que la capacidad de impugnación de los legitimados se remite a aquellos actos para los cuales la Administración ha dictado una resolución impugnabile. Se desconoce si, en caso de silencio administrativo ante un asunto de protección infantil, se debe recurrir ante la jurisdicción civil o ante la contencioso-administrativa. La duda es razonable pues si la justificación para recurrir en vía civil proviene del hecho de que las normas sobre protección infantil están reguladas en el Código Civil, no ocurre así con la regulación del silencio administrativo, regulado en la LJCA y la LPA.

La ley tampoco articula ningún modo de impugnar otras cuestiones impugnables en el ámbito de cualquier otra Administración Pública cuya regulación tuvo lugar tardíamente cuando se tuvo constancia de su existencia, tales como son la inactividad administrativa⁴⁴⁰ o la actuación material en vía de hecho⁴⁴¹. La consecuencia de ello es que no existe un verdadero control de legalidad en las actuaciones de la Entidad Pública, por lo que los niños y sus familiares han de soportar los abusos administrativos sin remedio posible, quedando muchos niños sometidos a la privación de su familia y la vulneración de su interés superior. Un ejemplo claro de inactividad administrativa se da cuando la Entidad Pública concedora de las nuevas circunstancias de los progenitores que les permitiría tener a sus hijos de nuevo consigo, no actúa de oficio conforme al

⁴⁴⁰ “La LJCA de 1998, por primera vez en nuestra historia, contempla también la posibilidad de recurrir contra la inactividad de la Administración que sea contraria a Derecho (arts. 25.2 y 29). No se trata en este caso de la inactividad consistente la falta de resolución o de tramitación de un procedimiento administrativo iniciado a solicitud del interesado, puesto que en tal caso la inactividad se traduce, por ministerio de la ley, en un acto presunto por silencio administrativo, que es recurrible en la vía judicial al igual que el acto expreso. Se trata, por el contrario, de una *inactividad material*, es decir, del incumplimiento por parte de la Administración de un deber de dar o hacer algo, en la que puede incluirse también el incumplimiento del deber de iniciar ciertos procedimientos de oficio (STS de 3 de diciembre de 2008).” (SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, p. 877).

⁴⁴¹ “La vía de hecho [es] toda actuación material de la Administración pública que afecta derechos e intereses legítimos de terceros y que carece de la cobertura jurídica de un acto o decisión administrativa previa y formalizada [...].

La vigente LJCA abre más amplias posibilidades de combatir este tipo de actuaciones materiales, al regular la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo en caso de vía de hecho (arts. 25.2 y 30).” (*Ibidem.*, pp. 878, 879).

artículo 172.3 CC revocando el desamparo. Una actuación por vía de hecho se da en el caso en que se suspenden temporalmente las visitas entre padres e hijos, por aplicación del artículo 161 CC que, inmediatamente, se convierte en suspensión definitiva, ya que la ley no articula ninguna condición para reanudar las visitas, concediendo a la Entidad Pública la posibilidad de acordar cualquier medida (artículo 172.2 CC) mientras dura la suspensión. Es también habitual que aprovechando la suspensión temporal de visitas, se acople al niño a una familia para una posible adopción y cuando la convivencia esté consolidada se dicte resolución de adopción a la que los padres puedan oponerse. Tras ello, se alcanzará la adopción por la vía de los hechos consumados, acreditando la adaptación del niño a la nueva familia.

c) La caducidad de las acciones

La oposición a la resolución que declara el desamparo y a cualquier otra resolución dictada por la Entidad Pública tiene un plazo de impugnación de dos meses, tras lo cual decae el derecho a impugnar. Lo cierto es que la inmensa mayoría de los desamparos no se recurren, lo cual se interpreta, cuando llega el momento de la adopción del niño, como el mayor desinterés por parte de los padres. Por supuesto, en la mayoría de los casos no es así, pues son otros los factores que influyen en la falta de impugnación, principalmente el desconocimiento de los padres⁴⁴² y el hecho de que muchas veces no están dotados de abogado ya que entienden, a veces equivocadamente, que la situación de separación familiar será prontamente revertida.

El problema que plantea el hecho de que los padres, por desconocimiento o por estar mal asesorados, dejen transcurrir el plazo de impugnación del desamparo, es que, en una impugnación posterior, por ejemplo, en la solicitud de la revocación del desamparo; no podrán esgrimir los argumentos en contra de los motivos alegados por la Entidad Pública en la declaración de desamparo y tendrán que alegar circunstancias nuevas sin que, en ocasiones, nada haya cambiado, lo cual tiene su dificultad y muy difícil

⁴⁴² “la flexibilidad de supuestos que pueden determinar la declaración [de desamparo], la proliferación de situaciones [...] que están provocando tales declaraciones al amparo de un concepto tan amplio como indeterminado bajo el que cabe todo, «el interés superior del menor», la, en la mayoría de supuestos, falta de información, conocimientos y nivel cultural que rodea a los padres biológicos que se ven sumidos en la adopción de una medida cuyo alcance desconocen.” (BENAVENTE, *op. cit.*, p. 52).

justificación desde el punto de vista probatorio. Además de ello, quedará impune la mala praxis de la Administración Pública. Por otro lado, atendidas la circunstancia de separación familiar y establecimiento de medidas temporales, previsiblemente con final de retorno en un espacio de tiempo razonable, prestándose los progenitores a la plena colaboración para la resolución del conflicto⁴⁴³, puede ser oportuno que éstos no recurran la declaración de desamparo. Si, transcurrido el tiempo, el conflicto no se ha solventado, los interesados deberían poder recurrir en contra de las decisiones iniciales, cualquiera que sea el momento en que lo hagan.

La revocación del desamparo tiene un límite temporal máximo de acción, ya sea de oficio o a instancia de parte, de dos años, a contar desde la notificación de la declaración de desamparo⁴⁴⁴. El límite es máximo porque si antes de los dos años la Entidad Pública ha decidido una medida estable para el niño, tal como la adopción, la revocación será imposible. Existe, además, la duda de si ese plazo es para realizar la solicitud a la Entidad Pública, o bien es un plazo para realizar la impugnación en vía judicial. En el primer caso, tras la petición administrativa, habría que esperar el tiempo legalmente previsto para que la Entidad Pública contestase, tras el cual podrá impugnarse ante el órgano jurisdiccional la resolución dictada en vía administrativa. En el segundo caso, habrá que prever con antelación el plazo de contestación de la Entidad Pública, para que antes del término de los dos años, la impugnación llegase al juzgado. Transcurridos los plazos, sólo el Ministerio Fiscal tiene derecho de acción para solicitar cualquier medida sobre el niño. El hecho de que decaiga el derecho de los padres de reclamar a sus hijos tiene sentido en el caso en que los niños hayan alcanzado una medida familiar estable, tal como la adopción o la tutela ordinaria, pero carece de justificación cuando el niño se encuentra en acogimiento residencial, cuando la opción de retorno puede ser

⁴⁴³ “en el proceso moderno *«más vale un mal arreglo que un buen pleito»*: ni a la sociedad, ni a las partes, ni al Estado interesa, por la carestía del proceso, que un litigio se dilate excesivamente en el tiempo.” (GIMENO, *Derecho Procesal Civil, I, El proceso de declaración. Parte general*, UNED, Colex Editorial, 5ª edición, 2014, p. 365).

⁴⁴⁴ “Debe en primer lugar partirse de que a diferencia de la impugnación de la resolución de desamparo, en la que se cuestionan los fundamentos que han servido de base a la misma, en esta modalidad impugnativa se combaten no esos fundamentos, sino su persistencia. Esto es, se trata de acreditar que los padres ya no se encuentran incurso en las causas que justificaron la declaración de desamparo. En definitiva, los hechos objeto de alegación y prueba son hechos nuevos, acaecidos tras la declaración de desamparo y mediante los que se trata de acreditar que se está en condiciones de reanudar el ejercicio de la patria potestad. Lo que no podrá discutirse es la realidad de los hechos que motivaron el desamparo y la corrección jurídica de las medidas adoptadas.” ((*Vid.* Apartado 4. de la Circular 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por Ley 54/2007 de 28 diciembre).

favorable para él, con independencia del tiempo transcurrido, pues se trataría de sustituir una medida objetivamente perjudicial para el niño. Además de ello, es necesario destacar la diferencia de trato respecto de los procesos de separación o divorcio en que el cambio de circunstancias siempre permite a los padres accionar un procedimiento judicial para solicitar medidas distintas respecto de sus hijos. Al respecto, el artículo 92 CC no se considera aplicable a los niños bajo tutela pública, pese a que el precepto legal no lo excluya de forma explícita. Los problemas planteados respecto de la caducidad de las acciones se resolverían si, tras la separación del niño de su entorno familiar se suscitase la apertura de un procedimiento automático para esclarecer los hechos que lo motivaron.

2.1.2. Proceso para determinar la necesidad de asentimiento a la adopción

El proceso para determinar la necesidad de asentimiento a la adopción, regulado en el artículo 781 LEC, guarda estrecha relación con la “incursión en causa legal de privación de la patria potestad” ya comentada anteriormente. La LOPJM elimina la posibilidad de recabar el asentimiento a la adopción en casos de niños declarados en desamparo, por lo que el proceso de asentimiento a la adopción se relegará al único caso en que un particular solicite la adopción del hijo de su cónyuge o pareja. En el caso del niño huérfano, la inexistencia de padres impide la apertura de este proceso, del mismo modo que en el caso del niño bajo guarda con fines de adopción, ya que éste ha sido declarado en desamparo.

Especial atención requiere el caso en que la madre haya dado a su hijo en adopción tras el nacimiento. Si el niño ha sido declarado en desamparo el proceso de necesidad de asentimiento no procederá y el niño podrá ser adoptado sin dificultades, con independencia de que la madre lo reclame antes de las seis semanas posteriores al parto. En caso de que el niño no sea declarado en desamparo, si la madre reclama al hijo antes de transcurridas las seis semanas después del parto que prescribe la ley, la legalidad exige que no se llegue a abrir el procedimiento de adopción, por lo que el de asentimiento tampoco se producirá. Si llega a existir el proceso de asentimiento será porque la Administración actuó con abuso e inició el procedimiento de adopción antes de transcurrido el tiempo durante el que la madre pudo reclamar a su hijo o, posteriormente, sin haber atendido la petición de la madre, realizada en el tiempo legal establecido. Por

tanto, resulta necesario prever esta contingencia para que sea el juez quien evite este abuso administrativo, impidiendo la adopción del niño.

Tal como está articulado el procedimiento de asentimiento a la adopción tras la reforma de la LOPJM del año 2015, junto con el resto de circunstancias que rodean la adopción de un niño por causa de desamparo, resulta obvio que no pretende hacer frente al ISN en lo que respecta a su derecho subjetivo a conocer su pasado y, en concreto, a conocer los motivos por los que fue adoptado. La realidad es que un niño declarado en desamparo puede ser adoptado, con total respeto a legalidad, por el único motivo de “haber sido declarado en desamparo” sin descender a los motivos de ese desamparo, lo que ofrecerá al adulto adoptado ese único conocimiento. En este sentido, cabe dudar de su inconstitucionalidad.

2.1.3. Procedimiento de jurisdicción voluntaria

El procedimiento de jurisdicción voluntaria se utiliza tanto para establecer las medidas de protección de carácter estable, tales como la adopción y la tutela ordinaria; como para la vigilancia de la “guarda de hecho” y está regulado en una ley específica de carácter procesal.

a) La adopción

En este tipo de proceso en el que se encuadra todo procedimiento de adopción se aprecia la inadecuada condición de que sea la Entidad Pública la que deba iniciarlo. En efecto, el hecho de que una Entidad Pública deba impulsar sus actuaciones, movida por la “voluntad” de hacerlo, encarna en sí un escenario de inseguridad jurídica, arbitrariedad y ausencia de exigencia de criterios objetivos que en el ámbito en que se plantea no debería prosperar, pues incide en relaciones familiares con dimensión constitucional de las que solo los implicados deberían disponer. Es más, el adoptante ni siquiera es parte procesal en el procedimiento de adopción, siendo simplemente llamado a prestar consentimiento a la adopción (artículo 36 LJV), siendo tratado como un elemento ajeno a la relación establecida.

La experiencia pasada⁴⁴⁵ demuestra que, ante la inviabilidad de retorno al entorno de origen de un niño acogido tomada por la Entidad Pública correspondiente, ésta solía negarse a elevar propuesta de adopción si el acogimiento se constituyó administrativamente de modalidad “no preadoptiva”, incluso si el acogedor se había ofrecido a la adopción y cumplía los requisitos para ello. Aun sin conocer más datos, salvo que el acogimiento hubiese sido insatisfactorio, tal actuación administrativa no puede sino calificarse de arbitraria. En efecto, si el acogimiento se había desarrollado favorablemente, la propia Entidad no podía sino reconocer que el acogedor era idóneo para el ejercicio de la patria potestad y que el interés del niño exigía la permanencia de la relación familiar de acogimiento⁴⁴⁶ estableciendo el correspondiente vínculo jurídico, requisitos imprescindibles para dar cumplimiento al artículo 176.1 CC. Todo ello a menos que la Entidad Pública que, por decisión discrecional escogió al acogedor idóneo tras el desamparo del niño, actuase contra sus propios actos, considerándolo no apto para la continuación del acogimiento y consolidación jurídica de su relación familiar. Así, la actuación administrativa consistía en proponer al acogedor el cese del acogimiento para constituir un acogimiento de modalidad “preadoptiva” con familia distinta, en lugar de proponer la transformación del acogimiento inicial en preadoptivo por aplicación del artículo 173 bis 3º CC (según la LOPJM original) que tenía carácter imperativo para la Entidad Pública, además de pretender que la modalidad de acogimiento se fuese adaptando a las nuevas circunstancias del niño acogido y nunca que el niño tuviese que adaptarse a nuevas familias de distinta modalidad.

Con la ley actualmente vigente, la práctica administrativa puede ser similar, pues la Entidad Pública puede proponer el cese del acogimiento para constituir una “guarda con fines de adopción” en familia distinta, aunque también podría, si quisiera, escoger a los propios acogedores del niño como guardadores con fines de adopción, por aplicación del artículo 176 bis 1º CC. A pesar de ello, la actual redacción del artículo 2 LOPJM dificulta esta actuación administrativa pues claramente hay que ponderar la estabilidad de las soluciones que se adopten y minimizar el riesgo de los cambios según el apartado d)

⁴⁴⁵ Existe un procedimiento no escrito que prohíbe al acogedor no preadoptivo adoptar al niño en acogimiento, al parecer por un temor infundado a perder familias para el acogimiento temporal.

⁴⁴⁶ La STS 565/2009 de 31 de julio dicta la doctrina en que se considera del interés superior del niño la permanencia en acogimiento siempre y cuando la convivencia en régimen de acogimiento se haya alcanzado por motivo real de desamparo del niño y su retorno al entorno de origen comporte para él un riesgo relevante de volver a sufrir un desamparo, tanto por el tiempo transcurrido en acogimiento como por la adaptación a la familia de acogida.

del punto 3 del citado artículo en referencia al ISN. No cabe duda de que un cambio familiar del niño supone un riesgo elevado de inestabilidad y daños futuros, según se ha argumentado previamente, además de no responder a un interés del niño, pues iniciar una convivencia con desconocidos no es sino algo que le va a suponer un esfuerzo de adaptación con evidente riesgo de no llegar a alcanzarse⁴⁴⁷.

Además, en aquellos casos en que tras el cese del acogimiento se constituya una guarda con fines de adopción en familia distinta para, posteriormente, elevar propuesta de adopción, la Entidad Pública deberá, en virtud del artículo 35.2 a) LJV, justificar la razón de la elección del adoptante o adoptantes⁴⁴⁸ y en virtud del artículo 35.2 b) de la misma ley, expresar el domicilio de la familia acogedora para ser oída, según trámite reconocido en el artículo 177.3.2º CC modificado por la LSPIA⁴⁴⁹, situando a la citada familia acogedora al mismo nivel que los progenitores del adoptando que no hayan de asentir a la adopción. De ello, puede deducirse que el espíritu de la ley es que un niño tenga sólo una familia sustituta de su familia original pues es lo que entra dentro de la lógica constitucional en materia de familia. Por tanto, si el proceso de adopción se mantiene dentro de los cauces legales, el órgano judicial, en ningún caso, podrá establecer válidamente la adopción pretendida, si no está de acuerdo el acogedor previo. En base a los anteriores argumentos, bastaría que la intervención administrativa se limitase a declarar la inviabilidad del retorno del niño a su entorno de origen, comunicándolo a los distintos interesados, con lo que, con dicha información, habrían de ser los acogedores, en función de su libre voluntad y decisión, los que se dirigiesen al juzgado a solicitar la adopción del niño en acogimiento, en plano de igualdad con cualquier otro adulto que puede solicitar la adopción de un niño en base a la relación que mantiene con él y la condición de adoptable del niño. Incluso, la adopción por parte del acogedor puede decidirse y pactarse conjuntamente con los progenitores, pues la ley no excluye esta

⁴⁴⁷ Los riesgos en los cambios de convivencia deben evitarse en virtud del contenido de la sentencia TC 221/2002 de 25 de noviembre.

⁴⁴⁸ El artículo 1829 LEC derogado por la LJV, obligaba a la Entidad Pública a identificar *las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados* en la adopción. En este sentido, la Ley actual produce una regresión en los derechos del acogedor y del niño acogido, pues la elección de adoptante puede disfrazarse de discrecionalidad, al no tener la Entidad Pública la obligación de justificar la exclusión del acogedor que quisiera adoptar al niño acogido.

⁴⁴⁹ Antes de las modificaciones legislativas obradas por la LJV y la LSPIA, era necesario indicar el domicilio de los anteriores guardadores que no podía tener otra intención que la de recabar su asentimiento o ser oído en la adopción. Puede decirse que la nueva legislación ha venido a aclarar este aspecto expresando con mayor claridad que todo acogedor debe ser oído en la adopción de un niño que tuvo en acogimiento.

posibilidad⁴⁵⁰. Su razón de ser es que, si el niño lleva tiempo en acogimiento con el conocimiento de los padres, resulta lógico que éstos prefieran que permanezca con el acogedor en lugar de iniciar una convivencia con desconocidos que pueda fracasar⁴⁵¹.

Se requieren una serie de circunstancias para que un niño sea adoptable y unas relaciones que se consideran relevantes entre ese niño y un adulto para que éste pueda solicitar la adopción de ese concreto niño, entre las que puede establecerse una analogía respecto a la relación de acogimiento:

- 1ª. La imposibilidad del niño “huérfano” de retorno junto a sus padres y la relación de parentesco, por consanguinidad o afinidad, con el adoptante. La circunstancia del niño “huérfano” es idéntica a la del niño acogido adoptable (por decisión administrativa) en cuanto a la imposibilidad de retorno junto a sus padres. Además, el niño acogido ha establecido una relación de convivencia, plenamente respetuosa con las normas constitucionales, con su acogedor⁴⁵². Por tanto, cabe establecer una relación de analogía existente entre la situación del acogedor y niño acogido y la del niño huérfano con su pariente, que es incluso más intensa en el caso de los primeros por el hecho de haber convivido un tiempo, que en el caso

⁴⁵⁰ El artículo 177.2 CC expresa que “*en las adopciones que exijan propuesta previa no se admitirá que el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados*”, pero no impide que esto ocurra en adopciones instadas por particulares.

⁴⁵¹ “Los menores cuyas adopciones se rompieron convivieron con su familia adoptiva durante un periodo de tiempo que varió desde un mes hasta cinco años y cuatro meses pero la media se situó en 15,45 meses y el 54,5% de las adopciones que se rompieron lo hicieron durante los 12 primeros meses de convivencia adoptiva. La experiencia española en adopción es demasiado reciente como para poder valorar la ruptura a medio y largo plazo de las adopciones de las que nos previene la investigación internacional. Por ejemplo, en el estudio llevado a cabo en Holanda a finales de los años ochenta, la ruptura de la adopción se producía, de media, tras casi ocho años de convivencia entre el menor y la familia, generalmente coincidiendo con la entrada del menor en la adolescencia (Hoksbergen, Spaan y Wandenburg, 1988). Quizás adopción internacional se está dando en nuestro país de un modo explosivo, acompañada de la cultura de la adopción poco realista y que desoye las señales de alarma que provienen de países con más experiencia en esta cuestión (Berástegui, 2006). La investigación internacional advierte que, llegados a la adolescencia, un importante porcentaje de adoptados internacionales son internados en instituciones psiquiátricas o residencias de protección, después de muchos años de convivencia, sin que se haya establecido, en muchos casos, un vínculo estable con su familia adoptiva (Hoksbergen y cols., 1988).” (BERÁSTEGUI, “La ruptura de la adopción y las pseudorupturas”, en BERÁSTEGUI y GÓMEZ-BENGOECHEA (coordinadoras), *op. cit.*, pp. 60, 61).

⁴⁵² La sentencia TS 320/2011 de 20 de mayo reconoce relación de afinidad entre un niño y la persona que convive con él en relación análoga a la materno-filial. La sentencia TS 740/2013 de 5 de diciembre permite la filiación adoptiva en una relación respetuosa con las normas constitucionales. En el mismo sentido, se deduce que la permanencia en acogimiento respeta las reglas constitucionales (*Vid.* sentencia TS 565/2009 de 31 de julio) cuando existe imposibilidad de retorno del niño acogido a su entorno de origen con garantías de éxito en su desarrollo futuro, circunstancia que origina la condición de adoptable del niño.

de los segundos que, por norma general, no habrán mantenido convivencia previa⁴⁵³.

2ª. La convivencia existente entre el “hijo del cónyuge o de la pareja con relación análoga a la conyugal” con el adoptante. En idéntica situación de convivencia, bajo una relación análoga a la paterno-filial, se encuentran un niño en acogimiento y su acogedor, siendo esta relación una exigencia legal del artículo 173 CC⁴⁵⁴.

3ª. La relación de trato y convivencia del niño bajo guarda con fines de adopción o tutela respecto de su adoptante. Idéntica situación se da entre el niño acogido y su acogedor ya que las funciones del guardador con fines de adopción son idénticas a las del acogedor por imperativo legal (artículo 176 bis 1º CC).

A raíz de esta reflexión, cabe preguntarse si el régimen común para iniciar una adopción adolece de inconstitucionalidad al impedir al acogedor su libre desarrollo de la personalidad y su libertad personal y familiar en relación al precepto constitucional del artículo 39 CE, pues si existen casos en que las personas relacionadas con el niño adoptable pueden solicitar su adopción al juzgado, el hecho de que el acogedor no pueda hacerlo conculca su derecho a decidir libremente al respecto, así como a continuar las relaciones personales que mantenía con el niño acogido, una vez conocida su condición de adoptable.

b) *La tutela ordinaria*

Similares argumentos a los utilizados para la adopción deben servir para demostrar que el acogedor debe tener capacidad para solicitar al juez facultades de tutela sin que sea necesario que lo haga la Entidad Pública en su lugar (como se desprende del artículo 173 bis 2. c) CC), máxime cuando no tiene sentido que la Entidad Pública actúe sin el consentimiento del acogedor, pues no parece razonable que la Entidad amplíe las responsabilidades del acogedor sobre el niño en acogimiento, al margen del conocimiento

⁴⁵³ Puede pensarse en un caso de muerte repentina de los padres de un niño (por ejemplo, en accidente de tránsito en que viajaban el padre y la madre) y sea un tío quien solicite la adopción de su sobrino, sin que previamente conviviesen.

⁴⁵⁴ El artículo 173 CC obliga al acogedor a brindar al niño acogido un trato paterno-filial. En el mismo sentido se pronuncia la STC 124/2002 de 20 de mayo.

por parte del acogedor. Además, no hay previsto un procedimiento especial para efectuar esta “solicitud de facultades de tutela”, induciendo a confusión respecto a la solicitud de tutela prevista en la LJV en que no está implicada la Entidad Pública y que puede utilizarse tanto para adultos como para personas menores de edad. Habría que pensar si “tener facultades de tutela” no tendría que ser lo mismo que “ser tutor” (pues parece que no es lo que se desprende de la legislación), de tal modo que la Entidad Pública mantuviese su carácter subsidiario.

Cabría, además, reflexionar sobre la necesidad de distinguir la tutela de adultos de la de niños, dada la diferencia entre ellas, especialmente por la relevancia de la patria potestad en el caso de los niños que no está presente para los adultos.

c) *La guarda de hecho*

El artículo 52 LJV expresa el procedimiento para la vigilancia de la “guarda de hecho”, lo cual pone de manifiesto la contradicción con el hecho de que este tipo de guarda se considere situación de desamparo, como ya se ha argumentado previamente con amplitud, pues si es una opción legal, convendría que los padres del niño pudiesen escogerla libremente.

2.2. Comparación de los procesos de protección infantil con otros procesos

Hay que tener en cuenta que cuando una Entidad Pública ha establecido una medida de acogimiento o guarda, ha sustituido únicamente las funciones tuitivas de la familia, permaneciendo, en principio, el resto de caracteres familiares propios de la familia intervenida⁴⁵⁵, tales como los principios constitucionales que representan los factores de

⁴⁵⁵ “Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que [...] los poderes derivados de las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico. Por ello les conviene más el nombre de derechos-deberes o, más técnicamente, potestades, en función que ocupa aquel titular dentro del grupo. De ahí que algunos autores hayan propuesto, como un paralelo aunque lejano de lo que ocurre en el Derecho Administrativo, que se les considere como «órgano»”. (DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 35).

orden público familiar⁴⁵⁶, las cuestiones de índole moral, cultural o religioso⁴⁵⁷ y los factores relativos al estado civil de los miembros de la familia⁴⁵⁸. En este sentido, permanecen los derechos subjetivos familiares que han de ser calificados de “personalísimos”⁴⁵⁹, por lo que está claro que el órgano jurisdiccional ha de estar familiarizado con dichos derechos y con el concepto del ISN. En este sentido, parece adecuado remitir dichos asuntos a los juzgados de familia, tal como ocurre en la actualidad. Sin embargo, el proceso especial regulado en el artículo 780 LEC tiene unas características particulares que lo distinguen de otros procesos de familia.

Los dos tipos de procedimientos que la LEC llama “de menores”⁴⁶⁰ tienen unas diferencias entre sí que hace cuestionable que deban tratarse en el mismo orden jurisdiccional. Los procedimientos de oposición a resolución administrativa en materia de protección infantil guardan un paralelismo destacable con los asuntos del ámbito penal, además de una enorme similitud con los del orden contencioso-administrativo, lo que no ocurre con el resto de procesos que se tratan en los juzgados de familia. Además, los procesos de filiación han de mantener una coherencia con los procesos adoptivos, ya que

⁴⁵⁶ “En el Derecho de familia existen factores de orden público y puede hablarse de un «orden público familiar», en la medida en que las reglas básicas sobre las que la familia se organiza se encuentran recogidas en el texto constitucional” (*Ibidem.*).

⁴⁵⁷ “Su contenido ético, señalado ya por RUGGIERO, al decir que en ningún otro campo jurídico influyen como en éste [del Derecho de familia] la religión y la moral, hasta el punto de que el Derecho se apropia muchas veces de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos” (*Ibidem.*, p. 34).

⁴⁵⁸ “[existe] una estrecha conexión de las instituciones jurídico-familiares y el estado civil de las personas. Si el estado civil está constituido por aquellas cualidades o condiciones que marcan su impronta en la persona y que determinan el trato que ésta recibe dentro de la comunidad, es claro que el puesto ocupado dentro de la familia puede ser determinante de algunos estados civiles” (*Ibidem.*, p. 35).

⁴⁵⁹ “los derechos subjetivos en el ámbito de las relaciones familiares no pueden dejar de ser concebidos más que como una derivación de los propios lazos familiares, inherentes a ellos y tratarse, por tanto, como derechos especialmente personalísimos.” (LASARTE, *op. cit.*, p. 10).

⁴⁶⁰ “De estos procedimientos a los que alude genéricamente la ley con la denominación “de menores”, debe hacerse una distinción básica:

- De un lado, los procedimientos de guarda y custodia de hijos menores y alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores (art. 748.4 LEC), en los que se podrá debatir cualquier cuestión relativa a los menores que no se pueda sustanciar por el proceso matrimonial o por el de filiación. Se trata de procesos que versan sobre medidas de protección a los menores “no desamparados” es decir, integrados en una unidad familiar aunque la misma esté formada por uno solo de los progenitores, al haberse roto la unión matrimonial o no matrimonial. Dentro de este primer grupo de procesos de menores se integra también el procedimiento para reclamar el mantenimiento de las relaciones personales entre los abuelos y los nietos, así como de otros parientes y allegados, de tal forma que pueda hacerse efectivo el derecho de visita y comunicación entre ellos previsto en el art. 160 CC (art. 250.1.13 LEC).
- De otro lado, los procedimientos que tienen por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y los que tienden a determinar la necesidad de asentimiento en la adopción. En este caso, si estamos ante menores “desprotegidos” o desamparados, esto es, aquéllos frente a los cuales sus progenitores no cumplen sus deberes de guarda, lo que lleva a la autoridad administrativa a actuar adoptando las medidas adecuadas.” (GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 3).

la adopción es una forma de adquirir la filiación. Sin embargo, los primeros se ventilan en los juzgados civiles, mientras que los segundos lo hacen en los juzgados de familia, por lo que, pese a que ambos órganos se rigen por la normativa civil, sería razonable que ambos tipos de procesos se enjuiciasen en los mismos juzgados y con aplicación de los mismos criterios.

2.2.1. Diferencias entre los distintos procesos de familia

Las diferencias entre los dos tipos de procesos que se sustancian en los juzgados de familia (crisis matrimoniales, por un lado, y oposición a resoluciones de protección infantil, por otro) son sustanciales⁴⁶¹, no tanto en su esencia, como en su tratamiento. Estas diferencias, que se analizan a continuación, hacen que el juez deba tener una especial preparación para los procesos de protección⁴⁶², distinta a la preparación que requieren los asuntos de nulidad, separación y divorcio, por lo que cabe cuestionarse que los primeros se diriman ante los juzgados de familia.

a) Tratamiento de los derechos familiares

En situaciones de conflicto intra-familiar y por norma general, mientras el niño permanezca bajo el manto de su familia en condiciones mínimamente adecuadas, incluso aunque éstas sean mejorables, el orden social y constitucional se mantiene. Esto es lo que ocurre en los procesos sobre guarda, custodia y alimentos sustanciados ante los juzgados de familia. Al contrario, cuando se sustancia un proceso de protección de la infancia ocurre, normalmente, que un niño ha sido separado de su familia, por lo que se puede estar alterando el orden social y constitucional. Por ello, la decisión de separación debería ser tomada por razones plenamente objetivas, precisas, demostradas y ponderadas.

Existe otra diferencia esencial entre los procesos de crisis matrimoniales y los de protección de la infancia. Los primeros llegan al conocimiento judicial por instancia de quien tiene la voluntad de disolver su unión matrimonial (ya sea la de ambos miembros o

⁴⁶¹ Vid. SANTAMARÍA, “Tipificación...”, *op.cit.*, pp. 25, 26.

⁴⁶² Vid. COSTA, “El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, 2007.

la de uno solo), mientras que los segundos han de ser interpuestos por quienes son obligados a una separación familiar en contra de su voluntad, cuando lo razonable sería que instase el proceso quien provocó esa separación. Respecto de los derechos personalísimos a los que se aludía previamente, cabe decir que, en los asuntos de protección, están sujetos a posibles modificaciones, como ocurriría en el caso de una adopción, no siendo así cuando se plantean medidas por separación o divorcio. Además, en estos últimos ambas partes litigantes defienden derechos personalísimos y la afectación no trasciende el ámbito familiar en que se desarrolla el conflicto. Por el contrario, una peculiaridad de un proceso de protección de la infancia radica en que tiene un efecto extra-familiar, es decir, afecta a relaciones con personas y entidades ajenas a la familia implicada en el procedimiento, en que una de las partes del proceso, la Entidad Pública, no tiene una implicación de índole personal y, por tanto, sus intereses son otros, y han de ser ponderados en su justa medida junto con el resto de pretensiones.

b) Atención al carácter preferente

El artículo 779 LEC establece que *los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente*, por lo que dicho procedimiento debería ser objeto de un proceso efectivo y ágil, a la vez que estar dotado de una minuciosa investigación y esclarecimiento de los hechos que provocaron la separación familiar de un niño, en el caso del desamparo. El carácter preferente de los procesos es, aparentemente, una semejanza existente entre los distintos procesos que se dirimen en los juzgados de familia, sin embargo, los medios proporcionados para lograr esa preferencia son totalmente distintos. Los asuntos de nulidad, separación y divorcio tienen a su disposición una serie de “medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio” en el capítulo X del Título IV del Libro I del Código Civil, resultando obvio que no son aplicables a litigios contra resoluciones administrativas en materia de protección infantil, pues la propia denominación restringe su ámbito de aplicación, causando una evidente discriminación a los niños bajo guarda o tutela administrativa para los que no existe una previsión legal semejante. Por otro lado, la disposición adicional quinta de la LEC dispone la creación de las llamadas “oficinas de señalamiento inmediato” (OSI en adelante) con el fin de agilizar determinados procesos del ámbito civil, entre los que se

encuentran los de medidas provisionales de nulidad, separación o divorcio, pero no los procesos sustanciados a través del artículo 780 LEC sobre oposición a resolución administrativa en materia de protección infantil. Al margen de los problemas que hayan podido surgir en la implantación de las OSI, se advierte la voluntad del legislador de dotar los mecanismos necesarios, tanto legales como estructurales, para alcanzar la efectiva agilidad de los asuntos de nulidad, separación y divorcio, con sus efectos positivos en el ISN. Paralelamente, se deduce el máximo desinterés del legislador por alcanzar la agilidad que predica el artículo 779 LEC, que no deja de ser una mera declaración de intenciones, al no estar dotado de ningún medio efectivo para su logro.

2.2.2. El paralelismo entre la materia de protección infantil y la penal

Los asuntos de protección infantil guardan un importante paralelismo con los procesos del ámbito penal. En primer lugar por la necesidad de tipificar las causas de riesgo y desamparo como ocurre con los delitos, cuestión ya analizada con anterioridad, con el objetivo de que las denuncias no puedan apartarse de los motivos tipificados y, así, ganar en seguridad jurídica. Cabe mencionar que la tipificación tiene sentido siempre y cuando no se pueda separar al niño de su familia mediante una medida de “guarda provisional” previa al desamparo, por cualquier motivo no tipificado, pues si eso es así, el esfuerzo legislativo por tipificar las causas de desamparo no impedirá la separación familiar que es lo que realmente vulnera los derechos fundamentales del niño, no en sí una determinada situación jurídica o administrativa, que puede llamarse desamparo, guarda voluntaria o guarda provisional, acogimiento o guarda con fines de adopción, cuya denominación es irrelevante ante el hecho incuestionable de que el niño se encuentra separado de su familia de origen. Otra similitud se desprende del carácter público de ambos tipos de materias que, sin embargo, tienen distinto tratamiento.

a) El carácter público

En el ámbito penal, debido al carácter público de los asuntos, se permite la presencia de la acusación particular y la exigencia de responsabilidad civil que no ocurre en el proceso de protección infantil. Al respecto cabe mencionar que el Tribunal Constitucional en su

sentencia TC 184/2008 de 22 de diciembre ha determinado que una asociación en defensa de los derechos e intereses infantiles tiene legitimación para formar parte de un proceso para la tutela de dichos intereses. Si bien es cierto que dicho proceso estaba encuadrado dentro del ámbito contencioso-administrativo, no es menos cierto que, la asociación se postulaba en defensa de los intereses y derechos de una persona menor de edad, lo cual habría de tener cabida en un proceso de protección a la infancia, dado su innegable interés público subyacente, reconocido por varias sentencias de los altos tribunales como se ha puesto de manifiesto en el capítulo anterior. Sin embargo, parece que las asociaciones de usuarios no tienen cabida en los procesos de protección infantil en que no figura de forma expresa su legitimación.

La obligada presencia del Fiscal es otra consecuencia del carácter público de los asuntos. En el ámbito penal, el Fiscal tiene potestad para dirigir la investigación de la policía y entregar los resultados al juez instructor. En el ámbito de la protección de la infancia, el Fiscal tiene también potestad para adquirir un papel activo, pero lo cierto es que en la práctica procesal se puede comprobar que su rol es meramente receptor de las decisiones administrativas, adquiriendo, en la mayoría de casos, una postura pasiva y protocolaria.

b) El efecto en los derechos fundamentales

En el ámbito penal están implicados los derechos fundamentales de las personas, tanto el de las víctimas como el de los acusados. En el de protección infantil están implicados los derechos fundamentales de la familia intervenida por la Entidad Pública, siendo de gran relevancia los del niño separado de su familia.

En el ámbito penal, cuando existe un comportamiento inadecuado de un ciudadano, éste es juzgado y, eventualmente, condenado. En el ámbito de la protección de la infancia existe también un comportamiento inadecuado de los padres o cuidadores de un niño, los cuales pueden no ser juzgados y terminar sin la asignación de una condena temporal. Esto, lejos de ser una ventaja, es un grave inconveniente pues la experiencia demuestra que los desamparos se convierten en “cadenas perpetuas” en el ámbito civil y rara vez se revocan, con la desventaja añadida de que quien sufre las consecuencias,

además de las personas que causaron el incumplimiento, son también las víctimas, es decir, los niños, que nunca más pueden regresar con sus seres queridos. Esta es una grave anomalía, especialmente si los niños están en acogimiento residencial, que requiere una implantación de protocolos adecuados.

Cabe destacar la analogía existente entre una declaración de desamparo incorrecta y el delito de detención ilegal que, pese a ello, adolecen de una gran diferencia de tratamiento. Así, cabe subrayar las deficiencias procesales de los procedimientos de protección de la infancia en que los derechos de los niños privados de su familia pueden quedar, en muchos casos, exentos de tutela judicial al no estar prevista de forma automática y no poderla accionar los propios afectados por su condición de niños. A ello se añade la pasividad de la fiscalía y el desinterés de las instancias judiciales que no se implican en una investigación rigurosa y exhaustiva sobre las causas que motivaron el desamparo. Cabe preguntarse si, en un Estado de Derecho, no debiera ser el sistema de protección el que activase los mecanismos para garantizar los derechos de los niños, al margen de la pasividad de sus padres y las Entidades Públicas o, por el contrario, de las acciones que emprendan.

2.2.3. Similitudes entre el proceso de oposición a resolución administrativa y el contencioso-administrativo

Las Entidades Públicas con sus correspondientes normas administrativas, dictan actos administrativos de obligado cumplimiento para los administrados (los niños y sus familiares) que, no obstante, son solamente recurribles ante la jurisdicción civil en que se ha habilitado un procedimiento especial desde el punto de vista procesal⁴⁶³ con ciertas características de los procesos contencioso-administrativos⁴⁶⁴. Sin poner en duda que la

⁴⁶³ *Vid.* artículo 780 LEC.

⁴⁶⁴ “es la Administración, a través de los órganos a quienes se ha atribuido esta competencia, quien debe adoptar las medidas adecuadas de protección de menores una vez constatado el supuesto de hecho previsto en las normas sustantivas, siguiendo para ello el procedimiento administrativo correspondiente. En consecuencia, si alguno de los interesados en impugnar la resolución administrativa decidiera oponerse a la misma, tendría que acudir ante el órgano competente del orden contencioso-administrativo, de acuerdo con lo establecido con carácter general para los actos administrativos. No obstante, pese a ser una Entidad pública la que asume la protección de los menores, dictando al efecto actos y decisiones de naturaleza pública, debe tenerse en cuenta que las facultades de tutela automática o de guarda no derivan de la legislación administrativa, sino del Código Civil; esto es, la cobertura legal de los actos administrativos se encuentra en el Derecho privado. En consecuencia, resulta obligado remitir al orden jurisdiccional civil las cuestiones relativas a la impugnación de

jurisdicción civil es adecuada para los derechos subjetivos que se plantean, cabe preguntarse si los actos administrativos en materia de protección infantil se examinan con el rigor que impone el Derecho administrativo⁴⁶⁵, pues los usuarios no pueden quedar mermados de garantías jurídicas, ni por ser una Administración Pública la que actúa puede suponerse una total imposibilidad de error en sus decisiones. Las semejanzas existentes entre un asunto de lo contencioso-administrativo y uno en materia de protección infantil, son la presencia de una Entidad Pública como parte procesal y el procedimiento utilizado. El problema de que la Entidad Pública sea parte del litigio, en el caso de un asunto de protección de la infancia, es que, por un lado, sus técnicos, ya sean funcionarios o contratados laborales, son los que acuden a los tribunales a defender la postura administrativa y, por otro lado, en su calidad de funcionarios, se les supone presunción *iuris tantum*, cuestiones que se analizan a continuación.

a) *La dependencia de los técnicos de la Entidad Pública*

Es una realidad que las Entidades Públicas toman decisiones sobre ciertos niños y sus familias, que defienden ante los tribunales pertinazmente. Para ello, la Entidad Pública envía a los juicios a aquellos funcionarios o contratados laborales capaces de defender su postura con vehemencia. Todos ellos tienen una dependencia de la Entidad Pública (ya sea orgánica o laboral), por lo que, en sí, son parte litigante, con su correspondiente parcialidad. Llegados al momento de prestar testimonio o declaración, a los citados técnicos se les hace la pregunta de rigor: *¿tiene alguna relación de parentesco, amistad íntima, enemistad manifiesta o relación laboral con alguna de las partes o tiene algún interés directo o indirecto en esta causa?* En ocasiones, la respuesta de los testigos a esta pregunta es negativa cuando, indudablemente, debería ser positiva, incluso aunque la relación fuese funcional u orgánica⁴⁶⁶. Ello demuestra que dichos testigos conocen que su relación con la Entidad Pública es un obstáculo para ofrecer la imparcialidad que se debe presumir en un proceso judicial. En el ámbito civil la dependencia laboral supone,

decisiones administrativas en esta materia (arts. 9 y 22 LOPJ), en detrimento del orden contencioso-administrativo. Así, el art. 172.6 CC establece que las resoluciones administrativas en materia de protección de menores serán recurribles ante la jurisdicción civil.” (GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 6).

⁴⁶⁵ “el Derecho administrativo impone a la Administración una vinculación más fuerte a la ley” (SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, 6ª edición, Editorial Tecnos, 2010, p. 43).

⁴⁶⁶ *Vid.* juicio de oposición a resolución administrativa (autos 719/2015), seguida en el JPI n° 3 de Palma de Mallorca, de fecha 27 de abril de 2016, min. 28.

en general, una tacha de parcialidad. En litigios sobre cuestiones diversas en relación a controversias suscitadas entre particulares en la jurisdicción civil, se aprecia con claridad que la dependencia laboral de un testigo supone cuestionar su testimonio⁴⁶⁷. Sin embargo, no existen resoluciones judiciales que cuestionen la parcialidad de los técnicos que deponen en actos de juicio contra resoluciones administrativas en materia de protección infantil, siendo que pertenecen a la jurisdicción civil. Ello conlleva a que las declaraciones de los técnicos sean, muchas veces, carentes de fundamento y de rigor probatorio, dado el superior valor que se da a sus manifestaciones en juicio.

b) *La presunción iuris tantum de los técnicos de la Entidad Pública*

La presunción *iuris tantum*⁴⁶⁸ ha sido reiteradamente asumida en relación a las declaraciones de los técnicos de las Entidades Públicas, incluso sin ser funcionarios, pese a que el proceso está encuadrado dentro del ámbito civil, en que dicha presunción debería ser cuestionada⁴⁶⁹. Ante tal situación, se da la circunstancia de que cuanto más abstracta es la denuncia de un técnico de la Entidad Pública más difícil es demostrar lo contrario para destruir su presunción. Esto ocurre con todos aquellos hechos que los técnicos de las Entidades Públicas aluden sin concreción de fechas ni identificación de las fuentes, teniendo en cuenta que si el dato es falso no existe posible forma de contradicción cuando se refiere a hechos pasados de los que se desconocen los detalles o que han podido quedar alterados por el transcurso del tiempo. Por poner un ejemplo, una

⁴⁶⁷ Vid. sentencias de la sección 16ª de la AP de Barcelona 584/2007 de 27 de noviembre, de la Sección 12ª de la AP de Madrid 805/2011 de 11 de noviembre, de la sección 4ª de la AP de Málaga 99/2016 de 17 de febrero o de la sección 9ª de la AP de Valencia 740/2016 de 16 de junio en relación a los testimonios prestados en juicio. En lo que se refiere a la elaboración de informes por una de las partes, la sentencia de la sección 5ª de la AP de Murcia 212/2015 de 16 de diciembre cuestiona su objetividad por la dependencia laboral de quien lo elaboró.

⁴⁶⁸ “*onus probandi incumbit ei qui dicit* (la carga de la prueba incumbe a quien asevera), es decir, debemos entender: incumbe a quien afirma hechos, *non qui negat* (no a quien niegue), es decir, no a quien *ex adverso* se limite a negar o impugnar los hechos arriba mencionados. Y en este sentido, es verdad que *negativa non sunt probanda* (las negaciones no hay que probarlas).
[...]

Y en cuanto a la carga de la prueba en contra de las presunciones legales, cabe advertir que es ya un criterio por muchos aceptado que las presunciones *iuris et de jure* no constituyen un medio probatorio, sino son una *prohibición de prueba*; estrictamente son reglas imperativo negativas. Por lo que concierne a las presunciones *iuris tantum*, que sí admiten prueba en contra, opera en su aplicación la *inversión de la carga de la prueba*. (FLORES-GARCÍA, “Teoría de la prueba”, Boletín núm. 1575, Ministerio de Justicia, pp. 90, 91).

⁴⁶⁹ “Se acude, por la parte apelante, a una doctrina propia de la jurisprudencia contencioso administrativa (presunción de veracidad del funcionario público) que no es trasladable a la jurisdicción civil.” (Vid. sentencia de la jurisdicción civil, de la sección 21ª de la AP de Madrid 198/2016 de 18 de mayo).

denuncia habitual abstracta en las resoluciones que declaran el desamparo de los hijos es la de la “carencia de habilidades parentales”, sin especificar el hecho concreto que motiva esa denuncia ni las consecuencias sobre el niño, por lo que resulta prácticamente imposible contradecirla, máxime cuando unido a una situación de escasez de recursos económicos de los padres, impide a éstos encargar un peritaje privado para la evaluación de dichas habilidades. Por otro lado, las aseveraciones de los técnicos están sujetas a la calificación concreta que cada uno de ellos realice de un mismo hecho y de su concepción de los fenómenos sociales⁴⁷⁰.

De lo anterior se infiere que en un asunto de protección infantil debería exigirse el mismo rigor probatorio a ambas partes, ya que la necesidad de que una parte contradiga lo que afirma la contraria, los sitúa en posiciones claramente distintas y en desigualdad de armas jurídicas, lo cual atenta contra los derechos fundamentales de defensa de los familiares o allegados que se oponen a una medida sobre el niño, además de que puede incidir negativamente en el esclarecimiento del ISN. Además de ello, cabría establecer legalmente, una serie de elementos reglados de obligado cumplimiento por parte de la Entidad Pública, con la advertencia de que sin ellos, la “valoración técnica” se considerará errónea y carente de rigor probatorio⁴⁷¹. Entre estos elementos convendría que figurase la cláusula que exigiese que los hechos o datos determinantes del desamparo fueran, obligatoriamente, anteriores a su declaración. Ante tal situación debería regir la doctrina sobre la “discrecionalidad técnica” desarrollada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo⁴⁷².

⁴⁷⁰ “Por ello, y a modo de ejemplo, hay que evitar que un técnico decida que *“un niño puede ser separado de su madre prostituta o permanecer junto a ella en base a criterios psicológicos personales”* (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 3).

⁴⁷¹ “La primera modalidad de presunción *iuris tantum* no es admisible constitucionalmente ya que, como declaró la STC 105/1988, produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el art. 24.2 CE” (ASENCIO, “Presunción de inocencia y presunciones *iuris tantum* en el proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 36, 2015). Si bien la cita anterior se encuadra dentro del ámbito penal, del mismo modo debería considerarse en el ámbito de la protección infantil por estar implicados derechos fundamentales que afectan al orden público.

⁴⁷² “Así, en primer lugar es de recordar que el principio de fiscalización plena de la actividad administrativa por los Tribunales esta sujeto a diversos matices. Entre ellos, como ha tenido la oportunidad de expresar el Tribunal Constitucional, la “discrecionalidad técnica” de los órganos evaluadores de la Administración, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad que desarrollan. En estos supuestos debe partirse de “una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación”, presunción “*iuris tantum*” que sólo puede desvirtuarse “si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien

2.2.4. La coherencia entre el proceso de filiación y el de adopción

En los casos de relaciones no biológicas, tanto el proceso de filiación como el proceso adoptivo conducen al mismo resultado: el establecimiento de una relación paterno-filial con vínculos jurídicos. Sin embargo, se aprecia que el procedimiento es totalmente distinto, ya que en el proceso de filiación rige la voluntad del adulto que desea establecer la relación, mientras que en el proceso adoptivo rige, por defecto, la voluntad de la Entidad Pública y sólo en casos excepcionales la voluntad del adoptante, siendo que en esos casos no está incluida la voluntad del acogedor en familia ajena, que mantiene una relación de convivencia con el niño acogido respetuosa con las normas constitucionales, al haberse constituido por motivos de protección.

A través del recorrido por los artículos 108 CC y siguientes se aprecia que el acogedor cumple los requisitos para establecer la filiación, siempre y cuando se haya determinado la ineficacia de la inscripción registral biológica mediante la imposibilidad de retorno del niño a su familia biológica, en que ha de entenderse la modificación de su filiación como un elemento de su interés superior, aunque no el más importante ni decisivo. En efecto, el acogedor cumple los requisitos tanto de la regulación de la determinación de la filiación, sea matrimonial o no matrimonial, según las condiciones del caso, como los requisitos para ejercitar la acción de reclamación, con los mismos efectos que se ha reconocido en la filiación de los niños nacidos bajo las técnicas de reproducción asistida, en la cual intervienen dos factores, por un lado la expectativa o voluntad de paternidad del adulto solicitante y el interés superior del niño sujeto a la determinación de la filiación, en que, si cabe, es un factor de mayor relevancia para el niño en acogimiento pues éste no tiene más figura tutiva personal que el propio acogedor, lo cual no ocurre con el niño nacido bajo técnica de reproducción asistida que dispone de una madre biológica.

por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado", entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (SSTC 353/93, 34/1995, 73/1998 y 40/1999). De lo anterior resulta, como pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control de la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a dos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando estos existan-, y el del error ostensible o manifiesto, y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto (STS 14-7-2000 y 10-10-2000, entre otras)." (Vid. sentencia TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 8 de junio de 2010).

a) *La voluntad de paternidad*

Cuando una persona ejercita una reclamación de filiación o solicita la adopción de un niño, manifiesta su voluntad y expectativa de paternidad, por lo que cabe preguntarse si ésta debe ser respetada por los poderes públicos. Cualquier acto de la voluntad que no infringe la ley sino que, por el contrario, persigue alcanzar la legalidad tiene que ser contemplado por el ordenamiento jurídico. En el caso de un acogedor que tiene voluntad de establecer el vínculo jurídico adoptivo con un niño en acogimiento, ésta da cobertura al artículo 2 LOPJM. En concordancia con ello, la audiencia del acogedor que requiere el artículo 173.4 b) CC antes de cesar un acogimiento familiar por decisión de la Entidad Pública, pretende hacer frente al derecho del acogedor a manifestar su voluntad en función de las circunstancias del niño en acogimiento y en contraste y relación con su IS, pues no puede tener otro objetivo.

Por tanto, si la Entidad Pública ha declarado la inviabilidad de retorno del niño a su entorno de origen, el acogedor puede abrigar una razonable y constitucional expectativa de ser padre del citado niño, al resultar debilitado el vínculo jurídico del niño respecto de sus padres. La sentencia TC 124/2002 de 20 de mayo destaca que la expectativa del acogedor de convertirse en padre de un niño acogido no puede ser despreciada por los tribunales, sin entrar a cuestionar la motivación del acogedor que responde al ámbito de su intimidad y sus relaciones familiares. Es el hecho en sí de que la expectativa de ser padre existe, lo que debe dar respuesta jurídica a lo solicitado, sin despreciar el ISN:

Los acogedores preadoptivos, por tanto, gozan de un status jurídico reforzado con respecto a los demás acogedores en general, ya que, además de ser, al menos, guardadores del acogido, tienen una expectativa de convertirse, jurídicamente hablando, en padres del mismo, por lo que su situación no puede ser desconocida por el Ordenamiento jurídico, debiendo reconocérseles la posibilidad de tener acceso a los procesos judiciales que puedan afectar a la situación personal de los acogidos, y no solamente por la información que sobre los niños puedan aportar para constituir su familia, como alegan los demandantes de amparo, sino para defender la expectativa que tienen de convertirse en padres adoptivos del acogido.

El texto anterior hace referencia a los acogedores preadoptivos que, por la modalidad del acogimiento, tienen expectativa de ser padres, sin embargo un acogedor “no preadoptivo” puede tener expectativa de ser padre en tanto que, por decisión administrativa, el niño en acogimiento sea adoptable, esté integrado satisfactoriamente en la familia del acogedor y responda a su interés superior, todos ellos criterios determinantes de la voluntad de paternidad.

El hecho de no respetar esta voluntad de paternidad, ya sea por las autoridades administrativas o judiciales, respondería a un modelo imperativo, en este caso prohibitivo, bien alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de toda relación familiar, y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad del acogedor recogido en el artículo 10.1 CE incidiendo en la vulneración de su libertad de decisión. La prohibición o impedimento al acogedor de modalidad no preadoptiva de solicitar la adopción del niño acogido cuando éste es adoptable, va más allá de los pactos legales asumidos por el acogedor en que éste se compromete a cuidar del niño y reintegrarlo a su familia de origen si es del ISN. La sentencia del TC 124/2002 de 20 de mayo, antes citada, describe la figura del acogimiento (cualquiera que sea su modalidad) del siguiente modo:

Es indudable que el acogimiento en nuestro Ordenamiento, después de las reformas llevadas a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, es un negocio jurídico perteneciente al Derecho de familia, de carácter personal y temporal, que las entidades competentes en materia de protección infantil en cada Comunidad Autónoma proponen celebrar a los acogedores y a los progenitores de los acogidos, para que aquéllos, con o sin contraprestación económica, reciban en su casa a un niño, y lo cuiden como si de un hijo se tratara durante el tiempo en el que el negocio se mantiene vigente. Así resulta del art. 173 CC, [...] sin que por ello el acogido pierda su status familiae

Tampoco los compromisos adquiridos por el acogedor respecto de la Entidad Pública pueden impedir tal acción pues si el acogedor fue considerado idóneo para el acogimiento y éste se ha desarrollado satisfactoriamente, la propia Entidad no puede sino reconocer que el acogedor es idóneo para el ejercicio de la patria potestad y que el ISN

exige la permanencia de la relación familiar con el correspondiente vínculo jurídico. Todo ello a menos que la Entidad Pública actúe contra sus propios actos. Además, un cambio de familia iría en el sentido de proporcionar a otras personas desconocidas para el niño (futuros adoptantes) los derechos de relación, filiación y convivencia que previamente se le hubiesen negado al acogedor, cuando éste quiso mantener la relación paterno-filial establecida con el niño, lo cual supondría un motivo de discriminación hacia ambos.

b) El interés superior del niño en acogimiento

La voluntad de paternidad del acogedor es plenamente coherente con el ISN en acogimiento cuando éste ha sido satisfactorio para el niño, pero es que además la aplicación del ISN obliga a conjugar los derechos del niño con el de terceras personas sin que éstos puedan ser despreciados pues, como en el caso en que un acogedor pueda adoptar al niño acogido, muchas veces coinciden los derechos de los adultos con los de los niños⁴⁷³.

2.3. Otras cuestiones procesales

Sin ánimo de presentar una relación exhaustiva de todas las cuestiones procesales que afectan a los procedimientos en materia de protección infantil, se introducen a continuación aquellas que pueden tener una incidencia, ya sea positiva o negativa, en el ISN, que además han sido objeto de especial atención en la reforma legislativa del año 2015, presentando una problemática que ha despertado el interés del legislador, lo que ha provocado su modificación. Resulta, pues, interesante, analizar si esta modificación incide positivamente en el ISN.

⁴⁷³ “Y en el caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés del menor (ej; en las decisiones que se acuerdan sobre los menores en los procedimientos administrativos y judiciales, siempre hay terceras personas afectadas: padres, abuelos, hermanos, allegados...), la norma ha previsto cómo decidir, de cara a priorizar el interés superior del menor, pero valorando al mismo tiempo los derechos fundamentales de estas otras personas. La solución es que en primer lugar deberán adoptarse las medidas que consigan respetar también esos otros intereses legítimos y derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, y en el caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir.” (NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 126).

2.3.1. La acumulación de procesos y acciones

La acumulación de procesos judiciales sobre un mismo niño propugnada por la LSPIA es una decisión acertada. Sin embargo, cabría ir más allá, acumulando todos aquellos procesos sobre un mismo núcleo familiar. Un criterio razonable al respecto sería el de unificar los procesos relativos a los hermanos cuyos padres comunes litigan conjuntamente. Por ejemplo, si litigan ambos progenitores de forma conjunta se unificarían los procesos relativos a todos los hijos. Si litiga únicamente la madre, podrían unificarse todos los procesos de sus hijos aunque éstos tuviesen distinto padre, siempre y cuando ninguno de ellos litigase. De esta manera, el destino de los hermanos se decidiría conjuntamente, favoreciendo una misma solución para ellos, haciéndola compatible con las previsiones legales.

La casuística ofrece otra situación frecuente cuando se trata de medidas de protección de un niño, lo que da lugar a una situación anómala. Es habitual que tras recurrir la declaración de desamparo de un niño, el recurso se sustancie transcurridos varios meses desde que tal situación ocurrió. En este caso, en aplicación de la doctrina de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio (que se estudiará posteriormente), debe analizarse, no solo si el desamparo fue ajustado a derecho en el momento en que se decidió, sino también, si las circunstancias familiares han cambiado durante esos meses y el niño puede retornar a su familia de origen, por la acción de revocación del desamparo. Es comprensible que los padres no susciten dicha acción de “revocación del desamparo” en tanto se sustancia la “oposición al desamparo” ya que si esta oposición da un resultado positivo, la revocación es innecesaria. Acumulando la acción de revocación a la de oposición, se agiliza al máximo el proceso y se evita que pueda perderse la ocasión de solicitar la revocación del desamparo, cuando la resolución firme sobre la oposición al desamparo se obtiene con un retraso mayor a los dos años desde la fecha de la declaración, lo cual no es, lamentablemente, infrecuente, redundando en un lapso de tiempo de separación familiar desmesurado para el niño. Por tanto, además de la acumulación de procesos, convendría promover la acumulación de acciones posibles sobre un niño, solicitando todas aquellas que se pudieran ejercitar con carácter previo a la vista. Sorprende que no se haya introducido dicha cuestión en la ley procesal, ya que la doctrina jurisprudencial en materia de protección infantil la recoge expresamente en una importante sentencia que se analizará posteriormente.

2.3.2. La ejecutividad de las resoluciones judiciales

La “no ejecución provisional” de las resoluciones judiciales sobre protección de la infancia obran en favor de satisfacer las pretensiones administrativas, dejando en evidente indefensión a los particulares que se oponen a dichas pretensiones. La cuestión es averiguar cómo incide en el interés de un niño tutelado. La medida de “no ejecución provisional” de una resolución judicial sobre protección de la infancia facilitará la prolongación de aquellos procesos en que el niño esté bajo tutela administrativa con medida temporal. En efecto, las Entidades Públicas tienen permiso para la intervención sobre cualquier niño sin control judicial y con plenas garantías de éxito, por lo que cualquier oposición judicial a una decisión administrativa se sustentará mientras el niño ya esté en poder de la Administración. En realidad son escasos los casos documentados en que ha ocurrido lo contrario, por ejemplo, el de las sentencias del JPI nº 29 de Madrid, de 24 de febrero de 2011, y la del TS 582/2014, de 27 de octubre, en que quienes protegían al niño fueron acusados de desobediencia civil al oponerse a las decisiones de la Entidad Pública, cuestión que pocos ciudadanos están dispuestos a asumir. Así, la no ejecución provisional mantendrá al niño bajo la decisión administrativa hasta obtener sentencia firme en el Tribunal Supremo, es decir, durante muchos años. A esta situación se ajusta el caso de la sentencia TS 565/2009, de 31 de julio. Por otro lado, existen casos en que la ejecución provisional ha permitido el retorno de diversos niños a sus familias de origen, como ponen de manifiesto las sentencias del TS 84/2011, de 21 de febrero, y TS 800/2011, de 14 de noviembre, habiéndose considerado una decisión respetuosa con el interés de los niños implicados. Así, la jurisprudencia muestra que no siempre la “no ejecución provisional” de las resoluciones judiciales que afectan a un niño ha sido la opción más respetuosa con su interés superior, por lo que no existe justificación por la que deba imponerse por ley.

Además, no cabe duda que si en un pleito judicial se debate el retorno del niño a su entorno familiar de origen, están en juego derechos fundamentales del niño, tal como el derecho al libre desarrollo de su personalidad, por lo que la “no ejecución” provisional de una sentencia que ha decidido el retorno, vulneraría el artículo 524.5 LEC que proclama que “la ejecución provisional de las sentencias en las que se tutelen derechos fundamentales tendrá carácter preferente”, en evidente contradicción con el artículo 525.1 1ª LEC. Con ello puede ocurrir que un niño permanezca en una situación convivencial

decidida por la Administración Pública más por hechos consumados que por respeto a los derechos fundamentales del niño, ya que, hasta la fecha el Tribunal Supremo nunca ha fallado a favor de modificar el estatus de convivencia que el niño tenía en el momento de dictar sentencia, pues el tiempo transcurrido en una determinada relación convivencial (considerado un elemento esencial del ISN) obra en contra de modificar dicho estatus, cuando éste es tutelado.

2.3.3. La entrada en domicilio

El cambio producido por la LOSPIA respecto a la entrada domiciliaria consiste en dotar a los juzgados competentes en materia de protección infantil para autorizar la entrada en domicilios y ejecutar medidas de protección administrativas. Anteriormente, dicha solicitud se planteaba ante los juzgados de lo contencioso-administrativo. La modificación es, en sí, positiva, ya que, de este modo, un mismo juzgado tiene una visión global de las actuaciones llevadas a cabo respecto de la protección de un niño.

2.4. Reflexión sobre la creación de un juzgado especializado para la protección infantil

Queda patente, según lo analizado previamente, que en un asunto de protección infantil se debaten derechos fundamentales del niño y de los demás miembros de su familia de origen⁴⁷⁴. Cuando se denuncia una acción presuntamente delictiva contra un niño impetrada por sus padres, por el hecho de estar encuadrada dentro de la jurisdicción penal, de por sí estará dotada de las debidas garantías jurídicas. En puridad, el niño no debería declararse en desamparo, pues la agresión o maltrato no resultan probados hasta que se ha finalizado la investigación. Socialmente, escandaliza que un niño pueda convivir bajo el mismo techo que presuntos maltratadores, pero no debería escandalizar menos que un niño pueda ser separado de su familia sin pruebas de la autoría del maltrato que ha recibido. Si tras la investigación penal, los padres resultasen absueltos, la separación del niño de su familia habría resultado ser un “acto de desprotección” ejecutado por el sistema de protección, llegando a una situación sumamente antagónica e

⁴⁷⁴ Vid. SANTAMARÍA, “Tipificación...”, *op. cit.*, pp. 38-41.

indeseable⁴⁷⁵. No cabe duda de que habría que buscar una solución legal a esta situación. Sin embargo, la mayoría de los motivos de desamparo no se encuadran dentro del ámbito penal, por lo que la situación es mucho más grave para el niño que se encuentra supuestamente desamparado, pues su separación familiar puede no ser ni siquiera revisada por un juez, según se ha justificado previamente.

Cuando están en juego los derechos fundamentales de un niño, especialmente el recogido en el artículo 9 de la CDN, la defensa de estos no puede quedar a expensas de lo que decidan sus padres que, presuntamente son personas negligentes y descuidadas respecto a sus hijos, por lo que no hay que suponer que van a preocuparse de la defensa de sus derechos. Si bien un adulto puede renunciar a sus derechos personales si esa es su voluntad, convendría que el sistema no permitiese que la renuncia de los padres menoscabara los derechos de los hijos, que no son los de los padres. La renuncia de los padres a la interposición de cualquier recurso judicial permitirá que los hechos desencadenantes del desamparo queden sin esclarecimiento en sede judicial, lo cual en un Estado de Derecho es inadmisibile.

Por otro lado, los padres separados de sus hijos se encuentran bajo una afectación psicológica importante, estigmatizados por la denuncia de ser “malos padres” y bajo una presión emocional arrebatadora al sentirse alejados de sus hijos y conscientes del sufrimiento de éstos. En tales condiciones su capacidad litigante puede quedar mermada, así como su actividad para superar las condiciones que motivaron el presunto desamparo y cumplir el plan de trabajo impuesto por las autoridades. Por todo ello, el hecho de que los padres no tomen la decisión de oponerse a una resolución administrativa en materia de protección infantil lo único que demuestra es su incapacidad para ello, o bien la carencia de medios para emprender un litigio, pero en absoluto demuestra su incapacidad para cuidar de sus hijos o desinterés por ellos y menos de forma permanente. Un niño tiene derecho a permanecer con sus padres, incluso si éstos carecen del carácter o los medios necesarios para activar un proceso judicial. Los requisitos para ejercer de padres son unos y los requisitos para hacer frente a una situación estresante como supone una

⁴⁷⁵ La absolución del padre de delitos contra las relaciones familiares supone un cambio de circunstancias que permite determinar la custodia compartida (*vid.* sentencia TS 251/2016 de 13 de abril), por lo que, de forma análoga, habría de revocarse la situación de desamparo ante una absolución de los padres de los delitos cometidos contra sus hijos, de los que se les acusaba. De lo contrario, se estaría tratando discriminatoriamente a los hijos tutelados por las entidades públicas.

separación familiar son otros muy distintos. El incumplimiento de los segundos no implica el incumplimiento de los primeros. Por ello, una declaración de desamparo debería activar un proceso obligatorio, similar al que se activa cuando se detiene a un presunto delincuente, ofreciendo abogado a los padres para posibilitar la defensa de sus intereses y los de sus hijos. En dicho proceso, la fiscalía debería solicitar la acreditación de los datos conducentes al desamparo e iniciar una investigación a fondo.

En un mundo en constante evolución en que el “empoderamiento de la infancia”⁴⁷⁶ es un concepto emergente, entendiéndolo como la *dotación de las capacidades necesarias que permitan a los niños y adolescentes transformar sus propias circunstancias*, supone una colosal regresión impedir un proceso efectivo contra la declaración de desamparo de un niño, al que de ese modo se convierte en mero “objeto de protección” sin tener en cuenta el amplio consenso existente en la consideración del niño como “sujeto de derechos propios”. Incluso, con el procedimiento actual, los problemas procesales a los que se enfrentan los padres para conseguir una revisión judicial y la defensa de los derechos de sus hijos, son enormes, como ya se ha justificado. Por ello, dadas las particularidades de los asuntos de protección infantil debería instaurarse un juzgado especializado para su tratamiento, que resultase ágil en la resolución de casos y que los resolviese con unidad de criterio y atendiendo a datos objetivos, medibles y cuantificables⁴⁷⁷. Debería pertenecer a la jurisdicción civil, puesto que es lo que corresponde a los derechos debatidos y la Entidad Pública no debería ser parte procesal,

⁴⁷⁶ Vid. CURBELO, RODRÍGUEZ y SUÁREZ, “Una mirada a la observancia de los derechos humanos de la infancia y adolescencia desde la cooperación internacional: la protección de los menores de edad en un mundo globalizado”, *Universidad de La Laguna, Humanismo y Trabajo Social*, 10, 2011, p. 165.

⁴⁷⁷ “Así, ante la existencia de un nuevo derecho –y para su aplicación– debe existir un nuevo juez. El perfil del juez, del nuevo juez, en este nuevo derecho [de la infancia y la adolescencia], presupone un operador calificado, con conocimiento sólido en los temas de Derecho Constitucional, en la medida en que lidia con los derechos fundamentales de la persona humana, debe transitar con naturalidad por el mundo jurídico, con dominio de las reglas fundantes de este sistema.

El juez de este nuevo derecho no actúa en una esfera parajudicial o meramente administrativa, sino que lo hace en pleno ejercicio de la jurisdicción, cumple el papel de juzgador de conflictos, esté en la órbita civil o en la penal. [...] Con esa misma intensidad debe respetar los derechos fundamentales atinentes a las garantías debidas a la convivencia familiar y comunitaria lo que supone, por ejemplo, un sólido conocimiento del derecho civil y procesal civil. Asimismo, debe estar capacitado para pronunciarse sobre conflictos que versen sobre derechos colectivos o difusos, donde prevalecen los intereses del niño; conflictos éstos afines a un segmento especializado del derecho.

Por consiguiente, el perfil de este juez para la aplicación de este nuevo derecho –donde el Poder Judicial es reubicado en su debido papel, impuesto por el sistema de tripartición de poderes– supone un profesional altamente calificado. [...]

Resta por decir que, a la par de esta formación profesional, este nuevo juez debe estar comprometido con la transformación social y apto para asegurar, en el ejercicio de esta jurisdicción, las garantías propias de la ciudadanía a cualquiera de sus justiciables, independientemente de su condición

sino una mera parte informante sin pronunciamiento sobre su opción preferida. El proceso debería iniciarse de forma automática, cuando hubiese una propuesta de medida de protección que supusiese la separación familiar. Los motivos de desamparo susceptibles de delito penal deberían ser dirimidos en ese juzgado con la rapidez suficiente para impedir la prolongada separación del niño de su núcleo familiar que se mantendría en un “desamparo preventivo” con un tiempo máximo de duración, tras el cual debería revocarse si no se han conseguido pruebas suficientes. El recurso debería resolverse con las pruebas que aportase la Entidad Pública que actuaría a modo de órgano policial, sin perjuicio de que la propia policía interviniese también con sus funciones propias. La responsabilidad de la Administración Pública también debería ser objeto de revisión judicial en el mismo juzgado, imponiendo un límite coactivo a la actuación administrativa. De este modo, el citado juzgado sería un órgano multidisciplinar que habría de estar coronado con el mayor de los prestigios.

El volumen de tutelas anuales justificaría la existencia del citado juzgado especializado si todos los expedientes de protección fuesen objeto de revisión judicial. Además, el juzgado debería estar dotado de *vis attractiva* con el fin de analizar los casos con una visión global, evitando resoluciones contradictorias dictadas por distintos juzgados o litispendencias que obren en perjuicio del ISN.

económica o social. Se extingue, así, la vieja figura del juez de menores como mero instrumento de control de la pobreza, con sus decisiones carentes de fundamentos y procedimientos regidos por la inobservancia de las garantías constitucionales y procesales.

En fin, intentar dibujar el perfil de este juez, nos hace hablar de un magistrado calificado y comprometido, capaz de hacer eficaces las normas del sistema en su cotidiana tarea jurisdiccional e incorporar la normativa internacional que debe conocer tan bien como las normas del orden nacional. Este profesional no podrá, en ningún momento, dejar de indignarse con la injusticia ni dejar de emocionarse con el dolor de los justiciables, sin perder por ello su posición de juzgador. Aquellos que se endurecieron en su acción, que ya no se emocionan, no sirven más para lo que hacen.

Si existe un nuevo derecho debe existir un nuevo juez. De hecho, de no existir un nuevo juez capaz de operar este nuevo derecho, el nuevo derecho no existirá; pues es el juez quien debe dar eficacia a sus normas.” (COSTA, *op. cit.*, pp. 238, 239).

CAPÍTULO III. LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CASOS DE PROTECCIÓN

El interés superior del niño en tanto que concepto jurídico indeterminado es, en última instancia, dirimido por los tribunales de justicia. La jurisprudencia de los altos tribunales es abundante en asuntos de guarda, custodia y alimentos en casos de rupturas de pareja, en que existe una consolidada doctrina, en especial respecto de la custodia de los hijos y el derecho de relaciones⁴⁷⁹, la pensión alimenticia⁴⁸⁰, etc. Los asuntos de filiación también han sido ampliamente estudiados por los altos tribunales generando una importante doctrina, en lo que se refiere al descubrimiento de la “verdad biológica”⁴⁸¹, el reconocimiento de complacencia de la paternidad⁴⁸² y la maternidad “no biológica” resultante de técnicas de reproducción asistida⁴⁸³. En la citada doctrina, el ISN se trata con absoluta prevalencia, determinación, concreción y respeto. Al niño se le reconoce derecho de relación con todas las personas de su esfera afectiva, en que se aprecia una tendencia al reconocimiento de aquellas relaciones en las que existe una parentalidad social adecuada con independencia de la coincidencia con la parentalidad biológica⁴⁸⁴, en concordancia con la evolución de la sociedad hacia la aceptación y valoración de este tipo de relaciones. La jurisprudencia sobre este tipo de litigios tiene la particularidad de que las partes procesales son personas físicas con algún tipo de relación familiar, por consanguinidad o afinidad, con el niño implicado. En contraste con dicha jurisprudencia se encuentra aquella en que una de las partes es la Entidad Pública de protección, siendo

⁴⁷⁹ Vid. GETE-ALONSO, *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, Editorial Aranzadi, 2015 y JIMÉNEZ, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Editorial Marcial Pons, 2008.

⁴⁸⁰ Vid. LÁZARO PALAU, *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*. Editorial Aranzadi, 2008.

⁴⁸¹ Vid. GONZÁLES, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Editorial Dykinson, 2013.

⁴⁸² Vid. QUICIOS, “Sentencia de 4 de julio de 2011: Impugnación por el propio reconocedor de la filiación paterna no matrimonial determinada por medio de un reconocimiento de complacencia”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 90, 2012, pp. 427-452.

⁴⁸³ Vid. GONZÁLES, *op. cit.*

⁴⁸⁴ Vid. RODRÍGUEZ LLAMAS, “La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la STS núm. 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013, 7824)”, *Revista boliviana de derecho*, N° 19, 2015, pp. 562-575.

la otra parte algún familiar del niño, normalmente los padres. Ante estas dos distintas situaciones del niño, es necesario analizar si los criterios generales sobre el ISN se aplican a ambas y, en su caso, qué criterios específicos se utilizan para los niños sujetos a medidas de protección institucional atendiendo a sus particulares circunstancias. En atención a los resultados obtenidos, resulta pertinente destacar si es necesario algún ajuste para lograr un total respeto por el ISN en cualquier caso que se presente ante un órgano judicial.

1. CRITERIOS GENERALES

Cuando un niño convive en situación de armonía familiar junto a sus padres y hermanos, se relaciona con sus familiares en un ambiente de cordialidad, tiene acceso a la educación y a la sanidad, satisface de forma aceptable sus necesidades materiales y afectivas y mantiene un desarrollo de su personalidad acorde con su edad, es fácil admitir que sus derechos son respetados y, por tanto, su interés superior. Afortunadamente, la mayoría de los niños que viven en España, sean españoles o extranjeros, de cualquier cultura y condición, cumplen esos requisitos de normalidad socio-familiar por los que se reconoce un respeto a su interés superior, sin que exista motivo de controversia. Por ello, el estudio del interés superior de este tipo de niños no suele alcanzar el ámbito judicial, pese a que su vida pueda no estar exenta de las aflicciones y desazones inherentes a toda existencia humana. En el primer capítulo se realizó una revisión de distintas situaciones en que el ISN alcanza el ámbito judicial, en que, con carácter general, se ha establecido que la determinación de cual sea el ISN en cada caso corresponde a los órganos judiciales de primera y segunda instancia, destacando el Tribunal Supremo⁴⁸⁵ en qué caso el citado tribunal debe apreciar el estudio del ISN:

el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés [superior del niño], porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el

⁴⁸⁵ Vid. TS 614/2009 de 28 de septiembre.

interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren "esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa" (STS 17 julio 1995).

De lo anterior se deduce que existiendo excepciones a la aceptación de la facultad discrecional del juzgador, el Tribunal Supremo debe, en todo caso, examinar si existen graves circunstancias que aconsejen el examen del ISN, pues, si no realiza ese mínimo estudio no puede garantizar que dicho interés se haya respetado. Es importante, además, que el justiciable conozca las cuestiones analizadas. En similar sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional⁴⁸⁶:

Ahora bien, la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamental en los términos indicados.

Esta doctrina constitucional se ha mantenido en el tiempo pues es la que se observa en la sentencia TC 16/2016 de 1 de febrero en que el hecho de que la sentencia recurrida en amparo carezca de motivación en el interés superior de la niña del caso, anula la citada sentencia de instancia. Por los motivos expuestos, los altos tribunales han tenido en cuenta una serie de consideraciones especiales a la hora del examen y la ponderación del ISN.

1.1. La consideración del orden público

El hecho de que el ISN se considere cuestión de orden público implica que los tribunales deben atender especialmente a la delimitación y concreción de ese concepto, según se apreció en el primer capítulo. No hacerlo supone, en sí, la vulneración del propio ISN, y

⁴⁸⁶ Vid. Auto TC 28/2001 de 1 de febrero.

de diversos preceptos constitucionales, entre los que cabe citar los artículos 10 y 14 CE. La incidencia en el orden público es especialmente relevante en la aplicación de medidas de protección que ofrecen soluciones tan drásticas como la adopción⁴⁸⁷ y las declaraciones de paternidad⁴⁸⁸ en las que, eventualmente, puede quedar modificada la filiación del niño⁴⁸⁹.

En las resoluciones de los altos tribunales en que se aprecia una respuesta acorde con el orden público en relación al ISN, se debaten cuestiones sobre las visitas paternofiliales⁴⁹⁰, guarda y custodia de los hijos en caso de separación o divorcio⁴⁹¹, reconocimiento de paternidad⁴⁹² y la necesidad de asentimiento a la adopción de los hijos por parte de los padres biológicos⁴⁹³. Estas sentencias ofrecen un profundo contraste con el resultado de la sentencia TS 728/2001 de 9 de julio en que no se hace mención alguna al orden público, citándose que los intereses de la niña del caso son “los prevalentes, de acuerdo con las disposiciones nacionales e internacionales”, sin otra mención sobre dicho interés a lo largo de la sentencia⁴⁹⁴. Sobre dicho asunto el Tribunal Supremo se había

⁴⁸⁷ *Vid.* sentencia TC 58/2008 de 28 de abril.

⁴⁸⁸ *Vid.* sentencias TC 7/1994 de 17 de enero y TC 118/2006 de 24 de abril.

⁴⁸⁹ No se entrará en la polémica desatada a raíz de la sentencia TS 835/2013 de 6 de febrero de 2014 que considera que la inscripción en el registro español de niños nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada viola el “orden público internacional”. Al respecto del interés de los niños expresa la citada sentencia (en el apartado 8 del FJ 5) que “es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores. Pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico.”

⁴⁹⁰ *Vid.* sentencias TC 141/2000 de 29 de mayo, TS 614/2009 de 28 de septiembre, TS 54/2011 de 11 de febrero y TS 258/2011 de 25 de abril.

⁴⁹¹ *Vid.* sentencias TS 323/2012 de 25 de mayo y TS 823/2012 de 31 de enero de 2013.

⁴⁹² *Vid.* sentencias TC 7/1994 de 17 de enero y TC 118/2006 de 24 de abril.

⁴⁹³ *Vid.* sentencia TC 58/2008 de 28 de abril.

⁴⁹⁴ “Para abordar la cuestión, es necesario retomar el desarrollo fáctico desde el principio. El 4 de noviembre de 1991 una mujer dio a luz una niña en Linares (Jaén); con anterioridad, el 24 de septiembre de dicho año había firmado un documento en el cual [...] renuncia anticipadamente a los derechos sobre el mismo a favor de la entidad pública tuteladora de los menores [...]. Posteriormente, la citada entidad pública asumió la tutela de la niña y la entregó en acogimiento a una familia que, tras la tramitación del oportuno expediente, adoptó a la menor. Varios años después, la madre biológica reclamó la filiación de la niña e impugnó la adopción, solicitando la reinsertación consiguiente, lo que fue concedido en primera instancia. El Ministerio Fiscal y la Consejería apelaron ante la Audiencia Provincial de Jaén, que estimó el recurso y consideró legal la adopción constituida. Recurrida la sentencia ante el Tribunal Supremo, éste [...] declaró de modo terminante que «la renuncia anticipada --con un mes y medio de antelación-- a unos derechos-deberes expectantes pugna expresamente con lo dispuesto expresamente con lo dispuesto en el art. 177.2 del CC, respecto de los consentimientos exigibles para la eficacia de la adopción, que claramente determina que “el

pronunciado con carácter previo⁴⁹⁵ declarando la maternidad de la recurrente respecto de una niña llamada Estela que había sido adoptada desde el nacimiento, considerando la posibilidad de anular la adopción por vicio en el consentimiento prestado por la madre, al haber sido éste efectuado con anterioridad al parto y, por tanto, en contra de un precepto legal que lo prohibía. A pesar de dicho pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, la AP de Jaén, de la cual procedía la sentencia del alto tribunal, consideró que el interés de la niña exigía su permanencia con la familia adoptante con la que había convivido toda la vida, lo cual plasmó en su nueva sentencia de la sección 1ª de la AP de Jaén, 226/2000 de 8 de mayo⁴⁹⁶. En base a ello no consideró adecuado anular la adopción. Ante esto cabe decir que el interés de la niña se contempló de forma muy restringida, es decir, se tuvo en cuenta el daño psicológico que podría causarle el cambio a su propia familia, junto a su madre, lo cual cabe estimar correcto; sin embargo, no se ponderaron ni se corrigieron otros derechos fundamentales. En concreto, se negó a la niña su correcta identificación registral como hija de su madre pues, con el pronunciamiento de la Audiencia, seguían constando los adoptantes como “padres”. Con ello, se le negó, además, el derecho al reconocimiento de su familia legítima⁴⁹⁷. Ello provocó un nuevo pronunciamiento del

consentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto" [...] el asentimiento que la madre prestó [...] resulta radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del art. 177.2 del CC. Las razones de esta cautela legal se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño [...].

Por tanto, al ser nula la renuncia anticipada de la madre a la patria potestad, la adopción constituida posteriormente también lo es porque se llevó a cabo sin el asentimiento de la madre, por lo que parece que la niña debería, *a priori*, vivir con su progenitora. (CORRAL GARCÍA, *op. cit.*, pp. 161, 162).

⁴⁹⁵ Vid. sentencia TS de 21 de septiembre de 1999 (rec. 2854/1994).

⁴⁹⁶ “nos encontramos con otra dificultad añadida [a la posible nulidad de la adopción] que hace aún más difícil la viabilidad de tal pronunciamiento, cual es, que el principio rector de esta clase de procesos, lo constituye la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas de las partes puedan oscurecer o perjudicar la actual situación humana y afectiva de la menor, pues frente al lógico y probado deseo de la madre biológica de recuperar a su hija, nos encontramos no ya con la también lógica y normal oposición que los padres adoptivos pudieran formular frente a tal pretensión, sino además con la misericorde situación humana y afectiva de la menor que lleva ya un dilatado período de tiempo en adopción (más de 8 años entre acogimiento y adopción), estando totalmente integrada con su familia adoptiva, y con la que se lleva muy bien --no solo con su familia nuclear (padres y hermana) sino también con su familia extensa (abuelos y primos)- como manifestó la propia menor en la exploración que a tal efecto le hizo la Sala, todo lo cual hace que al menos, por ahora, no se aconsejable arrancar a la menor de su familia adoptiva por poder resultar tal decisión pernicioso para ella y afectar negativamente un cambio tan radical al desarrollo psicológico de la misma, cuyos intereses, como hemos dicho antes, deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego (art. 2 de la L.O. 1/1996, de 15 Ene., de Protección Jurídica del Menor y Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 Nov. 1989, ratificada por España el 30 Nov. 1990).” (Vid. Sentencia de la AP de Jaén, sección 1ª, 226/2000 de 8 de mayo).

⁴⁹⁷ “Desde otra perspectiva diferente, existe un *derecho del propio sujeto* a tener una perfecta identificación o, al menos, a que se pongan todos los medios necesarios según el estado actual de la ciencia y la

Tribunal Supremo en su sentencia TS 728/2001 de 9 de julio, ya citada. Al respecto de esta sentencia y la cuestión de orden público se observa la completa falta de alusión al interés superior de la niña con lo que se eludió la obligación del tribunal de dictar resolución conforme a dicho precepto. Además, se hizo prevalecer el interés de los que llama “padres adoptivos” en ser parte de un hipotético procedimiento de nulidad frente al interés de la niña, sin realizar análisis alguno de la vulneración de los derechos fundamentales de ésta que deberían resultar protegidos sobre los del resto de los implicados, en un asunto en el que el tribunal tenía todos los elementos fácticos para resolver sobre ellos⁴⁹⁸. Además, hizo recaer sobre la madre recurrente la responsabilidad de solicitar la nulidad de la adopción, por lo que su mera falta de voluntad o, incluso, su hastío (razonable por el “calvario” que ya había recorrido, como bien reconoce la propia sentencia del Tribunal Supremo), pudieron incidir sobre los intereses de su hija, sin que el tribunal tomase una postura activa en su defensa, pese a la obligación que le impone la normativa. Por tanto, según la sentencia, la defensa del interés superior de la niña requería, en este caso, de la perseverancia de su madre a quién aun se le exigía el esfuerzo de interponer un nuevo recurso de nulidad. Además, la alteración del orden público es patente desde el momento en que se mantiene la falsa identidad de la niña, es decir, una identidad que no le correspondía conforme a la legalidad y la realidad de los hechos dilucidados⁴⁹⁹.

técnica para que no exista posibilidad alguna de error. De lo contrario --además de incurrir en grave negligencia-- se impediría el libre desarrollo de la personalidad y se vulneraría en todo caso el «superior interés» del menor (neonato). ¿Se puede negar a una persona el acceso al conocimiento de su auténtica y verdadera identidad? Es el denominado «*principio de veracidad biológica*» acogido expresamente en los países anglosajones, y en la Constitución de Suiza. [...]. El caso es que hasta hace bien poco la máxima pauliana *mater semper certa est* era un valor seguro, partiéndose de la base de que la determinación de la maternidad es simple y no hay problemas en torno a ella. Lo cual no siempre es cierto, como se ha encargado de demostrarlo --día tras día-- la dura realidad, con los numerosos supuestos de confusión de bebés.” (FELIU, *op. cit.*, p. 2).

⁴⁹⁸ “Ahora bien, si hablamos del art. 240 de la LOPJ, no podemos olvidarnos de su segundo párrafo, que establece que «el Juez o Tribunal podrá, de oficio, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular». En nuestra opinión, éste es el precepto clave de todo el caso: la Audiencia Provincial, una vez que recibió los Autos tras la sentencia del Tribunal Supremo que determinó la filiación materna de la menor, debería haber declarado de oficio la nulidad de la adopción constituida. Todo ello, sin vulnerar los derechos de los padres adoptivos de la niña --es decir, sin provocar la indefensión que tan preocupado tiene a nuestro Tribunal Supremo-- ya que el propio 240.2 de la LOPJ, como vemos, prevé dar audiencia tanto a la madre natural como demandante y al Fiscal y a los padres adoptivos como demandados.” (CORRAL GARCÍA, *op. cit.*, p. 165). Esta es una opción para declarar la nulidad de la adopción de oficio, pero, a mi juicio, la simple invocación del concepto del interés superior del niño también lo permitía.

⁴⁹⁹ “No cabe duda de que a este resultado, tan desolador para la actora, ha contribuido el empecinamiento tanto de los representantes de los órganos administrativos como de la representación del Ministerio Fiscal, encargada del caso en la instancia, y especialmente, en el procedimiento de adopción, movidos ambos por un celo desorientado y apoyados en una interpretación poco acorde con la Constitución de

En definitiva, el interés de la niña, a la que se había alterado su futuro, clara y reconocidamente, de forma ilegal, por la acción llevada a cabo por la Administración, con el consentimiento de la Fiscalía, se mantuvo vulnerado, al no proponerse ninguna reparación sobre lo actuado. Con ello, era el poder judicial el que contribuía a la vulneración del interés superior de Estela, no solo por lo que se desprende del relato de los hechos sino, especialmente, por haberlo ignorado por completo. Sorprende en la sentencia comentada, las afirmaciones sobre el juez responsable de la adopción:

aun con las reticencias del propio Juez del expediente [de adopción], siempre urgido a concluir y sometido al recurso de sus decisiones, algunas tan acertadas como la relativa a la audiencia de la madre biológica, que luego no llevó a efecto. Así lo reconoce la sentencia recurrida, en su ejemplar fundamento sobre «costas» al referirse al auténtico «calvario» que este proceso ha supuesto para la actora, debido, en su mayor medida, a la actuación negligente de los órganos administrativos de dicha institución, que, primeramente, recogieron, en forma anticipada y extemporánea (antes del parto, en vez de hacerlo una vez transcurridos 30 días desde el parto como dispone el art. 177.2.º del CC), el asentimiento de la actora a la hora de renunciar a darle su filiación a la niña que iba a dar a luz, y, posteriormente, ya dentro del proceso adoptaron una actitud obstruccionista incompatible con el art. 39.2 de la CE.

En el texto anterior parece que el Tribunal Supremo libera de toda responsabilidad al juez que acordó la adopción, achacando a la Administración todo el peso de lo ocurrido. Si es así, cabe preguntarse qué garantía jurídica ofrece que una adopción deba establecerse mediante auto judicial. Quizás este hecho inauguraba una etapa en que los juzgados se limitaban a ratificar las decisiones administrativas en materia de protección infantil sin comprobación alguna de legalidad.

Todo ello tuvo además otros dos importantes efectos colaterales. El primero es que, recién estrenada la normativa sobre el ISN, se daba luz verde a la permanencia y

normas reglamentarias sobre «registro civil» (afortunadamente ya corregidas por disposiciones reglamentarias nuevas), para conseguir a toda costa la adopción” (Vid. FJ 2 de la sentencia TS 728/2001 de 9 de julio)

consentimiento de los actos administrativos ilegales en materia de protección infantil con expresa connivencia del Ministerio Fiscal y el Poder Judicial en su más alta esfera. El segundo deriva del hecho de que la sentencia citada presumiese que los padres adoptantes iban a ser contrarios a la nulidad de la adopción cuando, sin lugar a dudas, habrían de comprender y acatar las ilegalidades cometidas⁵⁰⁰ y, por supuesto, también la niña habría de hacerlo una vez alcanzada la vida adulta. Por ello, cabe preguntarse si era razonable suponer esa reacción por parte de los adoptantes, si a éstos les era indiferente el sufrimiento que pudiese causar la decisión a la niña implicada y a terceras personas⁵⁰¹. En definitiva, cabe preguntarse si la adopción, y otras medidas de protección, se posicionaban en España en un ámbito carente de ética que iba a obligar a los adoptados adultos, y otros niños separados de sus familias, a pedir justicia por la vulneración de su interés superior durante su infancia⁵⁰². Existe una diferencia esencial en lo que respecta al ISN, entre las sentencias TC 58/2008 de 28 de abril y TS 728/2001 de 9 de julio en que, en ambas, está implicada la adopción de un niño. La primera de ellas exige una respuesta judicial sobre el motivo por el cual la madre está exenta de asentir a la adopción de su hijo, mientras que la segunda reconoce que el “no asentimiento” de la madre debió impedir la adopción de su hija. Así, en el primer caso, el niño conocerá los motivos de la legalidad de su adopción, mientras que Estela ha de saber que su adopción fue ilegal, lo cual ofrece un escenario totalmente distinto.

1.2. La flexibilización de presupuestos procesales

Tanto la ley como la jurisprudencia han determinado que en asuntos en los que se encuentran implicadas personas menores de edad, algunas cuestiones procesales que

⁵⁰⁰ “Interesantes son las reflexiones que tomamos prestadas de la profesora Marre (2010) cuando señala ¿hasta qué punto podemos aplicar «el mejor interés del menor» desde una perspectiva ética y moral?, ¿son siempre capaces los adultos de anteponer el «superior interés del menor» al propio?” (GALLEGO MOLINERO, *op. cit.*, p. 205).

⁵⁰¹ “Cualquier entidad que reconoce haber cometido errores, muestra su disposición a subsanarlos y lo hace abiertamente, genera confianza.

La confianza, [...] abarata costes en dinero, en energías y en sufrimiento. Jugando a la transparencia y la confianza nos hubiéramos ahorrado mucho dolor.

[...] la confianza es el primer «recurso moral» de una sociedad...” (CORTINA, *op. cit.*, p. 23).

⁵⁰² *Vid.* “los años robados de Xavi”, <http://www.verkami.com/projects/5181-los-anos-robados-de-xavi-des-proteccion-a-menores> y http://www.telecinco.es/tvmovies/especiales/ninos-robados/la_noche_de_los_ninos_robados-testimonios_2_1686330049.html [consultada el 10 de octubre de 2016].

rigen el proceso civil se excluyen de aplicación. El objetivo de ello es dotar al proceso de la máxima flexibilidad para no obstaculizar la determinación y el estudio del ISN. Así ocurre con el principio de perpetuación de la acción (*perpetuatio actionis*)⁵⁰³, el dispositivo y el de preclusión⁵⁰⁴, íntimamente relacionados entre sí. Lo mismo puede decirse del proceso de admisión de recursos ante los altos tribunales.

1.2.1. Los principios procesales en materia de prueba

El segundo párrafo del segundo apartado de la exposición de motivos de la LOPJM expresa que en el ámbito de la materia a la que alude, se permite un amplio margen de actuación a los jueces: *Respecto a las medidas que los Jueces pueden adoptar para evitar situaciones perjudiciales para los hijos, que contempla actualmente el Código Civil en el artículo 158, se amplían a todos los menores, y a situaciones que exceden del ámbito de las relaciones paterno-filiales, haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda, y se establece la posibilidad de que el Juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal.* La jurisprudencia ha recogido

⁵⁰³ “El artículo 413 LEC, como una manifestación de este principio [de preclusión], consagra el principio de perpetuación de la acción disponiendo que «[n]o se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvención». Este principio tiene como finalidad institucional el mantenimiento de la seguridad jurídica como garantía de la contradicción e igualdad de oportunidades de defensa y admite excepciones, como la posibilidad de formular alegaciones complementarias para la integración del objeto del proceso (artículo 412 LEC), y la posibilidad de tomar en consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio cuando lo imponen razones de interés público o general relacionadas con el objeto del proceso que determinan que éste se rija por los principios de oficialidad y verdad material o que deba atenderse de manera prevalente a fines institucionales superiores a los de la seguridad jurídica y garantía de contradicción que presiden su desarrollo.

Esto último sucede en el tipo de proceso que estamos examinando, en el que el CC ordena que «se buscará siempre el interés del menor» (artículo 172.4 CC). Este precepto, como expone el Ministerio Fiscal, atribuye al interés del menor desamparado un carácter prevalente en la adopción y revisión jurisdiccional de las medidas de control en consonancia con los tratados internacionales ratificados por España y presta suficiente apoyo legal, a juicio de esta Sala, a la exclusión del principio *perpetuatio actionis* [perpetuación de la acción] que rige en el proceso civil.” (*Vid.* sentencia TS 565/2009 de 31 de julio).

⁵⁰⁴ “La jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, de los padres biológicos y de los restantes afectados, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos; ha declarado que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino que se amplían *ex lege* [por ley] las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés del menor (STC 58/2008, de 28 de abril, FJ 2); y ha consagrado la legitimidad constitucional de la que llama «la exclusión de la preclusividad» (SSTC 75/2005, de 4 de abril, 58/2008, de 28 de abril), es decir, de la exclusión de los efectos del principio de preclusión, según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella.” (*Vid.* FJ 5 de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio).

ampliamente la interpretación de esta normativa, de tal manera que existen resoluciones judiciales en que la implicación judicial ha evitado el desamparo de algunos niños, pues el artículo 158.6 CC (anteriormente artículo 158.4 CC), dada su flexibilidad de aplicación, permite que el juez asuma la responsabilidad de la decisión dejando la tutela de la Administración como una medida aplicada en último lugar y de auténtico carácter residual. En este sentido y respecto al principio de justicia rogada, el Tribunal Supremo ha declarado repetidas veces, al menos en las resoluciones de la última década, que las cuestiones relativas al interés de los niños no se rigen por este principio⁵⁰⁵. El Tribunal Constitucional, aunque de un modo indirecto, se pronuncia en el mismo sentido que el Tribunal Supremo en su sentencia TC 71/2004 de 19 de abril, pues pese a que considera que los recurrentes, acogedores de una niña, no actúan en nombre y representación de la niña, sí resuelve sobre los derechos de ésta y su interés superior, en base a las pruebas obtenidas durante el proceso. Así pues, en materia de prueba es necesario analizar, por un lado, la decisión judicial en ausencia de pruebas y el efecto de las presunciones legales en referencia a la presunciones *iuris tantum* de los técnicos de la Entidad Pública, con el fin de discernir el valor que la jurisprudencia otorga a unas y otras.

a) *La ausencia de prueba*

El hecho de que las resoluciones que afectan a personas menores de edad no estén sujetas al principio dispositivo de justicia rogada significa que el juez tiene a su disposición una absoluta libertad de medios probatorios, ya que los intereses del niño se han de imponer a los demás derechos dirimidos en el proceso, y muchísimo más, a las posibles formalidades procesales de presentación de prueba o de alegación ante el Tribunal. Por ello, existe la posibilidad de alegar e introducir pruebas a lo largo del procedimiento, además de que el Tribunal puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes para la averiguación de los hechos que considere relevantes. Si bien estos argumentos se desprenden directamente de los artículos 748 y 752 LEC, es la jurisprudencia la que ha vinculado dichos preceptos al ISN, ya que ésta se centra en justificar que el juez se haya apartado del principio de justicia rogada al no regir este principio en un tipo de procedimiento en el que está implicado algún niño.

⁵⁰⁵ Vid. sentencias TS 54/2011 de 11 de febrero, TS 258/2011 de 25 de abril, TS 721/2011 de 26 de octubre, TS 759/2011 de 2 de noviembre, entre otras. También la sentencia del TSJ de Cataluña 27/2012 se pronuncia en el mismo sentido.

Hay que considerar que el artículo 752 LEC no impone al juez la obligación de solicitar pruebas, ahora bien existe otra normativa que sí le impone la obligación de motivar su fallo en el ISN, además de que esta motivación supone materia de contenido constitucional en defensa de la tutela judicial efectiva⁵⁰⁶. Así, la sentencia TC 71/2004 de 19 de abril rechaza el fundamento de la sentencia precedente en la que no se ha solicitado una prueba esencial para determinar el interés superior de la niña del caso, es decir, su audiencia, lo cual incurre en falta de motivación. En sentido contrario resuelve la sentencia TC 75/2005 de 4 de abril⁵⁰⁷, poniendo de manifiesto y justificando razonadamente que la ausencia de prueba que se reclama en un procedimiento de acogimiento preadoptivo, no perjudica el interés superior del niño del caso.

La falta de motivación en el ISN es también el argumento de las sentencias TS 496/2011 de 7 de julio⁵⁰⁸ y TS 323/2012 de 25 de mayo⁵⁰⁹, en que en ambas se establece

⁵⁰⁶ Vid. sentencia TC 16/2016 de 1 de febrero.

⁵⁰⁷ “Una de las resoluciones que impugna el recurrente en su demanda de amparo es el Auto de 14 de enero de 2002 por el que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia denegó la práctica de la prueba en segunda instancia que había solicitado aquél. Esta resolución no fue recurrida por el demandante de amparo, como indican los comparecientes, siendo así que dicho Auto era susceptible de recurso de reposición por aplicación de lo dispuesto por el art. 451 LEC.

[...] durante la tramitación del expediente administrativo y judicial sobre el desamparo y acogimiento del menor el demandante dispuso en todo momento, y sin merma de las garantías procesales, de la posibilidad de alegar cuantos hechos, motivos y razones estimase pertinentes para la defensa de su pretensión, así como de aportación de cuantos documentos, informes y declaraciones pudiesen contradecir la situación de desamparo del menor apreciada por la Administración y las resoluciones de acogimiento pronunciadas por la Administración actuante y el Juzgado. De hecho así lo hizo el recurrente asistido de Letrado, cuando lo estimó oportuno, mediante la interposición del correspondiente recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Murcia contra el Auto del Juez que acordó el acogimiento preadoptivo del menor. Pero además cabe añadir, en relación con esta invocación genérica de indefensión, que, para que pueda entrarse a valorar la aducida lesión constitucional del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, es necesario que el medio probatorio pretendido hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del asunto; valoración que no corresponde realizar de oficio a este Tribunal, sino que corresponde al recurrente la carga de alegar y fundamentar que la prueba no practicada era decisiva en términos de defensa.” (Vid. sentencia TC 75/2005 de 4 de abril).

⁵⁰⁸ “Esta motivación [“la figura de la custodia compartida es de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional”] no es suficiente para justificar la negativa a la revocación de la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia de primera instancia y ello por las siguientes razones: a) porque no se expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a revocar la adopción de esta medida para los dos hijos pequeños de la pareja. Solo se refiere a las relativas a su edad, que, por otra parte, ha impedido el examen de los niños; b) porque el domicilio de los progenitores es conocido y, además, está próximo; c) porque la propia sentencia reconoce que la guarda y custodia compartida proporciona “un alto nivel de satisfacción de la menor cuando está con cada uno de sus progenitores, sintiéndose feliz en cada uno de los contextos familiares” y aunque no constan pruebas directas en relación a los otros hermanos, dado que los informes se efectuaron sin haber examinado a dichos menores, no es comprensible que la guarda y custodia compartida fuera conveniente únicamente para uno de los hijos y no para los demás. De aquí que el argumento acerca de la conveniencia de no separar a los hermanos resulta absolutamente reversible, ya que parte de una base inexistente, la de la diferente conveniencia de la medida para cada uno de los niños, que no se conoce al no haberse efectuado un examen de los

la guarda y custodia compartida. La primera de ellas casa y anula la sentencia recurrida al estar fundamentada en la ausencia de informe sobre dos de los tres hijos de la pareja a los que no se había examinado por su corta edad, mientras que el informe de la hija mayor se muestra favorable a la guarda y custodia compartida. La segunda de las sentencias anula las dos sentencias precedentes que denegaron la guarda y custodia compartida al amparo de la ausencia de informe del Ministerio Fiscal, que a la vista de los hechos, ninguno de los jueces exigió como prueba relevante. De ello se deduce que ninguna resolución judicial sobre el ISN puede estar fundamentada en la ausencia de pruebas, pues es precisamente una exigencia del proceso que el juzgador o tribunal solicite todas aquellas pruebas conducentes a la averiguación de los hechos que considere relevantes para la resolución del caso, por lo que si no dispone de las pruebas necesarias será bajo su propia responsabilidad.

Los anteriores pronunciamientos contrastan con el del Auto de inadmisión TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012) en relación al caso de unos hermanos gemelos en acogimiento familiar temporal en que los acogedores impugnaron el cese del acogimiento y el internamiento en un centro institucional cuya inadmisión estuvo fundamentada en la ausencia de pruebas, al reconocer que “no ha quedado acreditado que el paso de los menores al establecimiento de acogida y con la familia de adopción sea perjudicial para los menores”. Distinto hubiese sido que la resolución judicial hubiese contenido la afirmación contraria, tal como que “ha quedado acreditado que el paso de los niños al establecimiento de acogida no fue perjudicial para los niños”, pues implicaría la demostración de la ausencia de perjuicio.

mismos en el momento de dictarse la segunda sentencia.” (Vid. FJ 4 de la sentencia TS 496/2011 de 7 de julio).

⁵⁰⁹ “La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por el padre y ello por las siguientes razones: (a) se invoca a los simples efectos introductorios, el criterio del interés del menor, que se identifica en los textos que se citan y que según la sentencia recurrida constituyen “cita obligada”, pero no se aplica ningún criterio integrador del interés para acordar el sistema de guarda a los niños, ni se explicita por qué razón se considera que dicho interés está bien protegido con el sistema de guarda exclusiva; (b) porque no expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a negar la adopción de esta medida para los dos hijos de la pareja; (c) al tratarse de una guarda y custodia pedida únicamente por uno de los progenitores, la Audiencia Provincial razona correctamente sobre los requisitos que deben cumplirse de acuerdo con el art. 92.8 CC, pero no valora los informes psicosociales que habían ya aconsejado la guarda y custodia compartida, y se apoya solo en un informe negativo del Fiscal, que se opone a la estimación del recurso y pide la confirmación de la sentencia recurrida “por ser correcta y ajustada a Derecho por sus propios fundamentos”, en un informe puramente formal, en el que no se razona ni se dice nada sobre la medida discutida. (Vid. FJ 2 de la sentencia TS 323/2012 de 25 de mayo).

Ante la ausencia de acreditación que se alega como causa de inadmisión cabe preguntarse si el dato fue solicitado por el juez y no pudo ser acreditado por los acogedores o no hubo interés en recabarlo pese a que, en fase de casación, fue de crucial relevancia. Acudiendo al amplio expediente judicial sobre el caso se aprecia que existe un informe elaborado en los primeros días de internamiento de los niños que señala claros síntomas de ausencia de bienestar de los dos niños⁵¹⁰ que, posteriormente, el informe de un psiquiatra infantil acreditó como síntomas compatibles con el estrés postraumático causado por el internamiento⁵¹¹ acorde, además, con la declaración del psicólogo del servicio de protección que admitió el “duelo” sufrido por los niños tras la separación de la familia de acogida⁵¹² que también se ignora.

En relación al material probatorio que pueden aportar las partes en un asunto en el que está implicado el ISN, hay que tener en cuenta que en los casos de protección infantil que llegan al ámbito judicial, el niño suele encontrarse alejado del entorno familiar por lo que a los familiares les es sumamente difícil recabar pruebas para contradecir las declaraciones técnicas en referencia al niño al no tener ningún contacto con él fuera del control administrativo. Por otro lado, esta circunstancia es aprovechada por la Entidad Pública para producir todo tipo de pruebas a favor de la desvinculación familiar, observadas con posterioridad a la resolución impugnada e, incluso, provocadas por efecto de la misma⁵¹³. Es por ello, que sería necesario actuar en un doble sentido. En primer lugar, convendría que los jueces permitiesen a los familiares de un niño separado de su familia la comunicación con él a los efectos de tener la oportunidad de obtener pruebas que, eventualmente, les pudiesen servir para la destrucción de la presunción *iuris tantum* de los técnicos. En segundo lugar, resultaría adecuado restringir la producción de informes de las Entidades Públicas, limitándolos a aquellos que pudieran sustentar la investigación sobre la convivencia del niño en su entorno familiar en el momento previo al desamparo, protegiendo así el interés del niño, al ser la parte más débil del proceso.

⁵¹⁰ Vid. informes elaborados por técnicos de la Entidad Pública en ANEXO, pp. A116-A139.

⁵¹¹ Vid. peritaje realizado a partir de información obrante en el expediente en ANEXO, pp. A140-A149.

⁵¹² Vid. juicio de oposición a resolución administrativa (autos 553/2010), seguida en el JPI nº 12 de Palma de Mallorca, de fecha 13 de diciembre de 2010, min. 2:12:18. Este testimonio tenía un valor probatorio privilegiado al provenir de un testigo de la Entidad Pública, cuyo “reconocimiento como cierto le era enteramente perjudicial”. (GIMENO, *Derecho Procesal Civil, I...*, op. cit., p. 463).

⁵¹³ La sentencia TS 537/2015 de 28 de septiembre muestra un caso en que la madre recurre la declaración de desamparo y acogimiento residencial de su hija y al tiempo de dictar sentencia el Tribunal Supremo la niña ya se encuentra en acogimiento familiar por lo que, en tanto se ha sustanciado el largo pleito judicial, la Entidad Pública ha ido modificando la situación de la niña y, así, alterando los criterios para delimitar su interés superior.

b) *Las presunciones implícitas y legales*

En la determinación del ISN es importante tener en cuenta las presunciones naturales obrantes en las relaciones familiares o análogas, tal como las de acogimiento familiar, que se encuentran presentes en los asuntos que afectan a personas menores de edad. Así, es un hecho incontrovertido que, en asuntos de guarda y custodia, se presume que el niño tiene necesidad de relación con su padre y con su madre, en atención a los vínculos afectivos y a los cuidados que recibe de ambos, cuestiones que también se presumen.

Respecto de las presunciones legales, es interesante destacar la sentencia TS 200/2012 de 26 de marzo sobre un asunto cuya materia no es de protección infantil:

Los vínculos afectivos, lejos de poderse poner en cuestión, resultan aun más acusados cuando de menores de edad se trata, por la importancia que para el desarrollo de su personalidad tienen los referentes paternos y familiares, y esos vínculos, en particular con los hermanos, resultan más estrechos cuando se trata de alguien que ha perdido a sus padres biológicos. No existen razones objetivas para considerar que tales vínculos, que la ley presume respecto de la víctima para los hermanos menores de edad, no se traben con la misma intensidad por quien vive en régimen de acogimiento en análoga relación de afectividad, lo que permite asimismo presumir su condición de sujeto pasivo de un daño moral ligado a la pérdida del ser querido.

De ello se extraen dos premisas importantes a considerar en asuntos de protección infantil, en que las presunciones deberían ser iguales a las de otros procesos. La primera es que los vínculos afectivos y el daño de sus pérdidas se presumen por ley respecto de padres, hermanos y otros familiares. La segunda es que los vínculos afectivos y el daño de sus pérdidas se presumen por analogía en una relación de convivencia en acogimiento respecto de las personas que conviven, adquiriendo la misma valoración jurídica que los vínculos biológicos.

Otras presunciones provienen de los estudios en materia psicosocial, tal como la necesidad de evitar el trauma de una separación familiar satisfactoria, procurar

estabilidad convivencial y respetar los vínculos afectivos, entre otras cuestiones que podrían citarse. Algunas de ellas han sido plasmadas en la LOPJM⁵¹⁴ con lo que han dejado de ser presunciones implícitas para convertirse en presunciones legales, aunque no queda expresado con la suficiente claridad.

A pesar de estas presunciones, existen varias sentencias fundamentadas en la falta de vínculos en las relaciones paterno-filiales cuando interviene una Entidad Pública⁵¹⁵, pese a que la existencia de vínculos es una presunción en asuntos de guarda y custodia. Especial mención requiere la sentencia TS 540/2015 de 15 de octubre que expresa que “queda acreditada la falta de cuidados, atención y cariño que padecía el menor y que no se ha desvirtuado por otros informes o pruebas de parte”. El hecho de que exprese que dichas afirmaciones no se han desvirtuado por parte de los padres, indica que provienen de una presunción *iuris tantum* de los técnicos de la Entidad Pública y que se esperaba prueba de contrario para destruir esta última presunción y, por tanto, se esperaba una prueba de la existencia de vínculos, con lo que no se entiende, en este caso, la existencia de la presunción natural. Es de destacar que la sentencia TS 170/2016 de 17 de marzo también alude a un niño que presenta *falta de cuidados, atención y cariño*, utilizando la misma expresión que la de la sentencia TS 540/2015 de 15 de octubre, antes citada. No es casualidad, ya que ambas sentencias provienen de la AP de Jaén y, por tanto, de una misma Entidad Pública, la cual utiliza argumentos estereotipados para muchos de los niños bajo su tutela⁵¹⁶.

En el caso del auto de inadmisión TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012), antes citado, el expediente judicial muestra que la existencia de vínculos afectivos está acreditada en este caso⁵¹⁷, por lo que lo que se niega es que la pérdida de éstos les produzca un perjuicio, en evidente contradicción con las evidencias científicas en materia

⁵¹⁴ Vid. artículo 2 LOPJM tras la reforma de la LOSPIA.

⁵¹⁵ Vid. sentencias del TS 540/2015 de 15 de octubre, TS 170/2016 de 17 de marzo, de la sección 1ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife 287/2013 de 2 de julio, de la sección 1ª de la AP de Valladolid 265/2008 de 11 de diciembre, de la sección 2ª de la AP de Castellón, 12/2011 de 10 de marzo, entre otras.

⁵¹⁶ Vid. además sentencias de la sección 3ª de la AP de Jaén, 289/2010 de 26 de noviembre, 181/2011 de 24 de junio y 244/2012 de 21 de septiembre.

⁵¹⁷ “Los hoy recurrentes [acogedores de los niños] han creado un vínculo afectivo con los menores Fabron y Aloisio que sin duda éstos también han debido crear en los términos propios de su edad” (auto del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 14 de junio de 2010 (rec. 553/2010), vínculo que posteriormente se reitera expresando que “La corta edad de los dos niños, si bien no implica desde luego, que no hayan creado en cierto modo un vínculo de apego con los acogedores, aunque a tenor de la prueba practicada en el acto de juicio sea de inferior entidad a la que éstos afirman” (sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 633/2010 de 21 de diciembre).

psicosocial y la propia jurisprudencia del TS que presume el daño de esas pérdidas en otros casos, según ya se ha argumentado previamente.

Por tanto, la presunción de existencia de relaciones afectivas sanas entre padres e hijos no se tiene en cuenta en los casos de protección infantil, y el daño de las pérdidas de las relaciones afectivas no se tiene en cuenta en las relaciones de acogimiento, con independencia de la entidad de estas relaciones. Todo ello es consecuencia de que la presunción *iuris tantum* de los técnicos de la Entidad Pública es tenida por superior a las presunciones implícitas o legales que, por lógica, deberían utilizarse como se hace en los casos en que no está implicada una Entidad Pública.

c) La valoración de la presunción iuris tantum de los técnicos de la Entidad Pública

Existe jurisprudencia menor contradictoria respecto a la valoración de la presunción *iuris tantum* de los funcionarios de las Entidades Públicas. La sentencia de la sección 1ª de la AP de Tarragona 240/2013, de 4 de julio en la que es apelante la Entidad Pública al haberse revocado el desamparo de unos hermanos en primera instancia, pone límites a la citada presunción con una detallada exposición de razones:

que no consta un seguimiento constante de la evolución familiar ni corroboración de la mayoría de las afirmaciones obrantes en los informes; que los informes de EAIA adolecen de deficiencias; que la actuación obstativa de la madre por sí sola no puede justificar la medida [de desamparo]; que se refieren episodios violentos o perjudiciales sin fecha, se alude a personas, vecinos, entorno escolar sin identificación de las fuentes; se dice que los servicios acudieron sin concretar fechas; no acudieron los testigos, etc, etc.

[...]

Frente a las referidas deficiencias probatorias no cabe estimar la apelación en base a pretendidos privilegios probatorios de la administración, respecto de los que podremos estimar que el expediente administrativo puede constituir una prueba de primer grado en cuanto acredita hechos o actos ocurridos a presencia del que lo autoriza, pero no tiene ese valor cuando

recoge ajenas declaraciones, ni mucho menos apreciaciones y juicios técnicos, que por subido que sea su valor pueden contradecirse por otras probanzas y valorarse libremente por el Tribunal (TS 28/11/1960).

Por contra, para la sección 1ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife, la presunción *iuris tantum* de los técnicos de la Entidad Pública es garantía de veracidad indiscutible⁵¹⁸ como muestran múltiples de sus sentencias⁵¹⁹, pese a que, en casos como el de la sentencia de dicha sección y AP 115/2010 de 22 de marzo, se considere destruida la presunción con pruebas de contrario.

Otras resoluciones, aun sin referirse expresamente a la presunción *iuris tantum* de los técnicos de la Entidad Pública, denotan que sus argumentos han tenido más peso en la decisión judicial que los de la parte contraria, con la correspondiente queja por parte de ésta⁵²⁰. Sin ánimo de generalizar, muchas veces ocurre que los jueces no comprueben los posibles errores en las pruebas que presentan los técnicos de la Administración y las declaraciones que realizan. Incluso, en ocasiones, desprecian o no contrastan las pruebas de la parte contraria. Pese a los ejemplos mostrados, recurriendo a las bases de datos de jurisprudencia, la mayor parte de las veces, no es posible determinar si la apreciación de

⁵¹⁸ “Ya se dijo en la sentencia de la Sala que para la adecuada resolución del recurso es lo procedente, en general, remitirse al resultado que proporciona el material probatorio obrante en el procedimiento administrativo incoado al efecto por la Dirección General, por la presunción de legalidad y acierto de que gozan los peritos de la Administración, reconocida por la jurisprudencia en razón a las garantías que ofrecen la competencia, imparcialidad y objetividad que deriva de su nombramiento y de su específica función, y cuyo contenido que refleja la extensión e intensidad de las actuaciones practicadas, y la constante intervención de la Administración, particularmente de los servicios sociales municipales, desmiente por completo la imputación que la recurrente formula de falta de comprobación por los técnicos; aunque, naturalmente, se trata de una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida mediante prueba en contrario, y es a la parte demandante, que impugna la resolución administrativa, a quien le es de pertinente aplicación el principio, vigente hoy en la norma del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la carga de la prueba.” (Sentencia de la sección 1ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife 287/2013 de 2 de julio).

⁵¹⁹ Así lo muestran las resoluciones de la sección 1ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife 115/2010 de 22 de marzo, 480/2010 de 19 de noviembre, 512/2010 de 7 de diciembre, 52/2011 de 4 de mayo, 29/2012 de 19 de enero, 69/2012 de 8 de febrero, 118/2012 de 7 de marzo, 150/2012 de 30 de marzo, 301/2012 de 26 de junio, 120/2013 de 15 de marzo, 287/2013 de 2 de julio, 415/2013 de 13 de noviembre, 11/2014 de 22 de enero, 331/2014 de 5 de junio, 456/2014 de 23 de septiembre, 263/2015 de 19 de mayo, 271/2015 de 20 de mayo, 276/2015 de 21 de mayo, 352/2015 de 22 de junio y 625/2015 de 17 de noviembre.

⁵²⁰ Algunos ejemplos se muestran en las sentencias de la sección 1ª de la AP de Pontevedra, 499/2012 de 5 de octubre, de la sección 6ª Audiencia de la AP de Asturias 436/2012 de 12 de noviembre, o la de la sección 3ª de la AP de Guipúzcoa 155/2015 de 22 de junio, entre otras. Cabe destacar que la última sentencia dictada califica de “independientes” a los informes del expediente administrativo, nada más alejado de la realidad, en que la Administración que ha elaborado los informes es una de las partes litigiosas.

la prueba ha sido correcta pues se necesitaría conocer el expediente administrativo que, en general, la lectura de una sentencia, no permite discernir. Por ello, la motivación, o ausencia de ella, dependerá de la valoración judicial de los datos presentados.

A título ilustrativo, la sentencia de la sección 6ª de la AP de Sevilla 931/2002 de 26 de diciembre muestra que el alcoholismo de una madre se consideró para los hijos causa de desamparo y de no retorno junto a su madre, tanto para los técnicos de la Administración como para el Ministerio Fiscal y el juez de primera instancia, mientras que los jueces de la Audiencia Provincial estimaron que podía haberse considerado mera situación de riesgo que hubiese permitido la permanencia de los niños con su madre⁵²¹.

Un ejemplo significativo en que se lleva al extremo el carácter de veracidad de los técnicos de la Entidad Pública se observa en la sentencia de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 55/2012 de 7 de febrero que, según lo extraído de los informes y las declaraciones de los técnicos en relación a los vínculos de afecto entre unos acogedores y dos hermanos en acogimiento familiar temporal, expresa datos contrarios a los que se desprenden de las evidencias en materia psicosocial:

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia combatida en su fundamento sexto cuando afirma que los adultos acogedores sabían que “su vinculación no podía ser la misma que la que puede establecerse con un hijo propio, precisamente por ese carácter temporal del acogimiento que no desconocían y cuando ellos apreciaron que no podían mantener esa distancia afectiva con los niños

De ello se desprende que las declaraciones técnicas vertieron ante un tribunal que la vinculación generada entre unos acogedores y unos niños en acogida fruto de su

⁵²¹ “la Administración y el Ministerio Fiscal en su momento, así como el juez a quo al confirmarlo, no actuaron conforme con tales postulados [intento de reinserción en la familia biológica], porque, en efecto, eran posibles otras actuaciones, tales como un seguimiento íntimo respecto de la pronta y rigurosa rehabilitación de la madre, que en efecto así discurrió, que permitiese el rápido regreso de los menores con ella, o bien considerar que la entonces embriaguez de aquella constituía simplemente un factor o situación de riesgo a que se refiere el art. 17 de la reiterada LO 1/1996 que no requiere la asunción de la tutela por ministerio de la ley, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos debió orientarse a disminuir los factores de riesgo, poniendo en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla, y realizando el seguimiento de la evolución del menor en la familia.” (Vid. sentencia de la sección 6ª de la AP de Sevilla 931/2002 de 26 de diciembre).

afectividad mutua se considera incorrecta. Si esa sentencia en lugar de haberse dictado en el año 2012 se hubiese dictado en el año 2016 ya no podría contener dicha afirmación, pues el artículo 173 CC, en su última modificación, ha resaltado que el niño en acogimiento debe desenvolverse en un entorno afectivo, por lo que obviamente no es compatible con el hecho de que su acogedor mantenga distancia afectiva con él. El hecho de que la redacción actual del Código Civil haya recogido esa evidencia no quiere decir que anteriormente no fuera así, pues había de entenderse como una premisa implícita o un hecho notorio desde el punto de vista procesal, ya que la esencia del acogimiento familiar no ha cambiado con la nueva redacción legal y siempre ha sido la de brindar un trato paterno-filial al niño en acogida⁵²². Pues bien, la anterior distorsión de la realidad introducida por los técnicos de la Entidad Pública fue acogida por los cuatro jueces implicados en la resolución del caso, tanto el de primera instancia como los tres de segunda instancia.

Obviamente, no sería necesario que la legislación contuviese apreciaciones sobre cuestiones de conocimiento notorio (como que un niño ha de ser tratado con afecto con independencia de su condición de acogido) pero, sin embargo, sí debería discernir qué situaciones han de considerarse de riesgo y qué otras han de considerarse de desamparo (por ejemplo, el alcoholismo) con lo que se evitaría, en gran medida, la subjetividad de los distintos sujetos intervinientes en las valoraciones, tanto la del técnico evaluador como la de los jueces.

Por último, cabe mencionar que algunas sentencias destacan explícitamente que la dirección letrada de la Entidad Pública pretende aprovechar la presunción *iuris tantum* de las declaraciones de sus propios técnicos como medio para reducir la eficacia de la valoración judicial que exige el principio procesal de libre valoración de la prueba, siendo éste el único que vincula al juez. Así se desprende de la sentencia de la sección 1ª de la

⁵²² En la cultura occidental se considera generalizada la idea de que un niño debe ser tratado de modo afectivo por las personas con las que convive, de modo que dicha cuestión ha de ser considerada un hecho notorio desde el punto de vista probatorio. “Es frecuente que el estudio de los hechos notorios se inicie con la ya clásica definición de CALAMANDREI, según la cual «se consideran notorios aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión, y añade no es el conocimiento efectivo el que produce la notoriedad, sino la normalidad de este conocimiento en el tipo medio de hombre perteneciente a un determinado círculo social y por esto dotado de una cierta cultura». Por tanto, para que un hecho sea considerado como notorio es necesario que el mismo sea conocido y tenido por cierto por una generalidad de personas dotadas de una cultura media, en el lugar y tiempo en que se dicta la resolución.” (GIMENO, *Derecho Procesal Civil, I. ... op. cit.*, p. 428).

AP de Tarragona, 240/2013 de 4 de julio⁵²³, antes comentada. En sentido inverso, otras sentencias aprovechan la presunción *iuris tantum* de los técnicos de la Entidad Pública para eludir la pertinente valoración judicial, con lo que se incumple la función de control del poder judicial al resto de poderes del Estado.

1.2.2. La admisión de recursos

La dificultad de acceso a los altos tribunales radica en la expresión de los requisitos de admisibilidad del recurso y en la rigurosidad con que éstos se examinan, aunque el excesivo rigorismo se rechaza, en general, en defensa de la tutela judicial efectiva. La LOPJM obliga, en interés del niño a actuar de forma flexible, como indica la disposición adicional tercera de la LOPJM: *Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.* También los altos tribunales han sido especialmente transigentes con la flexibilidad de la fase de admisibilidad de un recurso en ciertos casos en que se encontraba implicado el ISN.

Así, la sentencia TS de 1 de octubre de 2010 (rec. 681/2007) examina un recurso de casación en el que reconoce “dudosa técnica casacional” por tratarse de un caso de divorcio en que estaba implicado el interés del hijo común de las personas que se divorciaban. El resultado de la sentencia es el de casar y anular la anterior, por tanto modifica el estado del niño al que, según la nueva sentencia, se ajusta a su interés superior. De haber examinado en su mayor rigurosidad la admisibilidad del recurso y haber sido inadmitido, el ISN hubiese permanecido vulnerado, pues el régimen de custodia establecido para el niño en la sentencia de instancia no respondía a su interés.

⁵²³ “La apelación se alza contra la estimación que la sentencia de instancia hizo de la oposición a la medida de desamparo acordada por la entidad protectora de los menores hijos de la actora, aquí apelada, y lo hizo por estimar que en la medida adoptada existía un déficit de prueba de las circunstancias que justificasen y dieran fundamento a tan grave medida, que supuso el apartamiento de los menores del cuidado de su madre, a lo que opondría el recurso la pretensión de imponer el valor del expediente como una presunción *iuris tantum* atendiendo a la base legal en que se realizan las actuaciones de los funcionarios que en él han intervenido, que la valoración de la administración no es interesada sino en beneficio y en interés de los menores, que el expediente se ajusta al mandato legal.” (Sentencia de la sección 1ª de la AP de Tarragona 240/2013 de 4 de julio).

Más claro es el caso de la sentencia TS 1260/2001 de 27 de diciembre que argumenta lo siguiente:

El motivo [de casación] padece en su formulación evidentes defectos de técnica casacional, [...]. Tales efectos formales serían suficientes para el rechazo del recurso fundado en ese único motivo; no obstante, en aras del derecho de defensa y habida cuenta del interés superior del menor al que se refiere la pretendida declaración, esta Sala va a entrar a examinar el fondo del recurso tan deficientemente planteado.

De lo anterior se desprende que el ISN se considera motivo para relajar los requisitos de admisión de los recursos ante los altos tribunales que resultan ciertamente excluyentes, especialmente con posterioridad al Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 de la Sala Primera, de lo civil, del Tribunal Supremo, sobre los criterios de admisión aplicados a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal que, con el nuevo Acuerdo de 27 de enero de 2017, han sido, si cabe, recrudescidos.

La anterior decisión del Tribunal Supremo fue además refrendada por el Tribunal Constitucional en su sentencia TC 118/2006 de 24 de abril que se pronuncia sobre el mismo caso:

este Tribunal no puede en modo alguno entrar a valorar o enjuiciar la corrección, la bondad o el acierto de la admisión del recurso de casación interpuesto por la contraparte, en la medida en que, en dicho punto, la resolución del Tribunal Supremo, a pesar de lo que afirma el actor, aparece motivada y se funda en una interpretación de los preceptos de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, entonces aplicable (LEC), que no resulta irrazonable, arbitraria o incurra en error patente, máxime cuando se realiza a la luz de lo dispuesto en el art. 24 CE y en atención al interés superior del menor, que se encuentra recogido en el art. 39.2 CE.

De lo anterior se extrae una conclusión: cuando el ISN ha sido, de hecho, vulnerado por la ejecución de una decisión judicial equivocada, el Tribunal Supremo lo reconoce y se restituye la situación respetuosa con los intereses del niño, tanto en

supuestos de guarda y custodia por crisis matrimoniales y determinación de filiación biológica⁵²⁴.

Por tanto, el Tribunal Supremo es deferente con el ISN en asuntos de guarda y custodia por crisis matrimoniales, así como en asuntos de determinación de filiación, al menos, en lo que se refiere a la biológica, por lo que hace frente a la obligación que le impone el artículo 158 CC que obliga a “apartar a todo niño de un peligro” subsanando la pasividad y los defectos de las solicitudes de los particulares (disposición adicional tercera LOPJM que sigue vigente pese a reformas posteriores a su inicial promulgación). Similar comportamiento se puede predicar del Tribunal Constitucional para quien supone cuestión de trascendencia constitucional el estudio de asuntos que afectan a niños pese a que no exista acierto en la selección de la trascendencia constitucional invocada en el recurso, bastando con que se haya desplegado una argumentación específica al respecto, siendo el Tribunal el responsable de determinar esta trascendencia. Así lo entiende en sus sentencias TC 46/2014 de 7 de abril y TC 16/2016 de 1 de febrero, pese a no ser la tónica general del Tribunal, que aplica el examen sobre la trascendencia constitucional con sumo rigor en otros asuntos.

Este comportamiento de los altos tribunales contrasta con el que se aprecia ante el controvertido asunto del “asentimiento a la adopción” que incide indirectamente en la filiación del niño. Así, se observa que el pronunciamiento de la sentencia TS de 21 de septiembre de 1999 (rec. 2854/1994) en relación a Estela (ya comentada con anterioridad) se pronuncia respecto de los requisitos esenciales y formales del requerimiento legal del asentimiento a la adopción⁵²⁵. En el año 2000 se produjo una modificación legislativa importante en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que originó la nueva LEC-2000 que afectó a la cuestión del asentimiento a la adopción. A partir de este momento, el Tribunal

⁵²⁴ Vid. sentencias TS de 1 de octubre de 2010 (rec. 681/2007) y TS 177/2007 de 27 de febrero que fue el nuevo pronunciamiento, cuyo fallo coincide con el anterior, sobre el caso de la sentencia TS 1260/2001 de 27 de diciembre, anulada por la sentencia TC 118/2006 de 24 de abril.

⁵²⁵ “Comparto la definición de PÉREZ MARTÍN que cataloga el asentimiento como aquel acto procesal mediante el cual una persona (cónyuge adoptante o padres del adoptando) expresa su voluntad de permitir o admitir como conveniente la integración de otra (adoptando) en la vida de una tercera persona (adoptante). El asentimiento, en fin, consiste en la «declaración de conformidad con la adopción que se está tramitando en el expediente».

No es absolutamente necesario que siempre concorra la voluntad de las personas llamadas a otorgarlo (art. 180.2). Sí es necesario que estas personas tengan, a ser posible la oportunidad de asistir a la adopción o vetarla, y entonces si se oponen no cabe la adopción. Puede, dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, haber adopción válida sin esa voluntad, pero no contra esa voluntad.” (ARTERO, *op. cit.*, p. 63).

Supremo empezó a inadmitir recursos que trataban sobre este asunto con el siguiente argumento:

la Sentencia recurrida carece de la condición de "Sentencia dictada en segunda instancia", y ello porque la propia LEC 2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia", configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia tras su tramitación ordinaria, lo que no ocurre en el presente caso, dado que aquélla no tiene el carácter de Sentencia de segunda instancia, por haber recaído en un incidente planteado en el curso de la tramitación de un expediente de adopción, siendo evidente la subordinación a éste del procedimiento donde recayó la Sentencia que se pretende recurrir en casación, que, incluso, desde un aspecto funcional, se manifiesta en la propia competencia para su conocimiento del mismo Juez que conoce de la adopción, y, en el caso examinado, además, en el hecho de que se tramitara como incidente en pieza separada dentro del propio procedimiento de adopción, [...] Así pues, queda cerrado el acceso a la casación al no tener la resolución impugnada el carácter de Sentencia dictada en segunda instancia.

Este pronunciamiento se encuentra en numerosos autos de inadmisión de recursos de casación o infracción procesal o autos de desestimación de recursos de quejas planteados ante el Tribunal Supremo entre, al menos, el 30 de diciembre de 2003 y el 5 de octubre de 2016⁵²⁶. Así, el ISN en caso de inadmisión deviene el que se consideró en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial correspondiente, siendo una realidad incuestionable que, en tal caso, el Tribunal Supremo se inhibe de su estudio. Con ello, los obstáculos procesales para la admisión del recurso se consideran de mayor relevancia que el propio concepto del ISN, pues los primeros son los que prevalecen. A pesar de ello, existen dos resoluciones que tratándose del asunto del asentimiento a la adopción se apartan de la inadmisión y son estudiados por el Tribunal Supremo, dando lugar a las

⁵²⁶ Vid. autos del TS de 5 de octubre de 2016 (rec. 1307/2016), TS de 18 de noviembre de 2015 (rec. 782/2014), TS de 6 de mayo de 2014 (rec. 1851/2013), TS de 29 de octubre de 2013 (rec. 2850/2012), TS de 17 de enero de 2012 (rec. 431/2011), TS de 22 de marzo de 2011 (rec. 803/2010), TS de 10 de noviembre de 2010 (rec. 706/2009), TS de 18 de noviembre de 2008 (rec. 661/2008), TS de 5 de junio de 2007 (rec. 1294/2005), TS de 7 de febrero de 2006 (rec. 2082/2003), TS de 1 de febrero de 2005 (rec. 601/2004), TS de 28 de diciembre de 2004 (rec. 1128/2004), TS de 30 de diciembre de 2003 (rec. 997/2002), entre otros.

sentencias TS 36/2012 de 6 de febrero y TS 315/2014 de 6 de junio. En ambas sentencias recurren en casación los letrados del servicio de protección de los territorios a los que pertenecen los casos y ambas sentencias del alto tribunal casan y anulan la sentencia precedente de la Audiencia Provincial, con lo que el interés superior de los niños del caso deviene el establecido en la sentencia de primera instancia que no coincidía con el pronunciamiento de segunda instancia.

El motivo por el que la sentencia TS 315/2014 de 6 de junio se aparta del criterio de inadmisión que rige otro tipo de recursos sobre asentimiento a la adopción puede ser de orden procesal pues está claro que dicho asunto no proviene de un procedimiento de adopción sino de una demanda de privación de patria potestad, iniciado por la Entidad Pública de protección. No ocurre así en la sentencia TS 36/2012 de 6 de febrero que es un caso claro de demanda incidental derivada del artículo 781 LEC que debiera haber seguido el criterio de inadmisión de otros recursos incidentales sobre asentimiento a la adopción. En cualquier caso, un motivo claro para pronunciarse en ambos recursos es el ISN que, de otro modo, habría quedado vulnerado junto a otros de sus derechos.

Aunque de las sentencias analizadas no se desprende cuál era el estado del niño en el momento del pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, con un sencillo ejercicio deductivo se puede llegar al resultado. Así, no cabe duda de que las sentencias dictadas en apelación no fueron ejecutadas provisionalmente por el juzgado de primera instancia, quien tenía un parecer discrepante respecto del de la Audiencia Provincial, por lo que los niños de ambos casos permanecieron en acogimiento mientras se sustanciaba el pleito ante el Tribunal Supremo. De otro modo, ambos niños hubiesen retornado con sus padres al entenderse que no existía motivo para privarlos de la patria potestad⁵²⁷. Partiendo de este supuesto, la inadmisión de los recursos de casación habría provocado la firmeza de la sentencia de apelación y la consiguiente ejecución con el resultado del cambio de convivencia de los niños a su familia biológica por el motivo ya indicado. Este nuevo estado del niño no era, según el parecer del Tribunal Supremo, coincidente con su interés superior, por lo que el pronunciamiento del alto tribunal se hacía necesario para

⁵²⁷ “Si los padres comparecen y prestan su asentimiento, el Juez podrá constituir la adopción, siempre y cuando sea beneficiosa para el adoptando. En caso contrario, si se oponen a la constitución de la adopción, el juez deberá dictar una resolución acordando el archivo de las actuaciones, ya que el asentimiento es requisito *sine qua non* para constituir válidamente la adopción: («Deberán asentir la adopción...» -dice el art. 177.2 C. Civ.). Idéntica solución debe predicarse en el supuesto de que uno de los progenitores biológicos asienta y el otro se oponga.” (ARTERO, *op. cit.*, p. 69).

evitar el cambio y el perjuicio del niño. Esto corrobora que las sentencias de apelación no se ejecutaron provisionalmente, pues es impensable que los niños hubiesen regresado a su familia biológica y, tras el pronunciamiento del alto tribunal, de nuevo, a la familia de acogida, para posterior adopción. De haber sido así, las sentencias del Tribunal Supremo contendrían algún extremo que explicase el fracaso del retorno a la familia biológica, cosa que ninguna hace y que hubiese sido requisito para privar a los niños de su ineludible derecho a crecer en su familia de origen.

Siguiendo el mismo razonamiento, en los asuntos en los que hubo inadmisión, el estado del niño en el momento del pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, debía coincidir con el acordado en la sentencia de apelación, de modo que el alto tribunal no altera el estado alcanzado por el niño. En el caso del Auto TS de 5 de octubre de 2016 (rec. 1307/2016), por el impacto mediático alcanzado⁵²⁸, se sabe que fue así. Por tanto, el alto Tribunal se aparta de su propia línea jurisprudencial en casos concretos, lo cual sirve de protección al ISN, que fundamenta jurídicamente de sus sentencias⁵²⁹.

De ello se infiere que si el Tribunal Supremo aprecia que las acciones sobre un niño han respetado su interés superior, no permite que la ejecución de una sentencia equivocada altere el estado convivencial del niño, tal como se aprecia en sentencias TS 36/2012 de 6 de febrero y TS 315/2014 de 6 de junio, cuando se plantea una adopción. De este razonamiento se deduce que el Tribunal Supremo no ha invertido nunca una decisión de protección infantil que alterase el estado del niño respecto al que ejecutaron los tribunales de instancia. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha considerado desacertadas algunas medidas de protección acordadas en España, tales como la del caso TEDH K. A. B. (Petición nº 59819/08) de 10 de abril de 2012 en que

⁵²⁸ *Vid.* <http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2016/09/12/57d6759ae5fdea40728b459d.html> [consultada el día 10 de octubre de 2016].

⁵²⁹ En el FJ2 del auto TS de 5 de octubre de 2016 (rec. 1307/2016) se justifica el motivo por el que la Sala se aparta de su línea jurisprudencial en la sentencia TS 36/2012 de 6 de febrero del siguiente modo: “Esta sala no advierte ninguna razón que en el presente caso justifique un cambio de su doctrina, pues su sentencia 36/2012, de 6 de febrero, que ciertamente casó una sentencia sobre esta materia, no se pronunció sobre el problema previo de si era recurrible o no. Antes bien, la exhaustiva motivación de la sentencia recurrida, que esta sala toma en consideración en este momento procesal a los solos efectos de valorar la posible concurrencia de circunstancias que aconsejaran una modificación de su doctrina constante y reiterada, bien merece calificarse de modélica y ejemplar, demostrativa por sí sola de que el acceso de este asunto a los recursos extraordinarios no produciría más efecto que el de propiciar una nueva valoración de la totalidad de la prueba practicada; en definitiva, el efecto contrario a la finalidad de los recursos extraordinarios y a la propia posición institucional del Tribunal Supremo en relación con el ámbito jurisdiccional que corresponde a las Audiencias Provinciales.”

hubo una inadmisión por parte del Tribunal Supremo que no reconoció vulnerado el interés superior del niño del caso y el asunto TEDH R. M. S. (Demanda nº 28775/12) de 18 de junio de 2013 en que consta un Auto de inadmisión del Tribunal Constitucional que no consideró oportuno amparar a la madre demandante. En este último asunto existe un procedimiento de adopción iniciado que no podrá concluirse por haberse considerado improcedente el desamparo de la hija de la demandante, aunque posiblemente se considere que el tiempo transcurrido en acogida justifica la adopción, en atención a otras resoluciones dictadas en esta dirección.

La sentencia TS 540/2015 de 15 de octubre reconoce que el recurso de casación debería haber sido inadmitido, pero se pronuncia sobre él al tratarse de la impugnación de una resolución de declaración de desamparo de un niño cuya madre es la del caso TEDH R. M. S. (Demanda nº 28775/12) de 18 de junio de 2013, antes citado. Si bien la sentencia del Tribunal Supremo considera que la declaración de desamparo está bien fundamentada en el ISN, su pronunciamiento se fundamenta en la existencia de “la sentencia que se cita del TEDH dictada a instancia de la señora recurrente de este procedimiento y respecto de otro hijo”, lo cual evidencia que el alto tribunal se siente en la obligación de ofrecer explicaciones a la madre del niño por el hecho de tener una sentencia favorable en el Tribunal Europeo, no tanto por el derecho del propio niño, a pesar de la obligación existente al respecto⁵³⁰, que un día será adulto y tendrá derecho a saber cómo se decidió su futuro en la infancia.

Este comportamiento en que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre casos cuyo estudio podría eludir por motivos procesales, tanto si considera que el ISN ha sido correctamente valorado como si no, contrasta con asuntos cuyo análisis ha omitido a pesar de que se aprecia, con claridad, la vulneración del ISN. Este es el caso del Auto del TS de 2 de marzo de 2016 (rec. 1169/2015) que alega los mismos motivos de inadmisión

⁵³⁰ “hay cifras y datos que son reveladores del drama que los acecha [a los niños] y que implica, desde la perspectiva de los derechos humanos, una afirmación aún más intensa de la vigencia y justiciabilidad de los derechos humanos de los niños, y desde la perspectiva de los defensores de los derechos humanos, un esfuerzo redoblado por difundir, proteger y empujar el cumplimiento efectivo de las obligaciones que en materia de derechos de los niños y niñas, los Estados han contraído tanto a nivel nacional como internacional. En este sentido cabe recordar la tajante afirmación y compromiso asumido por los Estados en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, en torno al principio “de “los niños ante todo” y, a este respecto, subrayaron (sic) la importancia de que se intensificaran (sic) los esfuerzos nacionales e internacionales, especialmente los del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, con objeto de promover el respeto del derecho del niño a la supervivencia, la protección, el desarrollo y la participación” (AGUILAR, *op. cit.*, pp. 224, 225).

que los de numerosos autos sobre asentimiento a la adopción antes indicados. Sin embargo, no es un asunto derivado del artículo 781 LEC, ni dependiente de un proceso de adopción, aunque sí relacionado. Además de ello, es un asunto en que judicialmente se reconoce la vulneración del ISN, ya que la sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 344/2014 de 12 de junio en relación al caso, muestra con claridad que la medida cuya revocación se pide, perjudicó al niño de forma deliberada por la imposición de una medida administrativa innecesaria y evitable, por lo que no fue un daño fortuito o accidental, mostrando el niño síntomas de evidente sufrimiento, con lo que está implícito el riesgo de fracaso en la adopción a la que fue obligado:

No duda quien resuelve que ese vínculo afectivo fortalecido [con los acogedores demandantes y su familia] como se ha dicho por la indeseable lentitud administrativa, perjudicaría inicialmente al menor y de ahí que quizás en un primer momento Silvano presentara una regresión en algunos aspectos de su desarrollo – tales como el control de esfínteres que se recoge en el folio 1211 o los problemas de comida y de sueño que también se explican en dicho folio

El perjuicio que se produjo al niño era previsible, en virtud de los informes emitidos por la Entidad Pública tutora del niño, por lo que no solo no se le ahorraron padecimientos, sino que se le impidió una solución de convivencia saludable, en la que se sentía integrado.

Por tanto, la postura actual del Tribunal Supremo respecto de las decisiones administrativas en materia de protección de la infancia sigue siendo la de nula reparación, ya iniciada con la sentencia TS 728/2001 de 9 de julio, previamente comentada, con la diferencia de que la intervención administrativa ha crecido exponencialmente, respecto a la que se producía al tiempo de aquella sentencia. Similar comportamiento se puede predicar del Tribunal Constitucional para quien debería suponer cuestión de transcendencia constitucional, la mera presencia de un niño al que afecte una decisión judicial en su interés superior y en su vida privada y familiar. Pese a ello, este Tribunal ha inadmitido numerosos recursos sobre cuestiones de protección infantil, pese a la imposibilidad de su cuantificación, entre los que figura el que cita la sentencia TEDH R. M. S. (Demanda nº 28775/12) de 18 de junio de 2013.

En concordancia con lo anterior, los jueces de los altos tribunales, en tanto que órganos jurisdiccionales, deberían sentirse vinculados por el siguiente párrafo del segundo apartado de la exposición de motivos de la LOPJM: *respecto a las medidas que los Jueces pueden adoptar para evitar situaciones perjudiciales para los hijos, que contempla actualmente el Código Civil en el artículo 158, se amplían a todos los menores, y a situaciones que exceden del ámbito de las relaciones paterno-filiales, haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda, y se establece la posibilidad de que el Juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal.* En sentido similar se pronuncia la disposición adicional tercera de la LOPJM: *tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.*

Así, vencer todo obstáculo procesal causante de inadmisión debería ser una máxima de los altos tribunales en asuntos de protección infantil, sin que ello supusiese incumplimiento de los requisitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵³¹, ya que, en su calidad de órganos jurisdiccionales, se encuentran vinculados por el artículo 158 CC que obliga a “subsanar la pasividad y los defectos de las solicitudes de los particulares” y apartar a todo niño de un peligro. De este modo se ofrecería plenas garantías jurídicas al menor de edad en su condición de justiciable.

1.3. Niveles de concreción

La doctrina germana ha delimitado tres niveles de concreción en la estructura de todo concepto jurídico indeterminado, la cual es aplicable al concepto del ISN por entrar

⁵³¹ “Esta Ley ha partido, no sólo de la imposibilidad, sino también del error teórico y práctico que entañaría concebir que la casación perfecta es aquella de la que no se descarta ninguna materia ni ninguna sentencia de segunda instancia.

Además de ser ésa una casación completamente irrealizable en nuestra sociedad, no es necesario ni conveniente, porque no responde a criterios razonables de justicia, que cada caso litigioso, con los derechos e intereses legítimos de unos justiciables aún en juego, pueda transitar por tres grados de enjuiciamiento jurisdiccional, siquiera el último de esos enjuiciamientos sea el limitado y peculiar de la casación.” (Vid. Preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

dentro de la categoría dichos conceptos abstractos⁵³². En el caso del concepto del ISN el nivel que expresa la “zona de certeza positiva” se identifica con el hecho de velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales del niño⁵³³, mientras que la “zona de certeza negativa” la constituye la evitación de perjuicios⁵³⁴. Estos dos niveles, aun sin mencionarlos de forma explícita, se expusieron en el primer capítulo. El tercer nivel de concreción constituye la zona de incertidumbre o “halo del concepto”⁵³⁵ y es el que está especialmente vinculado a la función de los órganos jurisdiccionales que, a su vez, está dividido en dos nuevos niveles de concreción⁵³⁶, los cuales se exponen a continuación.

1.3.1. El establecimiento de criterios orientativos

El establecimiento de criterios orientativos para la aplicación del concepto del ISN corresponde al Tribunal Supremo en su función revisora de la jurisprudencia y en el intento de que todos los tribunales inferiores apliquen unos mismos criterios en asuntos controvertidos. Tanto en los asuntos de filiación⁵³⁷, como los referentes a crisis

⁵³² “En la estructura de todo concepto jurídico indeterminado, y por ende también en la noción abstracta del interés superior del niño, siguiendo lo establecido por la doctrina germana son perfectamente reconocibles tres niveles de concreción: a) un núcleo fijo o “zona de certeza positiva”, configurado por datos previos y seguros a modo de presupuesto o condicionamiento inicial mínimo; b) una zona intermedia o de incertidumbre o “halo del concepto”, más o menos definido, donde caben varias opciones dentro de márgenes relativos e imprecisos y, finalmente; c) una “zona de certeza negativa”, también segura en cuanto a la exclusión del concepto.” (RAVETLLAT y PINOCHET, *op. cit.*, p. 921).

⁵³³ “la zona de certeza positiva del interés superior del niño radica en la circunstancia de que a la persona menor de edad le interesa, ante todo, preservar su integridad física y moral, así como garantizar el desarrollo integral de su personalidad (condicionante absolutamente mínimo según las estimaciones comunes)” (*Ibidem.*).

⁵³⁴ “la zona de certeza negativa, haría referencia al punto o margen a partir del cual desaparece el valor implícito en el concepto, en nuestro caso deja de haber “interés del menor””. (*Ibidem.*).

⁵³⁵ “la zona de imprecisión (halo del concepto) [...] daría pie a diversas posibilidades. Así, por ejemplo, en un caso de atribución del cuidado personal de un menor, cabría atribuir ese cuidado a su padre o a su madre si ambos presentaran buenas condiciones para atenderlo, en igual medida sucedería a la hora de decidir la extensión de un régimen de relacionamiento a favor del progenitor no custodio, de los abuelos o de otros parientes (solo festivos, una vez al mes, con o sin pernoctaciones, y múltiples posibilidades más). Como podemos comprobar en este segundo nivel se requiere de una estimación o juicio de valor, tanto más amplia a medida que el concepto deja de ser técnico o especializado y se inserta en lo cultural o valorativo” (*Ibidem.*, pp. 921, 922).

⁵³⁶ “doble labor: precisar el significado y contenido del concepto (qué es o en qué consiste el interés del menor), y después, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma (lo que más conviene a un niño determinado) y sobre todo dando una relevancia inusitada a los datos y circunstancias del caso concreto, porque estos son los que van a permitir encontrar la solución dentro del ámbito de apreciación o zona de variabilidad del concepto jurídico indeterminado.” (*Ibidem.*, p. 922).

⁵³⁷ “Bajo el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39), se ha pasado en nuestro derecho, en lo referente a los procesos de filiación, del principio de verdad formal al de verdad material, admitiéndose en el Código Civil todo tipo de pruebas al respecto, incluidas las de carácter biológico, en la búsqueda de esa verdad, al haber de prevalecer, en la colisión de derechos de las partes

matrimoniales en los que hay hijos afectados⁵³⁸, especialmente aquellos en que se discute la custodia compartida⁵³⁹, la doctrina jurisprudencial ha sido prolija y ha delimitado unos criterios orientativos para esclarecer el ISN. No ha ocurrido así en el campo de la protección infantil en que la doctrina unificadora de los altos tribunales es escasa. Por ejemplo, no existe doctrina que aprecie los criterios que determinan el desamparo de un niño, con lo que cualquier motivo alegado por una Entidad Pública es admisible por un juez, pues no se ha puesto límite ni a las decisiones administrativas ni a la discrecionalidad judicial. Así, el ISN queda determinado por la decisión administrativa sin que sea cuestionado en vía judicial. Como ya advirtiera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con las dos sentencias dictadas contra el Estado español por decisiones de desamparo, TEDH K. A. B. (Petición nº 59819/08) de 10 de abril de 2012 y TEDH R. M. S. (Demanda nº 28775/12) de 18 de junio de 2013, los altos tribunales españoles no han establecido criterios sobre lo que ha de considerarse situación de desamparo, lo cual constituye una cuestión pendiente, sobre la que se volverá más tarde.

implicadas, el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado (S.T.C. de 19-1-1994).

»Y así, como declaró reiteradamente el Tribunal Supremo, el sistema que rige en nuestro país después de la Ley 11/1981 concede, para la investigación de la paternidad, dos clases de pruebas, las directas (biológicas y reconocimiento principalmente), y las indirectas o presuntivas, entrando en este último grupo la negativa a dejarse practicar la prueba biológica, en cuanto si bien tal actitud no puede llevar a la consecuencia de que quien se niegue, sin justa causa, a tal pericia incurra en ficta confessio, sí puede constituir un indicio que unido a la acreditación de la oportunidad de acceso carnal con la actora en las fechas críticas en que se cifra la concepción y a otros elementos probatorios que permiten la convicción de la realidad sobre la paternidad pretendida, pasa a tener la categoría de elemento probatorio de carácter positivo (SS. 23-9-88, 3-12-88 y 18-5-90).” (Antecedente de hecho cuarto de la sentencia TS 177/2007 de 27 de febrero).

“Con posterioridad a la sentencia del Tribunal constitucional, esta Sala ha centrado el problema en la determinación del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial, porque el ejercicio de dicha acción sigue estando sometido a un plazo de caducidad, aunque lo que ha cambiado, al ser declarado inconstitucional, es el día de inicio del plazo, que ahora se coloca en la existencia de un principio de prueba, conocido por la parte impugnante, porque de otra forma, la presunción de paternidad, inicialmente iuris tantum, pasaría a convertirse en iuris et de iure, lo que no parece haber querido la ley. En este sentido se pronuncian las SSTS 915/2008, de 3 octubre, 919/2008, de 16 octubre y 924/2008, de 17 octubre.” (FJ 3 de la sentencia TS 73/2012 de 20 de febrero).

⁵³⁸ La Sala del Tribunal Supremo de lo civil recoge una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa "el interés superior del niño", que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia. La STS 623/2009 establece la siguiente doctrina: “del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

⁵³⁹ Vid. GÓMEZ MEGÍAS, “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave”, *Diario La Ley*, Nº 8734, 2016, Editorial LA LEY.

Es especialmente digna de atención la respuesta del Tribunal Supremo ofrecida en los procesos incoados en virtud del artículo 781 LEC referente al asentimiento a la adopción de un niño por parte de sus progenitores, a la que ya se ha aludido anteriormente, en que, necesariamente, está implicado el ISN, en este caso, el del adoptando. En estos supuestos, a través del recorrido legal establecido (de la declaración de desamparo se alcanza la incursión en causa legal de privación de la patria potestad y de ésta se llega a la innecesariedad de prestar asentimiento a la adopción) se consigue eludir el estudio de los motivos materiales para que este trámite procesal progrese.

Tampoco el Tribunal Supremo se ha pronunciado nunca sobre los motivos por los cuales la Entidad Pública puede cesar un acogimiento familiar establecido por ella misma para constituir otro en familia distinta, por aplicación del artículo 173.4 CC en relación al ISN. Sin embargo, este asunto fue objeto de especial atención en la Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines que se llevó a término en el año 2010⁵⁴⁰.

Los casos presentados ante el Tribunal Supremo que se articulan sobre el interés casacional por la infracción del artículo 173.4 CC (cese de acogimiento por decisión de la Entidad Pública) en relación al ISN son varios y de diversa casuística. El Auto TS de 16 de marzo de 2010 (rec. 1490/2009) muestra un caso en que se sustituye el acogimiento de una niña con su abuela por otro con unos tíos, manteniéndose en la familia extensa y bajo la tutela del Estado. En el asunto del Auto TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012) se sustituye el acogimiento familiar temporal en familia ajena de dos hermanos por un acogimiento residencial, en el momento en que los niños son declarados adoptables por la Entidad Pública y los acogedores solicitan su adopción por la prolongación del acogimiento y el beneficio de los niños. El Auto TS de 16 de septiembre de 2015 (rec. 246/2015) refiere la oposición del padre de un niño al cambio de modalidad de acogimiento de simple a preadoptivo, constando el consentimiento de los acogedores

⁵⁴⁰ “En caso de acogimiento o adopción nos hemos encontrado casos en los que la familia de urgencia quiere ser la adoptiva o la acogedora simple y la Administración opta por separarlos. Esta medida la podemos entender cuando la Administración cumple los plazos de estudio, pero cuando la Administración está un año o dos estudiando y no seis meses, se debe tener en cuenta a la familia que lo ha acogido en urgencia (*Vid. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, BOCG, IX Legislatura, 2010, p. 36, http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/89.pdf, [consultada el 7 de octubre de 2016]).

temporales. El Auto TS de 3 de febrero de 2016 (rec. 2949/2014) corresponde al cese del acogimiento permanente de una niña para establecer uno preadoptivo en familia distinta con oposición de la acogedora inicial. En este caso, el argumento radica en que el acogimiento preadoptivo se produce en la misma familia que tiene acogido a una hermana de la niña, nacida con posterioridad. Dicho asunto ha sido inadmitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por último, el Auto TS de 2 de marzo de 2016 (rec. 1169/2015), ya mencionado anteriormente, trata el cese de un acogimiento temporal de un niño para iniciar un acogimiento preadoptivo en familia distinta con oposición de los acogedores iniciales, por la prolongación del acogimiento inicial y el perjuicio para el niño. Los cinco autos citados son de inadmisión, por lo que no existe ningún caso sobre el cese de un acogimiento controvertido que haya sido admitido. También el Auto del TSJ de Cataluña 1/2012 de 5 de enero inadmitió el recurso presentado por el señor Francisco Cárdenas⁵⁴¹ en su calidad de acogedor, existiendo la posibilidad de que exista algún pronunciamiento sobre un caso similar de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha⁵⁴², que también tuvo repercusión mediática. El caso del sr. Francisco Cárdenas ha sido admitido a trámite por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quedando a la espera de resolución definitiva.

El efecto que produce la inadmisión es que impide que exista doctrina del Tribunal Supremo sobre la casuística presentada, desconociendo los criterios que deben regir este tipo de acciones. Así, posteriores casos sobre esta casuística no tendrán una jurisprudencia complementadora del ordenamiento jurídico a la que ceñirse, de manera que los criterios utilizados por las Entidades Públicas podrán ser totalmente arbitrarios, como lo han sido en los casos presentados, dado que siempre resultarán avalados judicialmente. El Tribunal Constitucional tampoco se ha mostrado favorable al estudio de este tipo de casos pues, al menos en cuatro de los casos presentados, se recurrió en amparo con resultado de inadmisión, incumpliendo así su principal cometido⁵⁴³, mediante

⁵⁴¹ *Vid.* Denuncia de maltrato institucional, *op. cit.*

⁵⁴² Tres mamás en dos años, (2010, 14 de julio), ABC, <http://www.abc.es/20100714/sociedad/tres-mamas-anos-20100714.html> [consultada el 19 de marzo de 2014].

⁵⁴³ “No se trata sólo de dictar Sentencias para hacer doctrina, se trata de que estimando recursos de amparo y reparando la situación subjetiva de los afectados, con nulidad de las resoluciones lesivas y medidas efectivas para la restitución del derecho, los Poderes Públicos seguirán entendiendo que no pueden actuar al margen de la Constitución y que el TC está siempre —sigue estando— en disposición de impedirlo” (CABAÑAS, “El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), REDC, Nº 88, 2010, p. 44).

escritos que no revisten siquiera forma de auto o providencia y ofrecen justificaciones muy vagas. Cabe esperar el dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre estos casos.

Sirve de referencia para alguno de los casos citados la sentencia TEDH Moretti y Benedetti contra Italia (rec. 16318/2007) de 27 de abril de 2010 que, en resumen, expresa lo siguiente:

Rechazo de la solicitud de adopción presentada por los recurrentes, respecto al niño acogido en su casa a título provisional. El órgano judicial de primera instancia no explicó las razones que justificaban su decisión ni examinó la solicitud de adopción de los recurrentes antes de declarar al niño adoptable y elegir la nueva familia. Esa falta de respeto de la ley y de las reglas de procedimiento tuvo un impacto directo sobre el derecho a la vida familiar de los interesados. Por tanto, hubo violación del artículo 8 del Convenio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el rechazo de la solicitud de adopción formulada por los recurrentes respecto al niño que tenían acogido provisionalmente violó el artículo 8 del Convenio.

De ello se deduce que el cese de un acogimiento con la finalidad de establecer una convivencia del niño acogido en una familia ajena viola el derecho a la vida familiar de los acogedores si éstos no están de acuerdo. Puesto que los lazos familiares son recíprocos, en ese caso, necesariamente la violación del derecho a la vida familiar se produce también en el niño acogido, al ser él quien principalmente sufre las consecuencias negativas de la ruptura familiar sin la compensación de regresar con su familia de origen y de satisfacer ese derecho.

La cuestión del régimen de visitas del progenitor no custodio a un hijo es una cuestión sobre la que no existe una doctrina específica al ser una cuestión pacífica⁵⁴⁴,

⁵⁴⁴ “Las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, señalan que la doctrina de la Sala se ha pronunciado en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda [...].

Esta misma doctrina debe aplicarse a los supuestos en que se determina el régimen de visitas del progenitor no custodio, como ocurre en el actual recurso.” (sentencia TS 499/2012 de 13 de julio).

aunque sí existe doctrina sobre los motivos para suspender esas visitas⁵⁴⁵. En relación a ello, no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los criterios para el régimen de visitas que las Entidades Públicas pueden imponer a los niños cuyos padres tiene la patria potestad suspendida, como tampoco existen criterios para que la Entidad Pública pueda suspender las visitas de un niño en acogimiento con sus familiares, aunque sí existieron contradicciones entre Audiencias Provinciales. Sin embargo, el Tribunal Supremo sí se ha pronunciado respecto de otras cuestiones en relación a las visitas comentadas, como se verá más adelante.

1.3.2. La atención al caso concreto

Una vez establecidos unos criterios orientativos para la delimitación del ISN, es necesario atender a las circunstancias y datos del caso concreto⁵⁴⁶. Ello es especialmente importante cuando el asunto que se presenta al tribunal reviste alguna particularidad que lo hace especial, tal como su novedad, su falta de previsión legal, su interés social, sus circunstancias distintivas, etc. ya que quizás en estos casos es cuando se encuentra mayor dificultad para plantear un recurso de casación o de amparo ante los altos tribunales y, por tanto, cuando el justiciable y el ISN tienen mayor necesidad de tutela.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha considerado la existencia de casos relevantes en que su pronunciamiento se hacía necesario, haciendo frente a uno de sus objetivos esenciales, consistente en que ninguna materia del ámbito civil quede excluida de estudio por su parte⁵⁴⁷. Así el alto tribunal ha estudiado asuntos como el que trata sobre la inscripción en el Registro Civil de dos niños nacidos en California mediante

⁵⁴⁵ “El juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.” (sentencia TS 680/2015 de 26 de noviembre).

⁵⁴⁶ Nótese que la doctrina establece criterios abiertos y no imperativos como se aprecia en el caso en que expresa que “el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato...” que habrá de particularizarse en el caso concreto con una motivación razonada en el ISN.

⁵⁴⁷ “La presente Ley [de Enjuiciamiento Civil] ha operado con tres elementos para determinar el ámbito de la casación. En primer lugar, el propósito de no excluir de ella ninguna materia civil o mercantil; en segundo término, la decisión, en absoluto gratuita, como se dirá, de dejar fuera de la casación las infracciones de leyes procesales; finalmente, la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial. Porque ésta es, si se quiere, una función indirecta de la casación, pero está ligada al interés público inherente a ese instituto desde sus orígenes y que ha persistido hasta hoy”. (Vid. Preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

maternidad subrogada⁵⁴⁸, los que aprecian la filiación “no biológica” respecto de las parejas de las madres biológicas que consintieron la maternidad mediante técnicas de reproducción humana asistida⁵⁴⁹, el que expone la situación en que ha de quedar una niña en acogimiento permanente con sus abuelos cuando éstos se divorcian⁵⁵⁰ o el que trata sobre la guarda y custodia de un niño al que su madre se llevó a Estados Unidos impidiendo el régimen de visitas con el padre residente en España⁵⁵¹.

También el Tribunal Constitucional ha considerado dignos de estudio algunos asuntos en que estaba implicado el ISN, por ser de especial trascendencia constitucional cualquier asunto que afecte a una faceta de un derecho fundamental o plantee un problema o sobre el que el citado Tribunal no ha dictado aun doctrina⁵⁵², cuestión no exclusiva del ámbito de la infancia. Así ha ocurrido cuando la sentencia precedente (recurrida en amparo) incurría en falta de motivación en el interés superior de la niña del caso⁵⁵³ o cuando reconoce que la admisión o inadmisión de un procedimiento judicial no podía soslayar, en ningún caso, el interés superior de un niño⁵⁵⁴.

De la resolución de los anteriores casos se aprecia una tendencia de los altos tribunales a analizar casos novedosos, sobre los que no hay doctrina, o socialmente relevantes por despertar el interés generalizado de la ciudadanía, siendo de especial atención para el interés general todos aquellos casos que afectan a algún niño. Además de ello, con anterioridad se ha puesto de manifiesto que el ISN es un concepto que, en general, se trata con especial deferencia por los jueces y tribunales en asuntos de guarda y custodia y en casos de filiación. En concreto se ha expresado que al considerarse cuestión de orden público ha de ser objeto de especial ponderación y estudio en los recursos, que no quedan sujetos a ciertos principios procesales del ámbito civil, que además pueden ser

⁵⁴⁸ Vid. sentencia TS 835/2013 de 6 de febrero de 2014.

⁵⁴⁹ Vid. sentencias TS 740/2013 de 5 de diciembre y TS 836/2013 de 15 de enero de 2014.

⁵⁵⁰ Vid. sentencia TS 416/2015 de 20 de julio.

⁵⁵¹ Vid. sentencia TS 823/2012 de 31 de enero.

⁵⁵² “En consonancia con ello, hemos considerado que la fundamentación “debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio [del interés superior del niño]” (STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 5) o que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en derecho ajena a este criterio (STC 127/2013, de 3 de junio, y hemos afirmado que el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6).” (Vid. sentencia TC 16/2016 de 1 de febrero).

⁵⁵³ Vid. sentencia TC 16/2016 de 1 de febrero.

⁵⁵⁴ Vid. sentencia TC 65/2016 de 11 de abril.

admitidos eliminando todo obstáculo procesal. Estos pronunciamientos ofrecen contraste con el tratamiento que se ofrece a los asuntos de protección infantil en los que no se han dictado ni unos criterios orientadores de la solución, por lo que, mucho menos, han sido objeto de estudio detallado en atención al caso concreto. En realidad, desde la aplicación del Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 de la Sala Primera, de lo civil, del Tribunal Supremo, confirmado por el Acuerdo de 27 de enero de 2017, los requisitos de admisión son tan estrictos⁵⁵⁵ que, pese a no tener errores en la técnica casacional, un recurso puede ser inadmitido, con lo que, a la postre, el resultado que se obtiene es aquel que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil pretendía evitar tras su modernización⁵⁵⁶, es decir, la libre elección del Tribunal Supremo de los asuntos que quiere tratar. Lo mismo puede predicarse del Tribunal Constitucional que adolece de rigurosas decisiones de inadmisión.

Cuando se inadmite un asunto sobre el ISN que se presenta ante un alto tribunal, en realidad se desatiende el requisito de prestar atención al caso concreto, por lo que el ISN se mantendrá en un plano abstracto, lo cual es contrario a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁵⁷.

2. CRITERIOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN INFANTIL

Los criterios generales para la determinación del ISN, son aplicables, o deberían serlo, tanto a los niños cuyos padres deciden poner fin a su relación de pareja, como a aquellos

⁵⁵⁵ “Debe tenerse en cuenta que el recurso no puede ser admitido, entre otros supuestos, si la oposición a la jurisprudencia invocada o pretendida carece de consecuencias para la decisión del litigio, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida; si el criterio aplicable para resolver el problema planteado depende única o sustancialmente de las circunstancias fácticas de cada caso; o si la aplicación de la jurisprudencia invocada o pretendida solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión total o parcial o de los hechos que la Audiencia Provincial considere probados.” (Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de la Sala primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017).

⁵⁵⁶ “De este modo [con los requisitos de justificar el interés casacional], se establece con razonable objetividad la necesidad del recurso. Esta objetivación del "interés casacional", que aporta más seguridad jurídica a los justiciables y a sus abogados, parece preferible al método consistente en atribuir al propio tribunal casacional la elección de los asuntos merecedores de su atención, como desde algunas instancias se ha propugnado. Entre otras cosas, la objetivación elimina los riesgos de desconfianza y desacuerdo con las decisiones del tribunal.” (*Vid.* Preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

⁵⁵⁷ “El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés [STS 13 junio 2011 (RJ 2011, 4526)], y debe valorarse desde la realidad de la vida familiar y no desde la pura abstracción porque lo acordado es beneficioso para la niña” (RODRÍGUEZ LLAMAS, *op. cit.*, p. 574).

que han sido objeto de una medida de protección institucional, pues si solo se aplican a los primeros se incurre en discriminación y vulneración de derechos de los niños bajo medidas de protección y, por ende, de su superior interés⁵⁵⁸. De igual modo, no deberían aplicarse a niños sujetos a medidas de protección⁵⁵⁹, criterios que causarían amplio rechazo social si se pretendiesen aplicar a niños bajo la patria potestad de alguno de sus padres o ambos. Pese a ello, existen unos criterios propios de los niños sujetos a medidas de protección, surgidos de esta precisa circunstancia que, obviamente, ha de distinguirlos de los demás niños.

2.1 La permanencia en acogimiento frente al retorno a la familia de origen

La cuestión del retorno a la familia de origen cuando un niño se encuentra en acogimiento familiar es de las pocas cuestiones sobre las que el Tribunal Supremo ha dictado doctrina en la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio. Ésta resuelve dos cuestiones sobre las que existían pronunciamientos contradictorios en distintas Audiencias Provinciales. La primera se pronuncia sobre el momento en que debe examinarse si existió desamparo, mientras que la segunda se fundamenta en la ponderación del ISN valorando la evolución de la situación posterior al desamparo.

2.1.1. La existencia de desamparo

El caso de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio plantea una oposición al desamparo de una niña por parte de su madre, habiendo fallecido el padre. La declaración de desamparo fue impugnada en tiempo y forma. La oposición fue desestimada en primera instancia y

⁵⁵⁸ “Todo ello, teniendo siempre en cuenta el derecho del menor a no sufrir ninguna discriminación por razón de cualquier circunstancia personal, familiar o social, incluida la discapacidad.” (NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 126). Ya que se menciona la discapacidad, cabe destacar que la condición de niño bajo la tutela o guarda de una Entidad Pública debería ser objeto de especial atención para impedir el uso de criterios discriminatorios.

⁵⁵⁹ “A partir de ahí, el principio [del interés superior del niño] exige en su aplicación, situar a los menores efectivamente, como centro de la preocupación legal, judicial, convencional y administrativa, en dos dimensiones: una positiva consistente en adoptar o acordar acciones o medidas en su beneficio y una negativa, que implica evitar riesgos o vulneraciones en las mismas medidas o acuerdos.” (ACUÑA, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Editorial Dykinson, 2015, p. 107).

estimada en segunda instancia por la sentencia de la sección 1ª de la AP de Toledo 298/2006 de 21 de noviembre, por lo que la niña, que se encontraba en acogimiento preadoptivo desde hacía unos tres años, debía retornar con su madre. La citada sentencia admite expresamente que hubo desamparo, pero considera oportuno el retorno de la niña con su madre en virtud de la evolución de esta última que se encuentra capacitada para el cuidado de la hija debido al cambio de sus circunstancias. Dicha sentencia fue recurrida en casación y no fue ejecutada provisionalmente, por lo que la niña permaneció en régimen de acogimiento durante el tiempo en que se sustanciaba el recurso ante el Tribunal Supremo.

La primera cuestión que resuelve la doctrina citada trata sobre el momento en que debe examinarse si ha existido desamparo o no, para estimar o desestimar la impugnación. La contradicción entre Audiencias proviene del hecho de que unas consideran que se deben examinar las condiciones de desamparo en el momento de la declaración del mismo, mientras que otras consideran que debe tenerse en cuenta la modificación de las circunstancias familiares con posterioridad al momento de la declaración de desamparo para valorar si debe o no mantenerse la tutela administrativa, *con independencia de que inicialmente haya sido procedente*. La doctrina ofrece confusión en este aspecto pero ha de entenderse que se muestra favorable a mantener la primera opción, es decir, que el momento en que debe examinarse si hubo o no desamparo, es el momento de la declaración del mismo. Así puede deducirse de la doctrina dictada, que al calificar al niño de “menor desamparado”, reconoce que éste vivió una situación de desamparo real, que provocó la separación de su familia. También se desprende de la sentencia TS 315/2014 de 6 de junio que expresa que la doctrina dictada muestra una “visión estática”, identificando el momento del desamparo con la “privación de la patria postestad”. De ser la doctrina favorable a la segunda opción, sería innecesaria la legislación en materia de protección infantil, bastando que se aceptase que las Entidades Públicas pueden ejercer todo tipo de injerencias en las familias y separar a sus hijos de forma caprichosa.

El caso enjuiciado, parte de la premisa de que la situación de desamparo está acreditada para la niña del caso, en el momento en que se declaró, pues así lo consideran los jueces del caso tanto en primera como en segunda instancia, por lo que no se considera un hecho controvertido. Por este motivo, dicha doctrina es aplicable solo bajo

esa premisa, siendo indiscutible el derecho al retorno del niño a su entorno familiar de origen en ausencia de tal premisa, en base al contenido del articulado de la CDN y, por supuesto, como expresión del ISN, o más bien como reparación del ISN vulnerado al separar al niño de su familia injustificadamente, lo cual debería llevar aparejada la correspondiente indemnización.

La sentencia TS 84/2011 de 21 de febrero fue dictada aplicando la anterior doctrina, considerando que la ausencia de desamparo impedía mantener la tutela administrativa, en concordancia con lo expuesto, aunque no cabe duda de que influyó en el fallo, el hecho de que la sentencia precedente (de la sección 1ª de la AP de Asturias, 140/2008 de 6 de mayo) hubiese revocado el desamparo y se hubiese ejecutado provisionalmente, comprobándose posteriormente un buen desarrollo en el ejercicio de la patria potestad. Por tanto, en ausencia de desamparo procede el retorno incondicional del niño al entorno familiar de origen, mientras que si hubo desamparo procede examinar la siguiente cuestión que es sobre la que realmente se dicta la doctrina.

El caso que muestra la sentencia TC 11/2008 de 21 de enero en que se reconoce la inexistencia de desamparo, establece el derecho al retorno a la familia de origen, pese a que, en el caso enjuiciado, se considera inviable, por lo que se sustituye por una indemnización.

En base a estos pronunciamientos, lo primero que debería discernirse es la existencia de desamparo en el momento de la declaración.

2.1.2. La evolución posterior al desamparo

La segunda cuestión sobre la que dictó doctrina la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio unificando los criterios contradictorios entre distintas Audiencias Provinciales, responde a la consideración del cambio de circunstancias producido con posterioridad a la declaración de desamparo. Respecto de esta cuestión consideró que esos cambios debían ponderarse en atención al ISN. Las dos posturas existentes respecto de la evolución posterior a la declaración del desamparo son, por un lado, “reconocer de forma preponderante la evolución positiva de los padres con posterioridad a la declaración de

desamparo y estimar la reinserción en la familia de origen como la directriz impuesta en la materia para lograr la protección constitucional de la familia, por el respeto a los derechos de los padres y de los restantes implicados y por el propio interés del niño en mantener los lazos afectivos con su familia de origen” y, por otro lado, “considerar que no es suficiente la evolución positiva de los padres, ni tampoco el propósito o el deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que pudieran haber determinado el desamparo en su momento, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del niño y obtenga mayor interés que manteniendo la situación de acogimiento familiar en que se encuentre”. Respecto de esta cuestión la opción del Tribunal Supremo fue la segunda, en la que se realiza una proyección de futuro que, como tal, tiene posibilidades de ser errónea y causar más daño que beneficio y que se puede fundamentar en aspectos sumamente subjetivos y proclives a la manipulación, especialmente teniendo en cuenta que no se establece ninguna limitación a su aplicación. Por supuesto, tal como expresa la doctrina, ésta ha de ser solo aplicable cuando el niño se encuentre en acogimiento familiar, no en acogimiento residencial en que la existencia de vínculos es imposible, además de ser una medida cuasi-ilegal y perjudicial para el niño⁵⁶⁰.

2.1.3. La ponderación del interés superior del niño

En la aplicación de la doctrina anterior debe ponderarse el ISN para decidir el retorno al entorno familiar de origen o mantener el acogimiento familiar. Los criterios de ponderación, también incluidos en la doctrina dictada por el Tribunal Supremo, forman parte de una lista abierta y son, entre otros:

- el tiempo transcurrido en la familia de acogida
- la integración en la familia de acogida y en su entorno
- el desarrollo de vínculos afectivos
- los medios necesarios para el desarrollo físico y psíquico que obtiene en la familia de acogida

⁵⁶⁰ No sería aplicable esta doctrina al caso de la sentencia TS 658/2001 de 2 de julio en que se plantea el retorno familiar frente al acogimiento residencial.

- las referencias parentales con la familia de origen
- los riesgos relevantes de tipo psíquico que comporta la reinserción en la familia de origen

La ponderación de estos intereses conlleva, obviamente, un amplio margen de subjetividad, además de que, desde el momento en que estos criterios son conocidos por la Entidad Pública, puede influir totalmente para que el niño desamparado ofrecido a una familia en régimen de permanencia cumpla los requisitos que interesa para alcanzar el objetivo propuesto y no defraudar las expectativas de la familia. Por ejemplo, impidiendo la relación del niño con la familia de origen se logra eliminar un requisito a favor de la reinserción familiar, dilatando los tiempos para dictar resoluciones se favorece el transcurso del tiempo en acogimiento y elaborando informes que aprecien la integración familiar, el desarrollo de vínculos y los medios necesarios para el desarrollo físico y psíquico del niño y pongan de manifiesto la inestabilidad que le provocaría un cambio se tienen los elementos completos para impedir la reinserción. En el caso de la sentencia que dictó la doctrina se determinó que la niña permaneciera en acogimiento, pues todos los criterios le eran favorables.

Puede decirse que desde que se dictó la citada doctrina, la reinserción del niño en su familia de origen es prácticamente una opción imposible. La nota diferencial la ofrece la sentencia TS 800/2011 de 14 de noviembre que revocó un acogimiento familiar no preadoptivo, en base a la recuperación de la madre de una enfermedad. Esta sentencia confirma la correspondiente sentencia previa de segunda instancia que, probablemente, había sido ejecutada provisionalmente, por lo que la convivencia de las niñas en su familia se mantuvo al tiempo de dictar sentencia por el alto tribunal, sin que éste alterase su estatus convivencial. Similar pronunciamiento producen las sentencias TSJ de Cataluña 27/2012 de 7 de mayo y 14/2015 de 12 de marzo en que la primera revocó un acogimiento preadoptivo pese a la adaptación del niño a la nueva realidad convivencial y el tiempo transcurrido (criterios que aplicando la doctrina de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio hubiesen decantado, probablemente, la balanza hacia la permanencia del acogimiento) y la segunda consideró que no hubo desamparo sino “situación de riesgo”. En ambos casos se determina que, dada la situación de acogimiento del niño correspondiente, se produzca un proceso paulatino y no brusco para el retorno al entorno de origen, dejando la elaboración de este proceso a los equipos psicosociales.

Mediante el procedimiento especial de asentimiento a la adopción, ciertos niños pueden haber alcanzado el retorno a su familia de origen en los casos en que el Tribunal Supremo ha inadmitido los recursos de las Entidades Públicas, como ocurre en los autos del TS de 5 de octubre de 2016 (rec. 1307/2016), TS de 4 de junio de 2013 (rec. 1309/2012) o TS de 29 de octubre de 2013 (rec. 2850/2012), aunque la imposibilidad de acordar la adopción no garantiza que la reinserción en la familia de origen se haya producido, pues puede mantenerse el acogimiento, precisamente aplicando la doctrina de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio que, en ningún caso obliga a establecer una determinada relación jurídica.

Respecto de la sentencia TS 84/2011 de 21 de febrero cabe decir que es plenamente respetuosa con la reparación del error cometido por la Entidad Pública al haber declarado en desamparo un niño que no lo estaba, ya que cuando no ha habido desamparo no existe riesgo en la recuperación del entorno familiar de origen, con independencia de las nuevas circunstancias que rodeen la vida del niño, además de suponer un derecho fundamental, tanto para el niño como para su familia.

2.2. La determinación del desamparo

La jurisprudencia en relación al desamparo se refiere a sentencias dictadas al amparo de la LOPJM y el Código Civil anterior a la reforma legislativa del año 2015, ya que el desamparo producía automáticamente la separación familiar⁵⁶¹. Con la vigente ley la separación familiar se produce, o se puede producir, por efecto de la “guarda provisional” y es esta separación la que es objeto de interés al ser la que produce efectos sobre los derechos fundamentales del niño y su interés superior. Son muy graves los problemas a los que se enfrenta la sociedad cuando las Entidades Públicas realizan declaraciones de desamparo incorrectas, que podría compararse con el delito de “detención ilegal”. El principal problema es que el sistema judicial consiente tales actuaciones administrativas e, incluso, permite que se consoliden convivencias nacidas de acciones negligentes de la Administración Pública. Mientras que en el ámbito judicial se tratan con gran condescendencia y tolerancia los errores de las Entidades Públicas, las negligencias de los padres en el cuidado de sus hijos se tratan con suma severidad, resultando beneficiados

⁵⁶¹ Vid. SANTAMARÍA, “Tipificación...”, *op. cit.*, pp. 41-43.

otros ciudadanos⁵⁶² mientras que los niños viven bajo la vulneración de sus derechos fundamentales. ALLUEVA⁵⁶³ analiza algunos de los problemas jurídicos derivados de las declaraciones de desamparo.

Se aprecia que muchas sentencias reconocen la existencia de desamparo únicamente por la falta de impugnación de la resolución en el plazo otorgado. Otras veces, se reconoce el desamparo por torpeza en la defensa de los intereses del niño que, en ningún caso, debería provenir de las instancias judiciales que tienen un deber especial de protección del ISN. Junto a ello, se observa un desinterés por dictar doctrina sobre lo que realmente son condiciones de desamparo, lo que quizás guarda relación con el pronunciamiento del proceso de la sentencia TC 11/2008 de 21 de enero que sustituye la imposibilidad de retorno de los hijos por una indemnización, pese a que, en ningún caso, puede sustituir ni compensar, en modo alguno, el daño moral causado⁵⁶⁴.

2.2.1. El reconocimiento tácito del desamparo

Muchas son las resoluciones que consideran que la falta de impugnación del desamparo de un hijo por parte de los progenitores supone que éstos reconocen tácitamente la existencia del mismo⁵⁶⁵, al entenderse probado el desinterés por recuperar la convivencia con el hijo. Ello ha contribuido al hecho de que la actual legislación establezca el desamparo mediante presunción legal cuando éste no se impugna. El reconocimiento tácito del desamparo y la privación de la patria potestad, se presta al entendimiento de que ésta es la consecuencia lógica sobre aquellos progenitores que mantienen una postura pasiva respecto a la situación jurídica de su hijo. Sin embargo, ello obra en detrimento del interés superior del hijo, ya que lo que debería evaluarse es si, por encima de la pasividad

⁵⁶² Vid. CARRASCO, *op. cit.*

⁵⁶³ Vid. ALLUEVA, *op. cit.*, pp. 17-21.

⁵⁶⁴ Vid. GÓMEZ POMAR, “Daño moral”, *InDret 1/2000*, 2000, p. 1, www.indret.com/pdf/006_es.pdf, [consultada el 14 de julio de 2014].

⁵⁶⁵ Así lo muestran sentencias como la del TS 687/2015 de 2 de diciembre, la de la sección 4ª de la AP de Las Palmas, 154/2002 de 18 de febrero, de la sección 2ª de la AP de Sevilla, 491/2002 de 30 de septiembre, de la sección 18ª de la AP de Barcelona de 10 de diciembre de 2002 (rec. 350/2002), de la sección 2ª de la AP de Navarra, 49/2005 de 15 de marzo, de la sección 5ª de la AP de Asturias 296/2005 de 29 de junio, de la sección 2ª de la AP de Zaragoza, 563/2012 de 7 de noviembre, de la sección 4ª de la AP de Les Illes Balears, 473/2013 de 11 de diciembre, de la sección 4ª de la AP de Murcia 759/2015 de 23 de diciembre, de la sección 1ª de la AP de Pontevedra 285/2016 de 26 de mayo, de la AP de Soria, 73/2016 de 23 de junio, entre otras.

de los padres, el hijo tiene derecho a permanecer con ellos, al ser dicho derecho el que se encuentra en juego.

En sentido contrario, por ser una excepción, conviene comentar que la sentencia del JPII nº 5 de Toledo 97/2016 de 28 de junio muestra un caso en que, pese a reconocer la falta de impugnación del desamparo y otras resoluciones administrativas en el plazo otorgado, examina tanto la existencia de desamparo, como el cambio de circunstancias de los progenitores para asumir nuevamente la patria potestad de sus hijos y finalmente, la integración de los niños en la nueva familia, para acordar la propuesta de adopción en la familia de acogida. De este modo, ofrece un proceso de adopción respetuoso para todas las partes implicadas. La sentencia de la sección 2ª de la AP de Córdoba 8/2011 de 25 de enero considera factible la oposición al desamparo, incluso cuando el desamparo no se impugnó en los tres meses posteriores a la resolución de declaración, es decir, en el plazo legalmente establecido, por considerar que dicha resolución planteaba una medida provisional y que el plazo de impugnación empieza a computarse cuando se establece una medida definitiva. En sentido similar se pronuncia la sentencia de la sección 2ª de la AP de Guipúzcoa 198/2013 de 28 de junio. Ambas sentencias ofrecen una postura razonable que, sin embargo, no es mayoritaria y se presta a confusión, pues no se ha establecido ninguna doctrina que aclare este extremo que, aun tratándose de una cuestión procesal es de suma importancia, dadas las graves consecuencias familiares y efectos en los derechos fundamentales que acarrea para el niño.

2.2.2. El reconocimiento expreso del desamparo

El reconocimiento expreso del desamparo no es algo habitual por quien recurre una declaración de desamparo, pues no tiene lógica oponerse a una resolución de declaración de desamparo y reconocer que éste se produjo realmente. Por ello, es de suponer que un letrado que se enfrenta a la oposición a una declaración de desamparo, trate de demostrar que tal desamparo no se produjo y espere obtener una motivación razonable sobre los hechos determinantes del desamparo. Incluso, si el letrado no lo hace, el ISN exige que el juez lo estudie. En relación a ello, cabe analizar la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio antes comentada, en la que se aprecia que *la resolución recurrida, como pone de relieve la parte recurrente, establece que la asunción de la tutela automática estuvo justificada*

en el momento en que se adoptó. Así, el alto tribunal reconoce de forma expresa el desamparo, al igual que lo hicieron las dos instancias anteriores, de tal modo que se excluye el estudio de los criterios administrativos aplicados para la determinación del mismo, cuando era obvio que el justiciable debía esperar una justificación y motivación al respecto. Por tanto, el Tribunal Supremo debió implicarse en el estudio del ISN, no sólo asumiendo el error de la sentencia precedente sobre los requisitos para determinar el retorno a la familia de origen, sino comprobando si el error consistía en considerar que “la tutela automática estuvo justificada” cuando en realidad no lo estuvo, en atención a los criterios utilizados en su declaración. La sentencia considera “hecho probado” la existencia de desamparo sin realizar un análisis en relación al interés superior de la niña que fue separada de su madre⁵⁶⁶, cuando la oposición realizada y, especialmente, el interés superior de la niña, obligaba a cuestionarlo, incluso faltando una argumentación al respecto, por las partes. Hay que constatar que la madre había ganado la sentencia de segunda instancia, siendo la Entidad Pública la que recurrió en casación, por lo que a la dirección letrada de la madre no le correspondía desplegar grandes exposiciones argumentativas en defensa del interés superior de la niña que ya había de considerar respetado con el pronunciamiento de la sentencia recurrida, más teniendo en cuenta que lo que se ataca en casación es el fallo de la sentencia.

2.2.3. Los hechos constitutivos de desamparo

Durante la vigencia de la LOPJM de 1996 las situaciones de desamparo destacadas por la jurisprudencia fueron ciertamente cuestionadas por algunos juristas por estar fundamentadas en la existencia de ciertos niveles de necesidad familiar y condiciones sociales que poco o nada tenían que ver con la desatención a los hijos. Tanto es así que, si lo normal es que las tendencias jurisprudenciales se incluyan en posteriores reformas legislativas, en el caso del desamparo, el legislador se vio obligado, en la reforma del año 2015, a excluir de las causas de desamparo ciertos indicadores recogidos por la jurisprudencia. En ello ha incidido tanto el hecho de que el Tribunal Supremo no haya

⁵⁶⁶ Contrasta con la amplia doctrina existente respecto del asunto de la custodia compartida que, cuando no se acuerda, restringe la relación del niño con el progenitor no custodio, considerándose una cuestión que atenta contra el ISN, por lo que se han estudiado minuciosamente los criterios que pueden conllevar la exclusión de dicha custodia. El Tribunal Supremo ha sido expresamente riguroso en la observación de la aplicación de los criterios que impiden la custodia compartida como muestran las sentencias TS 496/2011 de 7 de julio y TS 323/2012 de 25 de mayo, por ejemplo.

establecido una doctrina sobre los criterios para determinar si existe situación de desamparo como las recomendaciones internacionales que no son ajenas a la problemática del sistema de protección español.

La relación existente entre la declaración de desamparo y el ISN es incuestionable pues, desde el momento en que el desamparo priva al niño del derecho a crecer y desarrollarse en su propia familia ha de quedar perfectamente delimitada la protección que se le ofrece para que su derecho a la integridad física y moral quede salvaguardado. Por ello, si no existe una fundamentación en el daño físico y moral que sufriría el niño junto a sus padres, su separación de la familia incide en la vulneración de su derecho a la integridad moral (artículo 15 CE) y, en consecuencia, a su derecho al respeto a su interés superior. En este sentido procede realizar un análisis tanto de las situaciones excluidas de desamparo como de las que ha considerado el Tribunal Supremo en sus sentencias dictadas bajo la LOPJM de 1996 anterior a la modificación de la LSPIA.

a) Los indicadores excluidos en la ley

Los indicadores de desamparo excluidos en la ley son tres: la pobreza, la discapacidad y el hecho de ser hijo de una víctima de violencia de género o doméstica. La razón de ser de esta exclusión proviene de dos factores. El primero de ellos es su amplio rechazo social, no solo por los sectores implicados, que forman un estrato social desfavorecido, sino también por colectivos de acogedores y personas conocedoras de la situación. El segundo de ellos proviene de la continuada presencia de estos indicadores en la jurisprudencia de muchas Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo. Así, se aprecia que, mientras en otras situaciones, las tendencias jurisprudenciales determinan el contenido legal a favor de consolidar dichas tendencias, en el caso del desamparo ha ocurrido al revés, ya que el contenido jurisprudencial ha obrado en favor de excluir lo que la jurisprudencia pretendía consolidar con el mero argumento de ser la opción administrativa.

La pobreza ha sido manifestada en la jurisprudencia de distintos modos, generalmente sin disimulo alguno, expresada como carencia o inestabilidad de recursos económicos, situación de precariedad económica, escasez o insuficiencia de ingresos

económicos⁵⁶⁷, o a través de la situación laboral de los progenitores, expresada en forma de falta de estabilidad laboral, carencia de empleo, prostitución o circunstancia de percepción de subsidio de desempleo⁵⁶⁸, así como por ciertas condiciones de la vivienda como el reducido espacio, la inestabilidad o la ausencia de dignidad⁵⁶⁹. Se puede apreciar que algunas de las sentencias dictadas bajo dichos condicionantes lo han hecho bajo la vigencia de la nueva ley, lo que supone desoír sus preceptos, pues aunque pueda darse el caso de que el inicio del pleito se produjese con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, no es menos cierto que de la ley de 1996 no cabía entender que tales condiciones pudiesen considerarse motivos de desamparo. Como nota diferencial, las sentencias de la sección 1ª de la AP de Toledo 110/2015 de 28 de abril y de la sección 2ª de la AP de Sevilla 519/2007 de 5 de noviembre consideran que la prostitución de la madre no es causa de desamparo de su hijo.

Otro argumento ampliamente utilizado como causa de desamparo, íntimamente ligado a situaciones de pobreza y marginalidad es el de la carencia de red de apoyo social que, también convendría excluir como motivo de desamparo, pues la propia Administración Pública debería otorgar ese apoyo para evitar la separación del niño de su

⁵⁶⁷ *Vid.* sentencias de la sección 1ª de la AP de Tarragona 238/2016 de 27 de mayo, de la sección 1ª de la AP de Jaén 361/2015 de 9 de septiembre, de la sección 2ª de la AP de Castellón 110/2008 de 23 de septiembre, de la sección 6ª de la AP de Málaga 804/2014 de 19 de noviembre, de la sección 1ª de la AP de Murcia 125/2006 de 27 de marzo, de la sección 3ª de la AP de Badajoz 246/2016 de 14 de noviembre, de la sección 2ª de la AP de Zaragoza 549/2010 de 23 de septiembre, de la sección 4ª de la AP de Las Palmas 154/2002 de 18 de febrero, de la sección 22ª de la AP de Madrid 1077/2014 de 12 de diciembre, de la sección 3ª de la AP de Pontevedra 311/2011 de 21 de julio, de la AP de Palencia 15/2007 de 1 de febrero, entre otras, de las cuales la de la AP de Málaga revocó el desamparo y la de la AP de Zaragoza fue revocada por el TSJ de Aragón.

⁵⁶⁸ *Vid.* sentencias de la sección 1ª de la AP de Tarragona 238/2016 de 27 de mayo, de la sección 6ª de la AP de Málaga 915/2014 de 29 de diciembre, de la sección 6ª de la AP de Valencia 446/2000 de 18 de mayo, de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 250/2015 de 11 de junio, de la sección 1ª de la AP de Murcia 200/2007 de 2 de julio, de la sección 2ª de la AP de Burgos 384/2012 de 19 de octubre, de la sección 2ª de la AP de Zaragoza 262/2004 de 4 de mayo, de la sección 1ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife 301/2002 de 26 de junio, de la sección 4ª de la AP de A Coruña 253/2013 de 14 de junio, de la sección 3ª de la AP de Guipúzcoa 288/2012 de 11 de octubre, de la sección 6ª de la AP de Asturias 306/2005 de 19 de septiembre, de la sección 1ª de la AP de Toledo 154/2010 de 9 de junio, de la AP de Soria 109/2016 de 10 de octubre, entre otras, de las cuales algunas muestran posible consumo de alcohol o sustancias tóxicas, tales como la de la AP de Toledo.

⁵⁶⁹ *Vid.* sentencias de la sección 18ª de la AP de Barcelona 339/2006 de 8 de mayo, de la sección 1ª de la AP de Córdoba 415/2016 de 14 de julio, de la sección 6ª de la AP de Alicante 62/2015 de 13 de abril, de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 223/2009 de 19 de junio, de la sección 1ª de la AP de Murcia 229/2006 de 27 de julio, de la AP de Ávila 238/2003 de 17 de diciembre, de la sección 2ª de la AP de Zaragoza 609/2015 de 10 de diciembre, de la sección 3ª de la AP de Las Palmas 246/2009 de 23 de abril, de la sección 22ª de la AP de Madrid de 27 de febrero de 1996 confirmada por sentencia TS 658/2001 de 2 de julio, de la sección 1ª de la AP de Pontevedra 645/2010 de 27 de diciembre, de la sección 1ª de la AP de Álava 301/2013 de 16 de julio, de la sección 1ª de la AP de Asturias 121/2009 de 19 de marzo, entre otras, de las cuales la de la AP de Ávila y la de la AP de Córdoba confirman la adopción del niño o niños implicados.

familia⁵⁷⁰. Además, este argumento entra en contradicción con el hecho de que se considere desamparo la situación del artículo 18.2 a) LOPJM pues cuando una madre o un padre delegan la guarda de su hijo en terceras personas que pertenezcan a su red de apoyo social, el niño también se considera desamparado⁵⁷¹, llegando al sinsentido de que la exclusión del desamparo es para aquellas situaciones de existencia de red de apoyo, pero sin opción a utilizarla.

Tanto la discapacidad como la enfermedad psíquica o mental de los progenitores han sido argumento que ha servido para declarar el desamparo de los hijos. Algunos ejemplos de sentencias en que las discapacidades se han mostrado como signo de desamparo son la del TS 84/2011 de 21 de febrero o la del TSJ de Cataluña 14/2015 de 12 de marzo y la de la AP de Almería, Sección 3ª, 57/2004 de 10 de marzo, en que habiendo fallado a favor del retorno de los niños con sus padres, no ha impedido un prolongado espacio de tiempo de separación del hijo de su núcleo familiar, con todo el daño que ello produce y las graves consecuencias que puede presentar el niño en la edad adulta. Muchas otras sentencias de jurisprudencia menor mencionan discapacidades o minusvalías de alguno de los padres, ratificando el desamparo de los hijos. Algunas sentencias muestran una relación causa-efecto entre la discapacidad de los padres y la desatención de los hijos⁵⁷². Otras sentencias, muestran posibilidad de que la discapacidad de los padres ofrezca algún impedimento al cuidado del hijo⁵⁷³, mientras que la inmensa mayoría de sentencias (más de 300) de distintas y numerosas Audiencias Provinciales⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ Vid. sentencias de la sección 18ª de la AP de Barcelona 429/2011 de 30 de junio, de la sección 4ª de la AP de Málaga 726/2003 de 23 de septiembre, de la sección 2ª de la AP de Burgos 384/2012 de 19 de octubre, de la sección 2ª de la AP de Zaragoza 665/2011 de 20 de diciembre, de la sección 4ª de la AP de Asturias 169/2015 de 24 de junio, de la AP de La Rioja 265/2014 de 30 de octubre, entre otras, de las cuales la de la AP de Zaragoza y la de la Rioja desembocaron en adopción.

⁵⁷¹ Vid. documento de declaración de desamparo de Servio, del que se hablará en el capítulo siguiente, en ANEXO, pp. A7-A9, en que se aprecia como tercer motivo de desamparo la delegación del cuidado del niño por parte de la madre (*vid.* consentimiento informado para el uso de datos personales en ANEXO, pp. A3, A4) a terceras personas de la red de apoyo que la propia Administración había proporcionado a la madre y al hijo.

Vid. sentencia de la sección 2ª de León 36/2015 de 25 de febrero en que se aprecia que una madre “delegaba el cuidado de su hijo en distintas personas sin relación de parentesco”.

⁵⁷² Vid. sentencias de la sección 2ª de la AP de Castellón 74/2006 de 27 de abril, de la sección 2ª de la AP de Almería, 169/2010 de 18 de octubre, de la sección 1ª de la AP de Albacete 139/2011 de 30 de septiembre, de la sección 1ª de la AP de Ourense 281/2008 de 10 de julio, entre otras.

⁵⁷³ Vid. sentencias de la sección 2ª de la AP de Almería 69/2011 de 5 de mayo o la de la sección 1ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife 449/2013 de 10 de diciembre.

⁵⁷⁴ Vid. sentencias de la AP de Salamanca 138/2015 de 19 de mayo, de la sección 2ª de la AP de Huelva 195/2014 de 18 de septiembre, de la sección 2ª de la AP de Castellón 97/2013 de 31 de julio, y 91/2014 de 27 de junio, de la sección 1ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife 69/2012 de 8 de febrero, de la AP de Ávila 38/2013 de 6 de marzo, de la sección 18ª de la AP de Barcelona 357/2013 de 4 de junio, de la

señalan la discapacidad de los padres, o uno de ellos, sin ninguna prueba de que ésta sea constitutiva de incapacidad para la aceptable atención del hijo. Como especial pronunciamiento cabe mencionar la sentencia de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 114/2015 de 30 de marzo que destaca expresamente la ausencia de riesgos para el hijo, acreditado por personal especializado, a pesar de lo cual el niño se consideró desamparado:

Efectivamente, en lo que respecta a la problemática de salud mental de Doña Carlota, es cierto que el informe de 7 de julio de 2.012 (documento nº 2 de la demanda) del Hospital Son Espases indica que no se aprecian trastornos psiquiátricos que aconsejen la permanencia del ingreso, no observándose sintomatología psicótica objetivable ni conductas de riesgo hacia su hijo, pero no puede dejar de considerarse que en ese mismo informe se establece un diagnóstico de “Trastorno de personalidad no especificado”, con recomendación de que siga tratamiento psicoterapéutico

La discapacidad o minusvalía ha sido además asociada a índices de marginalidad social⁵⁷⁵, por lo que ha sido utilizada por ciertas personas en el umbral de la pobreza para obtener alguna ayuda social o pensión no contributiva⁵⁷⁶, dando la impresión de que no se quiere llamar a las cosas por su nombre, pues la marginalidad social es un concepto distinto al de discapacidad y los recursos otorgados para hacer frente a una situación u otra han de conllevar distinto tratamiento.

sección 10ª de la AP de Valencia 324/2008 de 22 de mayo, de la sección 5ª de la AP de Les Illes Balears 187/2005 de 4 de mayo, de la sección 1ª de la AP de Pontevedra 167/2015 de 30 de abril, de la sección 2ª de la AP de Burgos 222/2013 de 2 de septiembre, de la sección 2ª de la AP de Córdoba 244/2013 de 5 de noviembre, de la cual se preparó recurso de casación que fue inadmitido a trámite por Auto del TS de 4 de noviembre de 2014, por mostrar ejemplos de distintas Comunidades Autónomas.

⁵⁷⁵ El cálculo del grado de discapacidad proviene de una disposición legal, concretamente el “Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad” que en su artículo 4.1 expresa que *la calificación del grado de discapacidad responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos descritos en el Anexo I del presente Real Decreto, y serán objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona, como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social.*

⁵⁷⁶ Tal fue el caso de Pilar Castillo Escobar del que se hablará en el capítulo siguiente (*vid.* consentimiento informado para el uso de datos personales en ANEXO, p. A15) que con el certificado de discapacidad obtuvo una pensión no contributiva de 275 €/mensuales durante 2 años y realizó unos cursos que le permitieron conseguir un trabajo de inserción social, con lo que pudo hacer frente a su precaria situación económica. A cambio de ello, el certificado de discapacidad fue motivo para declarar en desamparo a los dos hijos menores de sus cuatro hijos, (*vid.* certificado de discapacidad en ANEXO, p. A22).

Haber sido víctima de violencia de género se resalta en algunas sentencias en asociación al desamparo de los hijos⁵⁷⁷, sin ánimo de que haya otros motivos que realmente supongan situaciones de las que la ley ha recogido como causantes de desamparo. Sin embargo, la violencia de género o doméstica sufrida por una madre puede suponer un motivo de incapacidad transitoria para, quizás, otorgar a los hijos la dedicación que se merecen, pero, en ningún caso, puede considerarse motivo de desamparo sino, al contrario, ha de ser razón para que se preste especial atención institucional tanto a la madre como al hijo, pese a las discrepancias al respecto que puedan existir entre distintos profesionales⁵⁷⁸.

El hecho de que se mencionen antecedentes de violencia de género denota, en algunos casos, que la Entidad Pública pretende ofrecer en el ámbito judicial una atmósfera de nocividad para el niño que influya en la determinación de la existencia de desamparo, sin que, en realidad, se haya apreciado ningún efecto sobre el niño⁵⁷⁹. Con ello se victimiza doblemente a la madre y al hijo.

Especial mención requiere la sentencia TS 537/2015 de 28 de septiembre en que se aprecia la “precaria situación económica y de aislamiento social en que se hallaba su madre, victima de malos tratos” como indicadores de desamparo que describe la sentencia que precede en el *iter* procesal, dictada por la sección 5ª de la AP de Granada 196/2012 de 11 de mayo, añadiendo la sentencia del Tribunal Supremo que “tras la condena de la pareja de Dª Rafaela por malos tratos y el temor de ésta de permanecer en

⁵⁷⁷ Vid. sentencias de la sección 2ª de la AP de Burgos 255/2015 de 14 de octubre, de la sección 2ª de la AP de Almería 174/2014 de 27 de junio, de la sección 2ª de la AP de Castellón 74/2006 de 27 de abril, de la sección 1ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife 30/2013 de 24 de enero, de la sección 1ª de la AP de Albacete 72/2015 de 27 de marzo, de la sección 1ª de la AP de Tarragona 238/2016 de 27 de mayo, de la sección 2ª de la AP de Guipúzcoa 102/2016 de 2 de mayo, de la sección 1ª de la AP de Pontevedra 645/2010 de 27 de diciembre, de la sección 2ª de la AP de Zaragoza 766/2016 de 7 de diciembre, de la sección 4ª de la AP de Murcia 66/2015 de 5 de febrero y del TSJ de Navarra 6/2016 de 26 de mayo, entre otras.

⁵⁷⁸ “Los profesionales entrevistados de Sagunto opinaban que si el/la niño/a no presenta síntomas evidentes de trastorno, no es necesario “remover las cosas”, y sacarle de su entorno para incluirlo, por ejemplo, en un grupo de apoyo mutuo o mandarlo al psicólogo, una vez los padres se hayan separado y la situación de violencia ha desaparecido, ya que en muchos casos los/as niños/as superan la situación por sí mismos. En cambio, sus colegas de La Vall de Uixo opinaban lo contrario, que una vez detectada la situación de violencia de género, se debe actuar tanto con las mujeres como con sus hijos/as, aun cuando la violencia haya cesado y los/as niños/as no presenten ningún tipo de síntoma de trastornos.” (DINU, “Los niños como víctimas de la violencia de género”, *Trabajo Social Hoy*, Nº 75, 2015, pp. 54).

⁵⁷⁹ En el caso de Servio (*vid.* documento de declaración de desamparo de Servio en ANEXO, pp.A7-A9) el quinto motivo de desamparo es que su madre Carolina fue víctima de violencia de género respecto de una primera pareja que no es el padre de Servio, por lo que no aporta ningún dato de relevancia respecto del cuidado del niño que no tiene ninguna relación con el que se califica de maltratador.

el domicilio en que cohabitaban, la niña fue ingresada en el centro de protección “Ntra. Sra. del Pilar” y la madre en una casa de acogida dependiente del Instituto Andaluz de la Mujer”. De ello se desprende el motivo de la separación de madre e hija que, a la vista del fallo del Tribunal Supremo desembocó en la imposibilidad de retorno de la niña por estar ya integrada en otra familia.

b) *Los motivos recogidos por el Tribunal Supremo*

Puesto que la ley ha delimitado unos indicadores de desamparo en el artículo 18.2 LOPJM, a continuación se analiza si esos indicadores provienen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para lo cual se realiza un recorrido por algunas de las sentencias citadas por el alto tribunal. A su vez, cabría esperar que los indicadores que la ley ha excluido no estuviesen presentes en las sentencias del Tribunal Supremo, aunque ya se ha visto que ello no es así.

La sentencia TS 36/2012, de 6 de febrero considera situación de desamparo de un niño el hecho de que su padre no inscribió su paternidad en el Registro Civil en el momento del nacimiento de su hijo. La reclamación de paternidad que hizo el padre en el tiempo legalmente establecido no se considera una acción responsable para asumir la patria potestad del niño. Pues bien, esta situación no ha sido reconocida explícitamente por la legislación como causante de desamparo, quizás porque la sentencia TEDH K. A. B. (Petición nº 59819/08) de 10 de abril de 2012 considera que, efectivamente, la reclamación de paternidad es un acto de responsabilidad que no es determinante de desamparo. Ahora bien, la mencionada sentencia del Tribunal Supremo consideró además que el padre después de la inscripción de la filiación no tomó ninguna medida para hacerse cargo del hijo, así como los antecedentes de violencia contra la madre del niño, cuestiones ambas que no estaban presentes en la sentencia del Tribunal Europeo citada. A pesar de ello, los antecedentes de violencia contra terceras personas no se ha recogido en la legislación como causante de desamparo, aunque sí el desinterés del progenitor por ejercer su rol protector, que lo será tanto para los niños que se han dejado en guarda voluntaria durante el plazo máximo establecido (artículo 18.2 b) LOPJM) como para los casos de reconocimiento tácito antes aludido, en que el desamparo no se impugna en los dos meses posteriores a su declaración.

La sentencia TS 658/2001 de 2 de julio justifica el desamparo de una niña en que *sus padres, aparte de habitar una vivienda en mal estado, eran consumidores de alcohol y por sus desavenencias matrimoniales*. No se aprecia ponderación del beneficio de carácter afectivo que la familia proporcionaba a la niña del caso. Tampoco se especifica perjuicio alguno para la citada niña, aunque la sentencia aprecia sus preferencias respecto de su propia situación denunciando *sufrimiento de la hija de la recurrente al hallarse separada de su familia, hasta el punto de que en alguna ocasión el Centro de Acogida ha puesto de manifiesto la necesidad de que la misma fuera entregada a sus padres*.

La sentencia TS 1275/2001 de 31 de diciembre justifica el desamparo de unos hermanos en la *detectada situación de abandono físico de los mismos, en cuanto carentes de persona adulta que asumiera su cuidado, no siendo ajenos a dicho estado determinados trastornos padecidos por D^a Inmaculada B. F., madre de aquellos, [...] carecer de medios económicos para hacerse cargo de ellos la misma madre y por existir una sospecha de drogadicción de los niños*. El fundamento del desamparo en la existencia de sospecha es contraria al propio contenido del artículo 172 CC que identifica la situación de desamparo como “situación de hecho”, por lo que la mera sospecha requeriría de la investigación necesaria para determinar su certeza o falsedad.

La sentencia TS 838/2002 de 23 de septiembre fundamenta el desamparo en la *desestructuración familiar, desidia y negligencia en los progenitores, su apatía y tendencia al aislamiento, incapacidad de los mismos para atender debidamente a sus hijas*, manifestando los efectos sobre las niñas: *síntomas de raquitismo y falta de higiene detectados en el momento del desamparo y retraso a nivel intelectual y carencia de autonomía respecto a higiene, horarios, alimentación, etc.* en que no se aprecia el momento en que se detectaron tales deficiencias que bien podrían ser causas del internamiento a que fueron sometidas.

La sentencia TS 565/2009 de 31 de julio fundamenta el desamparo en la *negligencia en el cuidado de la menor, inadecuadas condiciones de la vivienda, conflictos de pareja y negativa a admitir el apoyo de los servicios sociales*. Dicha sentencia ha sido analizada anteriormente y, como se ha puesto de manifiesto, guarda silencio sobre los criterios para determinar el desamparo, aunque considera que en el caso enjuiciado, lo hubo, bastando para ello que el argumento se centrara en negar la

persistencia del desamparo. De las condiciones que motivaron el desamparo, solo la negligencia en el cuidado de la niña ha sido recogido por la legislación como causa de desamparo que se desprende de la falta de habilidades de la madre para el cuidado de la hija que, según la sentencia, le produjo malnutrición en una ocasión, aunque cabría distinguir si ocurrió por carecer de dinero para comprar alimentos.

La sentencia TS 60/2012 de 17 de febrero reconoce como causas de desamparo de una niña “una serie de problemas con la madre” sin destacar ningún efecto sobre la hija, lo cual incumple la necesidad de relación causa-efecto entre los incumplimientos de los padres y las desatenciones y problemas en los hijos. En el plano concreto se mencionan que *en 2009, la madre padece un "trastorno delirante persistente sin especificación", con nula conciencia de su enfermedad y sin seguir el tratamiento prescrito* de lo que cabe deducir que, en 2007, cuando se produjo el desamparo, también existía ya que menciona la ausencia de cambios en ese aspecto. Otros hechos que se consideran causantes de desamparo son que *la madre carece de recursos económicos y de una residencia digna; había rechazado ayudas oficiales, el ingreso en un piso tutelado y no tiene trabajo*. Esta sentencia muestra un caso de trastorno mental (discapacidad) y múltiples indicadores de pobreza que, como la legislación ha destacado, no son causas de desamparo. Cabe preguntarse si el desinterés de la madre por superar sus problemas (no seguir el tratamiento prescrito y rechazar ayudas oficiales) ha de considerarse causa de desamparo. La respuesta a ello ha de ser concordante con el efecto que produzca en su hija del que la sentencia guarda completo silencio. Si, por ejemplo, el hecho de rechazar el ingreso en un piso tutelado, produjese el efecto inequívoco de la indigencia de la niña, entonces el desamparo quedaría plenamente justificado, pero no en cualquier otro caso que no tuviese efectos negativos sobre la hija.

Un caso en que se fundamenta el desamparo en la carencia de habilidades parentales es el de la sentencia TS 537/2015 de 28 de septiembre, en que no se aprecia el efecto que produce sobre la hija de la demandante. Ahora bien, la sentencia muestra también que la madre no ha mostrado interés en adquirir dichas habilidades al rechazar la ayuda administrativa. La carencia de habilidades parentales estaría encuadrada dentro de los apartados c), d) y e) del artículo 18.2 LOPJM aunque en este precepto legal se incide, de algún modo, en los efectos sobre el niño, de los cuales la citada sentencia guarda completo silencio. Así, para conocer el acierto judicial de la sentencia cabría investigar

por un lado, los daños sufridos por la niña por causa de las carencias de su madre, y por otro, la evaluación realizada sobre las habilidades parentales que debería ser precisa y rigurosa.

Las sentencias TS 540/2015 de 15 de octubre y TS 170/2016 de 17 de marzo fundamenta el desamparo de los niños afectados en la *falta de cuidados, atención y cariño que padecía*, por lo que expresan efectos sobre el niño. La primera de las sentencias citadas asegura que dicho argumento no ha sido desvirtuado por otras pruebas o informes de parte. También consta que se inicia *la apertura de expediente por desasistencia, indicada en un informe del hospital en que el niño ingresó de urgencia por una crisis convulsiva*, lo que obliga a cuestionarse si los efectos sobre el niño son reales, pues no se aprecia ningún indicio de esas carencias, existiendo motivos para pensar que son manifestaciones de algún técnico de la Entidad sin más rigor probatorio.

La sentencia TS 444/2015 de 14 de julio no pone en duda la existencia de desamparo pues la sentencia precedente de la sección 2ª de la AP de Castellón 97/2013, de 31 de julio realiza un profuso estudio tanto de las causas de desamparo como de los efectos producidos en los hijos. En dos de las hijas se evidencia falta de estimulación y retraso madurativo, siendo el desamparo motivado por el hecho de que los padres abandonaron el tratamiento para la superación de dicho problema. El menor de los hijos fue abandonado durante horas en el domicilio.

La sentencia TS 407/2015 de 9 de julio fundamenta el desamparo de una niña en lo que llama “factores de riesgo” que calificados de este modo no deberían haber causado la separación familiar de la niña. Sin embargo, la niña del caso fue tutelada en el momento de su nacimiento, por lo que, lo que fue determinante de su desamparo, fue el hecho de que tuviera hermanos tutelados y no su situación de privación de asistencia moral o material.

Un caso en que se evidencia maltrato físico y abandono emocional como causas que motivaron el desamparo del niño es el de la sentencia TS 315/2014 de 6 de junio, ambas recogidas en la legislación actual, por lo que no ofrece posibilidad de error en ese sentido, especialmente en lo que respecta al maltrato físico del que puede deducirse el maltrato emocional.

La jurisprudencia relevante en relación al desamparo en sentido negativo, es decir, que considera la inexistencia de desamparo, proviene de la sentencia TS 84/2011, de 21 de febrero, la cual dictamina que un niño no puede declararse en desamparo por peligros “potenciales”, sino que su situación de desprotección debe ser real. Ello es coherente con el artículo 172 CC que concibe el desamparo como “situación de hecho”.

Del análisis de las sentencias anteriores puede decirse que los motivos de desamparo recogidos por la jurisprudencia hasta el momento son poco proclives a mostrar los perjuicios sobre los hijos y más a mostrar las deficiencias de los padres, con total inobservancia de las necesidades afectivas de los niños. Es también patente que la negativa de los padres a ceñirse a las indicaciones de las Entidades Públicas se considera causa de desamparo, además de los motivos ya excluidos expresamente por la vigente ley, como son la pobreza y la discapacidad. Por supuesto, el maltrato físico es uno de los casos más claros de desamparo, aunque no así el maltrato emocional que habría de presentarse con pruebas contundentes, tanto de los efectos como de los causantes. Se echa en falta una argumentación estricta sobre las incompetencias de los padres, los daños de los hijos y la relación causa-efecto entre unas y otros, pues eso es lo que, según la doctrina legal, demostraría una situación de desamparo. Por tanto el Tribunal Supremo debería haber evaluado cómo se han ponderado estos tres elementos en la determinación del desamparo lo que ofrecería una respuesta respetuosa con el ISN. Se aprecia que la ley ha realizado una detallada relación de efectos sobre los hijos como causas de desamparo, en los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo incide muy poco, por lo que se deduce que el detalle de la ley no proviene de lo que ha dictado el alto tribunal que, al contrario, menciona como elementos del desamparo cuestiones que la ley ha excluido.

2.3. Los motivos de internamiento en centros de protección

La jurisprudencia muestra en qué casos se toman decisiones sobre internamientos de niños o adolescentes en instituciones afectando, según las circunstancias, a sus derechos fundamentales. Las distintas situaciones detectadas en que esto ocurre son, principalmente, en caso de divorcios o separaciones de alta conflictividad entre los padres, en caso de desamparo del niño y en caso de niños bajo tutela administrativa. Teniendo en cuenta el concepto del ISN y las obligaciones de los Estados, éstos deberían

ponderar, ante situaciones de conflicto, sus decisiones que, en ningún caso, deberían perjudicar ni afectar al niño.

En divorcios o separaciones de alta conflictividad se rechaza el acogimiento residencial planteándose como una posibilidad excepcional⁵⁸⁰, ya que éstos suelen resolverse mediante el intercambio de los hijos en puntos de encuentro familiar, especialmente destinados a esta finalidad. En aquellos casos en que se produce internamiento se valora el riesgo de los hijos en la convivencia con cada un de los progenitores y los hijos son declarados en desamparo por lo que el acogimiento residencial responde realmente a esta nueva circunstancia⁵⁸¹.

Las resoluciones judiciales que acuerdan acogimientos residenciales en casos de desamparo son numerosas. En ausencia de datos precisos sobre las posibilidades de establecer acogimientos familiares para esos niños no puede decirse que tales decisiones incurriesen en vulneración de sus derechos, aunque ello muestra que el programa de acogimientos familiares no está bien implantado, pues la carencia de acogimiento de urgencia obliga a internar al niño, ante una situación de desamparo sobrevenida. La jurisprudencia muestra que esta es una práctica que se da en todas las comunidades autónomas y que, en su mayoría, respaldan las audiencias provinciales⁵⁸² sin aportar argumentos sobre la posibilidad de acogimiento familiar ni expresar la dotación de familias acogedoras para, en su caso, demostrar la imposibilidad de acogimiento familiar que haría que el acogimiento residencial fuese acorde con la ley.

Otros internamientos de niños bajo tutela administrativa, protegidos por una medida de acogimiento familiar, se producen ante situaciones de conflicto. Por lo general,

⁵⁸⁰ Vid. Auto del JPI nº 3 de Valdemoro de 3 de julio de 2014 y las sentencias de la sección 2ª de la AP de Navarra 56/2008 de 18 de febrero y 6/2014 de 24 de enero.

⁵⁸¹ Vid. sentencia de la sección 5ª de la AP de Granada 407/2012 de 26 de octubre y de la sección 2ª de la AP de Córdoba 1/2011 de 4 de enero.

⁵⁸² Vid. sentencias de la sección 2ª de la AP de Zaragoza 341/2006 de 27 de junio, de la AP de La Rioja 173/2007 de 4 de junio, de la sección 18ª de la AP de Barcelona 54/2008 de 23 de enero, de la sección 2ª de la AP de Cantabria 332/2009 de 6 de mayo, de la sección 4ª de la AP de Vizcaya 438/2009 de 11 de junio, de la sección 1ª de la AP de León 466/2012 de 14 de noviembre, de la sección 3ª de la AP de Las Palmas 116/2013 de 4 de marzo, de la Sección 22ª de la AP de Madrid 792/2013 de 18 de octubre, de la sección 1ª de la AP de Toledo 2/2014 de 8 de enero, de la sección 6ª de la AP de Alicante 266/2014 de 4 de diciembre, de la sección 1ª de la AP de Jaén 70/2015 de 16 de febrero, de la sección 1ª de la AP de Ourense 85/2015 de 12 de marzo, de la sección 6ª de la AP de Asturias 79/2015 de 23 de marzo, de la sección 3ª de la AP de Navarra 251/2016 de 20 de mayo, de la sección 3ª de la AP de Badajoz 127/2016 de 25 de mayo, de la sección 4ª de la AP de Les Illes Balears 194/2016 de 15 de junio, por citar ejemplos de distintas Comunidades Autónomas.

la polémica se ha planteado entre las opciones de retornar a la familia de origen o permanecer en acogimiento, aunque otros internamientos han sido impuestos para facilitar el acoplamiento del niño a una familia ajena, cuando la voluntad del acogedor era la de mantener el acogimiento. Los casos conocidos no son abundantes (aunque son bastantes más los casos ocultos), pero sí son de un gran dramatismo e impacto en el orden público, por evidenciar el daño producido en los niños que podía haberse evitado con la correcta aplicación de la ley. El tratamiento judicial que se ha dado a estos internamientos resulta ciertamente sorprendente, pues no se ha tenido en cuenta que se ha privado a los niños de su derecho a crecer en el seno de una familia, recogido por la CDN. Otra situación de internamiento se presenta cuando la edad del niño o su conducta no hace previsible la buena integración en una familia. Por último, hay internamientos que se prolongan por falta de interés de las autoridades e imposibilidad de los particulares para impugnar el internamiento.

2.3.1. La ausencia de acogimiento familiar de urgencia

Los programas de acogimiento de urgencia no se encontraban presentes en la legislación hasta las leyes del año 2015 y, aunque existían conceptualmente, muchas CCAA no los tenían desarrollados. Por ello, cuando un niño caía en desamparo de forma repentina, lo cual es habitual, no había otra opción más que el internamiento en un centro de primera acogida. Aquellos niños que disponían de familia extensa para ocuparse de ellos podían ser acogidos inmediatamente en su propio entorno familiar, pero no así los demás⁵⁸³. Sin embargo, se daba también la situación de que las Entidades Públicas, a la espera de alguna reacción por parte de los padres de los niños en residencias, mantenían internados a éstos, por lo que solo establecían el acogimiento cuando estimaban que el retorno era prácticamente imposible y, en tal caso, lo establecían de modalidad preadoptiva. Tal fue el caso enjuiciado en la sentencia de la sección 3ª de la AP de Las Palmas 169/2007 de 30 de abril conocido como el caso de Piedad (nombre ficticio), una niña canaria que antes de

⁵⁸³ “El 82,7% de la muestra total había tenido algún tipo de intervención anterior desde los servicios sociales de familia e infancia, sin que existan diferencias significativas entre extensa y ajena. Sin embargo, aparecen diferencias significativas muy importantes cuando se analizan separadamente los distintos tipos de intervención anterior realizada. En el caso de familia ajena, aproximadamente dos de cada tres casos han pasado por acogimiento residencial (69%), mientras que sólo algo más que una quinta parte de los casos de familia extensa (23%) habían tenido esta experiencia. (FERNÁNDEZ DEL VALLE, LÓPEZ, MONTSERRAT y BRAVO, *op. cit.*, p. 87).

iniciar un acogimiento preadoptivo permaneció los siete primeros meses de vida con su madre y luego bajo internamiento hasta los tres años de edad, por no estar previsto un acogimiento temporal con opción de retorno a la familia biológica⁵⁸⁴. Es decir, solo estaba previsto el internamiento, el acogimiento preadoptivo y la posterior adopción para los niños canarios.

En realidad, la citada sentencia en relación a Piedad recoge argumentos que denotan que considera que pudo ser un error el haber establecido el acogimiento familiar, a pesar de ser la medida de protección que se considera más favorable para cualquier niño, aunque quizás lo que considera inadecuado fue la modalidad del acogimiento que fue lo que realmente provocó el problema con la acogedora, además de ser conocedora de las incapacidades de las que, según su criterio, adolecía la madre:

y que la Administración, teniendo pleno y perfecto conocimiento del litigio del que dimana el presente Rollo, confirió un régimen de acogimiento preadoptivo de la menor Piedad, [...], a cargo de la Sra. Perera, la cual también tenía conocimiento del mismo y pese a lo cual acogió a la niña, tal como se deduce de los datos fácticos expuestos, lo que, lamentablemente, dado tal modo de proceder, conculcándose la más mínima prudencia, ha dado lugar a una situación que en absoluto está favoreciendo a la menor.

La tendencia del acogimiento familiar en el caso de España ha sido fuertemente destinada a la continuidad del acogimiento, siendo infrecuente el plan de retorno⁵⁸⁵, lo cual ha provocado que los acogimientos con posibilidad de retorno hayan sido residenciales, ya que resulta más sencillo de implantar y controlar, además de que evita posibles conflictos judiciales entre la familia de origen y la familia de acogida, aunque la jurisprudencia no muestra que hayan existido este tipo de conflictos, que se mantienen en un plano hipotético. Únicamente los acogimientos preadoptivos han provocado polémica con la familia de origen.

⁵⁸⁴ Vid. http://www.prodeni.org/Justicia%20y%20menores/Piedad%20Tenerife/piedad_vuelve_a_un_centro_de_menores_20081125.htm [consultada el 19 de marzo de 2015].

⁵⁸⁵ “la primera de estas categorías, la de continuidad, es la que presenta tanto en familia ajena como en extensa más de dos terceras partes de los casos (67% y 71% respectivamente). Aparece en segundo lugar el plan de retorno familiar, que resulta ligeramente más frecuente para familia extensa (17%) que para familia ajena (13%).” (FERNÁNDEZ DEL VALLE, LÓPEZ, MONTSERRAT y BRAVO, *op. cit.*, p. 92).

Pese a que la medida de acogimiento residencial resulta altamente perjudicial para los niños, se observa jurisprudencia en que los padres se oponen al acogimiento residencial juntamente con el desamparo⁵⁸⁶, pero pocas en que se combata por sí solo el acogimiento residencial⁵⁸⁷. Otras veces se impugna el acogimiento preadoptivo, prefiriéndose el residencial,⁵⁸⁸ aunque esta situación se deriva del hecho de que los padres no quieren perder contacto con sus hijos. En cuanto a las sentencias que mantienen el acogimiento residencial frente al retorno al entorno biológico⁵⁸⁹ habría que ponderar muy bien el perjuicio que pueden producir los padres a los hijos, puesto que el perjuicio del acogimiento residencial es indiscutible.

2.3.2. El objetivo de reinserción en la familia de origen

El acogimiento preadoptivo ha sido foco de conflictos cuando la familia de origen ha reclamado su derecho a tener al niño consigo que, a su vez, suponía el derecho del niño a recuperar su familia de origen. Existen varios casos recogidos por la jurisprudencia que se han caracterizado por el fracaso en las actuaciones de protección, al acordar internamientos producidos con el objetivo de reinserción en la familia de origen. Algunos de ellos, han tenido gran repercusión mediática y amplio rechazo social, como el de Piedad previamente comentado. En todos ellos, se aplicó a cada uno de los niños una medida de protección de acogimiento familiar que resultó plenamente satisfactoria, tanto para los niños, como para las familias quedando probado que los niños sufrieron desamparo en sus respectivas familias de origen. Transcurrido un tiempo de acogimiento, se tomó la decisión judicial de retorno de los niños a sus respectivas familias de origen como expresión de los derechos fundamentales de los niños y sus familias. Los acogedores se opusieron a esa decisión al tener todos ellos expectativa de adopción, obteniéndose los correspondientes pronunciamientos judiciales. Ante ello, no se puede poner en duda que la recuperación del entorno familiar de origen es un derecho del niño, como no se puede dudar que el internamiento en un centro institucional no lo es, además de suponer un grave riesgo para su salud psíquica, como ya se ha argumentado previamente. De ahí que los estudios científicos y la científicamente argumentada opinión

⁵⁸⁶ Vid. sentencia TS 537/2015 de 28 de septiembre.

⁵⁸⁷ Vid. sentencia TS 658/2001 de 2 de julio.

⁵⁸⁸ Vid. sentencias TS 60/2012 de 17 de febrero y TS 170/2016 de 17 de marzo.

⁵⁸⁹ Vid. sentencias TS 658/2001 de 2 de julio y TS 170/2016 de 17 de marzo para uno de los hermanos.

de los expertos como PALACIOS⁵⁹⁰, afirman que *es seguro que el supremo interés del menor no está en su institucionalización*.

La controversia entre el retorno del niño a la familia de origen o la permanencia en acogimiento se resolvió mediante la doctrina de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio, comentada previamente, que, en ningún caso, plantea la posibilidad de mantener al niño en un centro institucional para preservarlo de la polémica.

a) *Evitar los vínculos afectivos en familia ajena*

El Tribunal Constitucional se pronunció con inusitada rapidez sobre la cuestión controvertida del retorno de un niño en acogimiento a su familia biológica. El caso es conocido como el del niño de El Royo⁵⁹¹ que tenía tan solo dos años cuando se dictaron los autos TC 27/2001 de 10 de febrero y TC 28/2001 de 1 de febrero, respecto de los recursos interpuestos por los acogedores y la Administración respectivamente, contra las decisiones previas de retorno a la familia biológica.

Tanto el niño de El Royo como Piedad fueron internados, tras un exitoso acogimiento, para ser “desintoxicados” de los vínculos afectivos de sus respectivas familias acogedoras y, así, favorecer la integración en su correspondiente familia biológica tal como habían decidido las sentencias judiciales en contra de lo que defendían las Entidades Públicas. Por supuesto, la falta de vínculos que se produce por el internamiento no facilita una posterior integración familiar, pues esa carencia es foco de múltiples problemas como ya se ha argumentado previamente, además de hipotecar la futura salud mental del niño.

El niño de El Royo nació en enero de 1999 y, al poco tiempo de nacer, inició un acogimiento preadoptivo con una familia de El Royo, en la provincia de Soria, que se prolongó durante más de un año. La madre del niño recurrió la decisión de constitución

⁵⁹⁰ PALACIOS, *Los niños invisibles*, http://elpais.com/diario/2010/11/03/opinion/1288738812_850215.html [consultada el día 19 de marzo de 2015]

⁵⁹¹ *Vid.* caso del niño de El Royo http://www.abc.es/hemeroteca/historico-12-02-2001/abc/Sociedad/padres-de-acogida-del-ni%C3%B1o-de-el-royo-renuncian-a-su-custodia_12205.html [consultada el 19 de marzo de 2015]. *Vid.* caso de la niña de Benamaurel http://elpais.com/diario/2006/07/02/domingo/1151811693_850215.html [consultada el día 19 de marzo de 2015].

de acogimiento preadoptivo y la Audiencia Provincial decidió el retorno paulatino del niño junto a su madre con un internamiento previo. Tanto los acogedores como la Junta de Castilla y León, recurrieron en amparo esta decisión provocando los dos pronunciamientos antes citados de los cuales, el auto TC 28/2001 de 1 de febrero se pronuncia del siguiente modo:

Lo que resulta claro es que el riesgo al que puede haberse sometido la integridad física y psicológica del menor es aún una hipótesis que el Juez de primera Instancia contempló en su resolución acordando, de un lado, denegar la constitución de un acogimiento familiar preadoptivo, de consecuencias tan severas y radicales respecto de los vínculos jurídicos con la familia biológica del niño.

[...] habida cuenta de las circunstancias, como para privar a la madre biológica de su hijo, como pretendía la Administración, iniciando lo que, en definitiva, no es sino una fórmula de procedimiento adoptivo. En contra de lo argüido por la Junta de Castilla y León, el que así se haya articulado judicialmente la denegación de la constitución del acogimiento familiar preadoptivo pretendido, pone de manifiesto el carácter motivado y fundado de las resoluciones judiciales

Del texto citado se desprende una valoración errónea ya que, el acogimiento familiar del que disfrutaba el niño no privaba ni a éste ni a su madre del derecho de ambos a recuperar su convivencia, al ser una medida provisional, incluso cuando es de carácter preadoptivo. El mero hecho de que pudiese revocarse por decisión judicial muestra la provisionalidad de dicho acogimiento que, por tanto, no tenía consecuencias inmediatas en los vínculos jurídicos del niño. Por otro lado, de haberse iniciado el proceso adoptivo, la madre habría tenido plenas garantías jurídicas en él, pues así lo prevé el procedimiento. Ahora bien, el hecho de haber confirmado judicialmente un acogimiento preadoptivo, lo que venía a admitir era la imposibilidad de retorno del niño a su familia de origen y esto fue lo que la Audiencia Provincial no quiso contemplar. Por tanto, probablemente, el problema no se habría planteado si el acogimiento no hubiese sido preadoptivo y se hubiese contemplado la opción de retorno que el acogedor habría tenido que respetar. Continúa diciendo el auto que “la constitución de un acogimiento residencial provisional dirigido a propiciar la reinstauración de las relaciones de la madre

biológica con su hijo, en un Centro dependiente y bajo la supervisión, precisamente, de la Administración recurrente” era lo más adecuado para el niño.

Con ello, se ignoró por completo el daño de la permanencia en una institución, siendo éste un hecho constatado como destaca PALACIOS⁵⁹² al afirmar que *existe una apabullante evidencia científica que muestra las graves desventajas de la institucionalización*, que proviene de privar al niño de su necesidad afectiva básica, de su estabilidad y de las rupturas afectivas, ya ampliamente argumentadas con anterioridad, en que, además, existe en la actualidad consenso entre los investigadores. Sigue diciendo el auto que no cabe “soslayar lo paradójico que resulta que la Administración recurrente denuncie los riesgos que para el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral del menor pueda conllevar su acogimiento en una institución que de ella depende.” Se desprende de este texto que la Administración recurrente defendía el acogimiento familiar, lo cual consideran paradójico los jueces del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la Administración mantenía una postura coherente, pues no resulta paradójico que disponga de instituciones para el uso de internamiento subsidiario que la ley dispone para los casos en que no es posible establecer acogimiento familiar.

El auto continúa justificando la argumentación de la resolución de instancia respecto de los riesgos para el niño considerando que “los órganos judiciales de la jurisdicción civil tuvieron en cuenta el riesgo para la salud y el desarrollo personal y familiar del menor que podía ofrecer su convivencia con su madre biológica hasta el punto de no resolver de plano la reiniciación de su convivencia; pero también consideró fundadamente que ese riesgo no era de tal magnitud”. Impedir el inicio de la convivencia de madre e hijo y, a su vez, considerar que el “riesgo no era de tal magnitud” supone un argumento del todo punto contradictorio que, sin duda, hoy día, no pasaría el canon de motivación constitucional que requieren las decisiones fundamentadas en el ISN, al carecer de toda razonabilidad, máxime cuando la ley preveía la declaración de “situación de riesgo” que debía llevarse a término en el seno de la familia. La otra opción era mantener la convivencia del niño en acogimiento familiar, atendiendo a su interés superior, no sin ello iniciar contactos supervisados entre madre e hijo que hubiesen permitido conocer las posibilidades reales de retorno del niño junto a su madre.

⁵⁹² Vid. PALACIOS, *op. cit.*

Por último, se sostiene la ausencia de vulneración de los derechos del niño, pues se dice que “tampoco se ha acreditado, por otra parte, que las resoluciones judiciales impugnadas hayan afectado a los derechos a la vida y a la integridad física y moral del menor (art. 15 CE), que pudiere ser otra de las razones que permitiría a este Tribunal examinarlas a la luz de la Constitución”. Esta falta de acreditación resulta contraria a la delimitación del ISN que requiere de la documentación necesaria para discernir lo que resulta más conveniente.

Los problemas afectivos que desencadena el internamiento deberían considerarse vulneradores de la integridad moral del niño, por lo que afectaría plenamente al artículo 15 CE⁵⁹³. Además, la permanencia en el centro transgredía frontalmente el derecho fundamental del niño a vivir en un entorno familiar que consagra el artículo 10 CE, al afectar al libre desarrollo de su personalidad y los derechos que exige la CDN, en relación con el artículo 39 CE, especialmente grave por la corta edad del niño. Además, la sentencia de instancia vulneró el artículo 21.1 LOPJM, pues no cabe duda de que existía para el niño una opción de acogimiento familiar satisfactoria y que el tiempo de internamiento debía ser nulo. Según ello, puede decirse que el auto del Tribunal Constitucional no apreció adecuadamente el error de la resolución judicial en la apreciación del ISN ya que consideró que el internamiento no vulneraba ese interés. Y, sin embargo, la permanencia en el centro vulneraba el derecho fundamental del niño a vivir en un entorno familiar que consagran diversos artículos de la CDN, entre los que destaca el artículo 20, pues si bien, dicho artículo plantea la posibilidad de acogimiento residencial, éste debe tomarse como una opción de último recurso, ante la imposibilidad de una opción familiar, por sus conocidos efectos adversos.

En el caso de Piedad se dictó la sentencia de la sección 3ª de la AP de Las Palmas 169/2007 de 30 de abril, antes citada, en la que se observa que Piedad había estado internada desde temprana edad antes del acogimiento familiar, que se había iniciado en

⁵⁹³ “Según el Alto Tribunal, ninguno de los «derechos fundamentales del art. 15 CE extienden su protección a lo que no son sino meras expectativas, a disfrutar de una determinada forma de vida, sea esta familiar o individual, que se tiene por una de las partes en el litigio como la deseable para cualquier individuo, y por tanto, también para el menor en cuestión. Se trata, pues, de una cuestión ajena al contenido singular y específico de cada uno de los derechos fundamentales que nuestra Constitución garantiza» (FJ 2). No se integrarían en el art. 15 CE, por tanto, unos pretendidos, según la terminología empleada por el Alto Tribunal, derechos a una vida «acogedora» y «estable».” (CABEDO, “Marco constitucional...”, *op. cit.*).

marzo de 2005, ya que la madre “presentó una demanda de oposición a la "declaración de desamparo", dictándose auto el 13.12.04 por el que se acordó el archivo de las actuaciones al no haberse formalizado la demanda, así que la firmeza de la declaración de desamparo se configura como determinante y justificativa de las actuaciones posteriores seguidas por la administración autonómica para proteger a la menor y actuar en defensa de los intereses de Piedad”. De ello se infiere el desamparo de Piedad, cuando llevaba más de un año internada con completa desatención e interés por parte de su madre, que fue el motivo por el que la Administración decidió el acogimiento familiar de carácter preadoptivo. La propia sentencia reconoce que ante tal situación no era posible el regreso de la niña con su madre, pues queda patente que ésta debía mostrar una actitud activa para la recuperación de la patria potestad, ya que la propia sentencia reconoce la necesidad de que “inste el cese del desamparo para hacer legalmente posible, en su caso, la reintegración de la menor en su entorno biológico.”

Así, se impuso un internamiento en centro totalmente antijurídico, más como castigo a la acogedora que como beneficio para la niña que, en ningún momento, se evaluó. En efecto, la sentencia recoge los sentimientos que asegura que tiene la acogedora, a la que considera, además, una mala influencia para la niña:

No duda este Tribunal de las buenas intenciones que en su día guiaron a la acogedora, Doña Soledad, pero, con posterioridad, su conducta ha revelado que la misma ha desarrollado sentimientos no ya de apego, sino de pertenencia con respecto a la menor Piedad, lo que es sumamente dañino para ambas; sobre todo, gravemente perjudicial para la menor, sobre la cual en estos momentos Doña Soledad y su entorno pueden estar proyectando sus propias tensiones emocionales.

Se destacan “sentimientos de pertenencia” como algo “sumamente dañino” de lo que se deduce que la instancia judicial pretendía que del acogimiento familiar establecido no se derivasen los efectos que comúnmente se desarrollan en cualquier relación familiar, obteniéndose un razonamiento carente de toda lógica y razonabilidad, pues precisamente el acogimiento familiar se establece para que el niño no se vea privado de relaciones afectivas y sentimientos de pertenencia. Como efecto del mismo también se desarrolla la voluntad de permanencia y estabilidad en el tiempo, lo cual suponen datos fácticos

incontrovertidos que la decisión judicial debió considerar. Por otro lado, los que eran relevantes eran los sentimientos de Piedad, a los que no se hace ninguna referencia. Precisamente, la solución judicial debió establecer, no si era correcto que existiesen tales sentimientos, sino si atendiendo a ellos, debía mantenerse el acogimiento, o no, que fue justamente lo que posteriormente dictó la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio. Es necesario destacar que no se pretendía vulnerar el derecho de Piedad a mantener contactos o, incluso, retornar a su entorno biológico, lo cual pudo hacerse sin alterar su estatus de acogimiento, plenamente satisfactorio, tal como propuso la representación de la acogedora, en una opción que parece plenamente ajustada al interés superior de Piedad:

las cosas serían al revés, es decir, comenzar por las visitas de la menor a ésta [la madre] y no como expresa la sentencia [convivencia con la madre y régimen de visitas de la acogedora], ya que llevando la menor años conviviendo con la familia acogente la ruptura brutal decidida en la sentencia ocasionaría a la niña mayores daños que una reintegración paulatina, así como que, en su caso, deberían iniciarse los contactos en un Punto de Encuentro en La Orotava, residencia actual de la menor.

La Audiencia Provincial tenía ante sí dos sentencias del Tribunal Constitucional aplicables al caso: la TC 221/2002 de 25 de noviembre y la TC 71/2004 de 19 de abril, en que se exige, por un lado, la valoración del riesgo para la integridad moral ante un cambio familiar y el transcurso del tiempo y se reconoce, por otro lado, el manifiesto derecho del niño al retorno a su entorno de origen, sin que ninguno valore la oportunidad de establecer un acogimiento residencial. La entonces acogedora, Soledad Perera, trató de recurrir la decisión judicial ante el Tribunal Supremo, resultando vetado su acceso al mismo por la Audiencia Provincial, desconociendo si se presentó recurso de queja y, en su caso, si fue desestimado.

A pesar de la existencia de casos tan llamativos, de los que la sociedad desconoce todos aquellos que no han sido mediáticos⁵⁹⁴, ningún tribunal ha proclamado que el internamiento en centro, ante la existencia de posibilidad de acogimiento familiar, sea

⁵⁹⁴ “Historias representativas de niños con larga estancia en acogimiento residencial. [...] Caso 4. [...]También ha pasado por un acogimiento en familia ajena que duró 19 meses y tuvo que ser interrumpido por la oposición judicial de los padres.” (LÓPEZ, FERNÁNDEZ DEL VALLE, MONTSERRAT y BRAVO, *op. cit.*, p. 71).

vulnerador de la integridad psíquica del niño ni tampoco del libre desarrollo de su personalidad recogido en el artículo 10 CE⁵⁹⁵. Esto resulta absolutamente paradójico pues si el internamiento no vulnera ningún derecho fundamental del niño cabe preguntarse por qué la ley tiende a prohibirlo cada vez con más contundencia. Afortunadamente, esta práctica parece estar remitiendo, pues el posterior caso de la sentencia de la sección 4ª de la AP de Oviedo 88/2016 de 10 de marzo⁵⁹⁶ se resolvió con el retorno del niño a su madre biológica sin internarlo en ningún centro de protección y sin periodo de transición, aunque sí con seguimiento psicológico posterior.

b) *Hacer frente a la negativa del niño*

Otro de los motivos de internamiento en centro de protección hace frente a la negativa del niño a su retorno a la familia de origen. Un ejemplo de este caso lo supone el del caso de la sentencia TC 221/2002 de 25 de noviembre conocido como el de la niña de Benamaurel por su amplia repercusión mediática, que es la expresión del fracaso de una serie de actuaciones de protección. La citada niña procedía de una familia adoptiva de Bormujos (Sevilla) en la que sufrió desamparo, aunque no quedó constancia documentada de ello por lo cual la situación de la niña se complicó ostensiblemente. Pese a ello, la niña, que ya tenía una cierta edad, guardaba recuerdos negativos de su convivencia con aquella familia. Tras el desamparo se acordó un inicial internamiento en centro y un posterior acogimiento familiar en una familia de Dos Hermanas (Sevilla). Según relata la noticia de El País de fecha 2 de julio de 2006, las palabras de la propia afectada por las decisiones administrativas ponen de manifiesto que *los acogedores de Dos Hermanas la trataban bien*⁵⁹⁷. La entonces niña considera que el cese del acogimiento fue inadecuado ya que asegura que no sabe por qué la sacaron de allí, lo que

⁵⁹⁵ “A nuestros efectos, interesa remarcar que la posible violación de la integridad moral de los menores queda fijada por la jurisprudencia constitucional del siguiente modo: «la declaración de lesión de la integridad psíquica de menores cuando la misma no se haya producido de modo real y efectivo, sino que se infiera de un riesgo relevante, sólo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmaria, manifiesta, del todo indudable (...). Por el contrario, cuando no sea así porque quedan dudas fundadas de que tal lesión vaya o no a producirse, o porque resulte ponderada teniendo en cuenta otros factores y sin que el interés de la menor (léase menores) deje de constituir siempre el norte del órgano que ha de apreciarla, su declaración por este Tribunal invadiría una función que no le corresponde» (FJ 8 [sentencia TC 71/2004 de 19 de abril]).” (CABEDO, “Marco constitucional...”, *op. cit.*).

⁵⁹⁶ *Vid.* <http://www.larazon.es/sociedad/carta-de-la-madre-de-juan-francisco-mi-nombre-es-maria-jose-abeng-ayang-FG13513017#.Ttt10Aru6x9wG1m>, *op. cit.*, en relación a Juan Francisco y su madre María José Abeng.

⁵⁹⁷ *Vid.* http://elpais.com/diario/2006/07/02/domingo/1151811693_850215.html, *op. cit.*

demuestra que las decisiones de los adultos no siempre son comprensibles para los niños. La noticia recoge que el motivo por el que la niña fue obligada a abandonar su familia de acogida fue el de “la imposibilidad de devolverla a Bormujos [a su familia adoptiva de origen], el lugar donde la habían vejado, [por lo que] ingresó en el centro de menores de Marchena (Sevilla) el 9 de abril de 1996. Tenía nueve años.” De ello se desprende que el internamiento no fue provocado por imposibilidad de acogimiento familiar. Este internamiento resultó antijurídico ya que fue totalmente ajeno a la protección de la niña. El hecho de que la decisión de retorno a la familia de origen no estuviese totalmente descartada, no justifica, en absoluto, el internamiento. De los hechos posteriores puede colegirse que los acogedores no estuvieron de acuerdo con ese internamiento y aunque interpusieron demanda judicial contra las actuaciones administrativas, ésta fue archivada sin un pronunciamiento judicial claro acerca de una decisión administrativa totalmente desacertada y dañina para la niña, como ella misma relata. Aproximadamente un año más tarde del segundo internamiento, la niña inició la convivencia con otra familia de acogida en Benamaurel (Granada). De los hechos posteriores puede colegirse que los acogedores de Dos Hermanas deseaban mantener contacto con ella, al haberla acogido previamente. Posteriormente, hubo otra decisión judicial dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla de retorno de la niña a su familia adoptiva de Bormujos que se produjo durante su acogimiento en Benamaurel, pero fue el juez de primera instancia el que impidió la ejecución del auto que lo acordaba por aplicación del artículo 158.3 CC ante el deseo de la niña⁵⁹⁸. Tras ello hubo un pronunciamiento del Tribunal Constitucional anulando la decisión judicial del auto previo de la Audiencia Provincial. El citado tribunal dictó la sentencia TC 221/2002 de 25 de noviembre sobre el caso, en que acepta que puede existir peligro para la integridad moral de un niño cuando se plantea un cambio de realidad familiar:

La cuestión que debemos examinar es si la Audiencia Provincial [...] ha adoptado una decisión que justificase debidamente la ausencia de peligro para la integridad moral de la menor.

Este planteamiento sería perfectamente coherente con el hecho de reconocer vulneración de la integridad moral de un niño cuando se plantea el cambio de su realidad

⁵⁹⁸ Vid. http://elpais.com/diario/1999/01/15/sociedad/916354803_850215.html [consultada el 19 de marzo de 2015]

familiar a un internamiento. Así, resulta patente la diferencia entre dos resoluciones dictadas por el mismo Tribunal Constitucional en un espacio de tiempo inferior a dos años. Mientras que en el auto TC 28/2001 de 1 de febrero respecto del niño de El Royo se considera, a la hora de valorar la posible vulneración del artículo 15 CE, que el daño para la integridad física y psicológica era hipotético, pese a la abundante documentación que permite asegurar lo contrario, en la sentencia TC 221/2002 de 25 de noviembre se reconoce un daño real, al menos futuro, en la siguiente doctrina:

para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE aducida no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse.

En base a este argumento se consideró vulnerada la exigencia constitucional de motivación, por la insuficiencia de la argumentación que la sustentó, carente del rigor lógico reclamable a una resolución judicial, máxime estando en juego la salvaguarda del derecho fundamental de una niña a su integridad moral (artículo 15 CE). Sin embargo, la sentencia no retrotrajo las actuaciones al momento anterior a la vulneración del derecho invocado, ofreciendo un tratamiento ciertamente singular. Con ello quedó cerrada definitivamente la posibilidad de convivencia de la niña con la familia de Bormujos⁵⁹⁹.

Alcanzada la mayoría de edad, la niña de Benamaurel, que permaneció bajo tutela pública hasta ese momento, solicitó el cambio de inscripción registral por su propia voluntad decidiendo ser adoptada por sus acogedores de Benamaurel. Ello no obsta a que fuese muy consciente de la vulneración de sus derechos durante su infancia, por lo que solicitó la correspondiente indemnización, después de haber pasado por dos familias de acogida distintas y varios centros institucionales entre los dos acogimientos familiares.

Otro caso en que se ordena el internamiento de una niña en acogimiento para su reinserción a la convivencia con su madre se aprecia en la sentencia TC 71/2004 de 19 de

⁵⁹⁹ “Dicha declaración y anulación, en buena lógica, comportaría, en otras circunstancias, la retroacción de las actuaciones al momento procesal en que la Audiencia Provincial debió dar audiencia a la menor y verificar el susodicho riesgo, pero en esta ocasión el fallo no ordena dicha retroacción y en el fundamento jurídico 7 y último señala expresamente que no resultaría procedente la misma. Precisamente para justificar esta no retroacción el Tribunal valora la existencia de ese posible riesgo para la menor.” (CABEDO, “Marco constitucional...”, *op. cit.*).

abril. Si bien parece que, en este caso, el internamiento no llegó a producirse. La citada sentencia deja patente que la posibilidad de retorno de la niña a su entorno biológico no vulnera el artículo 15 CE:

difícilmente puede considerarse vulneradora del derecho a la integridad moral de la menor una decisión que ordena el cumplimiento de otra previa que pretende la reinserción de una hija a su madre biológica, esto es, en nuestros propios términos, que «en todo momento ha tenido en cuenta el interés superior del menor», ponderándolo con el de su madre biológica, que por ser de menor rango, no por ello resulta desdeñable

El pronunciamiento es distinto del producido en la sentencia TC 221/2002 de 25 de noviembre en que considera “palmaria, manifiesta y del todo indudable la lesión de la integridad psíquica de la niña”, supuestamente, por el rechazo que ésta manifestaba al regreso a su familia adoptiva, de la que tenía muchos recuerdos negativos⁶⁰⁰. Así, en la sentencia TC 71/2004 de 19 de abril se anula la sentencia previa y se retrotraen las actuaciones para que la niña pueda ser oída y fundamentar, así, la decisión judicial.

2.3.3. El acoplamiento a una familia ajena

Otros casos de internamientos son los que se practican en la isla de Mallorca con un criterio opuesto al de las sentencias previamente analizadas, ya que se deciden ante la imposibilidad de retorno del niño al entorno de origen cuando se intuye que la familia de acogida va a ser un obstáculo para insertar al niño en otra familia ajena. Mallorca es un territorio que dispone de suficientes familias de acogida para impedir que los niños de menos de tres años sean ingresados en centros⁶⁰¹, aunque se reconoce, a su vez, que menos del 40% de los niños en acogimiento temporal regresan a sus familias de origen, lo cual quiere decir que más de un 60% de esos niños son obligados a abandonar su familia

⁶⁰⁰ “Es, sin duda, criticable esta valoración del Alto Tribunal pero tiene su explicación: el caso conocido como el de la «niña de Benamaurel» se había prologado durante casi diez años y requería urgentemente una solución. De haberse retrotraído las actuaciones, la Audiencia Provincial podría hipotéticamente haber valorado y justificado debidamente, dando incluso audiencia a la menor para ser oída, que no existe riesgo alguno para su salud psíquica y ordenado, por enésima vez, su reinserción con sus padres adoptivos.” (*Ibidem.*)

⁶⁰¹ *Vid.* <http://ultimahora.es/noticias/local/2011/11/24/56871/unos-900-menores-están-separados-de-sus-padres-en-mallorca-en-familias-o-centros.html>, [consultada el 23 de mayo de 2014].

de acogida para ir a otra familia ajena, en el mejor de los casos, ya que la Administración Pública no ofrece, o desconoce, el destino del 15% de esos niños. Además, se admite que el 5% de los niños menores de tres años pasan por un centro, aun pudiéndose evitar. Esta práctica no es exclusiva de la isla de Mallorca, pues existe también en otros territorios en el ámbito estatal⁶⁰².

Los internamientos en estos casos se imponen por decisión administrativa a pesar de la oposición de los acogedores ante el prolongamiento del acogimiento y pocos de ellos llegan al ámbito judicial. No es fácil descubrir este tipo de actos de la lectura de las sentencias judiciales por lo que se requiere un conocimiento más profundo de los casos para emitir una denuncia. Sin embargo, en una comunidad tan pequeña y estanca como Mallorca, esta práctica está generando una verdadera crisis en el sistema de acogimientos temporales, por un lado porque es el propio sistema el que descarta a las familias de acogida que discrepan de sus métodos y, por otro lado, porque son las propias familias de acogida las que se sienten manipuladas y engañadas y no se ofrecen a nuevos acogimientos. Por ello, un elevado porcentaje de familias realiza solo un acogimiento, aunque no existen datos precisos sobre ello⁶⁰³. Uno de los argumentos de este tipo de internamientos responde a la necesidad de desvincular al niño de su familia de acogida para vincularlo a otra posteriormente. Otros casos responden a la negativa del acogedor al cese del acogimiento para acoplar al niño a otra familia ajena, ya que éste no es un compromiso adquirido por el acogedor, además de que, según su conocimiento, pueden considerar que perder los lazos afectivos perjudica al niño, como así es.

a) *Favorecer la desvinculación de la familia de acogida*

El argumento de internar a un niño en centro institucional para favorecer la desvinculación de una familia de acogida temporal y el posterior acoplamiento a una

⁶⁰² Vid. sentencias de la sección 2ª de la AP de León 36/2015 de 25 de febrero y 121/2009 de 6 de abril que se produce a petición de la familia de acogida, sentencias de la sección 10ª de la AP de Valencia 788/2011 de 10 de noviembre y 550/2012 de 18 de julio que se justifican en base a ciertos problemas de las familias de acogida o del JPI nº 6 de Albacete 61/2017 de 20 de enero que se fundamenta en el posible abuso sexual por parte de la familia de acogida.

⁶⁰³ “El 93% de las familias acogedoras **ajenas** estaban realizando su primer acogimiento. De los que habían realizado alguno anteriormente sólo una tercera lo había hecho en más de una ocasión. En el caso de **familia extensa** el 95,5% se encontraba realizando su primer acogimiento.” (FERNÁNDEZ DEL VALLE, LÓPEZ, MONTSERRAT y BRAVO, *op. cit.*, p. 83).

familia de acogimiento preadoptivo, es similar al del internamiento para favorecer el retorno a la familia de origen, con la diferencia de que el acoplamiento a una familia ajena no supone para el niño la satisfacción de ninguno de sus derechos fundamentales. Este tipo de internamiento, totalmente antijurídico, se aprecia en el caso de la sentencia dictada por el JPI nº 12 de Palma de Mallorca 3/2009 de 7 de enero⁶⁰⁴, sobre dos hermanos que estuvieron acogidos en régimen temporal manteniendo un acogimiento satisfactorio que cesó bruscamente para un internamiento cuando se decidió la inviabilidad de retorno de los niños junto a su madre y hermanas, es decir, su familia de origen. Los niños tenían en ese momento cinco y dos años y medio y permanecieron internados durante casi dos años, iniciando a continuación un acogimiento preadoptivo. Durante el lapso de tiempo que los niños permanecieron internados, la Administración fue incapaz de encontrar una familia para el acogimiento preadoptivo. Por su parte, la sentencia citada ratifica una decisión administrativa sumamente paradójica, ya que justifica el internamiento en centro de los niños cuando informes técnicos de la propia Entidad Pública admiten que *ellos necesitan lo antes posible contar con un proyecto estable*, de lo que deduce el cese del acogimiento temporal al no ser una medida con carácter de continuidad. Sin embargo, se sabe del caso que los acogedores temporales estaban dispuestos a continuar el acogimiento en tanto fuese posible establecer una medida de carácter más estable en virtud del artículo 173 bis 2 b) LOPJM (antes artículo 173 bis 1º LOPJM).

No cabe duda de que el internamiento carece de “carácter de continuidad”, además de ser la medida de protección más inestable entre todas las posibles, tanto desde el punto de vista psicosocial y emocional como desde el punto de vista conceptual pues, sin duda, conlleva un nuevo cambio de situación convivencial para los niños, en el momento en que se decida una medida familiar. Por ello, la sentencia carece de toda lógica y razonabilidad, a pesar de lo cual fue ratificada en todos sus extremos por la sentencia de la sección 4ª de la AP de les Illes Balears 223/2009 de 19 de junio. Lo cierto es que nadie interpuso demanda contra el internamiento de los dos niños. A raíz de estos hechos, los acogedores temporales mostraron su disconformidad con la decisión y no realizaron ningún otro acogimiento. La revisión del expediente administrativo muestra que los dos niños iniciaron el acogimiento preadoptivo con un daño emocional

⁶⁰⁴ Caso de los hijos de Pilar Castillo, *vid.* <https://aprodeme.org/2010/11/24/pilar-castillo-lucha-por-sus-hijos/> [consultada el 19 de marzo de 2015].

importante, como no podía ser de otra manera, tras el largo periodo de internamiento, lo cual es coherente con todos los estudios psicosociales que muestran los efectos nocivos de estos internamientos.

b) *Hacer frente a la negativa del acogedor*

La decisión de internar a un niño cuando el acogedor temporal se niega a acoplarlo a una familia ajena ante la inviabilidad de retorno del niño a la familia de origen es frecuente cuando el acogedor se ofrece a mantener la convivencia con el niño cualquiera que sea la relación jurídica que se pretenda establecer. Funciona a modo de represalia contra el acogedor, pero incide negativamente en el ISN. Es el caso de la sentencia dictada por el JPI nº 12 de Palma de Mallorca 633/2010 de 21 de diciembre que afecta a dos niños que mantenían un exitoso acogimiento temporal desde su nacimiento. Transcurridos nueve meses se tomó la decisión de “no retorno” a la familia biológica y cuando los niños tenían once meses y medio cesó el acogimiento para un internamiento por imposición de la Entidad Pública, al haberse ofrecido los acogedores como adoptantes y proponer la Entidad Pública una familia distinta para el acogimiento preadoptivo. Los niños permanecieron internados durante casi siete meses y las sentencias judiciales hicieron recaer la responsabilidad del internamiento sobre los acogedores. Sin embargo, éstos se opusieron al internamiento y otras decisiones administrativas sobre los niños. La sentencia antes citada reconoce explícitamente que el internamiento vulneró el interés superior de los niños al calificarlo de *solución que no era, ni mucho menos, la mejor para los menores en aquel momento*. Cabe preguntarse el motivo por el cual no pudo ejecutarse la “mejor solución” para los niños, pues obviamente había de existir una mejor que otra y era obligación del juzgador buscarla, motivarla y atender a ella, no pudiendo acogerse que el internamiento era *la única [medida] posible ante el actuar de los acogedores*, pues la propuesta de éstos era factible y, según ellos, respondía al interés superior de los niños. La citada sentencia fue recurrida en apelación obteniéndose la sentencia de la sección 4ª de la AP de les Islas Baleares 55/2012 de 7 de febrero que expresa lo siguiente:

Los recurrentes aceptaron, voluntariamente y bajo las oportunas premisas legales, ser acogedores, [...] para evitar, precisamente,[...] que los menores

permanecieran en situación de institucionalización en un centro, en tanto dicho proceso se produjera [derivación definitiva más positiva para los niños], fundamentalmente en menores de 0 a 3 años.-

Esta sentencia falló a favor de la Entidad Pública a pesar de que lo que ésta impuso fue un internamiento para evitar el acogimiento, justo lo contrario de lo que proponían los acogedores y que la sentencia destaca como correcto. Por ello, el fallo no tiene ninguna lógica. En cuanto a la que fuera “derivación más positiva para los niños” era precisamente el objeto de la controversia en relación con el interés superior de los niños, sobre los que la sentencia no se pronuncia.

Ambas sentencias fueron recurridas ante el Tribunal Supremo que dictó auto de inadmisión TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012) en que solo apreciando que la sentencia de primera instancia reconocía expresamente no haber optado por la “mejor solución” para los niños, ya era constitutivo de una transgresión del ISN, contenido en un precepto jurídico (artículo 2 LOPJM) revisable en casación.

Hay otros casos de internamientos en Mallorca, y posiblemente, en otras partes del territorio nacional, que no llegan a las instancias judiciales por falta de demandas, quizás los más, por lo que resulta difícil cuantificar el alcance de esta práctica que, sin embargo, fue objeto de especial atención en la “Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines” del año 2010, como ya se ha justificado previamente.

2.3.4. La inactividad de las instituciones

Por último, hay internamientos que se mantienen por inactividad de las instituciones, ya sean las Entidades Públicas o las Fiscalías. Las instituciones desisten del intento del retorno de los niños de cierta edad a sus familias de origen, sin que tampoco intenten el acogimiento familiar. Este comportamiento ha sido reconocido por el legislador que en la última reforma de la ley de protección, ha tomado dos medidas para paliarlo. La primera dirigida tanto a la Entidad Pública como a la Fiscalía que deben justificar el prolongamiento de las medidas temporales (artículo 12.6 LOPJM) y la segunda que

prevé medidas de reinserción social para los niños que alcanzan la mayoría de edad tutelados.

El niño de El Royo ha permanecido internado en un centro de protección habiendo fracasado definitivamente el retorno a la convivencia con su madre. Ha habido noticias sobre él en los años 2001⁶⁰⁵, 2003⁶⁰⁶, 2007⁶⁰⁷ y 2012⁶⁰⁸. Presumiblemente, el niño habrá alcanzado la mayoría de edad bajo internamiento, con lo que habrá pasado gran parte de su infancia internado, pese a su opción de acogimiento familiar en la familia de El Royo que se mostró protectora con él. Cabe preguntarse el motivo por el que no se ha intentado ese retorno, pues quizás la familia de acogida hubiese estado dispuesta a acogerlo de nuevo como bien muestran las declaraciones de los acogedores realizadas en el año 2016⁶⁰⁹.

Requiere especial mención el supuesto emergente de los niños adoptados en el ámbito nacional que alcanzada la edad adolescente, vuelven al sistema de protección, por rechazo de una familia impuesta a la que no han logrado adaptarse. En estos casos no se plantea otra opción que la institucionalización, cuando podrían regresar a su familia biológica, cuyas circunstancias (transcurridos los años) pueden ser muy distintas de las que originaron el desamparo; o, si se da el caso, a una familia de acogida anterior en la que sí pudiese sentirse integrado y aceptado como un miembro más de la familia. Esta última opción se rechazó claramente en el caso de la niña de Benamaurel que, tras un acogimiento exitoso en una familia de Dos Hermanas, se optó por adaptarla a un nuevo acogimiento en una familia de Benamaurel, rechazando la opción de retorno a la familia de Dos Hermanas.

En el caso de Piedad, en noviembre de 2010, se ratificó de nuevo su desamparo y la inviabilidad de convivencia con su madre biológica, con la que posteriormente fue

⁶⁰⁵ Vid. http://elpais.com/diario/2001/06/24/sociedad/993333606_850215.html [consultada el 19 de marzo de 2015].

⁶⁰⁶ Vid. http://www.diariodeleon.es/noticias/sociedad/nino-royo-vuelve-orfanato-estar-desamparado_102250.html [consultada el día 19 de marzo de 2015]

⁶⁰⁷ Vid. <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/04/13/espana/1176482148.html> [consultada el día 19 de marzo de 2015]

⁶⁰⁸ Vid. <http://www.elnortedecastilla.es/20120215/local/nino-royo-cumple-anos-201202151610.html> [consultada el día 19 de marzo de 2015]

⁶⁰⁹ Vid. <http://www.heraldo.es/noticias/nacional/2016/10/08/que-fue-del-nino-royo-1099096-305.html> [consultada el 10 de noviembre de 2016]

suspendido todo contacto por no favorecer a la niña⁶¹⁰. A partir de ahí se tienen noticias inciertas sobre Piedad aunque pudiera haber sido de nuevo acogida en familia ajena, sin que se haya reconocido que la acogedora, D^a Soledad Perera, tenía razón, ni el derecho de Piedad a retornar junto a ella.

2.4. El cese del acogimiento familiar por decisión de la Entidad Pública

El cese de un acogimiento por decisión de la Entidad Pública está regulado en el artículo 173.4 b) CC con audiencia de las partes involucradas y para salvaguardar el interés del niño, que es la clave de la cuestión. La jurisprudencia respecto del cese de un acogimiento familiar de carácter temporal para establecer otro acogimiento de distinta modalidad muestra que, en la mayoría de casos, son los padres los que se oponen al cambio de modalidad, existiendo pocos casos en que son los acogedores los que lo hacen, aunque puede que esta opción sea creciente en el futuro, pues la oposición existe pese a que no alcance el ámbito judicial⁶¹¹.

2.4.1. Oposición por parte de los padres

La oposición de los padres al cese del acogimiento temporal de algún hijo para formalizar un acogimiento de carácter preadoptivo, ha sido principalmente desestimatoria⁶¹². Los argumentos que lo sustentan se refieren a los motivos de desamparo y la persistencia de los mismos, por lo que hay que remitirse al estudio de dichos motivos y al caso concreto para apreciar si la resolución correspondiente resulta ajustada a derecho. En la mayoría de casos la oposición de los padres se produce porque se cierra la posibilidad de retorno del niño a la familia de origen, pero no porque consideren que el niño debe permanecer con los acogedores iniciales. Algunos de ellos muestran que la oposición de los padres

⁶¹⁰ Vid. <http://www.laprovincia.es/las-palmas/2010/12/03/juez-ratifica-desamparo-piedad/338230.html> [consultada el 19 de marzo de 2015]

⁶¹¹ Vid. <http://menoresollos.blogspot.com.es/2010/03/somos-un-matrimonio-que-decidimos-ser.html> [consultada el 20 de marzo de 2014].

⁶¹² Vid. sentencias de la sección 2^a de la AP de Navarra 81/2009 de 8 de mayo y 225/2013 de 25 de noviembre, de la AP de Guadalajara 70/2011 de 30 de marzo, de la sección 1^a de la AP de Jaén 512/2014 de 10 de diciembre, de la sección 2^a de la AP de Cantabria 31/2011 de 18 de enero, de la sección 4^a de la AP de Las Islas Baleares 109/2007 de 9 de marzo, de la sección 2^a de la AP de León 121/2014 de 16 de mayo, de la sección 5^a de la AP de Granada 375/2013 de 11 de octubre, de la sección 2^a de la AP de Sevilla 133/2012 de 11 de abril y 196/2014 de 31 de marzo, entre otras.

concuerta con su deseo de permanencia en la familia acogedora inicial. Uno de ellos corresponde a un caso que también alcanzó el plano mediático⁶¹³ en el que se dictaron, al menos tres resoluciones⁶¹⁴, sin que ninguna muestre que los acogedores se opusieran judicialmente a las resoluciones dictadas pues, quizás, consideraron más oportuno hacerlo a través de la oposición de la madre. Otros dos de los casos muestran oposición tanto por parte de los progenitores como por parte de los acogedores. Uno de ellos responde a un caso que se encuentra recurrido ante el Tribunal Constitucional⁶¹⁵ en que la oposición de la madre ha sido rechazada⁶¹⁶ y otro responde a un caso de León⁶¹⁷, pudiendo existir otros casos de la jurisprudencia menor y, por supuesto, muchos más que, por diversos motivos, no alcanzan el ámbito judicial.

2.4.2. Oposición por parte del acogedor

La oposición al cese del acogimiento por parte de los acogedores se produce tanto si los acogedores son de familia extensa⁶¹⁸ como si son de familia ajena⁶¹⁹, resultando siempre desestimatorias. Los casos de familia extensa se analizarán con posterioridad y a continuación los de familia ajena, pues la motivación y argumentación ha de ser muy distinta a la que muestran los casos en que la oposición es de los padres, ya que cuando son los acogedores los que se oponen, la Administración no puede, en general, alegar motivos de desamparo con respecto a la familia de acogida.

Uno de los motivos por el que las Entidades Públicas han decidido el cese de un acogimiento familiar satisfactorio para establecer otro acogimiento en familia ajena ha

⁶¹³ Tres mamás en dos años, (2010, 14 de julio), ABC, *op. cit.*

⁶¹⁴ *Vid.* resoluciones de la sección 1ª de la AP de Albacete 177/2009 de 2 de noviembre, 22/2011 de 4 de abril y la 27/2013 de 19 de febrero.

⁶¹⁵ *Vid.* sentencias del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 344/2014 de 12 de junio y de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 45/2015 de 11 de febrero, correspondientes a los recursos interpuestos por los acogedores.

⁶¹⁶ Dicha oposición ha sido inadmitida en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁶¹⁷ *Vid.* sentencias de la sección 2ª de la AP de León 36/2015 de 25 de febrero y 202/2015 de 6 de octubre, respecto de los acogedores y de la progenitora respectivamente.

⁶¹⁸ *Vid.* sentencias de la sección 6ª de la AP de Málaga 31/2007 de 16 de enero, de la sección 1ª de la AP de Jaén 593/2016 de 8 de septiembre, de la sección 10ª de la AP de Valencia 609/2011 de 12 de septiembre, entre otras.

⁶¹⁹ *Vid.* sentencias de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 55/2012 de 7 de febrero y 45/2015 de 11 de febrero, de la sección 10ª de la AP de Valencia 359/2015 de 15 de junio, de la sección 2ª de la AP de Almería 118/2012 de 7 de junio, de la sección 2ª de la AP de Córdoba 28/2013 de 1 de febrero, de la sección 6ª de la AP de Alicante 203/2014 de 24 de septiembre, entre otras.

sido el de permitir la convivencia del niño con un hermano, normalmente de vínculo materno y también tutelado por la Entidad Pública, nacido posteriormente. Otros motivos son más difícilmente calificables, aunque se aprecia que se entiende que la mera potestad inmotivada de la Entidad Pública lo permite.

a) *La potestad de la Entidad Pública*

Una de las potestades que se han atribuido las Entidades Públicas es la cesar el acogimiento de un niño de forma unilateral sin contar con el beneplácito del acogedor. Algunos de estos casos han llegado a la opinión pública pero no a los tribunales⁶²⁰. En éstos es fácil imaginar que el ISN no ha sido tratado como debía. Otros casos sí llegan a los tribunales. El caso de la sentencia de la sección 18ª de la AP de Barcelona 295/2010 de 10 de mayo, con amplia repercusión mediática, responde a un caso de acogimiento que el acogedor, que es el sr. Francisco Cárdenas, entendía de finalidad adoptiva, al que la Administración Pública puso fin de forma brusca y con cierto grado de opacidad sin que se conozcan muy bien los motivos. La citada sentencia contiene graves incongruencias e ilegalidades, que muestra un cierto grado de complacencia con la postura administrativa. En primer lugar, se denuncia lo siguiente:

es a partir de esta situación donde se constatan los indicadores de riesgo que han derivado en el cese del acogimiento por parte de la administración en su función de vigilar cómo la familia acogedora ejerce las funciones encomendadas mediante el seguimiento, y es en este seguimiento alargado en el tiempo en que la administración [...] dió excesiva confianza a la familia acogedora en detrimento de la menor, al existir unos indicadores de riesgo que no disminuían...

Solo en esta frase se observan cuatro irregularidades. La denuncia de la existencia de indicadores de riesgo es absolutamente abstracta, pues se desconoce el riesgo que corría la niña en su acogimiento inicial, además de que no se valoró que un cambio familiar como el que sufrió la niña ofrece, según datos científicos, elevado riesgo de

⁶²⁰ Vid. <http://menoresollos.blogspot.com.es/2010/03/somos-un-matrimonio-que-decidimos-ser.html>, *op. cit.*

problemas de conducta y salud mental en la edad adolescente y adulta, según ya se ha argumentado anteriormente con amplitud. La ausencia de valoración del riesgo contradice lo dispuesto en la sentencia TC 221/2002 de 25 de noviembre en la que se planteaba un cambio familiar como el que autoriza la sentencia comentada. Por último, según el artículo 17 LOPJM las situaciones de riesgo, de existir, se resuelven con un plan de trabajo intrafamiliar, sin desplazar al niño de su familia. La misma sentencia establece que:

Respecto al acogimiento simple, al ser una medida temporal o provisional corresponde a la administración acordar o promover el cese de este acogimiento.

Dicha cita permite apreciar la interpretación que se realiza del artículo 173.4. b) CC como si la ley contemplase el cese de un acogimiento temporal por decisión inmotivada y unilateral de la Entidad Pública y sin el consentimiento de los acogedores, lo cual en absoluto se desprende de la literalidad del precepto, que dice justo lo contrario. Obviamente, la frase anterior considera que el acogimiento no ha generado ningún tipo de relación de convivencia protegida por la Constitución. A pesar de ello destaca que “la forma de efectuar el cese se considera inapropiada e injustificada, desproporcionada y perjudicial con total desprecio a la familia acogedora inicial”.

Por último, la sentencia muestra un absoluto desprecio por el interés superior de la niña que no se menciona en ningún momento. En el caso de autos, la niña parece un elemento accesorio ajeno a las decisiones que se toman. Es de mencionar que aunque las partes intervinientes hubiesen accionado su demanda en defensa de sus intereses propios ignorando los de la niña, el tribunal tenía obligación de motivar sus decisiones en el ISN de la niña, según se ha argumentado previamente.

En el caso de los dos niños en acogimiento temporal que dio lugar al auto TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012), ya comentado con anterioridad, los acogedores se opusieron a la decisión administrativa de cese de acogimiento invocando la doctrina dictada en sentencia TS 565/2009 de 31 de julio y muy especialmente el interés superior de los niños. La sentencia dictada por el JPI nº 12 de Palma de Mallorca 633/2010 de 21 de diciembre dice lo siguiente:

Como indica la sentencia 565/09 de 31 de julio del Tribunal Supremo, varias veces citada por la dirección letrada de los [acogedores] durante el transcurso del acto de la vista, en la jurisprudencia constitucional son constantes las referencias al superior interés del menor [...]. Sin embargo y además de la dificultad objetiva de discernir qué es realmente lo mejor para un menor en cada momento, o en su caso, cómo se protege en mejor medida el interés de un menor ante una concreta situación fáctica, en el presente supuesto ha de analizarse, además, otro factor de especial significación – que fue señalado por todos los restantes intervinientes en el acto de juicio especialmente por la dirección letrada del I.M.A.S y por el ministerio Fiscal que recuérdese habló expresamente de “fraude de ley” en su informe final - cual es, el de si el interés del menor ha de servir incluso para consolidar situaciones nacidas de actuaciones ilegales o al menos manifiestamente inadecuadas y realizadas en claro abuso de confianza, y obviamente a esta cuestión entiendo que debe de responderse que no, que no ha de servir para ello, dado que nunca el interés de unos niños puede ser utilizado para vulnerar la normativa vigente. Para este juzgador el interés de unos niños nunca puede estar en quedar con unas personas que están actuando de forma torticera – consciente o inconscientemente - para obtenerlos, por cuanto ese proceder claramente incurriría en ese fraude de ley señalado por el representante del Ministerio Fiscal que los Tribunales nunca pueden amparar.

Consta en el expediente que el acogimiento fue establecido, tras el desamparo de los niños, por expresa decisión de la Entidad Pública y el consentimiento de los acogedores, constanding, a su vez, la conformidad de los padres biológicos de los niños, por lo que no hay en ello ninguna actuación ilegal. Sin embargo, se plantea la existencia de un “fraude de ley” por parte de los acogedores consistente en “obtener” a los niños, como si de tal objeto se tratase. De ello se deduce que, de nuevo, se considera que el acogimiento no ha generado ningún tipo de relación de convivencia protegida por la Constitución. En este sentido, la voluntad de los acogedores de mantener dicha relación de convivencia con los niños se considera, entre otras cosas, inadecuada. Tanto es así que el ISN se desprecia a causa de la conducta de los acogedores, considerando que dicha conducta permite que el juez ignore tan importante concepto jurídico. Sin embargo, en el

caso de autos la inviabilidad de los niños de retornar a su entorno familiar de origen, el biológico, era un hecho incontrovertido. Por ello, la relación de convivencia era plenamente respetuosa con las normas constitucionales y no cabía esperar, por parte de acogedores y acogidos, sino los efectos que comúnmente se desarrollan en cualquier relación familiar, como el de la voluntad de permanencia y estabilidad en el tiempo, además del establecimiento de vínculos afectivos y sentimientos de pertenencia reconocidos en la sentencia. La cuestión sobre la que el juzgado no quiso entrar, origen y fundamento del litigio, era si la familia adoptante seleccionada debía ser la familia acogedora inicial con la que los niños llevaban residiendo toda la vida. Sin embargo, el juzgado da por sentado que la decisión administrativa de escoger otra familia es correcta.

La misma sentencia muestra el que supone que es el interés de los niños que responde a la decisión que la Entidad Pública había tomado para ellos que, en ningún momento se cuestiona, pese a que es lo que se espera de una oposición a resolución administrativa en la materia:

el interés de los dos niños pasaba porque antes de cumplir el año – presumiblemente en el mes abril de este año - ya residieran con la familia adoptante seleccionada, pasaba porque hubiera una transición adecuada entre las dos familias, y pasaba finalmente porque los niños fueran a residir con la familia que había sido declarada idónea para adoptarlos – al no tener otros hijos podía dedicar más tiempo a estos que ahora se les entregaban y que precisaban de un cuidado especial por su prematuro nacimiento y de una dedicación temporal mayor por el mero hecho de ser dos.

La afirmación de que una transición de una familia a otra es del interés de un niño, es falsa, pues es un concepto contrario al de estabilidad, que sí es del interés del niño. Únicamente, se debe plantear la transición cuando sea para el retorno a la familia de origen o bien la familia acogedora no quiera hacerse cargo del niño. Ninguna de las dos cosas ocurría en el caso de autos. El hecho de que a los niños se les suponga el interés de tener padres sin otros hijos es un criterio a la medida de quienes habían sido escogidos para la adopción, condición que no cumplían los acogedores iniciales que tenían otros hijos. Dicho lo cual, esa no era una premisa de interés para los niños sino para los adultos que resultaban favorecidos por la decisión administrativa para satisfacer su necesidad de

ser padres. Por último, *el cuidado especial por su prematuro nacimiento y la dedicación temporal mayor por el mero hecho de ser dos* eran las funciones que habían desarrollado los acogedores de forma constatada, a las cuales no se otorga ninguna valoración ni importancia. Por el contrario, se valora positivamente que los nuevos acogedores puedan hacerlo en el futuro.

La sentencia fue recurrida en apelación y la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares dictó nueva sentencia, la 55/2012 de 7 de febrero, en la que se aprecia que entendió perfectamente cuál era el motivo de la controversia y la demanda de los acogedores que no era otra que alcanzar el interés superior de los dos niños, lo que resume admitiendo que “la postura de los opositores recurrentes quizás se resume en una frase: “no tengo la menor duda de que la mejor familia para mis hijos de acogida es la nuestra ya que ellos se han desarrollado perfectamente...” (los subrayados son de esta Sala)”. Parece que esta frase está dotada de cierta ironía al subrayar la Sala las palabras “mejor” e “hijos”. A pesar de ello, la sentencia no niega que la “mejor familia” para un niño sea la que tiene si en ella se está desarrollando perfectamente. Por otro lado, subraya la palabra “hijos” olvidando subrayar el adjetivo “de acogida” que dotaba de veracidad al concepto referido por los acogedores y describía la situación fáctica de los niños. Además de ello, el acogimiento familiar de estos dos gemelos se desarrolló satisfactoriamente como muestra el expediente administrativo que, a su vez, muestra que tras el cese del acogimiento los propios técnicos de la Administración confirmaron signos de daños y malestar provocados por la institucionalización que, en ningún caso, fueron valorados por las instancias judiciales.

El auto TS de 2 de marzo de 2016 (rec. 1169/2015) muestra un caso especialmente dramático en un niño vivió un prolongado acogimiento temporal de tres años iniciado a los seis meses de edad, manteniendo contacto regular con su familia de origen, por lo que los acogedores propusieron el acogimiento permanente ante la inviabilidad de retorno. Sin embargo, la Entidad Pública decidió el acogimiento preadoptivo y el consiguiente cambio de familia. Se trató de hacer el tránsito a la nueva familia, constatando los acogedores el rechazo del niño al cambio. Ante ello, interpusieron demanda judicial contra la constitución del acogimiento preadoptivo. En el citado caso se dictó la sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 344/2014 de 12 de junio con el siguiente pronunciamiento:

a) que el acogimiento familiar de Silvano era de finalidad simple y por consiguiente [...] de carácter transitorio en tanto se adoptaba una medida de carácter estable, dado que una familia de acogida temporal no tiene otra función que la de acompañar al menor en el tránsito hacia una medida estable y definitiva como puede ser su inserción en otra familia mediante la institución de la adopción b) que el menor no presenta circunstancias especiales en relación a otros niños de acogida que aconsejen su adopción por la familia de acogida temporal, y c) que la entidad pública de protección es la tutora de los menores en situación de desamparo y la que tiene la competencia y la legitimación para acordar la protección más adecuada para estos, la cual solo ha de ser dejada sin efecto cuando se aprecie contraria a la normativa vigente o perjudicial para el menor o menores de que se trate

El anterior párrafo incurre en varios errores. El primer apartado yerra en lo que considera que es la única función de la familia de acogimiento temporal como aquella de *acompañar al menor en su inserción a otra familia mediante la institución de la adopción*. La función de la familia de acogida temporal está recogida en el artículo 173 CC y en absoluto es la que menciona la citada sentencia. Por otro lado, considerar que la “inserción a otra familia” o lo que es lo mismo, un cambio a una familia ajena, supone una medida estable no es sino una interpretación carente de toda lógica y razonabilidad, pues es obvio que, desde un punto de vista semántico, se entiende por “medida estable” aquella que “mantiene una situación” y por tanto una medida que obliga a un “cambio de familia” no puede considerarse una medida estable, sino todo lo contrario. La sentencia menciona posteriormente las circunstancias especiales del niño acogido considerando que éstas no son tales que aconsejen su adopción por la familia de acogida temporal. Pues bien, ello implica ignorar la doctrina de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio en que la expresión del ISN exige la “permanencia del acogimiento” ante la inviabilidad del retorno a la familia de origen, el cual dado el ofrecimiento de la familia que no era un ofrecimiento de adopción, respetaba plenamente los derechos constitucionales del niño y el resarcimiento de los daños que ya había sufrido. Por último, la sentencia admite de forma explícita que las decisiones administrativas están por encima de toda relación de convivencia establecida entre los acogedores y el niño acogido, con independencia de que ésta sea plenamente respetuosa con las normas constitucionales. Puntualiza, sin embargo,

que la decisión administrativa puede ser dejada sin efecto cuando sea perjudicial para el niño. Pues bien, en el caso de autos, se reconoce de forma explícita el perjuicio del niño, y sin embargo se mantiene la medida impuesta por la Entidad Pública.

Por su parte, tras la apelación de la anterior sentencia, la sentencia resultante contesta lo siguiente:

En dicho procedimiento [de la madre biológica] ya se valoró la conveniencia o no de retornar a Silvano con la familia acogedora simple, y claramente se concluyó la inconveniencia de dicho retorno considerando el acogimiento familiar preadoptivo como la medida mas conveniente para el mismo, pues no existía ninguna perspectiva posible para el retorno del niño con su familia biológica, y el mantenimiento de Samuel con los acogedores del banco familias canguro, los hoy apelantes, solo contribuiría a mantener en el menor en un estado de confusión respecto a su situación, absolutamente desaconsejable.

En el anterior argumento se aprecia una vía de escape para responder a la difícil situación creada para el niño, considerando óptimo lo decidido por la Entidad Pública. Todo ello sin considerar que los efectos futuros de una pérdida afectiva tan importante pueden ser de vital importancia para el niño y que la que califica de “familia definitiva” no tiene por qué ser la decidida por la Entidad Pública sino aquella que respeta el ISN que debió ser su familia acogedora inicial, ya que no existe ningún impedimento legal para ello y es obvio, en este caso, que ese era el deseo tanto del niño, que manifestó con su malestar por el cambio, como de la familia. Además se reconoce en sentencia judicial un acto que causó perjuicio al niño, el cese del acogimiento, por lo que fue contrario a su interés superior, y se puede pedir la reparación, anulando toda decisión derivada de ese inicial acto nulo, lo que conlleva la retroacción de la situación anterior.

b) *La convivencia con un hermano*

El motivo de cesar el acogimiento de un niño para permitir que éste conviva con un hermano nacido posteriormente y que, a su vez, tiene que ser acogido en otra familia por

imposibilidad de permanecer con su madre, es un argumento que requeriría de estudio preciso, pues en ello resultan intereses contrapuestos. Por otro lado, este argumento no se valoró positivamente en el caso de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio, como se analizará más adelante.

Uno de estos casos es el de una niña manchega que llevaba un año y medio en acogimiento temporal en familia ajena sin visitas a la familia biológica, cuando la Administración decidió ofrecerla en adopción a otra familia. En este caso se dictaron tres resoluciones en la sección 1ª de la AP de Albacete, la 177/2009 de 2 de noviembre, la 22/2011 de 4 de abril y la 27/2013 de 19 de febrero. Todas ellas fueron interpuestas por la madre biológica sin que conste que los acogedores temporales fueran parte en ninguno de los pleitos, a pesar de que consta que estaban dispuestos a mantener la guarda y custodia de la niña y que la Entidad Pública lo sabía. Se entiende que es un hecho probado el desamparo de la niña, declarado en la primera de las sentencias, y la inviabilidad de retorno junto a su madre. La sentencia dictada el 4 de abril de 2011 no tiene relevancia alguna al tener el mismo efecto de provisionalidad el acogimiento administrativo que el judicial. Sin embargo, es interesante la sentencia de 19 de febrero de 2013 en que se realizan afirmaciones que, sistemáticamente, se utilizan como argumentos para cambiar de familia a los niños tutelados:

La decisión de poner término al acogimiento provisional simple y la de proponer el judicial preadoptivo se basó no en la evolución de la relación entre los acogedores y la niña, que fue totalmente adecuada y fructífera, sino en la inviabilidad del retorno de la niña con su madre biológica, que por aquellas fechas había tenido un segundo hijo, que también había sido declarado en desamparo y se encontraba en acogimiento residencial, lo cual hacía necesario plantearse una medida de protección y guarda más prolongada en el tiempo, como es la adopción, que además amparara conjuntamente a los dos hermanos

De los hechos probados se desprende, en primer lugar, que la niña se encontraba perfectamente integrada en su familia de acogida, por lo que el cese del acogimiento no responde a una medida de protección para ella, más bien al contrario, produce una situación de desprotección, inseguridad y pérdida afectiva. En segundo lugar, aunque no

queda explícito en el texto, se sabe que el cese del acogimiento provisional y la constitución del acogimiento preadoptivo provocan a la niña un cambio de familia. Si bien es cierto que la adopción es una medida de protección y guarda más prolongada en el tiempo no es menos cierto que el “cambio de familia” que lleva implícito es totalmente contrario a la idea de estabilidad que la ley impone en el artículo 173 bis CC. Por último, el acogimiento preadoptivo que se proponía era tan provisional como el establecido inicialmente y, si la niña no consiguiese adaptarse al cambio, tendría que ser revocado. Se observa también que existía la posibilidad de establecer un acogimiento permanente que hubiese permitido a la niña permanecer en su familia de acogida inicial, en la que se encontraba integrada:

El acogimiento permanente no resulta tampoco procedente, pues, de conformidad con lo dispuesto en el art. 173 bis del CC, los técnicos han informado negativamente sobre él con argumentos convincentes.

De nuevo se considera que la relación de convivencia establecida entre los acogedores y la niña no ha generado ninguna relación digna de continuación y protección por parte de los poderes públicos. Por el contrario se considera importante el punto de vista de los adultos adoptantes:

Si hay familias dispuestas a adoptar a la menor y a su hermano, es claro que ello es más beneficioso para ambos, no solo porque van a crecer juntos, sino también porque la adopción supone la totalidad de los efectos de la filiación (arts. 108 y ss y 175 y ss del CC).

El hecho de que haya “familias dispuestas a adoptar” parece más bien un argumento para favorecer a esas familias más que al niño susceptible de adopción, el cual no justifica en absoluto que a un niño que crece protegido en una familia de acogida se le entregue a otra, pues el derecho constitucional del niño exige mantener sus vínculos afectivos y su vida en el estado en que se encuentra, atendiendo a su estabilidad, como bien destaca el artículo 2 LOPJM como criterios del ISN. Por tanto, alcanzar los efectos de la filiación no es para el niño un derecho constitucional como sí lo es mantener las relaciones con sus seres queridos, más teniendo en cuenta que con su familia de acogida

inicial, la niña pudo alcanzar también los efectos de la filiación o, en último extremo, los de la tutela, cuestión que no se plantea ni se estudia en modo alguno.

La sentencia de la sección 6ª de la AP de Alicante 203/2014 de 24 de septiembre muestra que el argumento del cambio de familia de la niña del caso⁶²¹ responde a la necesidad de iniciar la convivencia con otra hermana de vínculo materno que estaba en régimen preadoptivo en una familia de Valencia. En este caso, la modalidad de acogimiento era permanente por lo que es claro que traiciona las expectativas de la niña en acogimiento, la cual, probablemente, en la medida en que su capacidad infantil comprendiese la situación, debía estar informada de que no iba a abandonar la familia que tenía. El expediente judicial del caso muestra numerosos informes con detalle del buen desarrollo del acogimiento y demostración del daño que sufriría la niña con la separación pese a lo cual se acuerda el cese del acogimiento. La sentencia argumenta que “se desconoce cuál es el interés de la menor” indicando que los vínculos con la acogedora “son perfectos”, lo que deja entrever un enorme desinterés por las vivencias de la niña. Con ello se le impide mantener un estatus convivencial que le estaba resultando beneficioso para iniciar otro con la incertidumbre de la inadaptación y riesgo de fracaso en la adopción que se pretende para la niña, pues muy pronto empezó a mostrar los signos propios del daño producido por el cambio⁶²².

Otra sentencia en que se aprecia el cese de un acogimiento permanente es la de la sección 2ª de la AP de Córdoba 28/2013 de 1 de febrero con el argumento de que el niño tiene “capacidad de adaptación”, la cual, sin duda, tienen también los niños sujetos a patria potestad sin que por ello se les someta a cambios de convivencia, ni se considere un elemento de su interés superior.

2.5. El derecho de relaciones personales

Cuando un niño entra en contacto con el sistema de protección, sus relaciones familiares sufren una transformación importante, pues, además de verse separado de sus padres,

⁶²¹ Vid. <http://www.lasprovincias.es/comunitat/201411/28/vecina-alcoy-entrega-nina-20141128185826.html>

⁶²² Vid. informes de seguimiento del acogimiento preadoptivo en ANEXO, pp. A206-A226 de los que se desprende el temor de la niña al rechazo y sus esfuerzos por agradar a su nueva familia y ser aceptada.

puede perder el contacto con otros miembros de su familia que son personas significativamente importantes para él en el plano afectivo. Estas relaciones afectan tanto a la convivencia cotidiana como a las visitas que se le permiten con todos esos miembros de su familia.

2.5.1. La convivencia

La cuestión de los hermanos y la familia extensa no presenta un criterio jurisprudencial unificado sobre la forma en que deben mantenerse sus relaciones.

En relación a los hermanos, la complejidad de las estructuras familiares de las familias que entran en contacto con el servicio de protección hace que no sea fácil adquirir unos criterios uniformes aplicables de forma objetiva de manera que se respeten los derechos de relación entre ellos, por lo que es necesario descender, muchas veces, al caso concreto, lo cual no justifica que una misma situación se trate de forma distinta.

Pese a las bondades del acogimiento en familia extensa, la jurisprudencia muestra que esta familia no siempre es la que prevalece frente a la familia ajena.

a) Los hermanos

La sentencia TS 565/2009 de 31 de julio muestra que no se reconoce el derecho a convivir a dos hermanas de vínculo materno que nunca han convivido, mientras que en el caso de la niña de la sentencia de la sección 1ª de la AP de Albacete 27/2013 de 19 de febrero y en el del acogimiento permanente de Alicante (sentencia de la sección 6ª de la AP de Alicante 203/2014, de 24 de septiembre) obligaron a dos niñas que ya estaban integradas en una familia a romper sus lazos afectivos para ir a convivir con otra familia ajena y un hermano de vínculo materno. Además, en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo a la niña no solo se le privó de vivir con su hermana sino además con su madre. En los tres casos mencionados, los hermanos no se conocían por lo que debieran haberse tratado con un mismo criterio, dado que el punto de vista de los niños es el mismo en todos ellos. El criterio más razonable parece el de la sentencia del Tribunal Supremo.

Dicho criterio coincide con el de muchos otros casos en que varios hermanos de una misma madre son dados en adopción a familias distintas y en distintos momentos, de tal manera que los hermanos no han convivido nunca, lo cual es razonable pues a una familia adoptiva no se le puede exigir que adopte consecutivamente a todos los hijos de otra madre para que los niños convivan con sus hermanos. Con este criterio el ISN no depende de la disponibilidad de los adultos para adoptar un niño o el hermano de un hijo adoptivo, sino de la situación real, convivencial y afectiva del niño, que es la que se debe respetar por encima de todo.

En sentido inverso, convendría que hermanos que han convivido no fuesen dados en adopción por separado para no romper un vínculo afectivo fraterno sin responsabilidad propia sobre sus causas de desamparo. Separar a los hermanos hace recaer los errores de los adultos sobre los hijos. Sin embargo, son muchos los casos en que un hermano se deja con la madre o con un familiar y otro, generalmente el de menor edad, se da en adopción en familia ajena, sabiendo ambos que tienen un hermano con el que les está prohibido cualquier tipo de relación⁶²³. En otros casos los hermanos se dan en adopción en familias distintas o se separan en soluciones de convivencia distintas⁶²⁴, incluso rechazándose soluciones que permitirían la convivencia de los hermanos con argumentos como que “ningún dato permite afirmar que el cambio del régimen de acogida sea beneficioso para los niños”⁶²⁵. Estas situaciones producen un drama humano que incrementa el riesgo de fracaso de la adopción. Existen, por supuesto, algunas resoluciones que permiten el retorno de los niños a su familia de origen y la reunificación de los hermanos⁶²⁶, con lo que se produce la reparación del ISN.

La jurisprudencia no ha afrontado tampoco el caso de los hermanos de acogida, pese a que se establecen unas relaciones de convivencia que influyen en el desarrollo del niño⁶²⁷, tanto si se mantienen como si se suspenden.

⁶²³ Este fue el caso de los hijos de Pilar Castillo que tenían otras dos hermanas de vínculo materno con las que perdieron todo contacto.

⁶²⁴ *Vid.* sentencia TS 444/2015 de 14 de julio, TS 170/2016 de 17 de marzo, entre otras.

⁶²⁵ *Vid.* sentencia TS 444/2015 de 14 de julio.

⁶²⁶ *Vid.* sentencia de la sección 3ª de la AP de Navarra 414/2015 de 10 de noviembre, ratificada por auto del TS de 22 de junio de 2016 (rec. 430/2016).

⁶²⁷ “Tanto si los hermanos lo son de nacimiento o por la adopción, un abanico amplio de aspectos colorea su relación, incluyendo la cultura familiar general, la proximidad, el sexo de los niños, sus edades, su posición en la familia, el tamaño de la misma, la similitud o disparidad de intereses y talentos, sus personalidades y su sentimiento de “encaje” en el sistema familiar” (IRWIN, “La relación entre

b) *La familia extensa*

En el capítulo anterior se puso de manifiesto que la ley actual prima la familia extensa sobre la ajena con más contundencia de lo que lo hacía la ley anterior, lo cual no quiere decir que antes no fuese así.

La jurisprudencia ofrece casos, tales como el de las sentencias TC 75/2005 de 4 de abril y TS 397/2011 de 13 de junio, en que ha fracasado la búsqueda de familia extensa para acoger a un niño, por lo que, en este caso, es necesario optar por la familia ajena. La sentencia TC 187/1996 de 25 de noviembre muestra la obligación de contemplar a la familia extensa, con suspensión de los autos que acordaban el acogimiento preadoptivo de los niños del caso. La sentencia 582/2014 de 27 de octubre muestra la innecesidad de transformar una guarda de hecho en acogimiento en familia extensa, pues éste presupondría estar bajo el designio de la Entidad Pública. Lo que sorprende de esta sentencia es que no se instase, a través del Ministerio Fiscal, la promoción de la tutela ordinaria, dado que la guarda de hecho no se considera una medida adecuada. La jurisprudencia muestra otros casos en que se rechaza a la familia extensa, tales como en la sentencia TS 444/2015 de 14 de julio que niega el acogimiento a los abuelos por la edad de éstos y el hecho de ser tres niños los que hay que acoger, mientras que los autos TS de 1 de abril de 2014 y TS de 16 de septiembre de 2015 y la sentencia TS 740/2016 de 21 de diciembre denuncian la falta de valoración de la familia extensa para el acogimiento. Entre los casos de rechazo de la familia extensa, la jurisprudencia menor es más abundante⁶²⁸.

Otra de las cuestiones que destacan AMORÓS y PALACIOS⁶²⁹ como ventaja del acogimiento en familia extensa es que *la probabilidad de mantener contacto con los padres queda facilitada*, resultando obvio que esta es una opción muy favorable para el niño. Sin embargo, no todos los acogimientos en familia extensa persiguen este objetivo.

hermanos”, *Biblioteca virtual de postadopcion.org*, [consultada el 8 de mayo de 2013], <http://www.postadopcion.org/pdfs/AdpHermanos.pdf>).

⁶²⁸ Vid. sentencias de la sección 1ª de la AP de Valladolid 348/2003 de 5 de diciembre y de la sección 5ª de la AP de Las Palmas 91/2002 de 31 de julio que optan por un acogimiento preadoptivo en familia ajena en lugar de la tutela ordinaria o de la sección 1ª de la AP de Jaén 593/2016 de 8 de septiembre, de la sección 10ª de la AP de Valencia 609/2011 de 12 de septiembre, de la sección 6ª de la AP de Málaga 31/2007 de 16 de enero en que cesan los abuelos como acogedores y son éstos los que se oponen al cese, resultando desestimados.

⁶²⁹ Vid. AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 210.

Hay Entidades Públicas que establecen como criterio que el acogimiento en familia extensa se establezca con un familiar alejado de la familia nuclear, tanto en el sentido afectivo como en el sentido geográfico del término o, al menos, en uno de ellos. Se dan casos, incluso, en que un niño se mantiene acogido con aquel familiar que mantiene un enfrentamiento abierto con alguno de los progenitores del niño. Otros casos en que esto no ocurre, es decir, cuando existe una relación cordial entre el progenitor y el acogedor (por tanto, el alejamiento entre ellos es geográfico), las familias sienten verdadero temor a relacionarse e infringir las estrictas prohibiciones de comunicación existentes entre el niño y el progenitor, pues las consecuencias pueden ser negativas para el niño como, por ejemplo, el cese inmediato del acogimiento que, a su vez, podría conllevar un internamiento. Estas tensiones no pasan desapercibidas para el niño que, en función de su edad, puede vivirlo como una situación estresante, por lo que la satisfacción del acogimiento puede descender drásticamente, consiguiendo el efecto contrario al que convendría⁶³⁰. Este efecto se muestra en la sentencia TS 444/2015 de 14 de julio en que uno de los motivos para denegar el acogimiento a los abuelos es la posible interferencia del padre de los niños en el acogimiento. Tal opción es ciertamente drástica, pues si el padre es tan nocivo para los hijos existen maneras de alejarlo de la presencia de los niños (mediante orden de alejamiento), sin que sean éstos los que deban ser los perjudicados por una medida que les obliga a romper todas sus referencias familiares previas, especialmente con los abuelos.

2.5.2. Las visitas

Cuando un niño es separado de su familia por motivos de protección tiene derecho a relacionarse con su familia, especialmente en tanto se evalúa la realidad de los hechos conducentes al desamparo. Sin embargo no existe ni normativa ni jurisprudencialmente ningún criterio para mantener estas relaciones, pues únicamente se dice que la Entidad Pública es la responsable de regularlas, sin establecer un régimen mínimo, y de suspenderlas temporalmente. Tampoco se establece una forma de actuación ante el

⁶³⁰ “Se piensa que al minimizar los diversos aspectos negativos que conlleva la separación del niño del núcleo familiar (las rupturas de todo tipo), se minimizarán las posibles consecuencias emocionales (ansiedades de separación, confusión...) y conductuales que puede conllevar la separación (agresividad, inhibición, problemas de integración...), aumentando, a su vez, la probabilidad de éxito. Diversas investigaciones (por ejemplo, Hegar, 1993) han mostrado cómo los acogimientos en familia extensa aumentan la seguridad, el sentimiento de pertenencia y la sensación de integración.” (*Ibidem.*)

incumplimiento sistemático del régimen de visitas por parte de la familia, cuando causa un perjuicio al niño que debería ser objeto de atención.

a) *La legitimación para la suspensión*

El Tribunal Supremo se ha pronunciado únicamente sobre la legitimación de la Entidad Pública para la suspensión de visitas. Los primeros pronunciamientos al respecto fueron de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del citado tribunal que, en sus sentencias 4/2014 de 4 de julio, 6/2014 de 10 de julio y 7/2014 de 21 de julio, dispuso que “la competencia para suspender el derecho de visitas de los padres biológicos con sus hijos menores de edad es exclusiva de los órganos judiciales” y no de la Administración Pública. En menos de un año, la Sala primera del Tribunal Supremo cambió de parecer y dictó doctrina en su sentencia TS 321/2015 de 18 de junio autorizando a la Entidad Pública la suspensión de visitas con el siguiente contenido:

La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada

Simultáneamente, la norma legal contenida en el artículo 161 CC ha sido adaptada a la anterior doctrina, aunque este precepto legal autoriza únicamente la suspensión temporal, no la definitiva.

b) *Los criterios materiales para la suspensión*

Un criterio material para la suspensión de visitas lo contiene el artículo 176 bis 2 CC y se produce en el momento de la convivencia preadoptiva del niño con una nueva familia, que es directamente aplicable cuando se ha declarado el desamparo. El criterio para la

suspensión de visitas durante la guarda provisional es lo que no está definido. Sin embargo durante el periodo de guarda provisional solo es aplicable la suspensión temporal del artículo 161 CC.

La suspensión definitiva de las visitas del niño en acogimiento antes de la reforma en materia de protección infantil del año 2015, estaba contemplada en el artículo 161 CC⁶³¹, según redacción de la Ley 21/1987.

En aplicación del artículo 161 CC según la redacción anterior y el derecho de relación que correspondía a un niño en acogimiento existió controversia entre las respuestas judiciales en distintas Audiencias Provinciales, lo cual pudo ser objeto de control casacional. Existió un primer grupo de resoluciones de las audiencias provinciales que estimaron que un niño en acogimiento preadoptivo no puede mantener relación con su entorno familiar previo con independencia de que la medida de régimen preadoptivo hubiese sido dictada en respuesta al ISN, de la reversibilidad de la situación de acogimiento y de las posibilidades que tuviese el niño de retomar la convivencia con su familia previa, es decir, supeditaba el derecho de relación del niño a la medida de acogimiento establecida, sin cuestionar la procedencia de ésta. Entre estas resoluciones se encontraban la de muchas Audiencias Provinciales, entre las que se encuentran varias de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares⁶³². Los argumentos para impedir las visitas eran que con la medida de acogimiento preadoptivo resultaba carente de sentido el mantenimiento de visitas con familiares y allegados, en algunos casos, una hipotética inestabilidad emocional para los niños, en otros casos y sin expresar ningún perjuicio para los niños, en algunos otros casos.

Cabe mencionar que la negación de visitas por una hipotética inestabilidad emocional se opondría a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶³³ pues pese a que dicha jurisprudencia fue dictada para niños que no se encontraban bajo tutela pública, de

⁶³¹ El contenido del artículo 161 CC antes de la reforma de la LSPIA era: “Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres corresponde para visitarle y relacionarse con él podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor.”

⁶³² *Vid.* sentencias de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 88/2008 de 24 de junio, 109/2007 de 9 de marzo, 223/2009 de 19 de junio, 341/2010 de 21 de septiembre, 489/2008 de 30 de diciembre, 378/2008 de 7 de octubre, entre otras.

⁶³³ *Vid.* sentencias TS 689/2011 de 20 de octubre, TS 576/2009 de 27 de julio y TS 858/2002 de 20 septiembre, entre otras.

considerarse diferente para los niños en acogimiento supondría una discriminación para ellos y la vulneración del artículo 14 CE.

Existió una segunda postura jurisprudencial contrapuesta a la anterior que priorizó el ISN en mantener relación con familia o allegados por encima de la medida de acogimiento establecida. En este grupo se encuentran varias resoluciones de la sección 2ª de la AP de Girona⁶³⁴, de las que algunas recogen expresamente que el establecimiento de régimen de acogimiento preadoptivo no es obstáculo para mantener visitas beneficiosas para el niño, mientras que otras denotan que el hecho de que las visitas con familiares resulten beneficiosas para el niño pueden imposibilitar el establecimiento de régimen preadoptivo o, incluso, revocarlo pero nunca impedir las visitas para poder instar un acogimiento preadoptivo.

También algunas sentencias de la sección 22ª de Madrid⁶³⁵ establecen el derecho de los niños bajo régimen de acogimiento a visitar a familiares y allegados. De este conjunto de sentencias se deduce que el establecimiento de un régimen de visitas con familiares y allegados, beneficiosas para un niño, se da con independencia del régimen de acogimiento e, incluso, que el acogimiento preadoptivo está supeditado al hecho de que el niño no tenga posibilidades de mantener relaciones personales beneficiosas con familiares y allegados, y no al revés.

La sentencia del TS 663/2013 de 4 de noviembre se pronuncia en el sentido de mantener las visitas del niño acogido con sus familiares si le benefician y suspenderlas si le perjudican, de lo que cabe deducir que concuerda con la segunda línea jurisprudencial antedicha. Ahora bien, hay que tener en cuenta que quien acreditará el beneficio o perjuicio de las visitas será la Entidad Pública que tiene la potestad de suspenderlas, por lo que, difícilmente, la suspensión de visitas podrá ser contradicha por los familiares particulares que no han podido mandar un perito a la supervisión de las visitas, para apreciar si los informes presentados por la Entidad Pública se ajustan a la realidad de los hechos. Siguiendo esta línea argumental, tras la imposibilidad de contradecir el perjuicio de las visitas y su suspensión, se sigue que la conveniencia de la convivencia preadoptiva tampoco puede contradecirse y, por tanto, ello conlleva que ambas medidas vayan unidas

⁶³⁴ Vid. sentencias de la sección 2ª de la AP de Girona 30/2008 de 28 de enero y 77/2003 de 19 de marzo, 602/2001 de 13 de diciembre y 205/2000 de 21 de diciembre.

⁶³⁵ Vid. sentencias de la sección 22ª de la AP de Madrid 24/2009 de 16 de enero, 501/2004 de 29 de julio y 546/2012 de 17 de julio.

y se hayan regulado legalmente de forma conjunta en el artículo 176 bis 2 CC añadido por la LSPIA, cumpliéndose la primera línea jurisprudencial. Así, las guardas con fines de adopción se alcanzarán con absoluto control administrativo e incapacidad de contradicción.

Actualmente, la suspensión temporal está regulada en el artículo 161 CC, el cual se aplica también como suspensión cautelar. La sentencia TS 286/2016 de 3 de mayo se pronuncia al respecto, pero únicamente en el sentido de destacar la competencia de la Entidad Pública para dicha suspensión. La escasa jurisprudencia al respecto destaca que las visitas producen perjuicios a los niños, en sentido abstracto, y muy pocas establecen una duración de la suspensión⁶³⁶, por lo que puede encubrir una suspensión definitiva.

3. LA PROBLEMÁTICA EN LA DELIMITACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La problemática para la correcta delimitación del interés superior de aquel niño sujeto a una medida de protección institucional parte del hecho de que el poder judicial ha asumido como incuestionable el buen hacer de las Entidades Públicas en materia de protección infantil con lo que, a su vez, asume la improcedencia de su papel revisor de los poderes del Estado, al menos, en esta concreta cuestión.

3.1. La ausencia de doctrina jurisprudencial

La ausencia de doctrina jurisprudencial en cuestiones que afectan a la intervención administrativa para la protección infantil, hace pensar que éstas son cuestiones pacíficas que no necesitan un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo para resolver aspectos controvertidos. Sin embargo, es sabido que los usuarios adultos del sistema de

⁶³⁶ Vid. sentencias de la Sección 1ª de la AP de Córdoba 521/2016 de 7 de octubre y de la sección 18ª de la AP de Barcelona 314/2016 de 26 de abril que no establecen ningún límite temporal de la suspensión, de la sección 1ª de la AP de Ourense 343/2016 de 11 de octubre que establece un tiempo de algo más de un mes para revisar la medida de suspensión, de la AP de Guadalajara 167/2016 de 24 de octubre que obliga a la Entidad Pública a que proceda a establecer un plan motivado de comunicaciones entre el niño y sus familiares, de la sección 2ª de la AP de Zaragoza 766/2016 de 7 de diciembre que es una resolución de suspensión definitiva de visitas.

protección están descontentos con la actuación administrativa, por lo que bien debería existir una implicación del poder judicial a los efectos de ofrecer una respuesta satisfactoria a dichos usuarios que repercutiría en el conocimiento futuro que los usuarios niños tendrían sobre su caso, contribuyendo a respetar un aspecto esencial de su interés superior.

3.1.1. El desamparo

El Tribunal Supremo no ha establecido ningún límite a las situaciones que pueden comportar la separación de un niño de su núcleo familiar, pese a la evidente implicación de derechos fundamentales en tan delicada cuestión. Sin embargo, no le han faltado ocasiones, desde la ya larga trayectoria de la legislación en materia de protección infantil.

En un apartado anterior se ha realizado un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión del desamparo y se comparó con lo que actualmente la ley entiende como tal situación. Por ello resta constatar que la doctrina de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio inauguró una etapa en que sistemáticamente el propio Tribunal Supremo, elude el estudio de los motivos o criterios utilizados para la separación del niño de su familia. Por tanto, dicha cuestión ha devenido totalmente irrelevante para el Tribunal Supremo.

Según lo analizado previamente, a consecuencia de la doctrina dictada en sentencia TS 565/2009 de 31 de julio, se entiende que debe examinarse si un niño sufrió desamparo en el momento de su declaración. Así lo entienden ciertas Audiencias Provinciales concedoras, sin duda, del contenido de dicha doctrina. La sentencia de la sección 1ª de la AP de Toledo 184/2015 de 23 de septiembre expone dicho argumento de forma clara:

Por otro lado es de recordar que lo que se realiza cuando se resuelve la impugnación de una situación de desamparo no es otra cosa que proyectar ex post una valoración a una situación anterior, esto es, no se trata de decidir si ahora, en el momento en que se presenta la demanda, se produciría la situación de desamparo, sino si fue o no correcta la decisión

atendiendo a las circunstancias que concurrían en el momento en el que se adoptó la misma.

La sentencia de la sección 2ª de la AP de Castellón 97/2013, de 31 de julio expresa el orden de evaluación de las distintas decisiones administrativas:

Entrando ya en el fondo de las impugnaciones planteadas, procede, en un orden lógico, comenzar por el análisis relativo a las resoluciones de 11 de junio de 2012, que declararon a los tres menores objeto de este litigio en situación legal de desamparo. Estas resoluciones son las primeras que han de ser examinadas porque todas las restantes traen causa de éstas, de modo que si se declarara que el desamparo no debió ser declarado, todas las restantes resoluciones quedarían automáticamente invalidadas.

Aunque las dos sentencias citadas han sido revocadas por el Tribunal Supremo, éste no ha cuestionado el acierto de los pronunciamientos expuestos. En base a ellos, la existencia de desamparo no puede estar fundamentada en la mala relación de los padres con los distintos técnicos de la Entidad Pública o con el hecho de no acatar sus imposiciones, ya que esta situación es ajena a la vivencia del niño en su núcleo familiar hasta el momento anterior a la declaración de desamparo. Sin embargo, se aprecia que el Tribunal Supremo utiliza este argumento como motivo de desamparo. De hecho, la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio, contiene dicho argumento. Incluso si el desamparo se produjese por rechazar ayuda social ofrecida antes del efectivo desamparo, éste debe expresar siempre un efecto sobre el niño.

La sentencia TS 537/2015 de 28 de septiembre presenta una situación de las que la ley actual excluye como causa de desamparo (la pobreza y la de ser víctima de violencia de género), a pesar de lo cual éste es confirmado por el Tribunal Supremo, en un momento en que la citada ley había entrado en vigor. Todo ello, por el hecho de que la madre no acató las imposiciones de la Entidad Pública, siendo esta una cuestión ajena a la relación entre la madre recurrente y su hija. Otras sentencias en que se aprecian desavenencias con los técnicos de la Entidad Pública son la TS 444/2015 de 14 de julio y la TS 60/2012 de 17 de febrero. Hay que añadir que si las discrepancias con los técnicos de las Entidades Públicas no se considerasen causas de desamparo (ya que la ley no las ha

recogido como tal), afectan negativamente a la evolución ocurrida con posterioridad al desamparo (aunque la doctrina tampoco lo ha recogido como criterio a ponderar) por lo que su efecto para impedir el retorno del niño a su familia de origen, es el mismo⁶³⁷. En base a ello, ni la ley ni la doctrina jurisprudencial permiten utilizar dicho argumento. Hay que añadir, no obstante, que la declaración de riesgo que la ley propone cuando los progenitores no aceptan el plan de intervención familiar, favorece que la posterior declaración de desamparo pueda apoyarse en este argumento.

Otra cuestión importante es que la existencia de vínculos afectivos establecidos por un niño declarado en desamparo con una nueva familia se postula por encima del hecho de que realmente se produjese una situación de desamparo real para el niño. Así, la sentencia TS 740/2016 de 21 de diciembre aprecia la mala praxis de la Entidad Pública lo que plantea muchas dudas sobre la realidad del desamparo que se dictó, a pesar de lo cual no es motivo de juicio en la citada sentencia, en la que se considera que la adaptación del niño a otra familia le obliga a permanecer en ella, lo cual es, obviamente, contrario a su interés superior. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia TS 687/2015 de 2 de diciembre en que reconoce la innecesariedad de pronunciarse sobre la cuestión del desamparo previo a la adaptación a una nueva familia. También en la sentencia TS 537/2015 de 28 de septiembre ocurre lo mismo. Ante tales pronunciamientos cabe preguntarse cual es la auténtica interpretación y alcance de la doctrina de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio y si ésta pretendía realmente que, en ningún caso, se evaluase en sede judicial la existencia de desamparo.

En realidad, el Tribunal Supremo no cuestiona, en ningún caso, los argumentos de las Entidades Públicas a favor de declarar el desamparo de un niño. Las sentencias TS 60/2012 de 17 de febrero y TS 170/2016 de 17 de marzo muestran que las pruebas que conducen a la determinación del desamparo de los niños de cada uno de los casos son todas aportadas por las Entidades Públicas sin que se aprecien los argumentos de la otra parte en contra del desamparo.

⁶³⁷ Esta actuación contrasta con las decisiones del Tribunal Supremo que determinan que las malas relaciones entre padres (quienes ostentan la patria potestad) y abuelos no puede restringir los derechos de visita de los últimos con sus nietos, sustentándolo en el ISN. *Vid.* sentencias TS 359/2013 de 24 de mayo, TS 576/2009 de 27 de julio, TC 138/2014 de 8 de septiembre, entre otras. Análogamente, las malas relaciones entre la Entidad tutora del niño y sus padres no debería impedir las relaciones del niño con su familia, máxime cuando de decidirse el retorno, la Entidad Pública quedaría fuera de dichas relaciones, ejerciendo únicamente su papel subsidiario.

La sentencia TS 747/2016 de 21 de diciembre ofrece unos argumentos en contra de la guarda de hecho decidida por la madre, que es una opción legal, anulando la responsabilidad de la madre en esa decisión, mostrando preferencia por el desamparo, que se establece sin expresión alguna del interés superior de la niña del caso y considerando ineficaz el control probatorio realizado por la sentencia de segunda instancia que no resulta, en absoluto, irracional ni carente de motivación, sino más bien minucioso y riguroso.

Mención especial merece la sentencia TC 65/2016 de 11 de abril que muestra la renuencia de los tribunales a acatar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este caso, la del asunto TEDH R. M. S. (Demanda nº 28775/12) de 18 de junio de 2013, respecto de acordar el retorno de una niña a su familia de origen. La madre del caso protagoniza una larga batalla legal por la patria potestad de dos de sus hijos, que han dado lugar a diversos pronunciamientos de los altos tribunales. La sentencia TS 540/2015 de 15 de octubre que declara el desamparo del segundo de los hijos resulta especialmente inquietante respecto de los motivos de desamparo que aprecia, pues ante una mirada crítica, más bien parece que el niño fue interceptado en el hospital ante un ingreso por causa no imputable a negligencia parental⁶³⁸ y por estar ya bajo la intención de ser tutelado tan pronto como se diese con él, pues esta acción de vigilancia de los niños en riesgo social para tutelarlos es una realidad⁶³⁹.

Todas aquellas sentencias que no expresan los argumentos de los familiares del niño sobre la medida que solicitan incumplen el deber constitucional de motivación del ISN ya que éste “obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6)”, argumento que se reproduce en la sentencia TC 16/2016 de 1 de febrero.

⁶³⁸ “¿Tiene un padre, que lleva a su hijo a urgencias por una caída por un golpe, que temer, sobre todo si su condición social y cultural se encuentra en el umbral de la pobreza y la marginación, que se inicie un proceso que pueda culminar con la suspensión de la patria potestad?

¿Y si los padres fuman en casa con riesgo para la salud de sus hijos, y si los padres superan los límites de velocidad al conducir con riesgo para la vida de los hijos que llevan dentro, y si los padres hacen públicos y airean la vida de sus hijos en los medios de comunicación?” (BENAVENTE, *op. cit.*, p. 18).

⁶³⁹ *Vid.* documentación acerca del caso de Servio que se analizará en el capítulo siguiente en ANEXO, pp. A5, A6.

Es de resaltar que los casos expuestos, a excepción del de la sentencia TS 315/2014 de 6 de junio, no muestran hechos de extrema gravedad, tales como abusos sexuales, drogadicción o malos tratos, sino negligencias y vivencias propias de niveles socio-culturales bajos por lo que cabe replantearse las situaciones conducentes al desamparo, no solo con una delimitación legal, sino también con pronunciamientos jurisprudenciales serios, a fin de impedir que los niños de ciertos estratos sociales sean movidos de sus familias.

3.1.2. El cese del acogimiento por decisión de la Entidad Pública

El cese del acogimiento está regulado en una norma sustantiva por lo que es susceptible de control casacional. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha inadmitido todos los recursos interpuestos contra la aplicación de dicha norma, por lo que no existe jurisprudencia al respecto dictada por el citado tribunal. A pesar de ello, es interesante analizar el auto TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012) que pese a ser formalmente de inadmisión, contiene aspectos de fondo en sus argumentos inadmisorios. En este caso, si bien se acordó inicialmente un internamiento, el “cambio de familia” era el objetivo del cese del acogimiento. Tras dos sentencias desestimatorias en las instancias primera y segunda, el asunto llegó al Tribunal Supremo que dictó el auto citado ofreciendo los argumentos por los que el recurso fue inadmitido. Uno de los argumentos dice que *la legislación vigente no hace posible la adopción por la familia de acogida temporal*. Tanto la legislación vigente española como el artículo 3 de la CDN, destacan la supremacía del ISN en toda decisión que le concierne. Por ello, es necesario estudiar el impacto de impedir la “adopción de los niños por la familia de acogida temporal” en el interés de los niños. En el caso indicado, los niños no conocían otra familia distinta que su familia de acogida, con la que habían convivido desde su nacimiento, por lo que impedir la permanencia de los niños en la familia de acogida vulnera los derechos de relaciones personales y convivencia que se reconocen en otras relaciones “no biológicas”, dando origen a una situación de discriminación⁶⁴⁰. Toda situación de vulneración de

⁶⁴⁰ “puede conducir a veces a que se procure no el beneficio del niño, sino su perjuicio cuando se le separa de un entorno familiar que le era favorable y al que estaba habituado y se le ingresa en un centro residencial a la espera de un futuro acogimiento en otro núcleo familiar bajo la única justificación de «salvaguardar la ley»; olvidándose que esa misma ley obliga ante todo a buscar siempre ese bienestar” (DÍEZ, *op. cit.*, p. 200).

derechos fundamentales del niño supone un perjuicio en su interés superior, según lo analizado en el capítulo primero. Por ello si la legislación vigente destaca la supremacía del ISN no puede, a su vez, impedir una medida, con carácter absoluto, sin estudiar el impacto en el ISN, pues ello origina una contradicción legal, pues el ISN ya no sería norma suprema sino que estaría supeditado a la citada prohibición que, por cierto, es inexistente⁶⁴¹. Por otro lado, si la Entidad Pública hubiese consentido esa adopción se habría podido establecer, como bien reconoce la sentencia de primera instancia, por lo que se llegaría a la conclusión de que a la Entidad Pública le está permitido “vulnerar la legislación vigente”⁶⁴². Además, si realmente fuese cierto que la legislación vigente no hace posible la adopción de un niño por parte de sus acogedores temporales, los jueces y tribunales no lo habrían podido acordar y, sin embargo, lo han hecho en otras ocasiones⁶⁴³. Además, el argumento contrasta con el ofrecido en el Auto TS de 3 de febrero de 2016 (rec. 2949/2014) que se centra en demostrar que la acogedora del caso no podía ser adoptante porque “no era solicitante de adopción, ni fue valorada su idoneidad para la misma, pero aun cuando lo fuera no podría recibir la asignación para la adopción de una menor de dos años atendiendo a la edad de la misma”, por los que se acreditan la falta de requisitos necesarios para establecer la adopción.

Por otro lado, si realmente fuese cierto que la legislación vigente no hace posible la adopción de un niño por parte de sus acogedores temporales debiera haber citado el precepto que lo prohíbe con lo que la discrepancia habría quedado resuelta, posiblemente, desde la primera instancia. Además de ello, no hubiesen sido necesarias más justificaciones y, sin embargo, el citado auto ofrece otros argumentos por los que se decidió la inadmisión del recurso. Esos otros argumentos son que *no consta el perjuicio psicológico de los niños por la salida de la familia de acogida* y que *no se ha acreditado que la salida de los niños de la familia de acogida temporal perjudique el interés de los menores*.

⁶⁴¹ “no debe existir inconveniente alguno en transformar un acogimiento simple en uno preadoptivo” (FLUITERS, “Acogimiento y Adopción”, *Jurisdicción voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1996, pp. 304, 305).

⁶⁴² *Vid.* sentencias de la sección 6ª de la AP de Málaga 503/2010 de 6 de octubre y de la sección 18ª de la AP de Barcelona 179/2011 de 11 de marzo, en que la Entidad Pública transforma un acogimiento temporal en preadoptivo (con la actual ley sería guarda con fines de adopción) respetando las relaciones familiares entre acogedores y acogidos.

⁶⁴³ *Vid.* sentencias del JPI nº 29 de Madrid de 24 de febrero de 2011 (rec. 928/2010), de la sección 1ª de la AP de Orense 14/2004 de 16 de enero y de la sección 18ª de la AP de Barcelona 344/2008 de 22 de mayo, en que la oposición de los acogedores temporales al cese del acogimiento es estimada por los tribunales.

El perjuicio psicológico de un niño al abandonar su familia ha de ser una presunción legal cuando se le separa de un ambiente protector y afectivo pues ese es el fundamento del derecho del niño a “permanecer en su familia”. Además de ello, en el caso apuntado, el daño psicológico estaba perfectamente acreditado pues no se niega que la familia de acogida les proporcionase los cuidados debidos. El problema fue que se inadmitieron las pruebas documentales que acreditaban el daño psicológico. Aun así, suponiendo que realmente no se acreditase el perjuicio psicológico de los niños, ello no impide demostrar *que la salida de los niños de la familia de acogida temporal perjudicó su interés superior*. Considerar que el ISN se respeta únicamente cuando no hay daño psicológico en un niño es limitar el concepto del ISN a una noción extremadamente pobre. Cabe preguntarse que pasaría con el orden público establecido en cualquier país del mundo, si las autoridades se presentasen en las guarderías y colegios a sustraer niños, colocarlos en familias ajenas y una resolución judicial autorizase tal actuación al no tener los padres medios de acreditar el daño psicológico sufrido por sus hijos, pues muy pocos podrían hacerlo. Con tales argumentos queda claro que el citado auto no reconoce ningún valor constitucional a la convivencia entre los niños y su familia de acogida que era precisamente el motivo de la controversia, quedando sin contestación la cuestión que originó el pleito, ya que el auto no ofrece ninguna justificación razonada para ello. Inversamente, un niño que padece daño psicológico no necesariamente sufre vulneración de su interés superior. Podría ser el caso de un niño que sufre cualquier frustración provocada por agentes externos sin que sus responsables hayan podido evitarlo, por ejemplo una enfermedad que el niño no acepte.

Desde el punto de vista jurídico se observan además dos anomalías, según la legislación vigente en cuestión de protección de la infancia. La primera proviene de la cuestión probatoria, ya analizada previamente, y es que si el tribunal consideraba relevante la “acreditación del daño psicológico” de los niños para la determinación de su interés superior, debieran haberse admitido las pruebas presentadas por los acogedores o, incluso, haberlas solicitado, pues los datos que rodean el ISN no deben quedar en el desconocimiento o la ambigüedad si pueden ser esclarecidos o bien, justificarse, si no lo pueden ser. Por otro lado, se constata que el cese del acogimiento se produjo por decisión de la Entidad Pública, el cual, según la legislación, puede producirse para salvaguardar el interés del niño, oídos los acogedores. El pleito interpuesto revela la oposición de los acogedores al cese del acogimiento. La argumentación del auto de inadmisión muestra

que exige a los acogedores la acreditación del perjuicio producido en el interés superior de los niños por el cese del acogimiento, es decir, exige la demostración de que el cese del acogimiento no salvaguardaba el interés de los niños para así, impedirlo. Pues bien, eso no es lo que exige el precepto legal, sino justo lo contrario, es decir, que en el cese del acogimiento se acredite la salvaguarda del ISN, lo cual correspondía a la Entidad Pública que fue quien impuso el cese. Por tanto, se produce una inversión de la carga de la prueba, en contra de lo preceptuado legalmente.

3.1.3. El régimen de visitas

Mientras que la jurisprudencia ha determinado con claridad el régimen de visitas de los hijos con su progenitor no custodio en casos de separación o divorcio⁶⁴⁴, que suele ser de uno o varios días intersemanales, según las circunstancias, y fines de semana alternos con división de vacaciones, festivos y días especiales, el régimen de visitas de los niños bajo la tutela de las Entidades Públicas queda totalmente a merced de la decisión de estas últimas. Hay que admitir, no obstante, que, en ninguno de los dos casos, el Tribunal Supremo ha dictado doctrina sobre el régimen a establecer. En el caso de las visitas de un niño con su progenitor no custodio, la razón de la inexistencia de doctrina radica en el hecho de que suele llegarse a un acuerdo entre las partes⁶⁴⁵, mientras que la regulación de las visitas en casos de medidas de protección es competencia de la Entidad Pública, la cual está establecida por ley. Por ello, en este caso, habría sido conveniente que la doctrina exigiese a la Entidad Pública un mínimo criterio en virtud de lo que se espera alcanzar en relación al núcleo familiar. Principalmente se aprecia la tendencia a restringir

⁶⁴⁴ Vid. sentencias TS 4/2017 de 11 de enero, TS 300/2016 de 5 de mayo, TS 624/2004 de 24 de junio, TS 579/2014 de 15 de octubre, TS 769/2011 de 11 de noviembre, entre otras.

⁶⁴⁵ “¿Por qué el legislador otorga a las partes la preferente facultad de autorregularse en materias de Derecho de Familia, que se encuentran caracterizadas por la presencia de normas imperativas? La pregunta encuentra respuesta en la base fáctica de la situación: no hay un modelo estándar de relaciones de familia, ni aún matrimonial, y por ende, no hay dos crisis matrimoniales, ni dos estilos de relación paterno-filial exactamente idénticas: así, los cónyuges serán quienes en mejor condición se encuentren para reglar su particular situación e intereses y respecto de sus hijos. Al ser quienes normalmente mejor conocen a sus hijos, estarán en una posición privilegiada para interpretar con los datos con que cuentan (los gustos y necesidades espirituales, materiales y afectivas de los menores), su verdadero interés. Por otro lado, no es menos importante esta concesión para los efectos de la ejecución del régimen de comunicación, pues de la voluntad de las mismas partes dependerá el cumplimiento de las medidas respectivas. Desde tribunales la opinión también se ha orientado en tal sentido: el mejor régimen de visita es aquél que no hay necesidad de establecer judicialmente, al estar basado en el común acuerdo entre los progenitores. Si los padres nada deciden, o si lo decidido no alcanza aprobación judicial, toca hacer la determinación del régimen al juez.” (ACUÑA, *op. cit.*, pp. 182, 183).

las relaciones del niño con sus progenitores reduciendo las visitas paulatinamente hasta alcanzar la total suspensión de los contactos, justificándolo en el perjuicio del niño avalado por informes realizados por los técnicos de la propia Entidad Pública⁶⁴⁶, o, incluso, sin justificación. Por otro lado, el régimen de visitas de un niño tutelado no es impugnabile en vía jurisdiccional ya que las Entidades Públicas no dictan resoluciones al respecto.

3.2. La discriminación del niño sujeto a medidas de protección

En la comparación entre el interés superior del niño sujeto a medidas de protección y el interés superior del niño que crece bajo el cuidado de sus progenitores, o alguno de ellos, se aprecian diferencias que no pueden explicarse por razón de sus especiales circunstancias. También la modalidad de acogimiento a la que está sometido un niño bajo tutela pública incide en una distinta apreciación de su interés superior, siendo esta cuestión una mera situación administrativa que no aporta ninguna diferencia en la relación de convivencia.

3.2.1. El interés superior del niño tutelado frente al del niño no tutelado

Al niño no tutelado por las Administraciones Públicas, es decir, al que crece bajo la patria potestad de algún adulto se le reconocen unos derechos familiares que, pese a no haber sido objeto de análisis en la presente tesis, responden a un control riguroso de su interés superior. Tales derechos son el de relacionarse con sus padres de forma equitativa en la medida de lo posible mediante la custodia compartida en casos de separación o divorcio de los padres⁶⁴⁷, relacionarse con sus abuelos pese a que existan malas relaciones de éstos con los padres del niño⁶⁴⁸, relacionarse o ser cuidados por las personas de su entorno

⁶⁴⁶ Vid. sentencias de la sección 18ª de la AP de Barcelona 353/2016 de 11 de mayo, de la sección 4ª de la AP de Vizcaya 124/2015 de 4 de marzo, de la AP de Palencia 35/2015 de 10 de marzo, de la sección 1ª de la AP de Murcia 391/2006 de 31 de octubre, de la sección 10ª de la AP de Valencia 790/2008 de 10 de diciembre, de la sección 2ª de la AP de Cantabria 326/2009 de 5 de mayo, de la sección 4ª de Las Islas Baleares 421/2008 de 5 de noviembre, de la sección 1ª de la AP de Pontevedra 4/2015 de 9 de enero, de la AP de La Rioja 265/2014 de 30 de octubre, entre otras.

⁶⁴⁷ Vid. sentencias TS 496/2011 de 7 de julio y TS 323/2012 de 25 de mayo, entre otras.

⁶⁴⁸ Vid. sentencias TS 359/2013 de 24 de mayo, TS 576/2009 de 27 de julio, TC 138/ 2014 de 8 de septiembre, entre otras.

afectivo pese a no tener con ellas relación de consanguinidad, con independencia del modo en que han establecido relación⁶⁴⁹ y retomar los derechos de relación con sus padres cuando éstos son absueltos de los delitos contra el hijo de los que había sido acusado⁶⁵⁰. En todas estas decisiones no interviene el tiempo transcurrido desde que el niño perdiera contacto con el progenitor del que estuvo separado, pues los derechos del niño prevalecen por encima de la condición temporal. Tampoco se considera la hipotética inestabilidad emocional del niño un motivo para negarle sus derechos de relación⁶⁵¹, la cual se ha presentado como excusa que los órganos jurisdiccionales no han admitido. Además se toman las medidas necesarias para impedir que el niño sea sustraído por uno de los progenitores conculcando el derecho de relación con el otro⁶⁵². De ello se desprende que en el ISN se ponderan criterios tales como el respeto por los vínculos afectivos, la estabilidad familiar, el respeto a sus condiciones convivenciales y la restauración de los derechos de relación conculcados pese al tiempo transcurrido, sin considerar que pueda provocarle ninguna inestabilidad emocional.

Respecto al niño tutelado, se aprecia un desinterés por conocer los motivos por los que alcanzó la relación de acogimiento al no estudiarse las causas del desamparo en sede judicial, dándose por supuestas. Así, toda ausencia de relación del niño con quienes fueron, supuestamente, causantes del desamparo adquiere justificación. Se niega todo derecho de relación del niño con sus hermanos cuando lo decide la Entidad Pública y con sus abuelos, sin que éstos tengan responsabilidad en la posible situación de desamparo y se alzan el tiempo transcurrido en acogimiento y la posibilidad de inestabilidad emocional como condiciones contrarias a la reparación de los derechos vulnerados del niño, aunque éstos nunca se reconocen como tal. Los niños tutelados, además, pueden ser internados, aun teniendo opción de mantener un acogimiento familiar, lo cual no se plantea para los niños no tutelados. Incluso, a los adultos familiares de los niños bajo tutela pública se les impide seleccionar a las personas para cuidar de sus hijos, obligándoles a someterse a las decisiones autoritarias de las Entidades Públicas, de lo que cabe deducir que la injerencia administrativa es desproporcionada en las familias de ese grupo social.

⁶⁴⁹ Vid. sentencias TS 320/2011 de 12 de mayo, TS 740/2013 de 5 de diciembre y la TS 836/2013 de 14 de enero de 2014 y TS 679/2013, de 20 de noviembre.

⁶⁵⁰ Vid. sentencia TS 251/2016 de 13 de abril.

⁶⁵¹ Vid. sentencias TS 689/2011 de 20 de octubre, TS 576/2009 de 27 de julio y TS 858/2002 de 20 septiembre, entre otras.

⁶⁵² Vid. JIMÉNEZ, *op. cit.*

Esta diferencia de criterios se aprecia en relaciones de acogimiento en que los acogedores albergan una elevada expectativa de mantener la relación con el niño acogido y que los poderes públicos no quieren defraudar. Así, se observa que estos criterios se utilizan en casos de acogimiento preadoptivo que, en virtud de la nueva legislación, es equivalente a la “guarda con fines de adopción”.

3.2.2. El interés superior del niño tutelado frente a la modalidad de acogimiento establecida

Es interesante el estudio de los criterios del ISN en los casos en que al niño se le obliga a un “cambio de familia”, de una de modalidad “no preadoptiva” a una de modalidad preadoptiva y los acogedores iniciales se han opuesto al cambio, pues dichos criterios son opuestos a los dictados por la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio en que la alternativa al acogimiento era el retorno a la familia de origen.

Todos los criterios del ISN utilizados en la citada sentencia que impidieron el reingreso de una niña en su entorno de origen y decidieron la permanencia en acogimiento, son ignorados o desconsiderados cuando se trata de un cambio de familia de acogida en que la decisión administrativa apoya el cambio a una nueva familia escogida del grupo de familias adoptantes, pues todos esos criterios son contrarios al cambio, si el acogimiento se ha desarrollado satisfactoriamente. Por el contrario, en este caso se consideran criterios del ISN el tener capacidad de adaptación⁶⁵³, ser adoptado, convivir con un hermano al que no conoce, no haber sufrido pérdidas anteriores para poder soportar la que se le impone o no tener necesidades especiales. Si se comparan estos criterios con los utilizados para ponderar el ISN cuando se plantea el retorno del niño a su entorno familiar de origen se observa que son contrarios, pues en este último

⁶⁵³ “Cuando las dificultades familiares no se pueden superar, la detección de estas situaciones y la intervención de los servicios de protección conlleva la separación del menor de su familia biológica, produciéndose la ruptura de su construcción vincular primaria y una discontinuidad en sus contextos de crianza, pasando a ser atendidos por otras personas y/o institucionalizados en centros de protección donde, incluso en las mejores condiciones, no se les podrá ofrecer por parte de sus cuidadores las atenciones características de un contexto familiar estructurado.

Todo ello, estará afectando a sus relaciones futuras, su personalidad, sus emociones y sus conductas, desarrollando expectativas negativas sobre otros adultos y sobre sí mismo como destino de sus cuidados y atenciones, y poniendo en riesgo su capacidad para vincularse a otras personas.” (ROSER y BUENO, “La construcción del vínculo afectivo en la adopción. La teoría del apego como marco de referencia en la intervención post-adoptiva”, *INFAD Revista de Psicología*, Nº1, Vol.1, 2011, p. 334).

caso no se considera oportuno someter a riesgos de adaptación a los niños en acogimiento, por lo que la capacidad de adaptación no se considera relevante, no se plantea la adopción sino la “permanencia en acogimiento” y no se considera relevante convivir con un hermano al que no conoce (la niña de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio tenía una hermana de vínculo materno), sino mantener el vínculo afectivo y la estabilidad convivencial con sus acogedores. Ello evidencia que no se protege al niño, sino a aquellas familias a las que se ha prometido un hijo que puedan adoptar, distinguiéndolas de las familias cuyos deseos son los de cuidar de un niño necesitado y, eventualmente, establecer una relación jurídica con él.

La reforma legislativa en materia de protección infantil ha destacado los criterios para ponderar el ISN, incluyendo todos aquellos que ha destacado la doctrina de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio en su artículo 2 LOPJM, es decir, los que impiden el retorno a la familia de origen. Es por ello que, a su vez, la reforma legislativa ha considerado oportuno distinguir a los niños en acogimiento a los que no se aplicarán los citados criterios del ISN, de los niños en “guarda con fines de adopción” a los que sí se aplicarán esos criterios. Hay que tener en cuenta que las impugnaciones del cese de un acogimiento por parte de los acogedores son escasas por lo que las Entidades Públicas solo aplicarán los criterios del artículo 2 LOPJM para impedir el retorno de los niños a su entorno familiar de origen y podrán seguir cambiando de familia a los niños en acogimiento. Aun así, es posible que las impugnaciones de acogedores sean crecientes, pues todas las que ha habido se han producido en la última década. También es posible que se pretenda prescindir del acogimiento, tendiendo a establecer guardas con fines de adopción, pues la ley facilita de forma inequívoca la imposibilidad de retorno al entorno familiar de origen, pasando directamente del acogimiento de urgencia a la guarda con fines de adopción en una familia distinta.

3.3. Las relaciones de convivencia desde el punto de vista constitucional

El artículo 9 de la CDN destaca el derecho del niño a vivir con su padre y con su madre, exceptuando los casos en que ese derecho decae por respeto al ISN. Todo parece indicar que el citado artículo de la CDN se refiere a los progenitores biológicos del niño, lo cual no obsta a que los Estados parte, especialmente en la cultura occidental, hayan

reconocido ese mismo derecho a los niños con realidades familiares diferentes ajustándose a la evolución social pudiendo decir que es un derecho del niño vivir con quienes ejercen la parentalidad social sobre él respetando su interés superior, según ha quedado previamente justificado⁶⁵⁴. En el caso de España, la jurisprudencia ha destacado que a los niños que conviven o han convivido con personas del colectivo LGTB se les debe respetar el derecho a mantener relaciones personales con dichas personas aún cuando sean relaciones “no biológicas”, incluso determinando la filiación. Todo ello es acorde con las nuevas tendencias socio-familiares en relación al desarrollo intrafamiliar de un niño y sus necesidades afectivas⁶⁵⁵.

Distinto trato recibe el colectivo de niños tutelados por la Administración Pública a los que no se reconocen esos mismos derechos. Estos niños tienen, por un lado, un entorno familiar de origen respecto del cual tienen un indiscutible derecho de relación que el propio artículo 9 de la CDN recoge. Por otro lado, tienen una familia de acogida que ejerce la parentalidad social, familia que, conforme al artículo 20 de la CDN, el Estado le ha proporcionado para hacer frente a su necesidad de protección. Ambas familias son importantes para el niño pero en ocasiones el Estado considera que lo más favorable para el niño implica no regresar ni relacionarse con su entorno de origen. En este caso, la inestabilidad jurídica de una familia de acogida ajena favorece que las referencias familiares del niño sean precarias, quedando su situación a merced de las decisiones administrativas o judiciales que pueden decantarse por “cambios de familia” ante la posibilidad de adopción del niño, o bien, internamientos en instituciones a pesar de no ser viable el retorno al entorno de origen y estar viviendo un exitoso acogimiento que, tanto el niño como la familia acogedora desean mantener. Cabe preguntarse si dichas

⁶⁵⁴ “los españoles muestran ya un punto de vista cercano a la tolerancia a la diversidad familiar y alejado del paradigma tradicionalista. Hablamos, por un lado, de los altos niveles de tolerancia mostrados [...] hacia las uniones de hecho, a las que se opta por conceder los mismos derechos y obligaciones que los matrimonios incluso en el caso de los homosexuales...”. (RODRÍGUEZ y MENÉNDEZ, “El reto de las nuevas realidades familiares”, *Portularia*, N° 3, 2003, p. 15).

⁶⁵⁵ “En el caso de sus miembros más jóvenes, la familia no sólo debe asegurar su supervivencia física y crecimiento saludable, sino propiciar que accedan a las experiencias y al establecimiento de relaciones en el seno de las cuales niños y adolescentes puedan desarrollar las diversas habilidades y competencias necesarias para relacionarse de manera competente tanto con su medio como con ellos mismos. Estas habilidades y competencias se refieren tanto al ámbito cognitivo (apropiación de habilidades de pensamiento, de lenguaje y de comunicación) como al conductual (conocimiento, comprensión y deseable interiorización de las normas básicas que regulan la convivencia y el desenvolvimiento adaptativo en sociedad) y al afectivo (establecimiento de vínculos estables desde los que implicarse en una socialización afectiva) tal y como la define López (1990) (Brooks, 1996; Clemente y Goicoechea, 1996; López, 1995; Musitu, 1995; Musitu y Herrero, 1994; Palacios y Rodrigo, 1998; Schaffer, 1996)”. (*Ibidem.*, p. 24).

decisiones vulneran el artículo 9 de la CDN al privar a los niños de vivir con quienes ejercen correctamente la parentalidad social, es decir, los acogedores, cuya situación podría estabilizarse si esa fuese su voluntad. A su vez, cabe cuestionarse si vulneran los artículos 8 y 16 de la CDN en tanto que permiten una injerencia innecesaria del Estado en la vida familiar del niño y de la familia. En definitiva, cabe analizar si se somete a los niños bajo tutela administrativa a “cambios de familia” injustificados y vulneradores de sus derechos fundamentales recogidos en las legislaciones de la mayoría de países y la normativa de los tratados internacionales, consintiendo que crezcan privados de relaciones familiares constitucionalmente respetuosas.

La cuestión a estudiar es si las relaciones de “acogimiento familiar” en tanto que una de *las formas de organización familiar*⁶⁵⁶ que hoy en día se dan en la sociedad, tienen el reconocimiento y la protección del artículo 39 CE y, por tanto, deben respetarse en tanto exista la voluntad de los convivientes sin que nadie ajeno a la relación establecida pueda interrumpir esa convivencia por decisión unilateral, como sería el caso de la Administración Pública que, en su momento, decidió acordar el acogimiento con el consentimiento expreso de los acogedores y en atención al ISN.

3.3.1. La doctrina constitucional sobre las relaciones familiares

Es necesario tener en cuenta que algunas relaciones de convivencia confieren derechos familiares, aun sin la existencia de relación jurídica alguna entre las personas del núcleo familiar. Así, la doctrina constitucional de las sentencias TC 184/1990 de 15 de noviembre y TC 222/1992 de 11 de diciembre establecen que las relaciones familiares que los poderes públicos deben proteger son aquellas fundamentadas en la relación de convivencia, y no únicamente basadas en la relación matrimonial⁶⁵⁷. En este sentido, la relación familiar no viene determinada por un negocio jurídico, como pudiera ser el matrimonial, sino por la voluntad de los convivientes de mantener esas relaciones, lo que conlleva que se respeten los derechos inherentes a cualquier relación familiar, con todo lo

⁶⁵⁶ Vid. AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁵⁷ “el Tribunal abordó por primera vez la doble tarea de esbozar un concepto constitucional de familia y de establecer criterios para determinar el ámbito de las obligaciones de los poderes públicos para con las familias no matrimoniales. Para ello se acogió a una noción tan amplia como flexible, apuntando que la familia es siempre «un *marco de solidaridades y de dependencias*» (FJ 4 —énfasis mío—), conectándolo con la *convivencia* con base en esos parámetros.” (RODRÍGUEZ RUIZ, *op. cit.*, p. 89).

que ello implica a nivel social y el impacto que tiene en el orden público. Aplicando la analogía al caso del acogimiento, en que la relación familiar establecida conlleva unos deberes en el ámbito del Derecho de familia, la inexistencia de relación jurídica de filiación entre acogedor y acogido no solo no impide que se reconozca una relación familiar desde el punto de vista constitucional, sino que exige que ésta se respete, máxime cuando el Código Civil y la LOPJM establecen obligaciones paterno-filiales al acogedor y al acogido, por lo que existe un “marco de solidaridades y dependencias” como indican las citadas sentencias del Tribunal Constitucional.

Además de ello, la convivencia *more uxorio* de la que tratan las sentencias antes citadas hacen referencia a una relación establecida, únicamente, por voluntad de los convivientes. Sin embargo, la convivencia en acogimiento ha sido establecida por decisión de una Administración Pública (aunque es obvio que no forma parte de ella) con el consentimiento del acogedor y, en ciertos casos, del niño acogido; lo cual ofrece una situación de tutela más parecida a la que otorga la relación matrimonial⁶⁵⁸ y un mayor grado de garantía constitucional. Cabe recordar que, en todo momento, se está ante una situación de inviabilidad de retorno del niño acogido a su familia de origen y, en muchos casos, se da la circunstancia de que los padres no han impugnado el desamparo o si lo han hecho ha sido desestimado, pues de lo contrario, la situación sería la producida en el caso de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio, ampliamente comentada con anterioridad.

El Tribunal Supremo aplicó la doctrina constitucional en que se aprecian derechos adquiridos en base a una relación de convivencia, aún sin otro tipo de vínculo jurídico, en la sentencia TS de 10 de marzo de 1998 (rec. 133/1994)⁶⁵⁹. Por tanto, las situaciones de convivencia generan relaciones familiares con derechos constitucionales que a los convivientes corresponden, como el de escoger la relación que desean mantener entre sí, sin que nadie ajeno a esa relación pueda menoscabar dichos derechos. Otras sentencias

⁶⁵⁸ “Lo característico del matrimonio, lo que lo distingue de la convivencia *more uxorio*, es que el primero se basa en la formalización por parte de los cónyuges de un compromiso de solidaridad y de atender recíprocamente a su dependencia. Este compromiso, que se expresa ante una autoridad pública y que sólo puede ser disuelto por el poder judicial, está en el origen de toda una serie de derechos.” (*Ibidem.*, pp. 90, 91).

⁶⁵⁹ La sentencia atribuye a la mujer el uso y disfrute de la vivienda, sus muebles y enseres anejos y la plaza de aparcamiento asignada a la misma, en base a la relación existente análoga a la conyugal, pese a no estar previsto en la convivencia *more-uxorio*.

más recientes como la TC 116/1999 de 17 de junio o la del TSJ de Cataluña 28/2007 de 27 de septiembre, reconocen la unidad familiar de aquellos niños sin vínculo biológico con los adultos con los que conviven, por lo que, de nuevo, la unidad familiar se fundamenta en la convivencia y la responsabilidad de los adultos sobre los niños, con independencia de la relación biológica. La sentencia de la sección 4ª de la AP de A Coruña 169/2006 de 13 de diciembre reconoce el valor de la convivencia para justificar la solicitud de una adopción y otorgar una significación jurídica a la realidad social, conforme a las normas constitucionales, que compartieron adoptante y adoptando, que tiene valor jurídico incluso después de haberse interrumpido la convivencia entre ellos.

En ocasiones se otorga la condición de madre a quien ha ejercido como tal desde el nacimiento del niño incluso en ausencia de relaciones jurídicas, como ocurre en la sentencia TS 320/2011 de 12 de mayo. Ésta, además, define lo que se entiende por relación familiar o núcleo familiar, o simplemente, familia, incluyendo en ellas a los niños en que la convivencia y el respeto a las normas constitucionales son las condiciones necesarias para que exista tal relación familiar, que en el caso enjuiciado corresponde a la paterno-filial.

La relación de acogimiento se ajusta perfectamente a la definición de familia que ofrece la anterior sentencia, ya mencionada en el capítulo anterior, ya que existe convivencia y se respetan las normas constitucionales desde el momento en que el niño alcanza la relación familiar por motivos de protección y respeto a su interés superior, el cual se mantiene cuando su derecho al reingreso en su familia de origen ha decaído definitivamente por decisión de la Entidad Pública. Otro argumento en defensa de los derechos de convivencia en una relación de acogimiento proviene de la doctrina jurisprudencial de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio, en que se determinó la “permanencia en acogimiento” de un niño bajo ciertas circunstancias, por encima del retorno a su entorno familiar de origen, cuando éste se había solicitado. En este sentido, aplicando un argumento *a fortiori*, debe decidirse la “permanencia en acogimiento” cuando no hay impugnación del desamparo o éste ha sido desestimado y queda, por tanto, acreditado, tanto el desamparo como la incapacidad de la familia biológica para hacerse cargo del niño. Por otro lado, la citada doctrina jurisprudencial determinó la “permanencia en la familia de acogida” como expresión del ISN, con independencia de que llegase a establecerse cualquier otra relación jurídica, como la adopción.

Conjugando el contenido de la sentencia TS 320/2011 de 12 de mayo con la aplicación de la doctrina de la sentencia del TS 565/2009 de 31 de julio, ante la inviabilidad o el riesgo del retorno de un niño a su familia de origen, se impone la permanencia en acogimiento como norma que respeta plenamente las reglas constitucionales, teniendo en cuenta la voluntad del acogedor y el acogido. En el caso del niño acogido, la voluntad de permanencia debe deducirse de su integración familiar y buen desarrollo, lo cual supone una presunción legal si el niño es muy pequeño y puede manifestarlo si tiene edad suficiente para hacerlo.

Por último, el Tribunal Europeo también se ha mostrado favorable a respetar las relaciones de acogimiento como dispone su sentencia TEDH de 27 de abril de 2010 (rec. 16318/2007), caso *Moretti y Benedetti contra Italia*, previamente comentada, citando expresamente que la provisionalidad del acogimiento familiar no ofrece ningún obstáculo para ello.

Estos argumentos son suficientes para demostrar que la Entidad Pública no puede imponer el “cambio de familia” a un niño en acogimiento contra la voluntad del acogedor, pues resultaría paradójico que se pidiese consentimiento para establecer una relación familiar y que no se hiciese para finalizarla. En caso de que la Entidad Pública consiga imponer el cese del acogimiento, hay que tener en cuenta que las relaciones familiares no se extinguen más que por voluntad de los sujetos a la relación o por incumplimiento de los deberes inherentes a ella, permaneciendo los derechos constitucionales adquiridos que pertenecen a la esfera del orden público. Este tipo de acciones administrativas convierten a las familias de acogida en familias de abandono, pues los niños perciben la pérdida de su familia como un nuevo desamparo, con el agravante de que es la institución que debe velar por el ISN quien lo vulnera deliberadamente.

3.3.2. El vínculo jurídico de las relaciones de convivencia

Las relaciones familiares no requieren necesariamente un vínculo jurídico, tal como se apreció en la convivencia *more uxorio*, sin embargo, en las relaciones análogas a las paterno-filiales siempre existe algún vínculo jurídico aunque algunos son de gran

debilidad, tal como la “guarda de hecho”, por lo que resulta conveniente fortalecer ese vínculo mediante otras figuras jurídicas. En las relaciones con niños, los adultos suelen preferir mantener una posición jurídica fortalecida con un rol diferenciado y concreto, por ejemplo el padre, tía, abuelo, es decir, con una relación de parentesco clara y determinada para no confundir al niño, a diferencia de lo que suele ocurrir con la convivencia entre adultos en que las posiciones ideológicas pueden favorecer uniones no jurídicas⁶⁶⁰ expresamente decididas.

En las relaciones de parentesco tradicionales, las relaciones jurídicas están bien establecidas y los derechos entre parientes no ofrecen confusión, ahora bien, las nuevas realidades sociales ofrecen un escenario distinto que ha sido necesario afrontar⁶⁶¹. Así se ha reconocido relación de filiación, respecto de la madre “no biológica”⁶⁶², a los niños nacidos mediante aplicación de la LTRHA. También se reconoce el derecho a ser adoptados a los niños bajo “guarda con fines de adopción”. Sin embargo, no se reconoce, ni se quiere reconocer, una relación paterno-filial asentada en el acogimiento en familia ajena que, tal como está planteado procedimentalmente, representa únicamente una función servil a las órdenes de las Entidades Públicas y, en escasa medida, a proporcionar un cierto nivel de bienestar infantil. Sin embargo, conviene pensar qué argumentos puede dar un acogedor a un niño acogido, si éste tiene edad de recibir explicaciones y se encuentra en circunstancias de imposibilidad de retorno a su familia de origen, para que le convenza de que lo mejor para él es abandonar su nueva familia. Conviene tener en cuenta qué seguridad puede sentir el niño sabiendo que, en cualquier momento, su vida puede cambiar de rumbo, por decisión administrativa y consentimiento de sus acogedores. Al respecto es necesario considerar que BOWLBY⁶⁶³ *constata la necesidad humana de establecer relaciones basadas en vínculos de amor, selectivas, intensas y*

⁶⁶⁰ “en España las parejas de hecho suelen estar ideológicamente posicionadas a la izquierda del espectro político, con la mitad de ellas activamente en contra del matrimonio. Lo cual aparece corroborado por su nivel generalmente medio/alto de ingresos. Estar ideológicamente en contra del matrimonio implica, en buena medida, rechazar los roles de género inherentes a la lógica matrimonial, presumiblemente para asumir una lógica relacional más igualitaria. La obligación constitucional de los poderes públicos de proteger a las parejas de hecho es así la obligación de proteger una opción convivencial que en buena medida aspira a sustraerse a la construcción clásica del género.” (RODRÍGUEZ RUIZ, *op. cit.*, p. 90).

⁶⁶¹ “Naturalmente, tanto en la realidad de las cosas cuanto en relación con el Derecho, el parentesco por consanguinidad representa la realidad más importante en relación con la familia y el Derecho de familia, pero ello no conlleva que deban excluirse otras relaciones parentales que se encuentran asentadas en criterios distintos al de consanguinidad” (LASARTE, *op. cit.*, p. 260).

⁶⁶² “las corrientes modernas van permitiendo un mayor ámbito de acción de la autonomía de la voluntad en el campo jurídico-familiar.” (DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 36).

⁶⁶³ *Vid.* ENRÍQUEZ, PADILLA y MONTILLA, *op. cit.*, p. 261.

duraderas y cómo las experiencias de seguridad, confianza e incondicionabilidad están en la base de mecanismos adaptativos tan potentes como la resiliencia. Del mismo modo, BARUDY⁶⁶⁴ destaca que *la accesibilidad es indispensable para asegurar el desarrollo sano de los niños y las niñas.* Esto significa que un niño o una niña necesita que alguien le transmita que, pase lo que pase, él o ella serán los seres más importantes y, por lo tanto, estarán siempre accesibles, es decir, ubicables⁶⁶⁵. Así, una relación precaria con un futuro incierto y sin alguien de quien disponer incondicionalmente, no puede ofrecer al niño una expectativa psíquicamente saludable, por lo que la disponibilidad del acogedor para mantener la relación cuando fracasa el retorno es sumamente importante.

3.3.3. La filiación en casos de reproducción asistida

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha permitido la filiación a los niños nacidos mediante aplicación de la LTRHA respecto de su madre “no biológica”, lo cual ha quedado establecido en dos sentencias: la TS 740/2013 de 5 de diciembre y la TS 836/2013 de 14 de enero de 2014. En ambos casos la adopción era imposible, ya que los niños tenían una madre biológica que no estaba casada ni mantenía relación análoga a la conyugal con la persona que se considera madre “no biológica”, aunque sí la había tenido en el pasado. Por tanto, la adopción no se ajusta a ninguno de los criterios legales para establecerla, lo que sí habría ocurrido si la pareja (formada por madre biológica y madre “no biológica”) se hubiese mantenido unida. Así, es la separación de pareja de estas dos madres la que provoca el conflicto. Los argumentos para decidir la filiación del niño respecto de la “madre no biológica” son tres: la relación de convivencia que mantuvieron el niño y la madre “no biológica”, cuestión ya analizada previamente; el consentimiento prestado por la madre “no biológica” que exige la LTRHA y la posesión de estado.

a) El consentimiento

El consentimiento prestado para el mantenimiento de una relación familiar conecta directamente con la obligación constitucional del artículo 39.1 CE de “asegurar la

⁶⁶⁴ Vid. BARUDY, “Familiaridad y competencias:...”, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁶⁵ *Ibidem.*

protección jurídica de la familia” en la que no puede quedar impedido el reconocimiento jurídico de una relación familiar establecida con pleno respeto a las normas constitucionales y la protección de los derechos y la persona del niño. En similar sentido, el artículo 39.2 de la CE impone a los poderes públicos la “investigación de la paternidad” cuya finalidad primordial es la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE). No obstante, las nuevas realidades sociales otorgan un nuevo panorama ante la paternidad o maternidad en relaciones no biológicas en que la investigación otorga pleno protagonismo a los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación sin que quede al margen la consideración de la dignidad de la persona. Teniendo en cuenta estos principios constitucionales, la sentencia TS 740/2013 de 5 de diciembre recoge en qué se fundamenta una relación de maternidad, lo que determina una relación de filiación si se observa desde el punto de vista del niño:

constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que, en casos como este, dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige

Esta situación es plenamente aplicable a aquellos casos en que el acogedor, aún habiendo adquirido solo un compromiso temporal de guarda y custodia bajo acogimiento, desea libremente ampliar ese compromiso sobre el niño acogido para estabilizar la situación familiar de éste y así lo manifiesta de algún modo a las autoridades, sean administrativas o judiciales.

b) *La posesión de estado*

No existe una definición legal del concepto de posesión de estado. Según la jurisprudencia de las sentencias TS de 10 de marzo de 1988 y TS de 17 de marzo de 1988, la posesión de estado *es el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario,*

libre y espontáneo. La jurisprudencia clásica se refería al *nomen*, fama y *tractatus*. La sentencia TS de 14 de noviembre de 1992 describe el concepto de posesión de estado del siguiente modo:

por posesión de estado debe entenderse aquella relación del hijo con el padre o madre o ambos, en concepto de tal hijo (nomen, tractatus, fama) manifiesta por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública, precisándose en las sentencias de 4 de mayo de 1964 y 20 de mayo de 1991, que no debe exigirse que los actos reveladores de la posesión de estado sean muy numerosos, ni practicados absolutamente con plena publicidad, cuyo criterio resulta bien acertado pues no cabe desconocer el relativismo que implica la cuestión, dependiendo, en cada caso, de las circunstancias concretas concurrentes, y en este orden de cosas, es evidente que la posesión de estado habrá de durar cierto tiempo, variable según los casos, sin que sea incompatible con alguna interrupción, y no requiere, necesariamente una existencia actual al momento de ser invocada, siendo suficiente su constancia en un próximo pasado.

La jurisprudencia moderna amplía el concepto de posesión de estado a las nuevas realidades sociales emergentes y en ausencia de relaciones biológicas. La sentencia TS 836/2013 de 14 de enero de 2014 fundamenta la relación paterno-filial en este concepto:

declara unos hechos reveladores de la posesión de estado ahora alegada, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía. Hechos no desacreditados por la sentencia recurrida que reconoce, conforme a lo probado en autos, "que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación" o que resulta acreditado que "durante un tiempo actuó como madre". En definitiva, hechos reveladores del "tractatus" como elemento impulsor de la posesión de estado, particularmente en los supuestos de reclamación de filiación no matrimonial, como en el presente caso (SSTS 17 de marzo de 1995 y 10 de noviembre de 2003).

De nuevo esta situación resulta aplicable a los casos de acogimiento familiar, aunque en alguno de ellos pueda darse la situación de que la dedicación del acogedor respecto del niño no empezase en el nacimiento. En definitiva, un acogedor puede solicitar la filiación de un niño en acogimiento si no es posible el retorno a la familia de origen, cumpliendo todos los requisitos que se exigen en otras relaciones “no biológicas”.

3.3.4. La situación del niño nacido mediante maternidad subrogada

Un niño que ha nacido mediante la práctica de maternidad subrogada, lo ha hecho fuera de las fronteras del estado español, ya que la legislación española considera que la utilización de esta técnica viola el orden público, por lo que es una opción ilegal, como ocurre también en otros países de la UE. Por tanto, resulta pertinente estudiar qué ocurre con los niños que habiendo nacido bajo maternidad subrogada en un país en que es una opción legal, son trasladados a un país europeo en que esta técnica es ilegal.

a) La postura de las autoridades españolas

La postura de las autoridades españolas respecto de la maternidad subrogada es unánime en considerar que es una opción que no puede ser legalizada. Así lo considera tanto el poder judicial⁶⁶⁶ como el Comité de Bioética de España que se ha pronunciado al respecto mediante un informe elaborado por propia iniciativa en mayo de 2017⁶⁶⁷. Ello no obsta a que deba proporcionarse al niño gestado mediante maternidad subrogada, unas condiciones de vida que respondan a su interés superior.

La actitud del Tribunal Supremo español respecto del niño gestado mediante maternidad subrogada consiste en permitir que conviva con quienes han encargado su nacimiento pese a no autorizar la inscripción de su filiación en el Registro Civil español⁶⁶⁸, consintiendo, además, que disfrute del cuidado de una de las personas

⁶⁶⁶ *Vid.* sentencia TS 835/2013 de 6 de febrero de 2014.

⁶⁶⁷ *Vid.* Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf, [consultada el 21 de julio de 2017].

⁶⁶⁸ “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar

comitentes, mediante la concesión del permiso maternidad, a fin de permitir su correcta protección y evitar su discriminación⁶⁶⁹.

b) Los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció por primera vez sobre la cuestión de la maternidad subrogada en dos casos de Francia en que la maternidad subrogada es una opción ilegal⁶⁷⁰.

Los tribunales franceses se pronunciaron, en ambos casos, en el mismo sentido que el Tribunal Supremo español, sosteniendo que dar acceso a los niños al Registro Civil, hubiese implicado abrir un resquicio en la ley y, de esa forma, animar a otras parejas a ir al extranjero para recurrir a un proceso de gestación por sustitución. Dichos tribunales consideraron que sus decisiones no violaban los derechos de los padres a la intimidad y a la vida familiar, ya que el mero acto de impedir la inscripción de los niños en el Registro Civil no tenía consecuencias directas sobre la relación entre los padres y sus hijos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que la injerencia de las autoridades francesas en la vida privada y las decisiones personales de los padres era legalmente coherente y justificada porque Francia intentaba disuadir a otras parejas francesas de ir al extranjero para obtener servicios de maternidad subrogada. El alto tribunal consideró que los padres no habían sido capaces de demostrar que la negativa a inscribir a los niños en el Registro Civil francés interfiriese de algún modo con el funcionamiento normal de su familia, al haberse permitido la permanencia de la familia en Francia.

con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia)...” (sentencia TS 835/2013 de 6 de febrero de 2014).

⁶⁶⁹ “De no otorgarse la protección por maternidad –atendiendo a la doble finalidad que tiene, [...] -- al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación.” (sentencia TS 953/2016, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016).

⁶⁷⁰ *Menesson contra Francia* (demanda 65192/11) y *Labassee contra Francia* (demanda 65941/11) resueltos en sentencias TEDH de 26 de junio de 2014.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alcanzó una conclusión distinta al pronunciarse sobre los efectos en los niños, estableciendo que éstos permanecían en un estado de inseguridad jurídica al no estar registrados en el país en que vivían, amenazando su estatus y su propia identidad, tanto desde el punto de vista legal como el personal, pudiendo afectar a su capacidad para identificarse como miembros de la sociedad francesa. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo en cuenta la importancia de la ascendencia en la formación de la identidad y dictaminó que las autoridades francesas se inmiscuyeron de forma injustificada en el derecho de los niños a la vida privada, vulnerando el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos Humanos. En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos antepuso los intereses de los niños nacidos por un proceso de maternidad subrogada a las propias normas de acceso al registro de cualquier estado miembro de la Unión Europea.

Posteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse sobre un caso de Italia⁶⁷¹ en que las autoridades italianas consideraron que un niño nacido mediante maternidad subrogada en Rusia y trasladado a Italia se encontraba en situación de desamparo⁶⁷², lo cual ofrece un escenario distinto al de las sentencias previas sobre casos franceses. En el caso italiano hubo dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La primera de ellas, TEDH de 27 de enero de 2015, esgrime argumentos antagónicos sobre la separación del niño de la pareja contratante de la gestación. Por un lado, expresa que “la aplicación del derecho italiano, que lleva a considerar que el niño se encuentra en estado de abandono, no sería arbitraria y las medidas tomadas se apoyarían en las disposiciones del derecho interno”⁶⁷³, mientras que, por otro lado, afirma, “esgrimiendo el argumento del interés superior del niño, que en el caso no se daban las condiciones necesarias para justificar la remoción del menor de su familia de facto, medida que solo debería ser admitida en situaciones extremas”⁶⁷⁴. Por tanto, a tenor del segundo argumento, se deduce que las disposiciones italianas sobre la

⁶⁷¹ Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (demanda 25358/12) resuelto en sentencia TEDH de 27 de enero de 2015, revocada por la Gran Sala del TEDH en sentencia de 24 de enero de 2017.

⁶⁷² “En mayo de 2011 el matrimonio es acusado de alteración de estado civil y de incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción. Según la legislación italiana, el niño se encontraría en estado de abandono, por lo que la fiscalía del Tribunal de Menores de Campobasso solicita la apertura de un procedimiento de adopción.” (MONTERONI, “«Paradiso, Campanelli» y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Prudentia Iuris*, Nº 80, 2015, p. 274).

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 275.

⁶⁷⁴ *Ibidem*.

situación de desamparo (o abandono) fueron aplicadas incorrectamente, pues los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entienden que no se daban las condiciones para considerar que el niño estaba desamparado, lo que hubiese justificado su separación de la familia. Además de ello, existe la contradicción detectada por MONTERONI⁶⁷⁵.

La sentencia posterior sobre el caso, dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia TEDH de 24 de enero de 2017) viene a corregir la contradicción detectada por MONTERONI⁶⁷⁶, considerando que no se produjo violación del derecho al respecto a la “vida familiar”, por entender que, en rigor, no puede entenderse que en el supuesto enjuiciado existiese una verdadera “vida familiar”, teniendo en cuenta, tanto la ausencia de un vínculo biológico entre el niño y los demandantes⁶⁷⁷, como la corta duración de las relaciones entre ellos: la convivencia con el hijo en Italia había sido de seis meses, si bien la señora Campanelli había además convivido con el niño dos meses más en Rusia⁶⁷⁸. Se entiende que es la confluencia de ambas condiciones la que determina la ausencia de “vida familiar”, pues solo una de ellas es insuficiente para identificarla. La sentencia condena con claridad la conducta ilegal de los señores Paradiso-Campanelli al pretender conseguir en el extranjero lo que estaba prohibido en su país de origen, reafirmando la exclusiva competencia del Estado para reconocer la existencia de relaciones paterno-filiales que se dan, únicamente, en el caso de relación biológica o de adopción legal, con el objetivo de proteger a los niños.

⁶⁷⁵ “El Tribunal señala que la violación al art. 8º del CEDH se debe a la remoción del niño del cuidado de los pretendidos padres, pero no hace referencia a la maternidad subrogada sino que aclara que esta violación podría darse también en otros casos, como podría ser en un no reconocimiento de adopción (ej., “Wagner”). El tribunal falla a favor del matrimonio Paradiso-Campanelli y condena al Estado Italiano, pero concluye diciendo que ello “no debe ser entendido como una obligación del Estado de devolver el menor a los requirentes” (§88).

Esto resulta llamativo en dos sentidos: si se viera violado el derecho consagrado en el art. 8º del CEDH, debería pedirse la restitución del niño, caso contrario debería entenderse que no se ha violado el derecho del matrimonio a su vida familiar; además, si bien en esta decisión no se hace referencia a la maternidad subrogada, la Corte con su sentencia está allanando el camino para que, en casos futuros, los Estados deban aceptar los efectos de la gestación por sustitución sin miramientos sobre el origen ilegal o no de la práctica.” (*Ibidem*).

⁶⁷⁶ *Ibidem*.

⁶⁷⁷ El argumento de la ausencia de vínculo biológico actúa a modo de excusa ya que la declaración de abandono (desamparo) se había producido en mayo de 2011, con independencia de la anterior circunstancia que se conoció con posterioridad, concretamente en agosto de 2011 y que, al parecer, se debió a un error de la clínica de fertilidad, de lo que, en ningún caso, podía responsabilizarse a la familia Paradiso-Campanelli. Por otro lado, considerar que la ausencia de vínculo biológico sea motivo de que no exista “vida familiar” contradice el argumento de la sentencia TEDH de 27 de abril de 2010 en que se aprecia “vida familiar” en una relación de acogimiento sin vínculo biológico.

⁶⁷⁸ La corta duración de la relación que justifica la ausencia de “vida familiar” ha de ser entendida en un contexto ajeno a relaciones biológicas, pues en una relación paterno-filial biológica, la vida familiar se entiende desde el nacimiento del niño.

En la ponderación del interés superior del niño la sentencia establece que la separación del niño de los demandantes no le provocó daños graves o irreparables, despreciando el informe psicológico presentado por los demandantes. Sin embargo, se reconoce expresamente que la separación familiar no fue debida a perjuicios físicos o morales sufridos por el niño durante la convivencia en la familia Paradiso-Campanelli, además de que no se pondera el daño del tiempo en que el niño permaneció internado en un centro de protección (de octubre de 2011 a enero de 2013). Parece que la decisión va enfocada a impedir que el niño sufra un nuevo cambio de realidad familiar, ya que en el momento del fallo judicial el niño ha sido adoptado por una tercera familia, lo que se persigue a base de ignorar errores del pasado (la declaración de abandono o desamparo) y fallar en contra de las decisiones previas del mismo tribunal, tales como las dictadas en los dos casos franceses, en que no se cuestionó la validez del vínculo familiar establecido mediante la maternidad subrogada.

En definitiva, la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la maternidad subrogada es clara respecto al hecho de considerarla ilegal, pero no respecto a los efectos sobre las familias y los niños implicados, dejando al arbitrio de cada país la forma de hacer frente a ella, aceptándola en todo caso.

3.3.5. La voluntad de permanencia de la relación en caso del acogedor

Cuando un niño es adoptable por decisión de la Entidad Pública o bien ésta decide su inviabilidad de retorno, el acogedor puede manifestar su voluntad y deseo de mantener la convivencia con el niño acogido si la integración familiar es satisfactoria y el desarrollo del acogimiento ha sido favorable para el niño. Hay que tener en cuenta que, en caso contrario, el niño se enfrenta a un “cambio de familia” con la inestabilidad inherente a ello, por lo que difícilmente responderá a su interés superior, aunque éste entraría en conflicto con la ausencia de voluntad del acogedor de mantener la relación con el niño, la cual habrá de respetarse pues es una condición inicial inherente a todo acogimiento. Ante el consentimiento del acogedor para mantener la relación de convivencia establecida con el niño existen varias opciones jurídicas, que se detallan a continuación, que respetan esa voluntad del acogedor, de las que existen casos y jurisprudencia, aunque no son abundantes.

a) *El acogimiento permanente*

La opción de transformar un acogimiento temporal en un acogimiento permanente es una opción incorrecta para el niño que no tiene ninguna visita con su familia biológica, o incluso si la tiene. Sin embargo, ésta era la opción más frecuente, aunque la mayoría de casos no llegaban al ámbito judicial, o si lo hacían era para constituir el acogimiento permanente sin mayor discrepancia, pues la oposición de los padres no era impedimento, por lo que era una práctica difícil de cuantificar⁶⁷⁹. Con la ley actual se seguirá haciendo igual aunque sin acordar el acogimiento en vía judicial al haber sido desjudicializado⁶⁸⁰. Esta opción vulnera el carácter de subsidiariedad de la guarda o tutela de la Entidad Pública. En realidad, la tutela ordinaria o la adopción en su modalidad abierta también permiten que el niño se relacione con su familia de origen, sin necesidad de que la tutela la ostente la Entidad Pública.

El acogimiento permanente es la opción que se baraja cuando el niño se encuentra en una familia ajena y se considera inviable la adaptación del niño a otra familia para su adopción, bien sea por la edad del niño o por alguna discapacidad o cualquier otra circunstancia, como puede ser la de conservar la relación con algún hermano emancipado o mayor de edad.

b) *La tutela ordinaria*

La jurisprudencia muestra varios casos en que se ha preferido la tutela ordinaria a la guarda en acogimiento⁶⁸¹, aunque la tutela siempre ha sido solicitada por familiares del niño, nunca por un acogedor. La nota diferencial la ofrecen los autos de la sección 1ª de la AP de Cádiz 181/2004 y 183/2004 de 22 de diciembre que ordenan establecer la tutela

⁶⁷⁹ Vid. autos del JPI nº 5 de Málaga 174/2013 de 17 de mayo y de la sección 6ª de la AP de Málaga 165/2011 de 20 de octubre que prefieren el acogimiento permanente a la tutela ordinaria. El auto de la sección 5ª de la AP de Cádiz 176/2015 de 28 de octubre prefiere el acogimiento por parte de la abuela y el tío de una niña a la tutela ordinaria.

⁶⁸⁰ Vid. CABEDO, "La reforma...", *op. cit.*, p. 195.

⁶⁸¹ Vid. Autos de la sección 2ª de la AP de Girona de 28 de enero de 1998 que acuerda la tutela de unos niños por los tíos, de la sección 4ª de la AP de Asturias 109/2002 de 12 de noviembre que acuerda la tutela de una niña por su abuela, de la sección 2ª de la AP de Jaén 80/2003 de 29 de noviembre que acuerda la tutela de una niña por su abuela y el marido de ésta, de la sección 1ª de la AP de Toledo 3/2007 de 11 de enero que acuerda la tutela de una niña por su abuela, de la sección 2ª de la AP de Sevilla 222/2010 de 17 de noviembre y 2/2011 de 25 de enero en que se constituye la tutela pese a que alguno de los progenitores ostenta la patria potestad sin ejercerla.

ordinaria de dos hermanos en situación de “guarda de hecho” irregular que habían sido integrados de forma altruista en dos familias ajenas distintas, impidiendo la injerencia administrativa que pretendía:

la separación del menor del núcleo que ya siente como propio para imponerle un nuevo proceso de adaptación, primero en un centro de menores y luego en una nueva familia, que nada garantiza que sea mejor que la presente.

Por tanto, se aprecia que los tutores ordinarios no suelen ser de una familia ajena al niño, sino de su familia extensa, aunque la normativa en relación a la tutela ordinaria establece, en su artículo 239 CC, que los tutores pueden ser “personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste”, en concordancia con lo establecido en el artículo 172 CC. Por ello, es obvio que el acogedor en familia ajena puede ser tutor del niño acogido, además de que el propio acogedor puede solicitar la tutela sin depender de una decisión de la Entidad Pública, pues la solicitud de tutela no debe ser instada por la Entidad Pública, a diferencia de lo que ocurre con la adopción. Cabría discernir si el Ministerio Fiscal y las instancias judiciales lo permitirían pese a no haber impedimento legal.

c) *La adopción*

Puesto que la adopción tiene que ser instada por la Entidad Pública, el hecho de que un acogedor manifieste su voluntad de mantener el vínculo con el niño acogido adoptable, depende, en realidad, de que sea la Entidad Pública la que quiera mantener esa relación. Si la Entidad Pública así lo desea, transformará el acogimiento temporal en guarda con fines de adopción, pues la legislación no solo lo permite, sino que tal opción responde al espíritu de la ley, de manera que se respeten los vínculos afectivos del niño y su estabilidad familiar, como muestra la jurisprudencia menor en que la familia biológica se opone al cambio de modalidad⁶⁸². Si la Entidad Pública no quiere hacer esa

⁶⁸² Vid. sentencias de la sección 6ª de la AP de Málaga 503/2010 de 6 de octubre y de la sección 18ª de la AP de Barcelona 179/2011 de 11 de marzo, en que la Entidad Pública transforma un acogimiento temporal en preadoptivo (con la actual ley sería guarda con fines de adopción) respetando las relaciones familiares entre acogedores y acogidos.

transformación de la modalidad de guarda, cesará el acogimiento temporal mediante resolución recurrible, por lo que el acogedor podrá oponerse a ella y conseguir el mantenimiento del acogimiento y, por tanto, la relación de convivencia, la transformación del acogimiento a “guarda con fines de adopción” o incluso la adopción por sentencia judicial, como muestra la jurisprudencia menor⁶⁸³. En otros casos, ni el acogedor ni el niño alcanzarán su objetivo.

Para establecer la adopción es necesario que el acogedor reúna los requisitos legales de los artículos 175 CC y siguientes. Si el acogimiento es en familia ajena, los impedimentos para establecer la adopción son dos. El primero de ellos se debe al requisito de la edad, susceptible de flexibilización en casos especiales⁶⁸⁴ aunque, de hecho, sometido al criterio totalmente injustificado, incluso arbitrario, de la Entidad Pública. El segundo, es la dependencia de la decisión de la Entidad Pública sobre la propuesta de adopción, cuestión ya analizada previamente y que supone el auténtico inconveniente para que un acogedor logre la adopción⁶⁸⁵. La discapacidad supone uno de los supuestos de flexibilización de criterios para permitir la adopción dada la dificultad para encontrar adoptantes para niños discapacitados⁶⁸⁶.

La jurisprudencia no muestra casos de filiación reclamada por un acogedor, sin embargo, presenta, al menos, un caso en que los acogedores “no preadoptivos” solicitaron

⁶⁸³ Vid. sentencias del JPI nº 29 de Madrid de 24 de febrero de 2011 (rec. 928/2010), de la sección 1ª de la AP de Orense 14/2004 de 16 de enero y de la sección 18ª de la AP de Barcelona 344/2008 de 22 de mayo, que pese a su distinta casuística presentan la oposición al cese de un acogimiento, ganando el pleito los acogedores.

⁶⁸⁴ “No comparto, insisto, este límite de edad relativa máxima entre adoptante y adoptado, pero entiendo que, dado que algunas Comunidades Autónomas habían establecido dicho límite, el Código Civil debía regularlo, evitando la disparidad existente (una horquilla de 40 a 45 años). Otra cuestión discutible es y las Comunidades Autónomas debían establecer o fijar dicho límite cuando el Código Civil no lo hacía. [...]

Es ilógica y hasta cierto punto hipócrita esta flexibilización [de la edad para adoptar para niños con necesidades especiales] dado que si una persona, por su edad, se entiende que no está capacitada para ser padre o madre adoptiva de un menor sin esas necesidades especiales, menos lo estará si el menor presenta complicaciones. Es una salida que se da [para] menores que, de otro modo, no se adoptarían. Podríamos pensar que es loable este proceder, pero jurídicamente rechazable.” (CABEDO, “La reforma...”, *op. cit.*, pp. 198, 199).

⁶⁸⁵ Los acogedores preadoptivos que se escogieron en el caso de la sentencia de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 45/2015 de 11 de febrero no cumplían los requisitos de edad, siendo el niño totalmente normal. Los acogedores temporales tampoco reunían los requisitos de edad pero ellos no pudieron adoptar al niño porque la Entidad Pública no elevó propuesta a su favor.

⁶⁸⁶ “han surgido numerosas agencias especializadas [en el reino Unido] en encontrar las poco comunes familias que estos niños [discapacitados] necesitan: familias preparadas para luchar por niños que no pueden luchar por ellos mismos. (MORRIS, “La experiencia de adoptar”, González Arqué, Ester (traductora), Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2004, p. 103).

la adopción de los dos niños acogidos, por su propia iniciativa. En este caso, el procedimiento de adopción fue admitido a trámite por auto de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 55/2012 de 24 de abril en que, además de alegar cuestiones en defensa de la tutela judicial efectiva, realiza una argumentación en base al artículo 176.2 CC que contiene el requisito de la propuesta de la Entidad Pública:

la resolución judicial [de primera instancia que inadmitió la demanda de adopción], cuya relevancia jurídica es notoria al negar el acceso al procedimiento a quienes se consideran con derecho de adoptar a unos menores concretos [...], no se funda en precedentes judiciales reiterados o en inequívocas tesis doctrinales, sino en una interpretación realizada sobre la base del art. 176 del Código Civil, en cuya motivación, además, por un lado se incorporan afirmaciones que quedan abiertas a la duda, como aquélla en que se sostiene que, “...a juicio de este Tribunal ello es difícil que sea así...”, y, por otro, se reprocha una falta de prueba en un momento procesal previo a la proposición de la misma, la cual, en el ámbito que nos ocupa, por afectar al orden público, ha de ser preferiblemente interpretada en sentido amplio.

Posteriormente, la adopción fue denegada por auto de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 92/2015 de 2 de julio. El argumento respecto al artículo 176.2 CC, principal y único motivo para denegar la adopción, es el siguiente:

En este sentido, el juzgador se limita a valorar la prueba practicada en autos, y concluye, ahora con todos los elementos que se le han facilitado y en lo que nosotros concordamos, que no se dan en los apelantes ninguno de tales requisitos establecidos en el art. 176.2 del Código Civil, pero, repetimos, lo hace a partir de la valoración de la prueba practicada – obsérvese que el auto de este Tribunal indicaba que las afirmaciones del juzgador al inadmitir la demanda se hacían en un momento previo a contar con prueba alguna.

El argumento alegado respecto de la prueba practicada resulta totalmente superfluo y podría decirse, a modo de excusa, ya que lo que queda probado es que la Entidad Pública no quiso elevar propuesta de adopción a favor de los acogedores lo cual

era patente ya en el momento en que se decidió la admisión del recurso. Además, todos los requisitos que excluían la necesidad de propuesta de adopción eran también conocidos en el momento de la admisión y fueron destacados en los antecedentes de hecho del auto de admisión. Por otro lado, el artículo 176.2 CC expresa los requisitos para “iniciar el expediente de adopción”, por lo que, con la admisión a trámite del procedimiento de adopción, el contenido sustantivo del artículo 176.2 CC ya quedó cumplimentado, al estar ya iniciado. Pese a esta posible interpretación, el citado artículo no es susceptible de ser analizado por vía casacional.

Respecto al ISN, en el auto de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 92/2015 de 2 de julio que desestima la adopción solicitada por los acogedores, se puede observar la asociación realizada:

de acuerdo con el art. 176.1 del Código Civil, el superior interés de los adoptandos y la idoneidad de los pretendientes a adoptar, elementos que constituyen exigencia legal imperativa, aunque de ello no cabe deducir que los requisitos señalados en el n° 2 de dicho precepto hayan cedido ante ese superior interés, porque son precisamente garantía legal para lograrlo.

De nuevo se pone de manifiesto que la autoridad judicial cede ante la autoridad administrativa, pues lo que considera de relevancia para alcanzar el ISN es que la Entidad Pública eleve la propuesta de adopción, con independencia de cualquier otro requisito, sin exigir además una coherencia a los actos administrativos. Cabe poner de manifiesto que, en el caso enjuiciado, la Entidad Pública estableció un acogimiento temporal para los adoptandos con los acogedores solicitantes de adopción, que acreditó un buen desarrollo del acogimiento y que, sin embargo, decidió cesarlo, debiendo acreditar la salvaguarda del interés de los niños. En definitiva, cuando interviene la Entidad Pública, los órganos judiciales no realizan el control del concepto del ISN, mostrándose incluso reacios a que se les solicite dicho control.

CAPÍTULO IV. LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN INFANTIL

Una vez analizados el marco jurídico para la protección infantil y los pronunciamientos del poder judicial en la misma materia, se aprecia el importante papel asignado a las Entidades Públicas. Por un lado, destaca su especial vinculación a la ley en todas las decisiones que afecten a las personas menores de edad en lo que respecta a su debida protección. Por otro lado, cabe resaltar el amplio margen de discrecionalidad que la ley ofrece a la actuación administrativa, el cual es aprovechado para tomar decisiones que afectan significativamente en la vida familiar de las personas en las que incide que, sin embargo, son ampliamente ratificadas en sede judicial.

El objetivo de este capítulo es analizar las decisiones administrativas en virtud de la aplicación de una serie de preceptos legales entre los que se han seleccionado los más relevantes en materia de protección infantil. Para ello se han examinado una serie de casos reales ocurridos en la isla de Mallorca. El conocimiento del expediente administrativo de estos casos permite discernir el grado de adaptación de las decisiones administrativas a las exigencias legales y la rigurosidad de los datos presentados para motivar sus decisiones, así como la adecuación al concepto del ISN. En los casos planteados se aprecia la intervención judicial aunque ninguno de ellos ha tenido relevancia jurisprudencial. Sin embargo, es importante advertir la postura adoptada por los jueces, pues ello condiciona, en gran medida, el funcionamiento administrativo.

1. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

La declaración de desamparo se tomaba en virtud del artículo 18 LOPJM (según redacción de 1996) cuando las Entidades Públicas lo consideraban pertinente, teniendo en cuenta, además, el artículo 172 CC. Tal como se puso de manifiesto en el capítulo

anterior, la existencia de desamparo en los casos de impugnación en sede judicial ha sido considerado, en varias sentencias, “hecho probado”, pese a que no se hizo una comprobación en sede judicial ni de los hechos denunciados ni de la gravedad de los mismos⁶⁸⁷. Sin embargo, existen situaciones fácticas que pueden ser causa de desamparo si están debidamente acreditadas en el expediente administrativo y que el juzgador debe examinar y comprobar. Por tanto, se trata de averiguar si los expedientes muestran las pruebas necesarias acerca de las situaciones de desamparo. Para ello se examinan los motivos y las pruebas del desamparo en distintos casos, así como los efectos de la impugnación o su falta.

1.1. Los motivos y su demostración

A continuación se presentan una serie de motivos de desamparo que se encuentran en distintas declaraciones administrativas de desamparo y se analiza tanto si la decisión se ajusta al concepto legal de desamparo como el sustento probatorio que lo acredita que se desprende del expediente administrativo.

Los indicadores de pobreza y marginalidad se citan en numerosas declaraciones de desamparo, los cuales, por sí solos, no suponen suficiente sustento para la motivación del desamparo y del ISN, por lo que, en ocasiones, se presentan acompañados de las deficiencias y los problemas de los progenitores que los producen o bien, de los efectos adversos sobre los hijos. Esta última consecuencia sería lo que realmente supondría situación de desamparo con la condición de que fuese suficientemente grave, se presentase debidamente acreditado y estuviese causada por las incapacidades de los padres. Por tanto, resulta útil proceder a su verificación.

1.1.1. Pobreza y marginalidad

Uno de los expedientes de estudio, correspondiente a un niño llamado Servio⁶⁸⁸, muestra que la declaración de desamparo⁶⁸⁹ contiene, entre otros, el siguiente indicador:

⁶⁸⁷ Vid. sentencias TS 565/2009 de 31 de julio y TS 540/2015 de 15 de octubre, entre otras.

⁶⁸⁸ Vid. exposición del caso en ANEXO, pp. A5, A6.

- Negligencia grave en el cuidado del menor, debido a la falta de vivienda de los padres (han manifestado que viven con el menor en una tienda de campaña), siendo que el menor, a pesar de su corta edad ha padecido múltiples cambios de domicilio. Situación económica, laboral y de vivienda de absoluta precariedad.

Este indicador de desamparo no solo no ha sido recogido por la enumeración realizada por la LSPIA en el artículo 18 LOPJM, sino expresamente excluido. Del citado motivo se desprende que la situación de pobreza se considera “negligencia grave en el cuidado del niño”, pero el expediente no muestra ningún indicador de esta negligencia, por lo que resulta ser una opinión subjetiva de la persona firmante del desamparo, que la ley actual se ha encargado de desmentir. Las manifestaciones realizadas acerca del hecho de vivir en una tienda de campaña no están sustentadas por testigos presenciales, por lo que no puede asegurarse que sean ajustadas a la realidad⁶⁹⁰. A su vez, considerar que los cambios de domicilio suponen un padecimiento para un niño de unos seis meses es, sin duda, una exageración ajena a toda justificación racional, pues lo importante para el niño era estar con sus padres. De ello se deduce que el motivo alegado no muestra ningún sustento probatorio sobre el desamparo.

Otro de los expedientes de estudio corresponde a los hijos de Pilar Castillo⁶⁹¹, el cual es necesario examinar minuciosamente para comprobar que no existen pruebas reales del desamparo de los niños en el sentido recogido en el artículo 172 CC, es decir, no existen pruebas de su privación de asistencia moral y material mientras estuvieron con su madre, pese a las graves negligencias que se le atribuyen. De la situación descrita en la resolución de declaración de riesgo de los niños⁶⁹², los datos que pueden considerarse objetivos son los de “inestabilidad laboral” y “precariedad económica”, aunque en aquel momento no podía considerarse crítica pues Pilar disponía de trabajo. No se aprecia en el expediente que el resto de datos se encuentren sustentados en pruebas aportadas. Algunas aseveraciones técnicas pueden resultar un tanto vagas e inconcretas como la que afirma que *los indicadores que en su día motivaron la declaración de riesgo no solo persisten sino que se han agravado apareciendo otros nuevos*. Acudiendo al expediente

⁶⁸⁹ Vid. resolución de declaración de desamparo en ANEXO, pp. A7-A9.

⁶⁹⁰ Se pudo comprobar que Carolina, madre de Servio, manifestó ante distintas personas que habían dormido en una tienda de campaña para despertar la compasión del interlocutor y recibir algún dinero para paliar su lamentable situación económica.

⁶⁹¹ Vid. exposición del caso en ANEXO, pp. A16-A20.

⁶⁹² Vid. declaración de riesgo en ANEXO, pp. A22-A24.

administrativo se observa que los indicadores de riesgo son entre otros: *inestabilidad económica, laboral y de vivienda*, mientras que los indicadores de desamparo⁶⁹³ son, entre otros, *precariedad económica, cronicidad y dependencia de los servicios sociales, inestabilidad de vivienda*. Los indicadores nuevos que han aparecido se aprecian de la comparación de las dos resoluciones, sin embargo, los que se han agravado no se identifican con claridad, de lo que ha de deducirse que son los que se encuentran en ambas resoluciones. Además de ello, hay un indicador presente en la declaración de riesgo que no se encuentra en la de desamparo.

Uno de los datos nuevos aparecido en la declaración de desamparo es el de la cronicidad y dependencia de los servicios sociales, de lo que cabe preguntarse si no es precisamente la función de los servicios sociales la de ayudar a las familias en dificultades, en lugar de declarar el desamparo de sus hijos. Sería preciso examinar si se puede justificar que la Administración Pública invierta recursos económicos en mantener a los hijos de una familia alejados de su entorno familiar (unos 500 € mensuales por niño en acogimiento familiar temporal en Mallorca) en lugar de invertirlos en la ayuda familiar para mantener a los hijos dentro de su propia familia. Sin embargo, en la declaración de desamparo ha desaparecido el indicador de inestabilidad laboral por lo que resulta totalmente arbitrario que la declaración de riesgo lo mencione, cuando Pilar estaba trabajando de limpiadora en un instituto, y no lo haga la declaración de desamparo, cuando Pilar se encontraba en el paro, aunque obviamente, el desconocimiento de la medición de dicho indicador impide saber de qué depende su presencia o su ausencia. El resto de motivos que sustentaron la intervención administrativa se encuentran repetidos tanto en la declaración de riesgo como en la de desamparo. Cabe cuestionarse si los mismos motivos pueden utilizarse como identificadores de riesgo y de desamparo, pues ambas son situaciones distintas y conllevan distintas medidas. La respuesta está, quizás, en el “grado de gravedad” de los citados motivos, pues parece deducirse de la resolución judicial⁶⁹⁴ que su agravamiento provocó la declaración de desamparo. Al respecto, hay que mencionar que no existe en el expediente administrativo ninguna forma de medición del grado de gravedad de los indicadores, lo cual sería factible para determinar la inestabilidad económica, laboral o de vivienda. En la actualidad, esta cuestión ha devenido irrelevante pues estos indicadores

⁶⁹³ Vid. declaración de desamparo en ANEXO, pp. A25-A26.

⁶⁹⁴ Vid. sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 7 de enero de 2009 (rec. 424/2008).

no deben figurar como motivos de desamparo. La inestabilidad de vivienda, con el paso del tiempo, se demostró un “dato falso” pues Pilar nunca ha carecido de vivienda y, desde entonces, se ha mudado una sola vez, lo cual entra dentro de la normalidad de lo que puede ocurrirle a cualquier persona.

Otro caso en que figuran indicadores de pobreza es el de la familia formada por los señores Milud Abdellah y Aicha Boujnane⁶⁹⁵. La resolución de desamparo de su hija Nadima estaba en proceso de impugnación cuando se declaró el desamparo de sus otros dos hijos Bayhas y Sahira⁶⁹⁶. Uno de los indicadores de desprotección de esta última resolución es que:

- Tras las intervenciones realizadas para mejorar la situación económica y laboral de los padres se concluye una falta de implicación y abandono del proceso, siendo la situación precaria.

En la anterior denuncia no se concreta cuál es la intervención en este sentido, pues el padre ha trabajado siempre, mientras que la madre lo ha hecho en tanto el cuidado de sus hijos se lo permitía. Es más, el expediente administrativo muestra, únicamente, la presencia de un “orientador laboral” sin una función identificada, aunque resulta obvio que dado el nivel de estudios de los padres la orientación no podía ser muy compleja. El trabajo de Milud es de “chatarrero” por lo que cabe preguntarse si tiene cualificación suficiente para dedicarse a cualquier otra tarea y, en su caso, si querría adquirirla, o bien, si la Administración se la pueda exigir. La madre se ha dedicado de forma intermitente a la limpieza de casas y hoteles, especialmente en temporada turística, sin que, al parecer, tenga posibilidades de adquirir mayores destrezas. Obviamente, la situación laboral de los padres está íntimamente relacionada con la situación económica que presentan que, difícilmente, alcanzará niveles superiores, dado que su edad y circunstancias les impide alcanzar mayor nivel de profesionalidad laboral, de lo que no puede deducirse que les impida ejercer de padres adecuadamente. A raíz de ello cabe preguntarse qué cambios esperaba la Entidad Pública y si es razonable que se pretendiese alterar su estilo de vida y sus ocupaciones cotidianas.

⁶⁹⁵ Vid. autorización para el uso de datos personales en ANEXO, p. A-28 y exposición del caso en ANEXO, pp. A43-A47.

⁶⁹⁶ Vid. declaración de desamparo en ANEXO, pp. A48-A50.

1.1.2. Deficiencias y problemas de los padres

Las deficiencias y problemas de los padres que se consideran causantes del desamparo de sus hijos son de índole personal, o bien producidos por falta de entendimiento con los técnicos de la Entidad Pública.

a) Circunstancias personales

En el caso de Servio, algunos de los indicadores de desamparo que presenta la correspondiente declaración son:

- Delegación del cuidado del menor en diferentes personas por parte de su madre cuando ésta y su hijo estaban en un centro de acogida.
- Antecedentes de violencia de género por parte del padre de dos menores, hijos de Carolina, y que a fecha de hoy están adoptados.

Delegar el cuidado de un hijo en un tercero, es una práctica social que ejercitan la mayoría de padres con las personas de su entorno, por lo que cabe considerar si resulta razonablemente objetivo que este hecho indique desamparo. El otro indicador apuntado ha sido expresamente excluido en la ley actual como causa de desamparo, pero es que, además, la violencia de género sufrida por Carolina formaba parte de su pasado (concretamente, de una relación anterior de la que tuvo dos hijos), que nada tenía que ver con su hijo Servio ni con su relación con el padre del niño, Jordi. En el mismo sentido, el hecho de que Servio tenga dos hermanos de vínculo materno que fueron adoptados por terceros, en nada podía afectarle ni ser demostrativo de daño alguno para él.

En el caso de Pilar, la declaración de riesgo de sus hijos muestra que *los progenitores presentan carencia de habilidades parentales que les dificulta establecer pautas y atender las necesidades evolutivas de los menores*, mientras que la declaración de desamparo indica *problemas de salud mental de la madre y carencia de habilidades parentales de la madre*. El problema de salud mental de Pilar aparecido en la declaración de desamparo, está presente también en la resolución de acogimiento temporal de los niños, junto con la incapacidad del padre para cuidar de sus hijos, la cual era manifiesta

dada su condición de presidiario, siendo éste un hecho ajustado a la realidad, fácilmente comprobable⁶⁹⁷. Sin embargo, acudiendo al expediente administrativo se observa que los problemas psiquiátricos de Pilar no estaban acreditados, sino que se deducen de lo manifestado en un informe técnico del IMAS sin otro aval probatorio. El informe de discapacidad⁶⁹⁸ en el que constaba como motivo de la misma el “trastorno mental” había caducado el día 7 de diciembre de 2004, por lo que Pilar ya no era discapacitada ni padecía ningún trastorno mental en el momento posterior en que se dictó el desamparo de los niños en abril de 2005, ya que la ausencia de datos no permite concluir la persistencia de algo que existió. Además de ello, no se justifica que los problemas psiquiátricos afectasen solo a los hijos pequeños y no a las hijas mayores. En cualquier caso, de haber tenido Pilar algún problema psiquiátrico, hubiese sido necesario tomar en consideración la evaluación de la incidencia de los citados problemas en el cuidado de sus hijos y sus consecuencias sobre los niños, lo cual tampoco aparece reflejado en el expediente.

No existe constancia en el expediente administrativo del examen, control o test realizado para determinar la que se califica de “carencia de habilidades parentales” de Pilar, a pesar de que existen medios asequibles para evaluar dichas habilidades que no fueron aplicados en el caso de Pilar y cuyo resultado hubiese podido demostrar su nivel de adquisición. Además de ello, una persona que careciese de toda habilidad para cuidar de un hijo, hubiese sido incapaz de hacer frente al cuidado y la problemática de dos hijas adolescentes, como fue el caso de Pilar. Por otro lado, el hecho de que Pilar fuese capaz de cuidar de sus dos hijas mayores cuando éstas fueron pequeñas, indica que tuvo habilidades parentales, por lo que para justificar la carencia de dichas habilidades en un momento posterior, debían acreditarse los hechos que hubiesen provocado su pérdida, cosa que no figura indicada en el expediente. Además de ello, como se ha argumentado en capítulos anteriores, las habilidades parentales han de ser una presunción legal para cualquier progenitor.

Los problemas, tanto personales como de pareja, que presentan los sres. Milud Abdellah y Aicha Boujnane que, según criterios administrativos, producen el desamparo de sus hijos, son los siguientes:

⁶⁹⁷ Vid. auto del JPI n° 12 de Palma de Mallorca 669/2005 de 20 de septiembre de 2005 de Constitución de acogimiento temporal.

⁶⁹⁸ Vid. informe de discapacidad en ANEXO, p. A21.

- Relación de pareja conflictiva e inestable con episodios de violencia en presencia de los menores y haciéndolos partícipes. La sra. Boujnane se muestra dependiente.
- Habilidades parentales deficientes, no interiorizan el aprendizaje ni mantienen las pautas trabajadas desde distintos contextos profesionales.
- Cronicidad en la problemática familiar. Historia previa de maltrato y negligencia grave con su hija mayor Nadima y repetición de los mismos patrones de crianza con los menores Bayhas y Sahira.

Se califica la relación de pareja de conflictiva e inestable, sin embargo, uno de los focos de conflicto era, precisamente, la relación con el IMAS. Nótese que el IMAS permitió el retorno de Nadima con su madre cuando ésta alegó que el padre ya no vivía con ellos. Sin embargo, la posterior denuncia de Aicha contra Milud provocó el desamparo de Bayhas y Sahira. Tras la tutela de los tres hijos, los técnicos con los que trataba Aicha le prometieron innumerables veces el retorno de los niños si abandonaba a su marido, por lo que ella simuló hacerlo otras tantas veces en lógica respuesta al deseo de recuperar la convivencia con los niños. Así, Aicha se encontró múltiples veces ante la tesitura de escoger entre su marido o sus hijos, siendo que ella deseaba estar con todos ellos. Sin embargo, desde que Aicha comprendió que el IMAS no la iba a ayudar pese a sus simulaciones de mujer maltratada o abandonada, no ha ocurrido ningún otro conflicto en la familia. Por tanto, es necesario atender al origen de la relación que se califica de conflictiva e inestable, a fin de dotar de objetividad a la relación de la pareja, así como apreciar su evolución en el contexto en que se ha desenvuelto su vida.

Se denuncia cronicidad en la problemática familiar, apreciando unos patrones de crianza que se consideran incorrectos, pese a que el documento no lo afirme de forma expresa. Por tanto, al parecer el IMAS tiene un patrón socio-familiar preconcebido al que se esperaba que se adaptase la familia en cuestión. Igualmente se denuncia “historia previa de maltrato y negligencia grave con su hija mayor Nadima” que, en honor a lo que puede ser probado, se trata de un hecho aislado ocurrido en el año 2007 en que la lesión que presentó Nadima era únicamente el “culo enrojecido” que, en el caso más desfavorable para la actitud paterna, pudo deberse a unos azotes. Por tanto, se presenta una exageración ante la autoridad judicial con el fin de mantener el desamparo de los hijos.

La apreciación acerca de la dependencia de la sra. Boujnane que muestra el documento de la declaración de desamparo deja entrever un concepto favorable al de “mujer liberada” en el que Aicha no encaja, por lo que es motivo de reproche administrativo. Cabe preguntarse si debe acogerse como motivo de desamparo, pues esa es la pretensión del documento. De lo contrario, éste no haría referencia a ello.

El indicador de desamparo referente a las habilidades parentales ofrece una afirmación de enorme vaguedad, por lo que debería ir acompañado de un examen objetivo de los padres sobre dichas habilidades así como de su capacidad de aprendizaje, indicando, además, cómo sus deficiencias afectan a sus hijos. Además, “ejercer de padres” razonablemente bien ha de ser supuesto para cualquier persona y lo contrario es lo que debe ir acompañado de prueba. De no ser así, los hijos de cualquiera estarían en desamparo por imposibilidad de demostrar las habilidades parentales una vez que ha sido separado de sus hijos. Al respecto, la familia encargó un peritaje a un profesional privado que depuso en acto de juicio⁶⁹⁹. Dicho perito firmó el informe pericial prometiendo decir la verdad en base a sus conocimientos profesionales. El citado perito no apreció carencia de habilidades parentales sino diferencias culturales que ofrecían un comportamiento diferencial respecto a los patrones occidentales. Por otro lado, constató las dificultades lingüísticas de Aicha, lo cual quizás permitía justificar sus dificultades de aprendizaje, dado que en la intervención del IMAS en situación de riesgo, no se había proporcionado un traductor, por lo que no aseguró que Aicha comprendiese bien sus indicaciones.

b) Falta de entendimiento con la Administración

La declaración de desamparo de Servio expresa como motivo de desamparo un hecho cierto, cual es el:

- Rechazo por parte de los padres de los recursos residenciales ofrecidos por el servicio correspondiente.

Este elemento de la lista de causas de desamparo muestra que los padres optaron, en el ejercicio de su libertad, por una opción mejor que los recursos residenciales que les

⁶⁹⁹ *Vid.*, informe pericial realizado por perito de parte de los padres en ANEXO, pp. A52-A74.

ofreció la Administración, pues fueron a vivir con un amigo que los acogió. Además de ello, los recursos residenciales ofrecidos por la Administración cubrían solo a la madre y al niño, pero no al padre, por lo que la familia había de permanecer separada. El rechazo de dichos recursos es motivo de reproche administrativo que, sin embargo, carece de sustento probatorio que pretenda ser indicativo de desamparo.

A Pilar se le reconoce especialmente la colaboración con el Servicio de Protección, al constar en un informe técnico⁷⁰⁰ su postura activa frente a la “entrega” de sus hijos en el citado Servicio.

Respecto de Aicha y Milud se dice que:

- La sra. Boujnane minimiza la gravedad de los incidentes.
- Escaso autocontrol del padre.
- Los padres no reconocen el daño causado a los menores ni asumen su responsabilidad. Su conciencia del problema es nula lo que imposibilita el trabajo con ellos.

Del primer indicador señalado se extrae que existe una distinta apreciación de los hechos, ya que al referir que la madre “minimiza la gravedad de los incidentes”, cabe pensar que si se la escuchase, diría que los técnicos del caso “exageran en sus apreciaciones”. Puesto que existe una evidente discrepancia de la madre respecto de los criterios administrativos que declaran el desamparo de sus hijos, ello debería dar lugar a una minuciosa y rápida revisión judicial, examinando lo que los padres, oponen a dichos criterios; especialmente por el impacto negativo que tiene la medida en caso de ser incorrecta. Sin embargo, en ningún caso debería figurar como causa de desamparo, pues la actitud de la madre es razonable ante la medida que se le presenta. En estrecha relación con ello, se ofrece como causa de desamparo el escaso autocontrol del padre. En este sentido, no se puede negar que Milud adolece de expresividad verbal y gesticular con manifestaciones exageradas y tendencia a la aparatosidad, pudiéndose destacar, en ocasiones, un tono algo inadecuado incluso con muestras de cierta agresividad o enfado. Y ello no solo en el ámbito del hogar, sino también fuera de él. Sin embargo, y sin ánimo

⁷⁰⁰ *Vid.*, informe técnico en ANEXO, pp. A27-A29.

de minimizar tal comportamiento, no se puede afirmar que su forma de expresarse vaya más allá de lo manifestado, pues nunca se ha demostrado ninguna otra forma de violencia. Cabe destacar que, desde el momento en que el IMAS se empeña en calificar a Milud de maltratador y consumidor de todo tipo de sustancias tóxicas, sin prueba alguna, no se favorece un clima de armoniosa comunicación. Pero ello es también muestra de que técnicos supuestamente preparados para tratar con personas difíciles fracasan en su intento.

Por último, el IMAS exige que haya un reconocimiento explícito de los padres sobre los daños causados a sus hijos, pues lo contrario lo considera motivo de desamparo. Cabe decir que esto supone una incongruencia con el hecho de que la resolución sea recurrible en vía judicial, pues si los padres reconociesen todas aquellas incompetencias y problemas que el IMAS les achaca no tendría sentido oponerse a ellos. En caso de reconocimiento de los padres, el pronunciamiento judicial sería innecesario.

1.1.3. Las sospechas

La declaración de desamparo de Servio contiene como indicador de desamparo, el siguiente dato:

- Sospechas de agresiones físicas y psicológicas sobre la progenitora por parte, presuntamente, de su actual pareja y supuesto padre del menor.

Respecto de Milud también se denuncian sospechas:

- Sospecha de consumo de alcohol y tóxicos por parte del padre.

Las sospechas, según se ha argumentado ampliamente con anterioridad, no deben considerarse indicador de desamparo, en tanto no sean “hechos probados”, por lo que dicho elemento de la lista habría de quedar excluido como motivo causante de desamparo. Incluso, si se alegan sospechas, éstas deberían estar sustentadas en algún indicio o señal relevante que debería desvelarse para no causar indefensión. En el caso de Servio, se podían haber presentado las fechas en que la madre mostró algún signo de

agresión y la descripción del mismo. Estas acusaciones contra Jordi son, además, gravemente difamatorias al calificarle de “maltratador”. En el caso de Milud, se reiteraron las sospechas de consumo de tóxicos y alcohol en acto de juicio y, sin embargo, no se presentó para testificar a la persona que dijo haberlo visto, pues la técnico nº 441 del IMAS dijo no ser ella testigo directo del citado consumo. Por otro lado, el plan de trabajo que se planteó a la familia muestra que no se remitió al sr. Abdellah al Centro de Atención a las Drogodependencias (CAD en adelante), lo cual habría sido lo razonable si ello se consideraba un hecho relevante para impedir el desamparo de sus hijos. En el caso de los hijos de Pilar si bien no existe una denuncia expresa sobre sospechas, sí existe una sospecha implícita que recae sobre el padre de los niños de quien se dice que estaba ingresado en prisión y que se considera una figura muy perjudicial para sus hijos⁷⁰¹. Pese a ello, no existe prueba alguna en el expediente administrativo que muestre que Gerardo hubiese causado daño alguno a sus hijos o les hubiese perjudicado de cualquier otro modo. Al parecer, se establece un prejuicio sobre la condición de presidiario del padre como único motivo del perjuicio que presupone para los hijos. En este caso, además, este hecho tiene una repercusión judicial de enorme trascendencia en la vida familiar y personal de la familia implicada, como se verá posteriormente.

De permitir que las sospechas sean meras alegaciones de los técnicos sin prueba alguna, siempre será posible declarar un desamparo por este motivo.

1.1.4. Efectos adversos sobre el niño

La declaración de desamparo de Servio contiene un último indicador de desamparo que es el único que realmente expresa alguna condición sobre el niño:

- Vulnerabilidad extrema del menor debido a su corta edad.

Esta condición era indicativa de las necesidades propias de la edad del niño (seis meses en el momento del desamparo), entre las que destaca el mantenimiento y fortalecimiento del vínculo afectivo con sus figuras de referencia, criterios que obraban en contra de la decisión administrativa de separación familiar.

⁷⁰¹ Vid. sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 7 de enero de 2009 (rec. 424/2008).

Los datos de la declaración de desamparo de los hijos de Pilar muestran que se denuncian *deficiencias en el desarrollo evolutivo de los menores –sobre todo en las áreas motora, cognitiva y de autonomía-* pero el expediente administrativo no muestra informes médicos ni profesionales cualificados que avalen dicha información ni que conduzca a dichas valoraciones. Tampoco muestra de forma clara quien se responsabiliza de tales afirmaciones ni, por tanto, la cualificación técnica de dicha persona. Por otro lado, no existe ninguna prueba de que Pilar tuviera un comportamiento que pudiera hacerla responsable de esas deficiencias de los niños, salvo que pueda responsabilizarse a cualquier padre de las enfermedades de sus hijos. Respecto de ellos se muestra también que existe *negligencia y abandono emocional hacia los hijos*, indicadores que no pueden intuirse ni constatarse a simple vista. Como ya se argumentó en el capítulo segundo, demostrar la negligencia emocional es sumamente difícil y debe ser fruto de un estudio riguroso realizado por un profesional, por lo que afirmarla sin presentar la más mínima documentación, como ocurre en el caso estudiado, tendría que ser inadmisibles para cualquier juzgado. Sin embargo, estos datos son asumidos en sede judicial sin contraste alguno con la realidad de los hechos denunciados. Así, en la resolución de primera instancia sobre el asunto del asentimiento de Pilar a la adopción de sus hijos⁷⁰² se aprecia que:

A los folios 244 y ss. del expediente, obra un informe técnico en el que pormenorizadamente se detalla la situación del núcleo familiar, y al folio 246 se dice que “Gerardo presenta deficiencias al área adaptativa, que a pesar de su edad duerme con pañal y presenta enuresis diurna y que precisa todavía de chupete para dormir, presenta asimismo dificultades en el lenguaje (disfemia) y deficiencias en el área expresiva posiblemente derivadas de aspectos emocionales” Por otra parte se señala que “Modesto muestra graves deficiencias en el comer, entre otros factores porque la madre no ha introducido todavía en su dieta los sólidos y un significativo retraso en el área motora ya que con más de quince meses siquiera sabe andar “a gatas”, presentando asimismo deficiencias en el área de la comunicación muy probablemente a consecuencia de que hay una falta de estimulación y de comunicación con el niño.

⁷⁰² Vid. sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 4 de junio de 2014 (rec. 104/2014).

En esta ocasión, los acogedores iniciales de los niños fueron llamados a declarar en la Audiencia Provincial durante la sustanciación del recurso de apelación, de los que se pudo obtener la suficiente información para determinar que todo el párrafo anterior es totalmente falso. Ambos acogedores refirieron que Modesto caminaba con normalidad al inicio del acogimiento y que los niños tenían un comportamiento totalmente adaptado a su edad. Si bien, la acogedora destacó que Modesto se encontraba muy asustado dada la separación a la que había sido sometido. Además, los acogedores refirieron que tras unas pocas semanas de acogimiento, comunicaron a los técnicos del IMAS que quizás se había cometido un error al separar a esos dos niños de su madre. Estos acogedores fueron llamados por la Audiencia Provincial en el proceso de adopción de los hijos de Pilar, por lo que la correspondiente resolución⁷⁰³ expresa el parecer de dichos testigos:

La parte recurrente vuelve a insistir en la tesis que ha venido manteniendo a través de este largo proceso que afecta a los hijos de Doña Pilar, Gerardo y Modesto. Sostiene así, la contradicción existente entre los informes médicos efectuados a instancia del IMAS y la apreciación que sobre los niños facilitaron sus primeros acogedores, -----, quienes se habrían mostrado extrañados de la actuación llevada a cabo por la Administración, puesto que ambos menores no se encontraban mal cuidados ni desatendidos y tampoco presentaban retraso alguno, mostrando los niños alegría cuando tenían visitas con su madre y considerando aquéllos que la decisión más lógica hubiera sido el retorno con la madre de sus dos hijos.

Cabe observar, por un lado, que se mencionan “informes médicos” cuando la Entidad Pública no mostró ni uno solo, cuya ausencia es apreciable en el expediente y, por otro lado, que no se ofrece ningún valor al testimonio de los acogedores quienes convivieron con Gerardo y Modesto desde el primer instante en que su madre los cedió a la guarda de la Entidad Pública, por lo que habrían de conocer con precisión el estado que presentaban los niños en aquel momento.

Respecto de los hijos de la familia Abdellah Boujnane se aprecian varios indicadores que afectan directamente a Bayhas:

⁷⁰³ Vid. sentencia de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 16/2015 de 21 de enero.

- Continúan los indicadores de negligencia física y emocional en los menores: higiene deficiente, ropa inapropiada, falta de implicación en el seguimiento escolar, no siguen las indicaciones de los profesionales, supervisión inadecuada, ausencia de normas y límites,...
- El menor Bayhas presenta problemática conductual en los diferentes contextos en los que acude y daño emocional.
- Expone al menor a situaciones peligrosas para su integridad física y emocional.

En la larga lista de indicadores de desprotección se observa una falta de concreción manifiesta. El mero hecho de utilizar puntos suspensivos denota que se utilizan motivos generales, no ajustados al caso concreto y a la observación directa. No presenta tampoco la relación de fechas de las observaciones.

En el expediente administrativo se aprecia un incidente violento en presencia de Bayhas, al que acudió la policía y del que existe constancia real. Sin embargo, la declaración de desamparo expresa una pluralidad de “episodios de violencia” en presencia de una pluralidad de “menores” que no se especifican, ni se relatan, ni se presentan testigos oculares sobre ellos. La realidad de los hechos es que ocurrió un único incidente o altercado que desencadenó la declaración de desamparo de Bayhas y Sahira. A este hecho vuelve a referirse el documento de declaración de desamparo en un punto posterior, pretendiendo obtener amplia rentabilidad a un único episodio, con el fin de mantener el desamparo de los niños.

Los indicadores de negligencia física y emocional deberían también ir acompañados de datos concretos y un estudio minucioso de los mismos (por ejemplo, en relación al maltrato emocional, en los términos expresados previamente), incluyendo la frecuencia o habitualidad de los problemas, siendo necesario haber recabado datos de profesionales externos, tales como pediatras y profesores o educadores de centros escolares o guarderías, así como un informe detallado de la cotidianeidad, hábitos, costumbres, rutinas y horarios seguidos dentro del hogar familiar, así como las circunstancias y los entornos en que se produce la problemática conductual denunciada para el hijo Bayhas. Al respecto, el expediente administrativo muestra información del centro escolar de Bayhas en que denota mal comportamiento. Se dice también que Bayhas presenta “higiene deficiente” observada en el centro escolar, no en casa.

Respecto de la ropa inadecuada, el expediente muestra que Bayhas, el día de su internamiento, llevaba ropa adecuada pero unos zapatos grandes. Este es el único dato concreto al respecto. Se dice que los padres muestran “falta de implicación en el seguimiento escolar” pero el expediente administrativo permite demostrar que acudieron a la entrevista con la tutora cuando se les solicitó. Cabe preguntarse qué se esperaba de ellos. No se ofrecen datos demostrativos de la supervisión inadecuada ni de la ausencia de normas y límites. Se aprecia además que la declaración añade puntos suspensivos en la lista de indicadores de negligencia hacia los hijos de lo que se deduce que se ha acudido a un manual de maltrato infantil y se han puesto algunos de ellos, dejando abierta la relación de los mismos a fin de expresar una mayor implicación negativa. Sin embargo, este hecho muestra falta de profesionalidad. Existe una tendencia a generalizar hechos ocurridos una sola vez, ofreciéndoles carácter de habitualidad y, por otro lado, menciona como motivos de desamparo todos aquellos comportamientos y características de la familia que no se ajustan a un patrón de conducta predefinido por el IMAS. Por tanto, se evidencia que los padres no se han ceñido a las exigencias de los técnicos en cuestiones ajenas al cuidado de sus hijos, lo que, en cierto modo, ha provocado una reacción negativa de los primeros.

Pese a que la declaración de desamparo afecta también a Sahira, no se muestra un solo indicio que le afecte a ella. El expediente administrativo muestra que Sahira llegó a la familia de acogida “asustada, apática, poco estimulada”, todos ellos claros síntomas de estrés postraumático atribuibles a la separación, lo cual muestra que le perjudicó en el momento en que se produjo, evidenciando que se actuó en forma contraria a su interés superior. Por supuesto, no puede pretenderse que esos síntomas de Sahira se atribuyan a su vida familiar cuando se han observado fuera de su entorno familiar. Nada resultaría más antijurídico.

1.2. La identificación con la legalidad

La primera falta de identificación con la legalidad de las declaraciones de desamparo estudiadas en el apartado anterior, es la ausencia de sustento probatorio de las manifestaciones técnicas acerca de las situaciones denunciadas. Esta es, en realidad, una de las principales ilegalidades cometidas por las Entidades Públicas. Sin embargo, hay

otras cuestiones sobre el desamparo de esos niños que lo apartan de lo pretendido por la legislación vigente, las cuales se analizan a continuación.

1.2.1. Las condiciones legales para la existencia de desamparo

Del artículo 172 CC y la doctrina legal se desprende que el desamparo debe ser una situación de hecho que debe tener, por tanto, plena coincidencia con la realidad de lo ocurrido. Sin embargo, del análisis realizado en los puntos anteriores se desprende que el desamparo puede ser una mera situación denunciada, a través de percepciones de los técnicos de la Administración, fruto de la respuesta de los padres a la intervención realizada, pero sin contraste alguno con la realidad vivida por los hijos en la familia. Además, el desamparo de un niño debe responder a motivos graves y debe existir una relación causa-efecto entre las deficiencias de los padres y la falta de asistencia de los hijos.

Mencionar indicadores de pobreza en una declaración de desamparo está expresamente prohibido por la ley actual, aunque entra dentro de la lógica social y constitucional que este tipo de argumentos no podían utilizarse tampoco en la ley anterior, por ser una obligación administrativa evitar la separación de la familia por dicha causa, y porque una sociedad civilizada debe tender a ayudar a las familias más desfavorecidas sin interferir en su estatus familiar, especialmente para proteger a los niños de sufrir daños mayores que la propia pobreza⁷⁰⁴.

Ninguna declaración de desamparo está exenta de un cierto grado de subjetividad en la valoración de la gravedad de los hechos que la determinan, pero debe existir una justificación rigurosa de dicha gravedad. Si no se exige esta rigurosidad, puede ocurrir que una declaración de desamparo exprese más una falta de entendimiento entre los padres y los técnicos de la administración, como parece desprenderse de ciertas resoluciones administrativas, que una incapacidad real de los padres para el cuidado de

⁷⁰⁴ “Dañar a una persona y sus hijos es sobrepasar todo lo pensable en maldad.

[...]

Y es que cuidar de los hijos y de las parejas es una tendencia natural que destroza desde hace mucho tiempo la leyenda del individualismo egoísta, presentando ejemplos diarios de la rotunda realidad de la tendencia a cuidar y de la rotunda falsedad del egoísmo en estado puro.” (CORTINA, *op. cit.*, pp. 51, 52).

sus hijos, lo cual afectaría de forma muy negativa a los niños, al verse separados injustamente de su familia, con afectación de sus derechos fundamentales.

Tampoco debería ser admisible la presentación de unas incapacidades de los padres y unos daños en los hijos sin una conexión entre ambos, pues si bien esta conexión es manifiesta en algunos motivos de desamparo, no lo es en otros. Por ejemplo, si se demuestra que un padre ha abusado sexualmente de su hijo, la relación causa-efecto es evidente para cualquier persona. No ocurre igual cuando se denuncia una abstracta “falta de habilidades parentales” desconectada de cualquier efecto sobre el hijo.

En los tres expedientes analizados se encuentran desconectadas las carencias de los padres de los efectos de los hijos. En el caso de Servio, tal desconexión llega al extremo de que no se muestra que la situación de los padres produzca ningún efecto negativo en el niño. Respecto de Bayhas constan continuas referencias a su aspecto descuidado observado en el entorno escolar (ropa sucia y mal olor), datos que, sin embargo, no constan ni se mencionan respecto de Sahira que iba siempre limpia y aseada a la guardería cuando la llevaba su madre⁷⁰⁵. Por tanto, el aspecto desaseado de Bayhas podía ser debido a su actividad en el centro escolar, quizás más proclive a ensuciarse. No existe, por tanto, un nexo causal entre el incumplimiento de los padres y el aspecto de Bayhas, imprescindible para que ese hecho pudiese considerarse desamparo, siempre y cuando fuese, a su vez, un hecho grave. Por último, los perjuicios de los hijos de Pilar fueron desmentidos por los acogedores con quienes los niños convivieron desde el instante siguiente al desamparo, por lo que ni existen hechos graves para justificar el desamparo ni relación alguna con el comportamiento de la madre.

1.2.2. La distinción con la guarda voluntaria

Pese a que no existe ninguna demostración de las causas de desamparo que se alegan en el caso de los hijos de Pilar, lo más grave del caso es que la Administración dictó resolución de desamparo siendo que el expediente administrativo especifica que la madre delegó la guarda de sus hijos voluntariamente. Ambas situaciones ofrecen un escenario totalmente distinto para los niños, como bien demuestra el hecho de que la regulación

⁷⁰⁵ *Vid.* informe que lo acredita en ANEXO, p. A51.

legal sea distinta, destinando el artículo 172 CC (antes 172.1 CC) al desamparo y el 172 bis CC (antes 172.2 CC) a la guarda voluntaria. Ello indica que, jurídicamente, la Entidad Pública cometió un error grave, pues Pilar no debió ser suspendida de la patria potestad, lo cual hubiese sido coherente con el hecho de que siguió ejerciendo la patria potestad sobre sus dos hijas adolescentes. Precisamente, el hecho de la inexistencia de causas reales de desamparo, como se ha argumentado previamente, es lo que indica que la medida acordada era equivocada.

El objetivo de una guarda voluntaria es el de permitir a una familia superar una situación transitoria de alguna dificultad, para posteriormente retomar la convivencia con beneficio para los hijos. Para Pilar hubiese sido una ayuda para superar sus problemas económicos y laborales (no sus habilidades parentales, ni sus problemas mentales incapacitantes, pues estos eran problemas ficticios que sustentaron la declaración de desamparo) tras lo cual debió reunirse con sus hijos sin condición alguna y en el momento en que ella decidiera.

Cabe decir que el IMAS interpretó que el hecho de que Pilar otorgase voluntariamente la guarda de sus hijos a la Entidad Pública tras las presiones recibidas, suponía un reconocimiento tácito, por parte de la madre, del desamparo de sus hijos en lo que califica de “proceso de concienciación de sus propias limitaciones tanto a nivel personal como contextual”.

1.2.3. La oportunidad de retorno

La declaración de desamparo de Bayhas y Sahira muestra que la entidad pública no tenía intención alguna de trabajo con la familia por lo que propone un “programa de separación definitiva dada la imposibilidad de preservación familiar así como la inviabilidad de poder establecer un pronóstico de recuperabilidad de la capacidad parental positivo a medio o largo plazo”. Ello indica que el IMAS no pretendía ninguna implicación de los padres en el proceso de retorno de los hijos al entorno familiar, lo cual ofrece un desajuste con las previsiones legales pues se ha de ofrecer a los niños la posibilidad de retorno a su familia, al menos, durante los dos años siguientes a la fecha de declaración de desamparo, por lo que es imprescindible implicar a los padres.

Lo anterior provocó que, a los pocos meses del desamparo, el IMAS propuso para Sahira (la única de los hijos que tenía edad para ser adaptada a una adopción) una medida de acogimiento permanente en familia extensa o preadoptivo en familia externa con suspensión de visitas que se fundamentó en una valoración de irrecuperabilidad parental y la nula conciencia por parte de los padres de unos problemas que sí apreciaban los técnicos del IMAS que, sin embargo, estaban pendientes de discernimiento en sede judicial.

La irrecuperabilidad parental que figura en la declaración de desamparo puede tener su origen en la presencia del “educador familiar” que la administración puso al alcance de la familia, pues aunque explícitamente no lo mencione la resolución de desamparo consta en el expediente administrativo.

El recurso al educador es de suma importancia y utilidad cuando tiene un objetivo claro. En el caso de la familia Abdellah Boujnane, el educador estuvo presente en la familia para apreciar el comportamiento de Bayhas con carácter previo al desamparo. Acudía al domicilio familiar una hora a la semana y observaba lo que hacía el niño sin intervenir, prolongándose dicha actuación por un periodo de algo más de dos meses. Anteriormente, la familia dispuso de una educadora que estuvo presente en el domicilio familiar durante los periodos de diciembre de 2008 a febrero de 2009 aproximadamente, con una frecuencia de 8 a 9 de la mañana los días lectivos. Según refiere Aicha, la labor de la educadora familiar consistía en acompañarla al colegio con su hija Nadima y observar el comportamiento de la niña, explicando a la madre cómo debía castigarla. Por todo ello, se aprecia que el resultado obtenido del recurso al educador familiar fue prácticamente nulo, lo cual se desprende tanto de los informes del expediente administrativo como de la opinión de los padres. Del expediente administrativo ha sido imposible discernir cuál era la función del citado educador familiar que se aprecia como un recurso cuya única relevancia es la de haber sido rechazado por la familia. Por su parte, Aicha ha desvelado su función según sus propios recuerdos. Se deduce que la presencia del educador familiar tuvo como objetivo recoger los fallos y defectos de los padres en relación a sus hijos y plasmarlos en un informe para ser utilizado en la posterior declaración de desamparo. De ahí que los padres rechazasen la “ayuda” que posteriormente se les ofreció y que su opinión de la figura del educador familiar fuese nefasta al no haber supuesto ninguna mejora para ellos. La actitud escudriñadora del

educador familiar provocó enorme desconfianza en el tan valioso recurso que se ponía al alcance de la familia.

En efecto, los informes recogen, entre otras cosas, que los padres no compraban alimentos sanos y que la casa estaba sucia y desordenada. Los padres desmienten tales hechos, pero si así hubiese sido, la función correcta del educador familiar habría consistido en darles algunos consejos para hacer la compra, incluso acompañarles al supermercado, y ofrecer algún asesoramiento para la limpieza del hogar. Es de mencionar que, tanto los alimentos disponibles en la casa, como el desorden o la suciedad del hogar podrían haber ido acompañados de alguna prueba fotográfica que el técnico que supuestamente lo vio, pudo haber realizado. Al no hacerlo, la denuncia queda totalmente carente de rigor probatorio, aunque en sede judicial se presenta como una presunción *iuris tantum* que no tiene forma de ser rebatida.

1.2.4. La obtención de datos para sustentar el desamparo

Los expedientes administrativos de los casos presentados muestran que existen irregularidades en la obtención de datos para sustentar el desamparo de los niños, al obtenerse, unos, de forma fraudulenta, y otros, con posterioridad a la separación del niño de su familia con lo que está sujeto a manipulación. Además de ello, se presentan los problemas que han afectado a alguno de los hijos para justificar el desamparo de los hermanos, sin que a éstos les haya afectado.

a) Datos obtenidos de forma fraudulenta

El expediente administrativo de la familia Abdellah Boujnane muestra que se efectuó una exploración de Bayhas en el centro escolar, realizándole un informe psicológico del que los padres no tenían ningún conocimiento, estando el niño bajo su patria potestad. De ello se aprecia que se tomó declaración a Bayhas en base a una serie de preguntas que se le hicieron. Dicho esto, las declaraciones de los hijos deberían ofrecer las mismas garantías jurídicas que ofrecen en un proceso penal, dada la enorme importancia de los intereses en juego. Tal como muestran las sentencias TS 587/2010 de 27 de mayo, TS 1016/2012 de

20 de diciembre, TS 632/2014 de 14 de octubre o TS 71/2015 de 4 de febrero, las declaraciones de los niños deberían ser explícitas, grabadas, directas (no a través de los técnicos de la Administración) y con la presencia de un perito o abogado de parte de los padres, para no limitar su derecho de defensa. No hay que olvidar que, la Entidad Pública que recogió la declaración del niño, fue posteriormente la parte contraria en el pleito que se suscitó.

b) Datos aportados de forma extemporánea

Los datos de las declaraciones de desamparo de los de los tres casos expuestos han sido analizados en su totalidad con anterioridad. Sin embargo, cuando se observa el expediente administrativo existen muchos más datos que, incluso, son determinantes del desamparo, según las previsiones legales. Por ello, sorprende que no los aporte la declaración de desamparo, pues con algunos de ellos el desamparo quedaría acreditado inequívocamente. De estos datos se aprecia que unos son simplemente introducidos posteriormente, mientras que otros provienen de observaciones realizadas fuera del ambiente familiar y con posterioridad a la declaración de desamparo, por lo que imputarlos a las vivencias familiares resulta sumamente antijurídico.

En la declaración de los hijos de Pilar Castillo se aprecia que la única referencia respecto del padre es su carencia de habilidades parentales, pero posteriormente se introduce el dato de que es muy perjudicial para sus hijos, sin ningún sustento probatorio. Se puede deducir, incluso, que este dato no se encontraba presente cuando Pilar obtuvo la primera resolución judicial⁷⁰⁶ en que no se aprecia ninguna mención a los perjuicios que el padre produjo a los hijos, por lo que parece que fue introducido con posterioridad, a los efectos de justificar otras actuaciones administrativas.

El expediente administrativo de la familia Abdellah Boujnane muestra que se acusa a Milud de abuso sexual contra su hija Nadima, aunque se hace de una forma abstracta, es decir, nadie se responsabiliza de esa calumnia, al provenir del ente público de forma impersonal. Además, la denuncia parte de unos encuentros sexuales

⁷⁰⁶ *Vid.* auto del JPI n° 12 de Palma de Mallorca 669/2005 de 20 de septiembre de 2005, sobre constitución de acogimiento temporal.

protagonizados por la niña y otro de los internados en el centro en el que ambos residían. Nadima tenía en aquel entonces unos ocho años y se encontraba bajo la guarda del IMAS, por lo que difícilmente se puede responsabilizar de ello al padre, más bien al contrario, es un modo de eludir la falta de vigilancia de los responsables del IMAS y su responsabilidad sobre lo ocurrido. También se insinúa que Bayhas pudiese haber sufrido abusos sexuales o malos tratos por parte de su padre, siendo éste un dato que no aparecía en la declaración de desamparo. Este hecho fue plasmado en resolución judicial⁷⁰⁷ sin que se valorase el hecho de que ni siquiera se incoaron diligencias penales, siendo ambas cuestiones susceptibles de delito penal, por lo que no puede pretenderse que sin una mera instrucción e investigación judicial pueda darse por “hecho probado” en vía civil. Pero es que, además, no se presenta el menor indicio de ello, ignorándose por completo la buena relación que Bayhas mantiene con su padre, pese a la escasa comunicación que mantienen en la actualidad.

c) Datos sobre los hermanos

En el caso de Servio, el expediente administrativo muestra numerosos datos sobre posibles problemas de carácter médico que presenta uno de los hijos de Jordi, además de otros datos sobre la situación de los hijos de Carolina; datos que, por un lado, no figuraban en la declaración de desamparo y, por otro lado, son totalmente irrelevantes para Servio.

En el expediente de los hijos de Pilar Castillo, se aprecia que ésta ya mostró incapacidad para ejercer sus funciones maternas para con sus hijas mayores desde el año 1999 destacándose su absentismo escolar, que la madre mostraba dificultades para “los acompañamientos médicos, la asistencia al IES..., apreciándose un elevado nivel de agresividad y violencia verbal entre madre e hijas”, cuestión que consta en resolución judicial. Sin embargo, las hijas de Pilar alcanzaron la mayoría de edad sin que, ni la Entidad Pública, ni la fiscalía, ni los tribunales que tuvieron conocimiento de su situación considerasen oportuno declarar su desamparo. Esta decisión no puede considerarse desacertada pues las dos hijas de Pilar se desarrollaron con normalidad y son personas de bien. En este sentido, si los problemas que les afectaban no influyeron en la posibilidad

⁷⁰⁷ Vid. sentencia del JPI nº 3 de Palma de Mallorca de 30 de octubre de 2016 (autos 297/2013).

de mantenerse junto a su madre, mucho menos debía tener alguna influencia en el desamparo de sus hermanos a los que no afectaba en absoluto la situación descrita.

En el caso de la familia Abdellah Boujnane, la generalización de los problemas respecto a todos los hijos produjo un enfrentamiento entre los padres de la familia y el IMAS que se inició a raíz de la declaración de desamparo de Bayhas y Sahira, ya que la madre reconocía que, en la separación de Nadima de la familia, había tenido cierta responsabilidad, al admitir su incapacidad para controlar a su hija, dado su difícil carácter. Aun así, los padres no se sentían culpables del comportamiento de su hija. Posteriormente se comprobó que la conducta de la niña no mejoró en los centros de protección. Cabe recordar que ni la declaración de desamparo ni el expediente administrativo muestran ningún dato que afecte directamente a Sahira, por lo que no se aportan pruebas de su desamparo. En la actualidad, los padres cuidan del hijo más pequeño, nacido en 2016, sin ningún tipo de problema.

1.3. La impugnación

En la impugnación al desamparo interviene ya la Administración de Justicia y, sin embargo, es importante destacarlo, pues condiciona el actuar administrativo, que tiene su propia estrategia. En los tres casos aportados la reacción de los padres ante el desamparo de sus hijos fue distinta.

1.3.1. La ausencia de impugnación

Pilar no impugnó el desamparo de sus hijos Gerardo y Modesto, aunque ella y su marido se opusieron al acogimiento temporal. Tras ello el IMAS instó la constitución judicial del acogimiento temporal que dio lugar al auto del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 669/2005 de 20 de septiembre de 2005. Esta resolución no fue recurrida en apelación dado el carácter provisional de la medida acordada y el hecho de que se inició un seguimiento del núcleo familiar (de la madre y sus cuatro hijos) que Pilar cumplió escrupulosamente y que evolucionaba favorablemente. Ello hacía pensar en la reunificación familiar como así se decidió.

Lo cierto es que, ante la constitución de este acogimiento, tanto el juez como el fiscal, tuvieron conocimiento de la situación de los dos hijos de Pilar, lo que les obligaba a actuar conforme indica la legislación, con independencia de lo solicitado por las partes. Siguiendo la ley al pie de la letra, hay que tener en cuenta que el acogimiento es la consecuencia directa de un desamparo o de una guarda voluntaria, por tanto, de por sí, ha de ser una incongruencia que se formule la oposición al acogimiento sin formular la oposición, en su caso, al desamparo, como ocurrió en el caso de Pilar (cuestión ya subsanada en la ley actualmente vigente). Por tanto, puesto que en sede judicial se planteaba una oposición al acogimiento debieron explorarse los motivos por los que Pilar no se había opuesto a la resolución de declaración de desamparo, como premisa lógica a la oposición al acogimiento, o bien, los motivos por los que la Administración no había barajado otras opciones de acogimiento, si la madre se oponía al acogimiento concreto en familia ajena. La respuesta judicial ofrece total credibilidad a la situación de desamparo, lo que imposibilita que luego pueda plantearse la oposición. Sin embargo, el Auto judicial expresa lo siguiente:

ÚNICO.- Concurren en el presente caso los requisitos que la Ley exige para la constitución del acogimiento, en cuanto se ha prestado el consentimiento por la Entidad Pública que tiene encomendada la protección de menores, así como del de los acogedores, el menor se halla bajo la guarda y custodia de dicha entidad y aunque D. Gerardo ----- y D^a María del Pilar Castillo Escobar, se oponen al acogimiento, su consentimiento debe ser suplido por la resolución judicial, [...]

De ello se deduce que se ciñe escrupulosamente a los requisitos procesales para la constitución de un acogimiento sin atender a los motivos de fondo por los que se llega a dicha situación. Da por sentado que existió situación de desamparo a pesar de que el propio expediente administrativo reconoce que Pilar delegó voluntariamente la guarda de sus hijos al IMAS y que los problemas psiquiátricos de Pilar fueron provocados por la separación de sus hijos como, posteriormente, se acreditó⁷⁰⁸. Resuelve sobre la oposición a la medida de acogimiento en general y no al concreto tipo de acogimiento en familia ajena. Con ello no tiene en cuenta que Pilar propuso una serie de personas para el

⁷⁰⁸ Vid. informes de alta de psiquiatría y psicología de Pilar en ANEXO, pp. A30, A31.

acogimiento de sus hijos en familia extensa y al padre de sus hijas mayores para el acogimiento en familia ajena, además de que no examina los motivos por los cuales la Entidad Pública rechazó el acogimiento de los niños con alguna de las personas propuestas por la madre. No se plantea la extraña situación de que, ante un desamparo, la madre no se oponga al mismo y sí a su consecuencia, es decir, al acogimiento. La gravedad de esta cuestión es que el interés de los niños se quedó sin tutela judicial en lo que respecta a la declaración de desamparo que les privó del derecho de crecer junto a su madre y sus hermanas y resto de familiares y cuyo reconocimiento tácito provocó la consiguiente actuación administrativa.

Otro texto que se aprecia en la resolución de constitución de acogimiento induce a pensar en una serie de errores en la apreciación de la prueba:

ya que en la situación en que se encuentran los menores su acogimiento en una familia, en cuya vida común participe, y que se ocupe de velar por ellos, cuidarles, alimentarles y educarles, ha de ser muy beneficioso para su desarrollo físico, intelectual y moral, para su formación integral máxime a la vista de la situación personal y económica en que actualmente se hallan los padres biológicos (el padre en prisión y la madre con problemas psiquiátricos). Debe, por ello, constituirse el acogimiento solicitado.

Reconoce que la situación económica es motivo para plantear el acogimiento de un niño y la consiguiente separación familiar, sin tener en cuenta que la mención en el expediente administrativo de los problemas socio-económicos de la madre es totalmente improcedente. No justifica, en absoluto, que la madre no pueda velar por sus hijos, cuidarlos, alimentarlos y educarlos. Por tanto, del propio hecho de admitir la necesidad de constituir un acogimiento, se deduce que el juzgador admite como válidos argumentos que no están probados. Se desconocen los argumentos de oposición al acogimiento de los padres, a pesar de que el propio auto desvela que ambos fueron oídos por el juez, de lo que se deduce que a éstos no se les otorga importancia.

Así las cosas, los dos hijos de Pilar se quedaron sin una resolución judicial que decidiese si, en su situación familiar, existió desamparo real o no. La ausencia de dicha resolución tuvo el nefasto efecto de ratificar el desamparo, haciendo recaer la

responsabilidad de ello sobre la madre (o su abogado) que no utilizó los medios a su alcance para defender los derechos de sus hijos. Por tanto, esta primera resolución muestra una absoluta falta de implicación del juez y del fiscal en el conocimiento de la situación alcanzada por los niños, otorgando plena credibilidad a la acción administrativa.

1.3.2. La solicitud de medidas cautelares

Pese a sus problemas económicos, Carolina y Jordi, consiguieron la participación de un abogado que se involucró en su causa. Así, vistos los indicadores de desamparo totalmente artificiosos se solicitó una medida cautelar urgente, en virtud del artículo 730.2 LEC, para evitar el perjuicio por una previsible prolongada separación del niño de sus padres, especialmente grave por la crítica edad del niño. La medida solicitada fue inadmitida⁷⁰⁹, por lo que los indicadores que motivaron la declaración de desamparo para comprobar si realmente eran constitutivos de tal situación, quedaron sin análisis en sede judicial. De este modo, Servio permaneció alejado de sus padres durante casi un año, en una edad crucial para el desarrollo de su personalidad. A pesar de ello, cabe admitir que esta impugnación temprana sirvió para impedir el inicio del proceso de adopción de Servio.

La demanda de oposición al desamparo siguió los cauces previstos legalmente, incoándose el procedimiento de autos 712/2015, en que se señaló fecha de celebración de juicio para el día 8 de marzo de 2016⁷¹⁰. Sin embargo, este juicio se aplazó porque el IMAS alegó que el niño estaba en proceso de retorno con los padres y carecía de sentido su celebración. El abogado de Carolina y Jordi estuvo de acuerdo en el aplazamiento. Desde un punto de vista aséptico, el aplazamiento era inadecuado ya que con ello se impedía la revisión judicial de los indicadores causantes de desamparo y, por tanto, se impedía constatar el perjuicio producido en el niño por motivos totalmente injustificados. Desde el punto de vista de la defensa letrada del IMAS, a éste no le interesaba que un juez revisase los motivos de desamparo, carentes de toda rigurosidad y adaptación a las directrices legales, por lo que el aplazamiento era una opción aceptable. Desde el punto

⁷⁰⁹ Vid. auto del JPI nº 3 de Palma de Mallorca, 121/2015 de 30 de abril.

⁷¹⁰ Vid. decreto del JPI nº 3 de Palma de Mallorca de 15 de enero de 2016.

de vista de la dirección letrada de los padres demandantes, solicitar la revisión de los motivos de desamparo (que es precisamente el objetivo de una oposición a resolución administrativa de desamparo) suponía el riesgo de que, con independencia del fallo judicial, el IMAS no permitiese que el niño retornase con sus padres hasta finalizar el pleito en segunda instancia pudiendo alargarse esa decisión un año más, con el consiguiente perjuicio del niño. Ante tales circunstancias, el aplazamiento suponía una garantía para el ISN, pues si el IMAS no cumplía su compromiso de retorno, hubiese tenido que justificarlo en sede judicial. Lo que resulta inadmisibles es que la jueza aceptase el aplazamiento sin estudiar los motivos de desamparo, pues el interés superior de Servio le obligaba a realizar ese análisis con independencia de la voluntad de las partes.

1.3.3. Las demoras procesales

Milud y Aicha emprendieron medidas judiciales contra el desamparo de sus hijos en que, con independencia del resultado, se observan varias deficiencias. En primer lugar, la necesidad de solicitar abogado de oficio retrasó mucho el inicio del proceso con el consiguiente perjuicio para los niños que, mientras tanto, se encontraban separados de su familia. En segundo lugar, se abrieron procesos separados para cada uno de los progenitores, y un proceso por cada una de las dos declaraciones de desamparo que son de fechas distintas. Posteriormente, se solicitó la acumulación de todos los procesos, lo cual añadió nuevos retrasos hasta que se tomó la pertinente decisión al respecto en sede judicial⁷¹¹. Por último, se solicitó la intervención del equipo psicosocial del juzgado que incrementó la demora en más de un año, pues incluso hubo de ser requerido judicialmente⁷¹². Tras ello, hasta noviembre de 2016 no se obtuvo la primera resolución judicial sobre el desamparo de los hijos de la familia⁷¹³, es decir, casi cuatro años después del desamparo de Nadima y más de dos años y medio después del desamparo de Bayhas y Sahira. De ello se deduce la despreocupación de las instituciones, especialmente la judicial, por agilizar los procesos, cuando éstos deberían ser de enorme prioridad.

⁷¹¹ Vid. auto de acumulación de procesos dictado por el JPI nº 3 de Palma de Mallorca el 21 de mayo de 2015 (autos 692/2014).

⁷¹² Vid. diligencia de ordenación del JPI nº 3 de Palma de Mallorca de 17 de marzo de 2016 (autos 297/2013).

⁷¹³ Vid. resolución judicial de oposición a la declaración de desamparo dictada por el JPI nº 3 de Palma de Mallorca el 30 de octubre de 2016 (autos 297/2013).

Aprovechando estas demoras, la Entidad Pública intentó el proceso de adopción de Sahira, que se consiguió paralizar, y suspendió las visitas de los niños con los padres, que se consiguieron reanudar. Cabe preguntarse si es razonable que, en tanto no haya recaído resolución judicial, debería permitirse a la Entidad Pública ciertas actuaciones, pues ello condiciona posteriormente el pronunciamiento judicial. Si bien es cierto que el último párrafo del artículo 172.2 CC autoriza a la Entidad Pública a “adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen”, no es menos cierto que, estando sometido el desamparo a la decisión judicial, ésta debe prevalecer y la Entidad Pública debería respetar y esperar a que dicha decisión se produjese.

1.3.4. La intervención del equipo psicosocial

La intervención del equipo psicosocial en supuestos de niños bajo tutela pública se utiliza con el objetivo de dar apoyo a las decisiones administrativas y, en ocasiones, ofrecen la solución al juez aventurándose a decidir que es lo “mejor” para el niño afectado. Cabe decir que lo “mejor” para un niño responde a su interés superior y que, al ser éste un concepto jurídico, corresponde al juez establecerlo, no a un psicólogo o un trabajador social, pues están en juego los derechos fundamentales del niño.

En el caso de los hijos de Pilar, el equipo psicosocial acreditó la adaptación de Gerardo y Modesto a su nueva situación de convivencia en acogimiento⁷¹⁴. Fuera de ello, aseverar que “lo más beneficioso para los menores es que continúen con la familia acogedora” era invadir una competencia que no le correspondía y que un juez no debería aceptar.

En el caso de la familia Abdellah Boujnane, el Ministerio Fiscal interesó que se efectuara un informe psicosocial sobre la misma. En realidad se acordaron en vía judicial dos informes periciales, uno por cada resolución de desamparo impugnada. Por tanto, existe un informe sobre Bayhas y Sahira⁷¹⁵ y otro sobre Nadima⁷¹⁶ efectuados por el Instituto de Medicina Legal (IML en adelante). Dichos informes muestran un contenido

⁷¹⁴ Vid. informe psicosocial en ANEXO, pp. A32-A39.

⁷¹⁵ Vid. informe psicosocial en ANEXO, pp. A79-A85.

⁷¹⁶ Vid. informe psicosocial en ANEXO, pp. A86-A100.

ampliamente viciado por las apreciaciones del expediente administrativo, que ha sido minuciosamente examinado para su elaboración.

En lo que respecta al informe sobre Bayhas y Sahira se observa que en el apartado F.- bajo la denominación de “consideraciones”, se da por válido todo aquello que debe ser objeto de revisión judicial en el pleito sustanciado ante el juzgado, por el cual fue solicitado el informe psicosocial. En concreto, se toman en consideración como “hechos probados” que los niños sufrieron negligencia física, el progenitor consume tóxicos, la sospecha de malos tratos (sin prueba ninguna), los niveles altos de agresividad del padre, las prácticas educativas inadecuadas en la crianza, las conductas sexualizadas de los niños en relación a la convivencia en su familia. Del mismo modo, se considera “hecho probado” que la intervención psicoterapéutica que necesitó Bayhas al inicio de su internamiento fue consecuencia de la convivencia en su familia y no provocada por la experiencia de brusco internamiento. Así, las conclusiones del peritaje son acordes con todo aquello que se considera probado y que es motivo de discrepancia en el pleito del que trae causa el informe psicosocial. Se da por supuesto que el estado de malestar, los sentimientos de ambivalencia respecto al progenitor, la inseguridad emocional, las alteraciones del comportamiento y el daño psicológico experimentado por los niños, estaban presentes en el ambiente familiar de los niños, cuando solo consta la observación de ello fuera del ambiente familiar, en presencia de desconocidos y tras haber sufrido una separación violenta de sus padres y hermanos que, necesariamente, había de presentar componentes traumáticos. Los anteriores datos son extraídos del expediente administrativo pero no existe prueba alguna de ello más que la sola manifestación de los técnicos implicados. Se ofrece credibilidad a la creencia de la acogedora de Sahira cuando expresa que la niña “recibió una influencia negativa por parte del padre” cuando lo que pudo observar era el rechazo y temor hacia la figura del acogedor, precisamente por no ser su padre. Se afirma que el entorno en el que se encuentra Bayhas (un centro de protección) supone estabilidad psicológica para él, lo cual ha de considerarse absolutamente falso, en atención a los numerosísimos estudios en materia psicosocial existentes que obligatoriamente ha de conocer la persona evaluadora. Se afirma que el entorno en el que se encuentra Sahira, en acogimiento simple o temporal, supone estabilidad psicológica para ella, cuando de tomarse la decisión de “no retorno” junto a sus padres, se producirá el traspaso de la niña a otra familia distinta con fines de adopción, lo cual es contrario a todo concepto de “estabilidad psicológica”.

Existen en el ámbito psicosocial todo tipo de elementos evaluadores sobre la negligencia física, los malos tratos, el abuso sexual (lo que justificaría la conducta sexualizada de los niños) y las graves consecuencias del largo internamiento de un niño, como el que está sufriendo Bayhas, sin embargo, todos estos elementos evaluadores se han ignorado en la evaluación de los niños. Existen en el ámbito psicosocial todo tipo de elementos evaluadores sobre el consumo de tóxicos, el nivel de agresividad y los estilos educativos parentales, sin embargo, todos estos elementos evaluadores se han ignorado en la evaluación de los padres en sus circunstancias actuales, lo cual es patente desde el momento en que se remite “la valoración de la situación, el nivel de responsabilidad y protección de la demandante hacia sus hijos” a “Menores” (refiriéndose al IMAS), que es precisamente una de las partes en litigio, omitiendo la valoración que debían hacer los peritos del IML. De la situación actual de los niños se menciona adaptación al entorno en el que están, pero se omite la valoración de los padres para hacer frente al retorno de sus hijos, que fue lo solicitado por el juzgado. Se omite toda evaluación de la familia en una observación conjunta.

En definitiva, lo que debía evaluar el equipo psicosocial era todo aquello que pudiese favorecer o perjudicar el retorno de los hijos a la familia o el aumento de visitas, para que la decisión judicial pudiese tomarse con acierto. Sin embargo, nada de eso se hizo.

En el informe sobre Nadima se puede observar que el objetivo del informe es abstracto: “emitir informe sobre la menor Nadima” por lo que no se sabe lo que pretende estudiar sobre ella, además de demostrar una inconfundible desidia. Se aprecia, además, que el informe está fuertemente influenciado por la información recibida del IMAS y de los centros en los que Nadima ha estado internada. El informe aporta, incluso, datos falsos tal como que antes de la fuga de septiembre de 2015, Nadima nunca había intentado fugarse, cuando constan dos fugas anteriores, una de ellas el 23 de marzo de 2015 en que fue entrevistada por el perito sr. Jiménez Massana tal como se recoge en su informe. Ello muestra que el informe no ha contrastado las aportaciones del IMAS con la realidad de los hechos. Ello ofrece falta de credibilidad de todo el informe. Se extraen conclusiones no razonables para un lector profano en materia psicosocial pues no se aprecia el motivo por el que se deduce que Nadima se siente en la responsabilidad de cuidar de sus padres, ni aporta estudios que permitan extraer dicha conclusión. Dada la

deficiente exploración realizada introduce dudas en sus conclusiones: “Las dificultades de Nadima... parecen estar...”, “los padres no parecen ser conscientes...”. Introduce valoraciones jurídicas tales como que Nadima debe continuar bajo tutela administrativa, concepto que ni siquiera sería necesario que el perito conociese para hacer una correcta valoración.

En definitiva, los informes psicosociales no aportan, en casos de niños tutelados, información útil, más allá de lo ya manifestado por la Entidad Pública, además de que cabe cuestionarse la legitimidad de los informes al no provenir de peritos designados por las partes⁷¹⁷, siendo que, en el caso de la familia Abdellah Boujnane constaba una pericial de parte a la que la LEC le ofrece valor probatorio indiscutible.

2. LA ELECCIÓN DE LA MODALIDAD DE ACOGIMIENTO

En estrecha relación con la declaración de desamparo de un niño procede seleccionar la modalidad de acogimiento y, en su caso, la familia o el centro institucional en el que el niño ingresará. Existen una serie de circunstancias que condicionan la modalidad de acogimiento inicial, de las cuales algunas son de carácter objetivo y otras dependen de las expectativas que se tienen acerca de la evolución de los distintos miembros de la familia intervenida. Con independencia de ello, conforme va transcurriendo el tiempo y se van produciendo cambios en las relaciones con el niño, tanto con su familia de origen como con su familia de acogida, puede ser necesario modificar la modalidad de acogimiento, por lo que las decisiones administrativas encuentran otro momento de trascendencia que afectará de forma decisiva a las partes implicadas, tanto al niño como a su familia de origen como, en su caso, a su familia de acogida.

2.1. Los criterios determinantes en el momento de la separación familiar

Los criterios que determinan la modalidad de acogimiento en el momento inicial del desamparo son principalmente, la edad, los problemas de conducta y la expectativa o

⁷¹⁷ Vid. artículos 335 y ss. LEC.

posibilidad de retorno a la familia de origen, siendo la convivencia con los hermanos un criterio secundario para las Entidades Públicas.

2.1.1. La edad y los problemas de conducta

La edad superior a seis años justifica, en un elevado porcentaje, que los niños ingresen en centros institucionales en lugar de intentarse un acogimiento familiar. Lo mismo ocurre con niños que presentan problemas de conducta en los que no se plantea el acogimiento familiar con independencia de su edad.

Esto se aprecia en los casos estudiados. Servio fue separado de sus padres e inició un acogimiento familiar temporal, así como los hijos de Pilar, Gerardo y Modesto, y Sahira, pues todos ellos tenían menos de cinco años.

Por contraste, Nadima con solo cinco años fue internada en un centro institucional y nunca se intentó para ella el acogimiento familiar, posiblemente por sus problemas de conducta. Su hermano Bayhas, pese a que su comportamiento no era especialmente conflictivo, ingresó también en un centro institucional, sin que nunca se haya intentado el acogimiento familiar, ya que tenía más de nueve años en el momento de su desamparo. En este caso los tres hermanos permanecieron separados por decisión administrativa, pese a que los dos mayores podían haber convivido en un mismo centro institucional. Esto revela una disfunción de la Entidad Pública que no debería permitirse, pues la ley es clara respecto a las decisiones sobre los hermanos.

Los casos de Fabron y Aloisio⁷¹⁸, Silvano⁷¹⁹ fueron también de acogimiento familiar temporal, pese a que el de Fabron y Aloisio se constituyó sin visitas a la familia biológica. Este hecho supone un comportamiento anormal de la Entidad Pública, pues si el acogimiento temporal se decide con el objetivo de retorno a la familia biológica se deberían poner los medios necesarios para lograrlo, siendo las visitas imprescindibles para ese fin⁷²⁰. El caso de Ainara⁷²¹ era de acogimiento permanente pese a lo cual

⁷¹⁸ Vid. exposición del caso en ANEXO, pp. A102-A104.

⁷¹⁹ Vid. exposición del caso en ANEXO, pp. A151.

⁷²⁰ La ausencia de visitas provoca la falta de referencias parentales que es lo que la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio establece como criterio para impedir el retorno a la familia de origen.

también la Entidad Pública decidió su cese truncando así la expectativa de permanencia de la relación que cabe esperar en un acogimiento con esa denominación.

Tras el acogimiento temporal, tanto Gerardo y Modesto, como Fabron y Aloisio pasaron por un acogimiento residencial, habiendo vivido todos ellos un exitoso acogimiento previo que los acogedores no deseaban interrumpir, como ya se mencionó en el capítulo anterior.

2.1.2. La posibilidad de retorno

La posibilidad de retorno de un niño a su familia de origen es un derecho que las Entidades Públicas no pueden ignorar. Por eso, en el momento del desamparo del niño deben evaluar, con cierta celeridad, la probabilidad de éxito o fracaso del retorno y, en base a ello, establecer la modalidad de acogimiento familiar que corresponda, teniendo en cuenta que, dado el grado de incertidumbre, que presenta la decisión, ésta puede ser equivocada y que ello afectará a las partes implicadas. Por supuesto, el niño no debería salir nunca perjudicado. Además de ello, la Administración debe ser coherente en sus actuaciones.

Mención especial requiere el caso de los recién nacidos del sistema de protección, cuando no son dados voluntariamente en adopción. Si estos recién nacidos son hijos de madre menor de edad, el sistema debería ocuparse de ambos sin separar al niño de su madre, si ésta es la voluntad de la madre, y ayudarla a adquirir las competencias parentales necesarias para cuidar del niño, con lo que llegará a ser una madre adulta responsable.

Fuera de estos casos, cabe preguntarse por qué a un niño nada más nacer lo tiene que proteger la Administración. En muchas ocasiones esos niños son hijos de madres que han demostrado ser incapaces de desarrollar su función de madre con otros de sus hijos de los que ha sido separada definitivamente. Los hijos posteriores de esas madres son los que, desde el momento del nacimiento, deben ser protegidos por la Administración. Está claro que existe un cierto grado de incertidumbre sobre lo que es más adecuado para esos

⁷²¹ *Vid.* exposición del caso en ANEXO, pp. A192-A194.

niños y que la Administración tiene la responsabilidad de averiguar si el padre o algún miembro de su familia extensa puede ocuparse de ellos. Lo que es cierto es que un elevadísimo porcentaje de estos recién nacidos nunca vuelven con la familia biológica, lo cual debería tenerse en cuenta para impedir que esos niños transiten de familia en familia hasta alcanzar estabilidad jurídica, pues de este modo, lo que no alcanzan es estabilidad emocional. Este es el caso que corresponde a Fabron y Aloisio para los que se estableció un acogimiento temporal sin visitas a la familia de origen, al considerarse casi imposible la opción de retorno. Así, teniendo en cuenta cuál es la específica finalidad de la modalidad de acogimiento temporal, éste *debería quedar excluido como medida de protección en los supuestos en que, por las circunstancias del caso concreto, no resulte previsible la reinserción familiar del menor; en cuyo caso, la actuación protectora habría de canalizarse a través de otras fórmulas jurídicas de amparo*⁷²².

Por tanto, debería existir una relación directa entre la modalidad de acogimiento familiar y el establecimiento de visitas, como fue el caso de Servio, los hijos de Pilar Castillo en su acogimiento inicial, los hermanos Abdellah y Silvano. Pese a ello, se aprecia una incoherencia administrativa en el caso de Sahira para la cual se estableció un acogimiento temporal cuando la resolución de desamparo preveía la imposibilidad de retorno, a lo que hubiese correspondido un acogimiento permanente o preadoptivo. En el caso de Ainara no estaba previsto el retorno pero la niña tampoco tenía visitas con la familia, lo que hacía que no se ajustase a las características del acogimiento permanente.

2.2. La evolución posterior de las circunstancias del niño y su familia

Tras la aparición de las modalidades de acogimiento en la legislación, las Entidades Públicas de las distintas Comunidades Autónomas pusieron en marcha diversos mecanismos de captación de familias de acogida, formando bancos de familias disjuntos en función de las citadas modalidades. Así, el niño tutelado debe ir cambiando de familia, conforme van variando sus circunstancias que requieren otra modalidad de acogimiento, adecuando sus características cambiantes a las de una familia que pertenezca al banco de familias que se ajusta al tipo de acogimiento que necesita el niño. Es decir, las familias pertenecen a una modalidad de acogimiento de forma rígida y no se les permite cambiar

⁷²² Vid. DÍEZ, *op. cit.*, p. 451.

de modalidad, aunque las necesidades del niño que tienen acogido cambien, por lo es el niño el que tiene que adaptarse a una nueva familia. Este procedimiento se ha llevado a término incluso con la oposición de los acogedores que deseaban adaptar su modalidad de acogimiento a las nuevas circunstancias del niño por considerar dañino que el niño perdiese su estabilidad familiar alcanzada, el cual puede seguir siendo el mismo tras la modificación de la LOPJM. El citado procedimiento de cambio de familia se ha llevado a término, incluso sin haberse producido cambios o sin haber sido objeto de análisis por parte de la Administración.

En un caso de buen funcionamiento, la evolución posterior de las circunstancias del niño y su familia son importantes para que la Entidad Pública pueda tomar decisiones sobre el destino definitivo del niño. En los casos presentados, dada la inexistencia de motivos reales de desamparo, la decisión había de ser la del retorno incondicional, a pesar de que eso no ocurrió en ninguno de los casos. Tanto en el caso de Servio como en el de los hijos de Pilar se propició inicialmente la reunificación familiar que quedó revocada en el caso de Servio y que dio un giro copernicano que desembocó en la imposibilidad de retorno y la adopción para los hijos de Pilar.

En el caso de Fabron y Aloisio y Ainara ni las circunstancias de los niños ni las de su familia variaron en absoluto durante el acogimiento, a pesar de lo cual sí hubo cambios importantes para los niños, impuestos por la Entidad Pública, a pesar de la oposición de los acogedores a dichos cambios. En el caso de Silvano, la madre biológica sí experimentó cambios en la normalización de su vida pero la inactividad de la Administración y la falta de revisión del caso hizo que el acogimiento temporal se prolongara por más tiempo de lo establecido legalmente, lo cual provocó consecuencias negativas en todos los implicados favoreciendo únicamente a los adoptantes que entraron en juego con posterioridad.

2.3. El cambio de modalidad

Con el procedimiento administrativo establecido, en el peor de los casos, un niño que tiene que abandonar su familia biológica por motivo de desamparo irá inicialmente a una familia de acogida de urgencia, y se intentará la reinserción del niño en su entorno

biológico. Si transcurren seis meses y no se han solucionado los problemas de la familia biológica el niño pasará a una familia de acogimiento temporal. Si persiste el problema con la familia biológica para hacerse cargo del niño, procederá un acogimiento permanente cambiando de nuevo de familia. Si pasado un tiempo, la relación entre el niño y su entorno biológico no se considera del interés del niño, esos contactos se pueden suprimir y el niño pasaría a ser adoptable con lo cual sería necesario acoplarlo a una familia del banco de familias adoptantes, que sería su familia jurídicamente definitiva. De esta manera, el niño habrá convivido con cinco familias, con sus distintos estilos relacionales, antes de alcanzar estabilidad jurídica. Ciertamente el caso es extremo pero no imposible con el sistema impuesto en el pasado por las Entidades Públicas. Sin embargo, del artículo 173 bis del Código Civil no se deduce que el procedimiento administrativo tenga que ser así, puesto que la ley no regula ese procedimiento. Cabe preguntarse si el procedimiento establecido respeta el espíritu de la ley, o lo que es lo mismo, si la ley pretende que un niño tutelado administrativamente cambie de familia ante sus necesidades cambiantes, abandonando la familia en la que se encuentra integrado para insertarse en otra, desconocida para él. La respuesta ha de ser negativa si se atiende al contenido legal. La ley no ampara un cambio de familia para ningún niño, pues eso vulneraría el derecho de cualquier niño a mantener sus relaciones afectivas, ya expuestos previamente, que no puede ser diferente para los niños tutelados por la Administración, salvo que la familia de acogida rechazase seguir haciéndose cargo del niño, en cuyo caso sería necesaria una transición a otra familia para no violentar los deseos de la familia.

Desde el punto de vista del ISN, es obvio que un niño en acogida no tiene que percibir ninguna diferencia en función del tipo de acogimiento al que esté sometido, de la misma forma que una familia de acogida no tiene que tratar al niño de forma distinta dependiendo de la modalidad de acogimiento que desarrolle, de lo que se deduce que pertenecer a un banco de familias de acogida u otro no ofrece ninguna diferencia en cuanto a la relación jurídica y afectiva entre el niño acogido y el acogedor. En la relación establecida, es importante que el acogedor acepte cualquier decisión técnica de la Entidad Pública que afecte a la relación entre el niño y su familia de origen que, a su vez, tiene que ser comprendida por el niño si tiene suficiente juicio. Según esto, parece más lógico que ante una decisión técnica de cambio en las relaciones entre el niño y su familia de origen, tenga que ser el acogedor quien acepte esas nuevas relaciones y las favorezca y

no el niño quién tenga que adaptarse a una nueva familia, con todo lo que ello implica desde el punto de vista afectivo, social, educativo, etc.

Pese a todo lo manifestado sobre las modalidades de acogimiento, si se realiza un recorrido adecuado a través de las opciones legales que ofrecen las nuevas previsiones introducidas por la LSPIA, se puede apreciar que, en realidad, las modalidades de acogimiento no tienen razón de ser, puesto que parece que se pretende que el niño alcance la “guarda con fines de adopción”, tras el acogimiento de urgencia, pues si se consigue declarar el desamparo, éste será prácticamente irrevocable, como ya demuestra la experiencia pasada.

De los casos expuestos, varios de los niños sufrieron cambios en la modalidad de acogimiento y, lo que es más importante, en la familia de acogida. Podría entenderse que en el caso Fabron y Aloisio el acogimiento encajaba dentro de los denominados de “urgencia-diagnóstico” (actualmente acogimiento de urgencia), cuya finalidad es la de *ofrecer una atención inmediata a niños y a niñas, evitando su institucionalización*⁷²³, en que lo que sigue no es el retorno del niño a la familia sino *el paso a otra medida de acogimiento (simple, permanente, preadoptivo, residencial)*. Este tipo de acogimiento se da cuando se necesita un *tiempo para la toma de decisiones mientras se estudia el caso y se analizan las alternativas*⁷²⁴ y según se desprende de los autores AMORÓS y PALACIOS⁷²⁵ *acabaría teniendo una significación u otra en función de cómo continúe* por lo que, en este caso, habría acabado siendo un acogimiento preadoptivo (actualmente guarda con fines de adopción).

De haber sido un acogimiento de urgencia (aunque administrativamente se hubiese formalizado uno temporal, ya que la legislación no contemplaba el de urgencia), tramitado en un tiempo razonable que, *idealmente no debería exceder de tres meses y excepcionalmente de seis*⁷²⁶, la familia de acogida hubiese podido estar dispuesta a favorecer el tránsito a una familia distinta para la adopción, aunque ninguna normativa ni legislación le obligaba a hacerlo. Es lógico que no exista tal obligación porque desde el punto de vista psicosocial no es la mejor opción para el niño y, por ello, no puede

⁷²³ Vid. AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 80.

⁷²⁴ *Ibidem.*, p. 81.

⁷²⁵ *Ibidem.*, p. 78.

⁷²⁶ *Ibidem.*, p. 80.

regularse como obligatoria, pues ha de primar la opción que resulte del ISN, que debería figurar por escrito para el conocimiento de los usuarios.

Sin embargo, según consta en el expediente administrativo y judicial, cuando los niños tenían tres meses y medio de edad, la administración ya había documentado su necesidad de separación definitiva de la familia biológica⁷²⁷, quizás porque había transcurrido el tiempo para recurrir la declaración de desamparo, sin que se hubiese efectuado, o quizás porque ningún miembro de la familia biológica mostró interés por relacionarse con ellos. Si, a partir de ese momento, la adopción se hubiese tramitado con urgencia, el resultado, desde el punto de vista psicosocial, hubiera sido aceptable para los niños. Así es, ya que autores como AINSWORTH reconocen que está científicamente comprobado que los primeros efectos graves de la privación de un niño de su figura materna se detectan durante el segundo semestre de la vida del niño sin que pueda decirse que los efectos más tempranos sean despreciables, como ya se justificó en el capítulo anterior. En el mismo sentido se pronuncian ROSAS y otros⁷²⁸. Por tanto, si en ese momento se hubiese acoplado a los niños a una familia adoptiva diferente sin haber sufrido una nueva experiencia de abandono, es decir, sin un internamiento en centro, el éxito de la adopción podría haberse garantizado al máximo⁷²⁹, aunque lo que procedía en interés de los niños era mantener el acogimiento en base a los favorables, aunque escuetos, informes de seguimiento⁷³⁰.

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial⁷³¹ reconoce que, en el caso enjuiciado, el diagnóstico estaba hecho desde el principio y era el de derivar a los niños a una adopción. Cabe preguntarse pues, por qué la Administración no escogió para los niños una familia para acogimiento preadoptivo, que hubiese hecho frente a la necesidad de “familia definitiva” de los niños, en lugar de una familia para acogimiento temporal que no había adquirido el compromiso de dotar de estabilidad a la relación de

⁷²⁷ Vid. informe técnico en ANEXO, pp. A111.

⁷²⁸ “Yarrow (1965, en Singer, Brodzinsky y Ramsay, 1985) describe en una investigación longitudinal de niños separados de sus padres biológicos y adoptados más tarde, que todos los niños separados después de los 6 o 7 meses de sus padres biológicos mostraron evidencia de desajuste socioemocional” (ROSAS, GALLARDO y DÍAZ, *op. cit.*, p. 150.).

⁷²⁹ “Chisholm (1998, DeAngelis, 2000) en un estudio longitudinal de tres años, comparó niños que habían pasado al menos ocho meses en un orfanato antes de ser adoptados, con niños adoptados a los cuatro meses, y niños no adoptados. Los resultados indicaron que los niños adoptados más tardíamente mostraban mayor inseguridad en su patrón de apego que los otros dos grupos.” (*Ibidem.*).

⁷³⁰ Vid. informe técnico en ANEXO, pp. A105-A108.

⁷³¹ Vid. sentencia de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 55/2012 de 7 de febrero.

acogimiento. No pueden achacarse a este hecho motivos de dificultad de selección ya que la lista de personas esperando para adoptar, o lo que es lo mismo para acogimiento preadoptivo, es mucho más larga que la de acogedores temporales⁷³². Además, cabe destacar que es también conocido, el atractivo que supone para muchas familias el hecho de poder adoptar un niño recién nacido⁷³³ y los beneficios que esto comporta para el establecimiento de una relación sana entre el bebé y sus padres⁷³⁴. Al respecto, cabe mencionar la opinión de COLODRÓN⁷³⁵ que considera que *cualquier niño o niña tiene derecho a tener unos padres, con independencia de su edad*, derecho del que no estaban exentos los niños del caso. Aunque el citado autor se refiere a niños mayores, no es menos cierto que un bebé no tiene por qué verse privado de una familia estable, cuando se ha constatado su necesidad de ello de forma fehaciente. Además, con el acogimiento temporal, como el establecido en el caso, no se *trata de sustituir a la familia biológica, sino de complementar la labor que ella temporalmente no puede realizar*⁷³⁶, por lo que al no acordarse visitas al entorno de origen, la familia de acogida no fue una familia complementaria sino una auténtica familia sustituta.

Dado que las condiciones del acogimiento no correspondían a la modalidad de “temporal”, ni el tiempo transcurrido correspondía a la modalidad de “urgencia-diagnóstico”, se deduce que el acogimiento era preadoptivo, ya que éste *se utiliza, pues, cuando se ha optado ya por la adopción, se ha asignado el niño a una familia concreta y se quiere asegurar la existencia de una buena relación adoptantes-adoptados*⁷³⁷. Esta es la situación que correspondía al caso concreto de los niños en el momento en que se notificó a la familia de acogida la decisión de establecer la medida de adopción: se había optado por la adopción (aunque tardíamente porque ya estaba decidida desde el nacimiento de los niños), los niños ya tenían una familia asignada y se podía comprobar

⁷³² “El número de familias [para acogimiento] disponibles será siempre inferior al de las familias necesitadas. [...] El contraste con lo que ocurre con la adopción está claro: son muchas las familias que espontáneamente acuden a los servicios de protección solicitando su inscripción para poder adoptar...” (AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 102).

⁷³³ “Una gran mayoría de futuras madres y padres, cuando decide adoptar, piensan que cuanto menos edad tenga su futuro hijo o hija, tanto mejor” (COLODRÓN, *La adopción: un viaje de ida y vuelta*, Editorial Desclée De Brouwer, S.A., 2008, p. 43.)

⁷³⁴ “El caso de los niños adoptados más allá de los 6 o 7 meses de vida, es cualitativamente diferente de los adoptados tempranamente. Si bien en ambos casos el abandono existe es solo en los niños que son adoptados tardíamente en los que este hecho adquiere mayor relevancia por constituir una experiencia altamente perjudicial para su desarrollo posterior” (ROSAS, GALLARDO y DÍAZ, *op. cit.*, p. 150).

⁷³⁵ *Vid.*, COLODRÓN, *op. cit.*, p. 44.

⁷³⁶ *Vid.* AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, pp. 74, 75.

⁷³⁷ *Ibidem.*, p. 87.

la relación establecida. Obviamente, los acogedores ya habían detectado la situación de buena relación entre los niños y su familia, por lo que se habían planteado la continuidad de su convivencia (que no es lo mismo que la continuidad del acogimiento) y ya en enero de ese mismo año habían iniciado los trámites para conseguir el certificado de idoneidad para la adopción. Y una vez conocida la decisión técnica de posibilidad de adopción de los niños, los acogedores depositaron en el registro general de la Entidad Pública una petición de adopción formal⁷³⁸, para que la Administración la tuviese en cuenta en la valoración del interés superior de los dos niños.

Tanto la responsabilidad de determinar la modalidad del acogimiento como la del control del tiempo que el mismo debe durar son de la Entidad Pública, mientras que la función de los acogedores, era hacer frente a todas las necesidades de los niños, pues es precisamente el objetivo clave de cualquier acogimiento⁷³⁹. Por tanto, si el acogimiento era temporal debió establecerse con visitas a la familia biológica, si era de urgencia no debió prolongarse más allá de seis meses y si era preadoptivo debió terminar en una adopción por parte de la familia acogedora. Cualquier otra medida se puede considerar un fracaso por parte de la Entidad Pública del sistema de protección, pues implica saltarse toda la normativa sin ajustarse a ninguna modalidad establecida, sino a una mezcla de ellas según sus pretensiones y criterios no establecidos.

Según los datos anteriores el acogimiento que correspondía a Fabron y Aloisio era preadoptivo aunque administrativamente se formalizó un acogimiento temporal y la familia de acogida había contraído únicamente un compromiso transitorio. La discrepancia judicial consistía en discernir si la modalidad de acogimiento había de ser aquella que se había establecido administrativamente o bien aquella que se ajustaba a las características y necesidades de los niños en acogimiento, a la descripción legal de la misma y al interés superior de los niños como entendían los acogedores. Dicho de otro modo, la cuestión fundamental era discernir si la familia de acogida podía cambiar de modalidad de acogimiento para adaptarse a las nuevas necesidades de los niños o eran los niños quienes debían cambiar, obligatoriamente, a una familia de otra modalidad.

⁷³⁸ Vid. petición de adopción formal en ANEXO, pp. A109-A110.

⁷³⁹ “Las necesidades infantiles fundamentales pueden analizarse agrupadas en cuatro grandes apartados: necesidades relacionadas con la seguridad, el crecimiento y la supervivencia; necesidades relacionadas con el desarrollo emocional; necesidades relacionadas con el desarrollo social; necesidades relacionadas con el desarrollo cognitivo y lingüístico” (AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 18).

En cualquier caso, los acogedores habían firmado un documento como familia de acogida, bajo un acogimiento temporal, asumiendo unos compromisos que, de haber sido incumplidos contractualmente, la administración habría presentado en sede judicial como prueba de incumplimiento. Sin embargo, no consta en el expediente prueba documental al respecto.

El acogimiento de Silvano, siendo un acogimiento de denominación temporal con duración máxima de dos años, se prolongó durante tres años, por lo tanto debió adaptarse a la modalidad permanente a la que se ajustaba en virtud de las visitas que el niño mantenía con su familia de origen⁷⁴⁰ y al deseo del propio niño y de los acogedores, que manifestaron ante la Entidad Pública⁷⁴¹.

Es de especial mención el caso de la sentencia de Ainara que pasó los nueve primeros meses en acogimiento temporal en una familia, luego hasta los tres años en acogimiento permanente y finalmente pasó a acogimiento preadoptivo con otra familia distinta. Fue la acogedora permanente la que interpuso el pleito de oposición al cese de acogimiento pues, obviamente, esperaba continuar el acogimiento hasta la mayoría de edad de la niña. Además de ello, el acogimiento había sido muy favorable para la niña⁷⁴² por que cabía esperar sentimientos de abandono⁷⁴³.

La familia de acogida y la Administración establecen un cierto pacto contractual en beneficio de un tercero, el niño en acogimiento, por lo que debería primar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la naturaleza y tipo del acuerdo de voluntades de la relación contractual⁷⁴⁴. Así, se podrían evaluar los incumplimientos de los pactos establecidos, la responsabilidad derivada y las consecuencias que, en ningún caso, deberían provocar perjuicio al niño en acogimiento, sino la correspondiente adaptación del contrato establecido a la realidad de los hechos.

⁷⁴⁰ Vid. informes de seguimiento en ANEXO, pp. A152-A165.

⁷⁴¹ Vid. distintas solicitudes en ANEXO, pp. A166-A169.

⁷⁴² Vid. informes de seguimiento en ANEXO, pp. A195-A203.

⁷⁴³ Vid. informes de acogimiento preadoptivo posterior que muestran las dificultades de adaptación en ANEXO, pp. A204-A226, pese a que no se interprete de ese modo.

⁷⁴⁴ Es esta cuestión de Derecho, en la que no incide la voluntad de las partes, pues, como tiene dicho en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, “los contratos son lo que son y no lo que digan las partes contratantes, indicando con ello que tienen una realidad y consiguiente alcance jurídico tal como existen de hecho, al margen de las calificaciones que los intervinientes les hayan atribuido o quieran atribuirles después”. Dicho de otra manera, “los contratos se revelan no por la nominación que se les dé, sino por la que corresponde a las cláusulas que se establezcan”. (STS de 13 de junio de 1985)

3. EL RÉGIMEN DE VISITAS

La práctica administrativa acerca de todo lo relacionado con las visitas de los niños tutelados a sus familiares es una cuestión digna de mención. En primer lugar, se da la circunstancia de que cuando el niño es separado de sus padres puede permanecer durante varios meses sin recibir visitas de éstos, pues la Entidad Pública exige que sean los padres los que soliciten las visitas⁷⁴⁵, por lo que no lo reconoce un derecho irrenunciable del niño. Tras la petición expresa de los padres, es necesario esperar los trámites administrativos, con lo que transcurre un tiempo inaceptable para un niño, con total ausencia de comunicación con sus familiares.

3.1. El régimen inicial

El régimen inicial de visitas establecido suele ser de un día semanal⁷⁴⁶ durante una o dos horas. Por lo general, se establece sin resolución administrativa impugnabile, por lo que los padres que no estén de acuerdo con ese escaso régimen no tienen manera de oponerse a él. Por otro lado, en tanto se mantiene una expectativa de retorno, los padres son muy cautos en manifestar cualquier discrepancia con las decisiones técnicas, por temor a posibles represalias que incidan en la comunicación con sus hijos.

Otra cuestión a destacar es la forma de ejecución de las visitas que suelen ser supervisadas por una persona ajena, que presencia toda la visita en el interior de una sala fría y poco acondicionada para el efecto, que hace que los niños se frustren y se sientan incómodos y sobre todo, que se aburran, pues llega un momento que ya no saben que hacer⁷⁴⁷. Por otro lado, la persona supervisora impide a los padres y los hijos comportarse con naturalidad, prohibiéndoles hacer fotos, compartir comida y hablar entre ellos de ciertas cuestiones y, en ocasiones, en su propio idioma, provocando con ello el enfrentamiento de los padres, a los que se califica de no colaboradores. Esta es la percepción que los adultos muestran respecto de esta comunicación con sus hijos, pese a que no formulen quejas por escrito.

⁷⁴⁵ Vid. declaraciones de desamparo en ANEXO, pp. A26, A50.

⁷⁴⁶ Vid. régimen de visitas de Silvano en ANEXO, p. A152.

⁷⁴⁷ El escaso régimen de visitas de Silvano hizo que desde un primer momento se produjese la desvinculación de su madre. Vid. informes de seguimiento en ANEXO, pp. A152-A165.

Además de ello, el modo de relación establecido impide observar a la familia y sus relaciones en un entorno natural con lo que se podrían evaluar mejor las necesidades familiares, los puntos de ayuda y los aspectos a reforzar. Por tanto, de por sí, el entorno, que suele ser un cuarto cerrado y de escasas dimensiones, no es favorecedor de un clima agradable para las comunicaciones, lo que provoca que los propios técnicos justifiquen que el desarrollo de las visitas no es beneficioso para los niños, creando en las personas afectadas (padres e hijos) un sentimiento de ambivalencia frente a las visitas. Los progenitores muestran, por un lado, los enormes deseos de estar con sus hijos y, por otro lado, su hastío frente al modo de relación que se les ofrece, por lo que es predecible que los niños muestren sentimientos parecidos.

En los casos analizados, para Servio se estableció un régimen de visitas semanal de dos horas de duración con los dos padres conjuntamente. Por tanto, Servio pasó de la convivencia con sus padres y su compañía continuada a una relación con ellos de dos horas semanales consecutivas y 166 horas continuadas sin la presencia de sus padres ni ningún contacto con ellos. La primera cuestión a preguntarse es si esta ausencia de los padres era beneficiosa para Servio, cuya edad era crucial en el desarrollo de la afectividad y de su identidad personal, para lo cual era imprescindible mantener contacto habitual con sus figuras de referencia. Para los hijos de Pilar se estableció, inicialmente un régimen de una hora semanal, y para los hijos de la familia Abdellah Boujnane un régimen quincenal.

Es de mencionar el caso de Carlota y su hijo⁷⁴⁸ a los que también se acordó un régimen de una hora semanal, por lo que posteriormente se alegrará respecto de la suspensión.

3.2. La modificación

Después de la declaración de desamparo de los hijos de Pilar y consiguiente separación de los niños de su núcleo familiar, se muestra una evolución muy positiva de Pilar, aunque manteniendo ciertas salvedades en referencia a la cuestión económico-laboral, es

⁷⁴⁸ Vid. autos del JPI nº 20 de Palma de Mallorca 329/2016 de 27 de junio revocado por auto de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares de 13 marzo de 2017.

decir, la pobreza, por lo que se decide la reunificación familiar que incide en un intenso régimen de visitas que además se llevaba a término en el domicilio familiar. Destacan los siguientes fragmentos de una de las sentencias en relación al núcleo familiar⁷⁴⁹:

En el informe obrante en los folios 455 y ss, realizado [...] en fecha 14 de febrero de 2006 se valoraba un retorno progresivo de los menores condicionado [...] y en el obrante al folio 477 se tomaba en consideración asimismo la reunificación familiar dado el trabajo llevado a cabo por la madre.

Posteriormente, cuando se decidió la imposibilidad de retorno de los niños con su madre se produjo una desvinculación progresiva, tal como muestra el expediente.

En el caso de Fabron y Aloisio, se permitió a los acogedores un régimen de visitas diario, al principio del internamiento de los niños, siendo éste el único caso observado en que este régimen se ha permitido. Posteriormente, fue sustituido por un régimen de dos días semanales⁷⁵⁰, también excepcional, únicamente establecido en planes de retorno familiar.

Los demás casos no muestran ninguna alteración del régimen de visitas, aunque en algunos de ellos se produjo la suspensión, sin acreditar si se refería a una suspensión temporal o definitiva.

Es significativo el caso de Silvano que no muestra ninguna evolución positiva en las visitas y que, sin embargo, se mantienen durante años⁷⁵¹. Se extraen dos conclusiones de este hecho: en primer lugar que el régimen semanal es insuficiente para que un niño de tan corta edad mantenga vínculo con su familia y, en segundo lugar, que se debería establecer algún criterio de carácter objetivo que permitiese modificar el régimen de acogimiento en función de los resultados observados durante las visitas, permitiendo estabilizar la situación de los niños con mayor rapidez de lo que se hace. De ese modo se evitaría la incertidumbre del niño, su familia de origen y su familia de acogida.

⁷⁴⁹ Vid. sentencia del JPI n° 12 de Palma de Mallorca de 7 de enero de 2009 (rec. 424/2008).

⁷⁵⁰ Vid. informe técnico en ANEXO, p. A111.

⁷⁵¹ Vid. informes de visitas en ANEXO pp. A152-A165.

3.3. La suspensión

En la suspensión de visitas intervienen dos factores de suma importancia. Por un lado, hay que tener en cuenta la forma en que se notifica esa suspensión y, por otro lado, los motivos que sustentan la decisión. Además, puesto que la suspensión ha de ser temporal (actualmente solo está prevista la suspensión definitiva cuando se inicie el proceso adoptivo) debería ser preceptivo que se estableciese el tiempo de suspensión o bien las condiciones que deben producirse para la reanudación de las visitas.

3.3.1. La forma de notificación

Tanto en el caso de la familia Abdellah Boujnane como en el caso de Carlota y su hijo la suspensión de visitas con sus hijos fue de notificación verbal, lo cual es expresamente contrario a la ley. En ambos casos se solicitó una medida cautelar para impedir la falta de contactos entre padres e hijos que tuvo en sede judicial un resultado positivo con inmediata reanudación de las visitas. En ninguno de los dos casos el fiscal había sido notificado, pese a lo cual se mostró favorable al modo de actuar del IMAS, apoyando su decisión, sin distinguir el fondo de las formas.

En el caso de la familia Abdellah Boujnane si bien la suspensión de visitas fue de notificación verbal y tuvo efectos desde el mismo momento de la notificación, posteriormente se procedió a dictar resolución administrativa. Pese a ello, el auto de la sección 4ª de la AP de Las Islas Baleares 150/2015 de 30 de octubre que ordena reanudar las visitas de la familia se centra en aspectos formales, al especificar que debía existir una resolución motivada al respecto. Al poco tiempo, las visitas volvieron a ser objeto de suspensión verbal, que fueron, de nuevo, reanudadas mediante resolución judicial en primera instancia, sobre lo que se volverá posteriormente.

En el caso de Carlota y su hijo, la suspensión de visitas fue de notificación verbal y sorpresiva, realizada un día en que la madre se presentó en el lugar convenido para llevar a término la correspondiente visita. Este comportamiento de la Entidad Pública recibió una dura crítica de la autoridad judicial⁷⁵².

⁷⁵² Vid. sentencia de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares de 13 de marzo de 2017.

3.3.2. Las causas

La suspensión total de visitas en el caso de los hijos de Pilar coincide con el inicio del acogimiento preadoptivo de los niños, por lo que se trata de una suspensión definitiva. Como se puso de manifiesto en el capítulo anterior, en la actualidad este motivo de suspensión se ha establecido como precepto legal.

En la resolución administrativa de suspensión total de visitas entre Pilar y sus hijos se aprecian una serie de argumentos que las resoluciones judiciales corroboran, tanto en primera como en segunda instancia. Es significativo el hecho de que el juez que dicta la sentencia de primera instancia no se involucra en la decisión, sino que únicamente transmite lo que aportan los técnicos de la administración, como argumento suficiente para avalarla:

- *como indicó en el acto de juicio la trabajadora social del IMAS ...*
- *sin haber alcanzado a juicio de los profesionales actuantes el nivel adecuado...*
- *[el IMAS ha] llegado a la conclusión de que...*

Siendo la Entidad Pública una de las partes litigantes sorprende que la presunción *iuris tantum* se lleve al extremo de permitir que las declaraciones de un técnico no se cuestionen en sede judicial con lo que adquieren carácter de veracidad indiscutible, en detrimento de las alegaciones de la parte contraria. Además, en este caso, la suspensión no se debió a que las visitas fuesen perjudiciales para los niños, sino al hecho de que al haber iniciado un acogimiento preadoptivo, éste implicaba la ruptura con la familia de origen. Esto contrasta con el caso de Silvano en el que la propia Entidad Pública nunca consideró favorables las visitas del niño con su madre, pese a lo cual se mantuvieron durante el acogimiento preadoptivo⁷⁵³.

En el caso de Sahira se propone una medida de acogimiento permanente en familia extensa o preadoptivo en familia externa con suspensión de visitas que se fundamenta en que se ha decidido la citada medida de separación definitiva, en una valoración de irrecuperabilidad parental y en la nula conciencia de los padres de unos

⁷⁵³ Vid. sentencia de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 317/2016 de 14 de octubre.

problemas que sí aprecian los técnicos del IMAS que, sin embargo, estaban pendientes de discernimiento judicial. Así, se supedita la privación de un derecho fundamental de la niña (el de relación con sus padres y hermanos) a una decisión de trámite administrativo como es el cambio de la modalidad de acogimiento y a unos condicionantes que los padres consideraban inexistentes y que era objeto de discrepancia judicial en un recurso ya iniciado.

La suspensión de visitas de Nadima y Bayhas respecto de sus padres se fundamenta en “malestar emocional” el cual podía suponer un perjuicio para los niños. Sin embargo, no se expresa el origen de dicho malestar. La dirección letrada de los padres argumentó que el malestar emocional de los dos niños podía provenir de haber visto restringida una relación muy beneficiosa para ellos, solicitando una investigación al respecto, con el mantenimiento de las visitas en tanto se esclarecía ese dato. En este sentido, se interesaba discernir si ese malestar se producía como consecuencia de obligar a los niños a unas visitas que no deseaban o todo lo contrario, es decir, como consecuencia de privar a los niños de una compañía que desearían que fuese más prolongada. Ambas situaciones eran susceptibles de producir “malestar emocional” y sin embargo, la forma de actuar en ambos casos debía ser totalmente distinta. La privación de visitas que planteaba el IMAS correspondía al caso en que los niños no desearan las visitas. A ello se oponía que la información obrante en el expediente administrativo hasta la fecha de la suspensión, permitía demostrar que los niños apreciaban enormemente las visitas con su madre y hermanos. Precisamente, esta información había sido producida por la propia Entidad Pública que, con la suspensión solicitada, se permitía discrepar de sus propios criterios para evaluar el beneficio de las visitas. Esta discrepancia se puede interpretar en base al escaso cuestionamiento que los juzgados realizan de los argumentos administrativos, lo cual incide en el hecho de que la Entidad Pública no sea cuidadosa en mantener una coherencia argumental en sus decisiones.

La interposición de demanda al juzgado se hizo prontamente mediante una solicitud de medida cautelar inaudita parte, cuya respuesta judicial en primera instancia fue denegatoria⁷⁵⁴. La vista para tal decisión se fijó para una fecha dos meses posterior a la solicitud, de lo que se deduce la escasa importancia que se ofrece a las relaciones de

⁷⁵⁴ Vid. auto de medidas cautelares dictado por el JPI nº 3 de Palma de Mallorca el 6 de mayo de 2015 (autos 692/2014).

los niños bajo tutela administrativa, con sus padres. Por otro lado, no se otorga ninguna relevancia al hecho de que las visitas se suspendan de forma indefinida, lo que no está contemplado en la ley, y antes de notificarlo a los padres mediante resolución recurrible ante la jurisdicción civil. Los motivos de la denegación de las visitas son principalmente procesales, ya que se alega que “las resoluciones administrativas son ejecutivas desde que se dictan” por lo que la invocación de medidas cautelares no puede pretender resolver sobre el fondo del asunto. Sin embargo, puesto que se invocó el artículo 158 CC que permite al juez un amplio margen de actuación e investigación, ofrece como justificación de fondo que:

los técnicos que han depuesto en autos recomiendan, que en estos momentos, la reanudación de las visitas no es lo más beneficioso para la estabilidad de los menores y si bien es cierto que el Psicólogo Sr. Jiménez Massana, quien emitió informe en los términos que son de ver en el mismo, considera que deben reanudarse las visitas, sobre todo respecto a la mayor de las hijas, Nadima, ya que ésta quiere estar con sus padres y que no parece que esté muy satisfecha con la situación en la que se encuentra

Se aprecia en su máxima expresión la presunción *iuris tantum* de los técnicos actuantes sin siquiera considerar si el testimonio del perito psicólogo que depuso en acto de juicio, destruía esa presunción. No se ofrece otra justificación, más que lo aportado por los técnicos, ni siquiera sobre aspectos jurídicos tal como el derecho de relación que se debe reconocer y respetar a padres e hijos. El auto fue recurrido en apelación y se reanudaron las visitas entre padres e hijos por auto de la Audiencia Provincial, con una periodicidad quincenal, lo que no se justifica en modo alguno, salvo en que era el régimen previamente acordado por la entidad pública. Con inmediatez, los padres fueron llamados por el IMAS para reanudar las visitas, que solicitó paralelamente el cambio de lugar de cumplimiento debido a la orden de alejamiento que los padres tenían respecto de las dependencias del IMAS. El citado cambio fue acordado por auto judicial⁷⁵⁵, por lo que las visitas pasaron a realizarse en un punto de encuentro dependiente del gobierno autonómico, en lugar de depender del consejo insular. En enero de 2016, apenas reiniciado el régimen de visitas ordenado por orden judicial, el IMAS volvió a suspender

⁷⁵⁵ Vid. auto del JPI nº 3 de Palma de Mallorca de 29 de diciembre de 2015 (autos 297/2013).

las visitas de la familia por un altercado producido en el punto de encuentro del que se culpabiliza a Milud⁷⁵⁶. Tal decisión fue recurrida ante la jurisdicción civil que ordenó mantener las visitas con la madre, ampliarlas al hijo recién nacido Milud y mantener la suspensión respecto de las visitas del padre⁷⁵⁷. Desde entonces las visitas se han desarrollado muy favorablemente entre la madre y los hermanos, mientras que el padre ve a los hijos en el exterior del punto de encuentro, mientras que visita a Bayhas en un parque cercano al centro en que se encuentra. Los intentos por parte del IMAS de suspender las visitas han sido constantes, como también lo ha sido la insistencia de la madre en recuperar las visitas producidas por las ausencias de los hijos, lo que ha solicitado siempre por escrito, de manera que queda constancia de ello. Esto ha permitido que siempre haya conseguido su objetivo de relación continuada con sus hijos, pese a la limitación en la periodicidad de las visitas acordadas. Cabe destacar que la familia no cesa de recibir amenazas de que se produzca una nueva suspensión en caso de no ceñirse a las indicaciones técnicas. Contra la suspensión de visitas por parte del padre a los hijos se interpuso recurso de reposición que fue denegado por auto contra el que no cabía recurso alguno⁷⁵⁸, por lo que agotaron todas sus posibilidades de recursos judiciales, aunque el padre puede ver a los hijos en el exterior del lugar de las visitas.

En el caso de Carlota y su hijo, la resolución de primera instancia que permitió mantener la suspensión de visitas, considera que la razón de la suspensión es motivada, ante lo cual parece entender que decae la obligación administrativa de dictar resolución expresa y de establecer el tiempo de suspensión:

el Letrado de la Administración demandada manifestó durante la vista oral de este juicio que dicha suspensión efectivamente existe, y que está motivada porque durante la visita semanal de la madre con el hijo que tuvo lugar el día 23 de marzo de 2016, la primera le mostró al segundo una nota de papel escondida bajo las piezas de un puzzle, en la cual el menor pudo leer que, de noche, cuando el niño se encuentre en casa de los abuelos, la madre entrará y se lo llevará. Una vez finalizada la visita, el menor comunicó lo sucedido a sus cuidadores, de modo que el IMAS decidió dejar

⁷⁵⁶ Vid. informe del punto de encuentro familiar en ANEXO, pp. A75-A78.

⁷⁵⁷ Vid. auto del JPI nº 3 de Palma de Mallorca de 2 de marzo de 2016 (autos 297/2013).

⁷⁵⁸ Vid. auto del JPI nº 3 de Palma de Mallorca de 2 de junio de 2016 (autos 297/2013).

en suspenso las visitas entre la progenitora y el menor, y así se lo comunicó a ésta el día 30 de marzo siguiente, fecha prevista para la visita siguiente.

4. LA FINALIZACIÓN DE LA TUTELA

La tutela administrativa de un niño puede finalizar, o bien, por la decisión de retorno a la familia de origen, o bien por la decisión contraria, en cuyo caso debería establecerse la tutela ordinaria o la adopción del niño respetando los vínculos afectivos que haya creado en la familia de acogida, siempre y cuando ésta esté de acuerdo.

4.1. La decisión de retorno del niño a la familia de origen

Cuando un niño es declarado en desamparo, el posterior retorno del niño a su familia es una decisión que puede tomar la Entidad Pública en base a la eliminación de los riesgos para la integridad física o moral del niño que se hubiesen detectado con carácter previo a la declaración de desamparo. Supone un derecho fundamental para el niño y, si se dan las condiciones necesarias para su correcto desarrollo, responde a su interés superior. Dicha decisión corresponde a la aplicación del artículo 172.3 CC que expresa lo siguiente: *La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal.*

En el caso de Servio se decidió el retorno familiar según los datos presentados en la exposición del caso. Para proceder a este retorno, el IMAS extendió un documento a Carolina y Jordi⁷⁵⁹, en el que expresa los requisitos del retorno, aunque ciertamente no invoca ningún precepto legal aplicado ni expresa de ningún modo el alcance para la familia de la decisión tomada. Tampoco es una resolución impugnabile por lo que si los padres no estaban de acuerdo no tenían modo de mostrar discrepancia respecto de la decisión.

⁷⁵⁹ *Vid.* documento en ANEXO, p. A10.

4.1.1. El acto administrativo y su legalidad

El documento de retorno en el caso de Servio muestra que se autoriza la salida del niño con sus padres biológicos, que el permiso contiene pernoctas y que se mantendrá hasta que se produzca el cese de la tutela del niño y se realice la declaración de riesgo. Lo cierto es que la autorización no menciona la palabra ni el concepto de “retorno”, pero el niño fue entregado al cuidado de los padres sin el establecimiento de ningún control. Cabe preguntarse si tiene sentido hablar de “salida” por tiempo indefinido, sin fechas establecidas ni condiciones, pues si bien existía la condición del cese de la tutela, ésta no dependía de los padres sino del IMAS. En definitiva, se imponía una situación totalmente incongruente en que a los padres, titulares de la patria potestad sobre su hijo, no se les otorgaba permiso para ejercerla sobre él, ya que se autorizó la guarda administrativa bajo la tutela de la entidad pública, con una duración indefinida hasta que la entidad tuviese a bien decidir su final. Por otro lado, la suspensión del procedimiento en sede judicial se había producido porque se iba a proceder al retorno, con lo que carecía de objeto la oposición formulada por los padres. En consecuencia, había de esperarse un comportamiento coherente por parte de la Entidad Pública.

Cabe preguntarse qué precepto legal autorizaba al IMAS a promover el retorno del niño a su familia sin cesar en su tutela. En realidad, ninguno. El ente administrativo estaba imponiendo a los administrados cláusulas documentales sin límite alguno y sin ningún ajuste a la ley. Así, el documento utiliza el término “salidas autorizadas” para evitar utilizar el concepto de retorno, eludiendo, de ese modo, el precepto legal aplicable, que no es otro que el artículo 172.3 CC. Dicho artículo no permite interpretar que el cese de la tutela administrativa (o revocación de la declaración de desamparo) y el retorno se produzcan en momentos distintos, por lo que debe producirse en el mismo instante. Hay que tener en cuenta, además, que un niño bajo el cuidado de sus padres se encuentra bajo su patria potestad, lo cual ha de ser incompatible con cualquier otro tipo de guarda, en concreto, con la tutela administrativa. Ante este hecho, el ejercicio de la patria potestad no puede tener otro límite que el adecuado cuidado del niño, sea en el lugar que sea, por lo que imponer otros condicionantes es simplemente abusivo.

Carolina y Jordi aplicando su sentido común, pues carecen de conocimientos jurídicos, entendían que estando su hijo con ellos, no dependían ya del IMAS.

4.1.2. La ratificación judicial

Tras el retorno de Servio con sus padres, el proceso contra el desamparo continuó abierto, por lo que el 11 de julio de 2016 comparecieron ante el correspondiente juzgado de familia, los representantes del IMAS y Jordi con su abogado, el cual renunció, en ese momento, a la defensa del caso. La discrepancia respecto del hecho de que la familia hubiese abandonado la isla alcanzó tal cariz que perdió relevancia cualquier otra cuestión acerca del niño. En concreto, nada se menciona sobre si los indicadores apuntados en la resolución de desamparo respondían realmente a una situación de desprotección del niño o si el tiempo que el niño permaneció separado de sus padres fue ajustado a derecho. Por establecer una analogía con el ámbito penal, sería impensable y socialmente escandaloso que se mantuviese encarcelado a un presunto delincuente y que, al cabo de un año, se le dejase en libertad sin celebración de juicio ni esclarecimiento de los hechos que llevaron a su privación de libertad. Por tanto, no debería escandalizar menos que un niño permaneciese alejado de sus padres de forma obligada sin motivos graves que lo justificasen y sin revisión judicial. Más aun, se olvidó por completo que el aplazamiento de la vista, tenía el objetivo de garantizar que el IMAS cumplía su objetivo de retorno. Tras la comparecencia se dictó la correspondiente resolución⁷⁶⁰. La respuesta judicial es, ciertamente, sorprendente, pues como se aprecia en el citado auto, la jueza requiere que se reintegre el niño al IMAS, como si de tal objeto se tratase, sin que destaque que el niño haya corrido algún peligro o descuido junto a sus padres. Es más, con esta nueva medida solicitada por el IMAS se revoca su anterior decisión acerca de las “salidas” del niño con sus padres, pernoctas, etc. No consta, sin embargo, el motivo del cambio de una decisión a la contraria. Cabe preguntarse, por tanto, si no debe exigirse a una Entidad Pública, en vía judicial, que sus cambios de decisión respondan a un motivo razonable y fundado en Derecho. De lo contrario, se le permite que incurra en el defecto de actuar contra sus propios actos. Por último, cabe advertir que la jueza no se interesó por el estado del niño, sino solo por su ausencia de la isla.

El castigo que se impone al padre en caso de no acatar la decisión judicial es el de la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, lo cual es obvio. Sin embargo, se le dice también que incurrirá en un delito de sustracción de menores. Ante ello cabe preguntarse si este delito está pensado para el caso en que un niño esté cuidado

⁷⁶⁰ Vid. auto del JPI nº 3 de Palma de Mallorca de 11 de julio de 2016 (autos 712/2015).

debidamente por ambos progenitores y si progresaría en el ámbito penal, pues es obvio que su aplicación más habitual se da cuando un progenitor no retorna el hijo al otro progenitor incumpliendo una resolución judicial de guarda y custodia.

Es un hecho que el día designado en el auto de fecha 11 de julio de 2016, los padres no reintegraron a Servio al IMAS, por lo que se incoaron diligencias contra los primeros. Jordi declaró ante la policía en la siguiente ocasión en que viajó a Palma de Mallorca, dando lugar a una declaración en que se aprecia el acoso al que se sienten sometidos por parte del referente del IMAS⁷⁶¹.

Con posterioridad, Servio volvió a la isla quedando bajo la guarda de la Entidad Pública en acogimiento⁷⁶².

4.2. La decisión de no retorno del niño a la familia de origen

La decisión de no retorno de un niño a su familia de origen es una de las funciones asignadas a la Entidad Pública según se desprende de la legislación, en sus artículos 172.1 CC y 172.2 CC. El pronóstico de la imposibilidad de retorno a la familia de origen tiene que ser “fundado”, por lo que impone a la Entidad Pública la obligación de fundamentar su decisión en la que el ISN ha de ser el objetivo a alcanzar. El texto legal no explicita que deba extenderse una resolución impugnabile sobre este particular asunto, por lo que si no se hace, no será objeto de impugnación judicial. En este caso, un progenitor se enfrentará a la oposición al “no retorno” en el procedimiento de adopción de su hijo, pudiendo transcurrir entre esas decisiones un elevado número de años que hipotecan la infancia de los afectados.

En el caso de los hijos de Pilar, tras la decisión de reunificación familiar, se tomó la decisión contraria y, a partir de ese momento, el IMAS tomó una serie de decisiones sobre los niños de enorme trascendencia que solo fueron objeto de revisión judicial cuando los niños ya habían alcanzado una nueva convivencia en acogimiento, lo cual condicionaba la respuesta judicial.

⁷⁶¹ Vid. declaración de Jordi ante la policía en el ANEXO, p. A11.

⁷⁶² Vid. documentos de interceptación de Servio en León y retorno a Mallorca en ANEXO, pp. A12, A13.

El conocimiento completo del expediente administrativo, en el caso de los asuntos judiciales que han afectado a Pilar y sus hijos, todos ellos enjuiciados en el juzgado nº 12 de familia de Palma de Mallorca y la sección 4ª de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, permite discernir la motivación de las decisiones judiciales. Cabe decir que todas las decisiones judiciales que han afectado al núcleo familiar de Pilar han sido contrarias a las pretensiones de ésta, de lo que cabría pensar que Pilar es una madre totalmente desnaturalizada o con una vida profundamente sumida en el vicio o desinteresada por sus hijos. Nada más alejado de la realidad, pues el único problema de Pilar es que es una persona de nivel socio-económico bajo. Así las cosas, podría deducirse que Pilar solicitaba algo jurídicamente impensable, incorrecto o totalmente improcedente. Sin embargo, Pilar no solicitaba otra cosa que convivir con sus hijos, relacionarse con ellos y, en definitiva, ofrecía a sus hijos la compañía de su madre, sus hermanas y toda su familia y el respeto de sus derechos fundamentales en tanto mostraba su interés y capacidad para tenerlos consigo.

4.2.1. Las pruebas conducentes a la decisión

La decisión de reagrupación se tomó en virtud de unos informes realizados por técnicos del IMAS cuyo contenido se recoge en la sentencia recaída sobre la suspensión de visitas de Gerardo y Modesto con su familia⁷⁶³. Posteriormente, los técnicos del IMAS emitieron otros informes que contradecían los anteriores, los cuales fueron defendidos, sin ningún tipo de reparo, en la citada sentencia. Ello incurre en una incorrecta apreciación de la prueba practicada, pues de la decisión judicial se desprende que se da más importancia a los datos que favorecen la desvinculación entre madre e hijos que a los que la favorecen, sin una justificación para ello, máxime teniendo en cuenta que los datos favorables a la pretensión de reunificación de la madre son susceptibles de gozar de total objetividad al ser presentados por la parte contraria, es decir, la Administración Pública, además de responder a una cuestión de legalidad que otorga primacía al retorno del niño a su entorno familiar de origen.

El único dato concreto, ajustado a la realidad y libre de opiniones que se presenta es el hecho de que Gerardo (padre de los niños) estuvo en la casa los días 28, 29 y 30 de

⁷⁶³ Vid. sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 7 de enero de 2009 (rec. 424/2008).

junio de 2006, de lo que se deduce que Pilar violó la prohibición del IMAS de convivencia con él. Este fue realmente el hecho que guió la decisión de “no retorno” de los hijos, no sólo porque en el resto de datos se observa un giro en sus apreciaciones, sino porque tanto Pilar como los entonces acogedores de los niños fueron informados de ello. Cabe mencionar la clara contradicción entre lo recogido en el fundamento de derecho cuarto que *expresa los progresos en la capacitación parental de Pilar, si bien se afirmaba que su inestabilidad laboral y consecuentemente económica lastraban esos progresos* y lo mencionado en el fundamento de derecho sexto que dice que *las capacidades parentales no se habían llegado a adquirir, y los temas económicos iban algo mejor pero los relacionales algo peor*. Estos “temas” parecen referirse a la relación de Pilar con Gerardo durante el último fin de semana de junio de 2006, concluyendo:

En el folio 532 obra el informe quizás de mayor significación en este expediente datado en fecha 27 de julio de 2006 [...] en que se valora que dados los indicadores negativos que todavía se detectan en la madre [...] ha de concluirse que no es posible el retorno de los menores a su familia biológica”

Respecto de la decisión de “no retorno” de los niños junto a su madre, cabe decir que si la declaración de riesgo y desamparo ya fue carente de toda demostración real de incapacidad de Pilar para asumir las funciones maternas, la pretensión de mostrar que no hubo una evolución suficiente en el desempeño de dichas funciones resulta totalmente contradictoria con la decisión del IMAS de propiciar la reagrupación familiar que se inició en enero de 2006. Este hecho hubiese requerido, cuando menos, que el juez solicitase una explicación razonada de cuales son los resortes que impulsan las decisiones administrativas, dada la enorme importancia de los intereses en juego. Es de mencionar también que esperar una evolución positiva partiendo de una situación que era mucho más que aceptable, y que le permitía cuidar adecuadamente de sus dos hijas, supone un reto que la inmensa mayoría de padres no superarían.

El informe de fecha 27 de julio de 2006 del folio 532⁷⁶⁴ supone la pieza angular de la decisión de “no retorno” de Gerardo y Modesto junto a su madre, como bien

⁷⁶⁴ Vid. informe en ANEXO, pp. A27-A29.

muestra la resolución judicial que acuerda la suspensión de visitas de los niños con su madre y hermanas que expresamente así lo reconoce⁷⁶⁵. Los ocho motivos recogidos en dicho informe aglutinan una serie de opiniones de distintos técnicos totalmente subjetivas y susceptibles de otras interpretaciones que, sin embargo, el juez ha asumido como totalmente ciertas. Así, se considera como un elemento muy negativo el hecho de que Pilar dejase a sus hijos pequeños al cuidado de sus hijas mayores para ir a trabajar o que permitiese que sus hijas cuidasen de sus hermanos, hasta el punto de que se considera que *“las hijas asumen más funciones parentales con los hermanos que la madre”*. Pues bien, ese hecho no puede sino considerarse la demostración de que Pilar posee habilidades parentales esenciales, tales como las de inculcar responsabilidad y espíritu de servicio a sus hijas y mostrar confianza hacia ellas, que en aquellos momentos tenían entre 12 y 16 años (motivos 1º y 3º). Se dice que la madre “amenaza” a sus hijas con enviarlas a vivir con su padre. Pues bien, cabe decir que tal situación no afectaba en modo alguno a Gerardo y Modesto y que, por otro lado, resulta tergiversado que pueda considerarse una “amenaza” el hecho de proponer a sus hijas la posibilidad de vivir con su padre. Debía considerarse, más bien, la resolución de un conflicto utilizando los recursos disponibles, además de que demuestra respeto por la figura paterna de las hijas, más teniendo en cuenta que la relación de Pilar con el padre de sus hijas siempre ha sido ejemplar y plenamente respetuosa. Por tanto, puede afirmarse que éste es otro rasgo que puede interpretarse como una habilidad parental muy válida de Pilar (motivo 4º). Los motivos 2º, 5º y 6º muestran “defectos” de Pilar que no están fundamentados en datos concretos por lo que resulta imposible conocer la motivación de dichos “defectos”. Por un lado, quedan inconcretas cuáles son las necesidades básicas que los hijos de Pilar no tuvieron cubiertas. El expediente administrativo no muestra carencias en la alimentación, la higiene, el ámbito educativo, la atención médica, el estado de la vivienda o malos tratos físicos en los hijos de Pilar. En cuanto a la ausencia de imposición de límites resulta una denuncia que tampoco quedó determinada, pudiendo haberse concretado en ausencia de rutinas, desorden de horarios, problemas de conducta en los hijos o injerencia de los padres en el ámbito de los hijos. Es más, existe un informe en que se aprecia una discrepancia entre Pilar y sus hijas mayores respecto del hecho de acoger a Gerardo en casa el último fin de semana de junio de 2006, en que Pilar como madre impone su criterio de forma razonada. Este informe muestra la excepcional relevancia que se ofrece

⁷⁶⁵ Vid. sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 7 de enero de 2009 (rec. 424/2008).

a este hecho puntual. El motivo 7º califica el contacto corporal de Pilar de “invasivo”, al parecer derivado de su carácter altamente cariñoso y afectivo, siendo éste un aspecto muy personal e íntimo de la misma. Ello es muestra de que los niños no se encontraban sometidos a carencias afectivas, no quedando justificada la relación que existe entre la efusividad afectiva de Pilar y el desarrollo cognitivo y motriz de sus hijos, estableciéndose una conexión entre ambas cuestiones que carece de todo sustento científico. En relación a esta cuestión se desconoce de qué “atenciones a nivel emocional” carecían los hijos de Pilar, existiendo una denuncia continua de su incapacidad para cubrir las necesidades de sus hijos, sin concreción ni delimitación alguna. Se dice que Pilar presentaba dependencia emocional de su marido (motivo 8º), ante lo cual cabe preguntarse qué esposa no tiene dependencia emocional hacia su marido y en qué casos ello puede conllevar la separación de sus hijos. Aún así, en el caso de Pilar dicho dato resulta bastante alejado de la realidad pues marido y mujer jamás habían convivido y su relación ha sido exigua. En la actualidad, Pilar está divorciada de su marido y nunca ha tenido con él una convivencia normal. Se acusa a Pilar de tener una actitud activa únicamente ante la solicitud de algún profesional y pasiva en caso contrario. Este dato es completamente contradictorio con los resultados que se derivan de las funciones ejercidas por Pilar sobre otras personas. En primer lugar, el mero hecho de acudir a los servicios sociales para solicitar la ayuda necesaria para cubrir las necesidades materiales de sus hijos es en sí la demostración de su propia iniciativa. En segundo lugar, cabía observar que había sido capaz de cuidar de dos hijas adecuadamente durante su etapa infantil. Además, los acogedores de Gerardo y Modesto desde abril de 2005 hasta agosto de 2006, pudieron acreditar que Pilar siempre mostró preocupación por cualquier asunto relacionado con sus hijos pequeños. Por último, debió tenerse en cuenta que Pilar cuidaba de sus padres ancianos y enfermos de forma esmerada y responsable, haciendo frente a numerosos ingresos hospitalarios, necesidad de asistencia domiciliaria, etc. de lo cual se pudo obtener testimonio de los distintos profesionales que intervinieron, para avalar la iniciativa de Pilar al respecto. En este sentido, cabe la posibilidad de que la actitud pasiva de que se acusa a Pilar fuese consecuencia del bloqueo conductual que le provocaban las profesionales que supervisaban su tarea, de las que continuamente sentía la amenaza de perder definitivamente a sus hijos, como se desprende de la propia sentencia analizada que en su fundamento de derecho cuarto *indicaba la necesidad de trabajar con ella [Pilar] diferentes niveles, dado que si no mejoraba “no es podrá valorar possitiu el retorn dels menors a casa”*.

Estos argumentos son los que precisamente permitían destruir la presunción *iuris tantum* de los técnicos del IMAS y sin embargo, el juez no considera posible una distinta interpretación de los hechos expuestos en el informe mencionado. Por ello, se incurre en incorrecta apreciación de la prueba, pues existiendo, al menos, dudas acerca de la única interpretación de los hechos denunciados, éstos no pueden determinar una decisión de la trascendencia de una adopción con la implicación que ello tiene en el orden público y los derechos fundamentales de las personas implicadas. Lo cierto es que, o por defecto o por exceso, el comportamiento de Pilar no se ajustaba al nivel de perfección que la Administración le exigía.

La sentencia de segunda instancia confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia, con lo cual, tres jueces más se unieron a semejante cúmulo de despropósitos en la vida de una familia. La citada resolución judicial habla de un “daño emocional de los menores” aunque no se precisa en qué momento presentaban los niños ese daño emocional. Sin embargo, parece deducirse del contexto que los niños mostraban daño emocional en el momento en que iniciaron el acogimiento preadoptivo. No cabe duda de que ese dato es absolutamente cierto, pues los niños llegaron al acogimiento preadoptivo después de un largo internamiento en centro (de agosto de 2006 a junio de 2008) en que fueron sometidos paulatinamente a una desvinculación de su figura materna y sus relaciones familiares, hasta llegar a la total privación de sus necesidades afectivas. Por tanto, el “daño emocional” resulta del todo demostrado recurriendo a la ingente documentación y bibliografía que demuestra los efectos nocivos en la salud emocional y mental de los niños sometidos a internamiento. Por tanto, es patente la demostración de que el daño emocional de los niños fue provocado por las decisiones administrativas sin que exista demostración alguna de que los niños sufriesen daño alguno estando bajo la guarda de su madre. No parece lógico que las observaciones realizadas fuera del contexto familiar y después de mucho tiempo de separación se achaquen al tiempo de convivencia en el núcleo familiar.

4.2.2. El apartamiento de la ley

Las resoluciones que han afectado a los hijos de Pilar ponen de manifiesto que, en sede judicial, no se han cuestionado las decisiones administrativas y se han ignorado las

pretensiones de la madre sin haberse contrastado con el interés, las necesidades y los derechos de sus hijos. El siguiente fragmento de la sentencia sobre la suspensión de visitas pone de manifiesto que se transmiten las conclusiones alcanzadas por el IMAS como única justificación en sede judicial, de lo cual se deduce que las decisiones técnicas no son cuestionadas ni revisadas y, especialmente, ni analizadas en sus aspectos legales como corresponde a la función judicial:

En el segundo de dichos informes [...] fechado en 30 de enero de 2006 se apreciaban también los progresos realizados por Dña. Pilar, sin embargo se indicaba [...] que el tiempo necesario para que la madre consolidase debidamente todos los aspectos que necesitaba “no es el que pueden esperar sus dos hijos menores ya que ellos necesitan lo antes posible contar con un proyecto estable”.

[...], condicionándolo a que se lograsen todos los objetivos del Plan de Trabajo y a que no hubiera una convivencia con el padre de los menores que entonces estaba ingresado en prisión, dado lo perjudicial que resultaba esta figura para los niños

Así, es necesario analizar cómo se ha llegado a esas conclusiones. Según los datos del expediente, desde la declaración de desamparo (abril de 2005) hasta abril de 2006 (fecha del informe del folio 477) los datos del expediente son favorables a la reunificación familiar, aun con condiciones. En junio de 2006 el proceso de reunificación continuaba con un régimen intenso de visitas. A partir de ese momento se recogen los siguientes datos que se plasman en el fundamento de derecho quinto de la sentencia en que figura la presencia del padre de los niños en la casa:

En el informe de fecha julio de 2006 –folio 507 y ss- se concluye que la situación no ha mejorado sustancialmente dado que la madre actúa solo en momentos puntuales y cuando recibe apoyo directo o se la confronta, continúa teniendo una relación de dependencia con Gerardo, y además las hijas asumen más funciones parentales con los hermanos que la madre” y en el folio 514 se relatan los problemas sufridos en el núcleo familiar como consecuencia de que D. Gerardo --- estuvo en la casa los días 28, 29 y 30 de junio de 2006.

Estos datos demuestran que el juez permite que los técnicos establezcan una temporización arbitraria para superar una situación de desamparo, a pesar de que viene determinada por ley y es de un plazo de dos años desde la fecha de notificación de la declaración de desamparo, por lo que Pilar y sus hijos tenían hasta abril de 2007 para conseguir la reunificación. Además, permite que los técnicos del IMAS impongan condiciones de índole personal a sus administrados, tal como las personas con las que pueden y no pueden relacionarse y/o convivir. En concreto, a Pilar se le impuso la condición de no relacionarse con el padre de los niños. La cuestión de las habilidades parentales se mantiene, a lo largo de la resolución judicial en un nivel de indeterminación que hace imposible predecir a qué hecho concreto se refieren y qué es lo que Pilar no hacía correctamente.

La sentencia muestra que la Entidad Pública cometió errores, los cuales no se ponderan en la misma medida en que se consideran los errores de la madre. Por ejemplo, el juez es sumamente severo con la “desobediencia” de Pilar al acoger a su marido en casa durante un permiso penitenciario y, sin embargo, no muestra ninguna extrañeza en que el IMAS decidiera para los niños un acogimiento permanente o preadoptivo y lo que realmente ejecutara no fuera ni lo uno ni lo otro, pues lo que se llevó a término fue un acogimiento residencial, algo totalmente distinto. El juez permite a la entidad pública abandonar su función de intento de reunificación familiar y someter a los niños y su familia a una progresiva desvinculación, a pesar de no tener ninguna familia disponible para un nuevo acogimiento. No se plantea que lo correcto, en tanto no se tenía familia en la que insertar a los niños, hubiese sido continuar el acogimiento temporal y el intento de retorno pues en nada podía ello perjudicar a los niños como, sin duda, lo hizo el internamiento. En lugar de ello, reprocha a la entidad pública que no hubiese privado antes a los niños de un derecho de relación. Además de ello, cesar el acogimiento temporal para constituir un acogimiento residencial, fue claramente contrario a la legislación vigente en aquel momento y, por supuesto a la actual (artículo 21 LOPJM). Con el internamiento en centro acordado por la entidad pública IMAS se concluye que ésta no tuvo una “actitud protectora”, actitud de la que se acusa a Pilar por hechos mucho menos graves que el daño causado por el internamiento, así como el cambio de familia obrado posteriormente. Por tanto, los hijos de Pilar han visto afectado, de nuevo, su interés superior por una decisión que quedó sin tutela judicial y que cuando llegó al conocimiento de un juez quedó, igualmente, sin respuesta al no decirse nada al respecto.

También resulta pertinente analizar la cuestión temporal y la evolución de la situación, pues a pesar de reconocerse errores administrativos, ello no tiene ninguna repercusión sobre la Entidad Pública y mucha sobre el interés de los niños. El juez exagera el cómputo del tiempo respecto a las oportunidades que se ofrecen a Pilar, obviamente porque no comprueba si el expediente administrativo o si las técnicas que depusieron en acto de juicio, fueron veraces al respecto, cuando existían datos que permitían comprobarlo. Con ello se observa que se habla de un trabajo con la madre de dos años y medio (30 meses), cuando la realidad es que el trabajo con la madre se prolonga durante 16 meses, de abril de 2005 a junio de 2006, de los cuales se obtienen datos únicamente positivos hasta junio de 2006 y solamente en julio de 2006 se obtienen informes negativos e inmotivados. El juez es sumamente indulgente con los tiempos que le permite a la administración, conociendo que el internamiento en centro se prolongó de julio de 2006 a junio de 2008, es decir, dos años completos, a parte del daño moral que suponía la expectativa para toda la familia, incluidos los dos niños bajo tutela administrativa, de una posible decisión de acogimiento en familia extensa. Es de resaltar que el juez es perfectamente consciente de semejante maltrato psicológico pues lo reconoce en el fundamento sexto de su sentencia con el reproche que hace a la Administración.

Las resoluciones acerca del acogimiento preadoptivo muestran la distinta apreciación de los hechos en los dos autos judiciales⁷⁶⁶. Mientras que el juez de primera instancia afirma que Pilar *no tuvo un actuar tendente a superar sus deficiencias* acusándola de *falta de colaboración con la Entidad Protectora*, los jueces de segunda instancia afirman que Pilar *ha mostrado interés en el cuidado de su hijo, mas ello ha sido de forma intermitente y no siempre adecuada*. Por tanto, ambas instancias muestran una diferente apreciación acerca de la actitud de Pilar frente al retorno de sus hijos consigo, lo cual hace pensar que no existen datos objetivos que sustenten la separación, pues en distintas partes del expediente administrativo pueden apreciarse datos contradictorios entre sí, en defensa de la necesidad de la separación.

Posteriormente, las resoluciones sobre el asentimiento a la adopción y la adopción propiamente dicha giran entorno al hecho que provocó el cambio de la reunificación

⁷⁶⁶ Vid. autos del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 664/2009 de 3 de noviembre y de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 134/2010 de 8 de noviembre.

familiar a la decisión de no retorno. La sentencia de segunda instancia sobre el asentimiento de Pilar a la adopción de sus hijos⁷⁶⁷ destaca lo siguiente:

De otra parte, difícilmente cabe sostener, como quiere la recurrente, que el trabajo emprendido por el IMAS junto a ella a fin de que pudiera recuperar a los niños, encarnado en otro plan fijado el 20 de mayo de 2.005, se hubiera visto truncado por un único episodio, consistente en que el padre de los menores, Sr. ----, hubiese pernoctado una noche en casa de Doña Pilar aprovechando un permiso del centro penitenciario en el que cumplía condena

De ello cabe destacar la incoherencia con la sentencia de primera instancia sobre la suspensión de visitas que, con meridiana claridad, expone que el retorno de los niños estaba condicionado a la no convivencia de Pilar con su marido y que fue el hecho de la pernocta del marido en casa de Pilar el que desencadenó un cambio en la orientación de las apreciaciones técnicas sobre la evolución del proceso de retorno, que ya se había iniciado. Por otro lado, si ese hecho no fue decisivo de la decisión de “no retorno” de los niños, resulta obvio que la resolución judicial debía mostrar con claridad cuál fue el hecho determinante del cambio de postura de la decisión de retorno a la de “no retorno”, ya que unos mismos hechos no pueden servir para decidir una cosa y la contraria.

La resolución sobre la adopción de los niños muestra que una prueba que ha sido únicamente admitida en segunda instancia, como es la declaración de los primeros acogedores de los niños que efectuaron el acogimiento temporal, no se le ofrece ningún valor:

Ahora bien, como se expuso en esta última resolución, debemos reiterar ahora la necesidad de mostrar coherencia con el sentido de los diversos pronunciamientos judiciales adoptados, todos ellos respaldados en los hechos contenidos en el expediente administrativo y cuyo fin no es otro que velar por el superior interés de los menores. Y por esa razón seguimos manteniendo, al no existir nuevos elementos que justifiquen un cambio de criterio, que las manifestaciones de dichos acogedores no son suficientes

⁷⁶⁷ Vid. sentencia de la sección 4ª de la AP de les Illes Balears 16/2015 de 21 de enero.

para decidir en sentido contrario a las decisiones tomadas hasta ahora, basadas en el largo trabajo efectuado por los técnicos de la Administración y avaladas por varias resoluciones judiciales.

De ello se aprecia que incurre en contradicción al negar que el testimonio de los acogedores fuese un “nuevo elemento”, ya que no había estado presente en la resolución de primera instancia. Por ello, debía incidir de algún modo en la resolución de segunda instancia, al aportar datos nuevos que, precisamente, los jueces de dicha instancia habían acordado practicar.

Tampoco dicha resolución judicial aprecia el motivo de la larga demora en la solicitud de la adopción (más de tres años y medio), pues existiendo un informe que acredita la integración de los niños en la familia ya en julio del año 2009⁷⁶⁸, el procedimiento de adopción no es iniciado por la Entidad Pública hasta el año 2013. La pasividad del Ministerio Fiscal ha sido también patente, así como la de los acogedores de los hijos de Pilar que nunca mostraron iniciativa para conseguir la estabilidad jurídica de los niños, aunque bien pudo ser por desconocimientos jurídicos.

5. LA PONDERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La ponderación del ISN es la función primordial de las Entidades Públicas de protección infantil, principio rector de su actuación y norma de procedimiento. Se debe encontrar presente junto a cualquier otra decisión que tome la Entidad Pública. Por supuesto, las Entidades Públicas afirman respetar y ponderar siempre el ISN en sus decisiones. Por ello, es necesario analizar si es así. Además de ello, procede constatar que existe un comportamiento administrativo que dificulta la ponderación del ISN en sede judicial, al introducir nuevos elementos en la situación de los niños que provoca que, llegado al momento de una vista o juicio, las circunstancias iniciales de los niños sean sustancialmente distintas a las que originaron el actuar administrativo, las cuales son, muchas veces desconocidas por la parte contraria que, de ese modo, se encuentra en evidente indefensión.

⁷⁶⁸ Vid. informe psicosocial del equipo adscrito al juzgado en ANEXO, pp. A33-A39.

5.1. La falta de garantías de los derechos del niño

En los casos presentados las autoridades administrativas tomaron la injustificada decisión de *arrancar al niño de su hogar* en lo que BOWLBY⁷⁶⁹ califica de *hecho de extraordinaria gravedad*. Sigue diciendo BOWLBY⁷⁷⁰ que en investigaciones previas se había comprobado que *la decisión que, por cualquier causa que sea, separa al niño del lado de su familia es gravísima y pone en juego hechos que en mayor o menor grado afectan la totalidad de su vida futura*. Sin embargo, en los citados casos en que la pretensión era ofrecer a los niños en adopción o mantenerlos en un centro institucional hasta la mayoría de edad, el objetivo perseguido era alcanzar la consecuencia que los investigadores consideran “gravísima”, es decir, influir en la “totalidad de la vida futura del niño” mediante su colocación en otra familia distinta, con todo lo que ello implica a nivel psicológico, social y personal, y el impacto que tiene en el orden público. Por tanto, la decisiones de desamparo o de cambios de familia tomadas estuvieron acorde con lo que se pretendía sin que guardasen una relación con una causa grave que las motivase y sin que se otorgase ninguna importancia al hecho de que los medios utilizados (principalmente alteración de sus referentes afectivos y privación de afectos) fuesen perjudiciales para el niño.

En los casos en que se impide la convivencia del niño con su familia biológica, la vulneración del ISN proviene de que se le priva del derecho fundamental a crecer en su familia, mientras que en los casos del cese de acogimiento, proviene del hecho, no solo de no evitar perjuicios a los niños siendo posible, sino de provocarlos de forma activa. En efecto, los perjuicios se producen en ambos casos por acción administrativa, no por omisión.

5.1.1. El impedimento de las relaciones familiares

Sin duda el interés de cualquier niño es el de permanecer con sus padres, salvo excepciones, que es necesario ponderar en su justa medida, pues han de responder a negligencias graves y demostradas.

⁷⁶⁹ Vid., BOWLBY, *Los cuidados maternos...*, op. cit., p. 84.

⁷⁷⁰ *Ibidem.*, pp. 84, 85.

En el caso de Servio, por ejemplo, hay que destacar la tesitura en que se encontraron Carolina y Jordi ante la decisión judicial que se les presentó en julio de 2016. Escoger, por un lado, la entrega de su hijo al IMAS y su consiguiente abandono y vulneración de su interés superior y, por otro lado, permanecer con su hijo con el consiguiente riesgo de ser procesados por delitos penales. Lo cierto es que las condiciones de Servio y su familia evidenciaban una clara situación de riesgo, dada su precaria posición económica, que con una pequeña ayuda se habría podido solventar. Sin embargo, se ha producido el efecto contrario, ya que la implacable persecución sufrida por los padres les impide ejercer una búsqueda activa de trabajo, asentarse en un lugar y normalizar su vida, consiguiendo que todo lo que gira entorno a su hijo y su tutela administrativa, suponga para ellos una verdadera obsesión que les obliga a invertir todas sus energías, quedando pocas opciones a dedicarse a otras tareas constructivas.

En cuanto a los hijos de Pilar, la decisión judicial de gran relevancia era la del desamparo. Cabe resaltar que la decisión de no recurrir el desamparo durante los tres meses siguientes a su declaración era razonable en base a la situación transitoria de los niños. Ahora bien, cuando la entidad pública tomó la “decisión de no retorno” ya había decaído el derecho de Pilar a recurrir el desamparo de sus hijos, a pesar de que era en ese momento cuando la evaluación de las condiciones que motivaron el desamparo, en vía judicial, era totalmente relevante, pues la ausencia de oposición en el momento inicial no implica, necesariamente, la conformidad con los motivos de desamparo. El internamiento en centro de protección de los niños tampoco fue objeto de revisión judicial, siendo una decisión gravemente perturbadora para sus derechos y su bienestar. Por tanto, ésta es otra decisión que, obligatoriamente, siempre debería revisarse en vía judicial. La decisión de suspensión de visitas⁷⁷¹ fue también de gran relevancia jurídica al privar a una serie de personas de sus derechos de relación. Obviamente el derecho de visitas puede decaer si el interés de los niños lo justifica, o lo que es lo mismo, si las visitas resultan perjudiciales para los niños. En el caso de Pilar y su familia, la decisión de suspensión de visitas se fundamenta en que:

- *[los hijos de Pilar] necesitan lo antes posible contar con un proyecto estable.*

⁷⁷¹ Vid. sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 7 de enero de 2009 (rec. 424/2008) ratificada por sentencia de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 223/2009 de 19 de junio.

- *[permite] favorecer el acogimiento preadoptivo de los menores*

Como aval de dicha decisión, el fundamento de derecho séptimo de la sentencia recoge una serie de sentencias jurisprudenciales que, al parecer, se pronuncian en ese mismo sentido. La decisión judicial no menciona que las visitas que los niños recibían de su madre y sus hermanas fueran perjudiciales para ellos, lo cual obra en favor de mantener las visitas en otras sentencias de la jurisprudencia menor, incluso impidiendo el acogimiento preadoptivo, según se justificó en el capítulo anterior. Al contrario, acudiendo al expediente administrativo se puede observar que las visitas eran altamente satisfactorias para toda la familia, lo cual se puede deducir del fundamento de derecho cuarto de la propia sentencia:

quien mantenía [Pilar] un fuerte vínculo afectivo con sus hijos que se justificaba en el desarrollo de todas las visitas que realizaba con sus hijos y que obran documentadas en el expediente.

Las dos sentencias, en primera y en segunda instancia, sobre el asentimiento de Pilar a la adopción de sus hijos, la declararon incurso en causa de privación de la patria potestad por unos hechos ocurridos tras el desamparo de los niños hasta que se decidió su acogimiento preadoptivo. Sin embargo, durante ese periodo Pilar ejerció la patria potestad sobre sus hijas que aún eran menores de edad, por lo que se ha llegado a una decisión totalmente antagónica. Con ello, se determinó que los hijos de Pilar pudiesen ser adoptados sin necesidad de que ella asintiese a su adopción. El Tribunal Constitucional deberá decidir sobre el asunto⁷⁷².

Las resoluciones firmes sobre los asuntos de Pilar dificultan una decisión favorable a su pretensión, pues ciertamente la jurisprudencia determina que cuando el desamparo está acreditado no es necesario el asentimiento, como así lo ha recogido el artículo 177 CC en su última modificación legislativa, incluso si es por falta de oposición al mismo. Aun así, el caso de Pilar presenta una casuística interesante, toda vez que se puede demostrar que la actuación judicial ha sido totalmente irregular, que el desamparo no ha quedado acreditado y que se inició la desvinculación familiar antes de transcurridos

⁷⁷² Vid. nota informativa del Tribunal Constitucional sobre la incoación del correspondiente procedimiento, en ANEXO, p.A40.

los dos años posteriores a la notificación de declaración de desamparo, sin que se le notificase que podía solicitar su revocación. Posteriormente se acordó la adopción de los niños⁷⁷³, la cual también fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional⁷⁷⁴.

Una cuestión que las resoluciones judiciales suelen eludir es la situación de los hermanos que se ven privados de sus relaciones fraternas por una decisión de tan alto impacto social, lo cual es una cuestión que afecta al ISN. En la consideración del interés superior de los dos niños debió compararse quien ejerció más acciones perjudiciales sobre los niños, si la entidad pública o su madre, considerando que avalar la decisión administrativa suponía dar luz verde a las entidades públicas para imponer todo tipo de acciones perjudiciales sobre sus tutelados. Cabe pensar que, alcanzada la mayoría de edad de Gerardo y Modesto, éstos puedan exigir que se les entreguen los informes médicos que acreditan el mal estado de salud que presentaban cuando convivían con su madre que, al ser inexistentes, no podrán obtener, lo cual puede producirles un lógico y evidente malestar y desasosiego futuro.

La sentencia sobre el desamparo de los hermanos Abdellah Boujnane⁷⁷⁵ muestra el conocimiento del concepto jurídico indeterminado del ISN, pero la concreta aplicación al caso en sus aspectos jurídicos y jurisprudenciales no parece resultar adecuada, ya que mantiene una medida de internamiento para los dos hijos mayores de la familia que la ley actualmente vigente recoge como una medida residual y “cuasi-ilegal”, por lo que sería aconsejable explorar otras opciones, ponderando los pros y los contras, como exige el análisis del ISN.

La sentencia califica la medida de internamiento como medida que ofrece “estabilidad” a los niños, ignorando los continuos cambios de centro que, tanto Nadima como Bayhas, han protagonizado con sus correspondientes cambios de referente. Por otro lado, es materia absolutamente estudiada que el internamiento produce una elevada “inestabilidad afectiva”, que no es sino sinónimo de “inestabilidad psicológica”, y un elevado grado de daños futuros en la vida adulta, por tanto, la “estabilidad psicológica”

⁷⁷³ Vid. autos del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 25 de marzo de 2015 (rec. 371/2013) y de la sección 4ª de la AP de Las Islas Baleares 150/2015 de 30 de octubre.

⁷⁷⁴ Vid. nota informativa del Tribunal Constitucional sobre la incoación del correspondiente procedimiento, en ANEXO, p.A41.

⁷⁷⁵ Vid. sentencia del JPI nº 3 de Palma de Mallorca de 30 de octubre de 2016 (autos 297/2013).

que predica la sentencia sobre el desamparo supone una valoración errónea que afecta al interés superior de los dos hermanos.

Las continuas fugas de Nadima vienen a demostrar que ésta no se encuentra bien en acogimiento residencial, además de que a los monitores les resulta incontrolable, por lo que no existe motivo por el que no deba revocarse una convivencia del todo nociva e indeseada para las personas que la comparten. La denuncia contra Nadima no es sino la prueba de la incapacidad del IMAS de hacer frente a una situación a la que están obligando a una niña por medio de la “fuerza bruta” sin uso de razonamientos que le pudiese hacer comprender la necesidad de la medida. Y es que, quizás, no existen tales razonamientos. Es de destacar que los avances en materia educativa de Nadima han sido realmente deficientes desde su internamiento, pese a estar rodeada de profesionales, que demuestra carencias afectivas dado su deseo de estar con sus padres y su continua presencia en el domicilio familiar, casi diaria en el momento de dictar sentencia, que las manifestaciones de Nadima acerca de su deseo de retomar la convivencia con sus padres fueron contundentes en la audiencia que mantuvo en sede judicial, que las carencias materiales que sufre en el centro son también manifiestas al no haberle proporcionado libros para asistir al centro escolar, hecho que realizado por los padres se considera grave negligencia. En vista de estos datos, cabría preguntarse qué se ha valorado para concluir que Nadima está mejor en un centro bajo tutela administrativa que con su familia, pues no ha mejorado ni su comportamiento ni su formación educativa, además de que, a consecuencia de su malestar, ha empezado a delinquir. Respecto de Bayhas cabe decir que en casi todas las visitas expresa a su madre el malestar que le produce la convivencia en el centro, que va en aumento cada día, llegándole a producir verdadero desasosiego. Respecto de Sahira la sentencia reconoce que “es la única de los menores que no presenta secuelas psicológicas ni daño directo” y, sin embargo, concluye que también se dio la situación de desamparo para ella, a pesar de la ausencia de datos demostrativos del mismo. Ello hace que su convivencia fuera de su propia familia sea gravemente vulneradora de sus derechos fundamentales, ya que todo niño tiene derecho a “no ser separado de sus padres”, salvo si hay motivo de desprotección. En este sentido, el interés superior de Sahira ha sido vulnerado y su restitución exige el retorno con sus padres.

En cuanto a la madre de la familia, que el expediente administrativo y los testimonios de los técnicos presentan como una persona carente de todo instinto para

ejercer su rol de madre, cabe decir que cuida perfectamente del hijo más pequeño, nacido en enero de 2016, que Nadima está muy satisfecha de la relación con su madre y que respecto de los otros hijos hace con ellos todo aquello que se le permite con la mayor exquisitez. Prueba de ello es el informe sobre las visitas en el Centro de Atención Integral a la Familia (CAIF en adelante) de fecha 31 de octubre de 2016, que muestra como la madre es capaz de mantener un vínculo afectivo de calidad con sus hijos pese a la escasez de las visitas⁷⁷⁶. Ello permite desmentir que los niños pudiesen presentar algún tipo de “maltrato emocional” en el hogar familiar, pues este concepto hay que relacionarlo con carencias afectivas o vejaciones de carácter personal contra los hijos y nunca con la vivencia de conflictos intrafamiliares que pueden ocurrir en toda familia. Por otro lado, la diligencia de la madre en cuanto a la asistencia a las visitas y su comportamiento en las mismas desmiente todo tipo de información referente a la desidia en las necesidades de los hijos que desde la administración se quiere transmitir. En base al informe aportado por el CAIF no es realista afirmar que “los contactos con los progenitores suponen un retroceso en los avances conseguidos” como afirma un terapeuta del IMAS. En cuanto al padre que también mantiene escasos contactos con los hijos en las entradas y salidas a las visitas, se aprecia también el enorme afecto que los niños le tienen, incluso Sahira que, pese a su prolongada separación familiar desde edad temprana, no siente rechazo alguno por su padre, lo cual viene a desmentir la información obrante en el expediente acerca de esta cuestión.

La familia mantiene un estilo relacional propio de su cultura, en absoluto perjudicial para los hijos, y el padre tiene un alto concepto de la institución familiar, en lo que, por supuesto, incide el hecho de que deseen mantener la unidad familiar, como corresponde a la normalidad de los casos.

5.1.2. La provocación de perjuicios

La provocación de perjuicios a un niño por acción directa de la Entidad Pública se aprecia y reconoce claramente en sentencia para Silvano⁷⁷⁷, según se argumentó en el capítulo anterior, pese a ello se dice que le “perjudicó inicialmente” mostrando una serie

⁷⁷⁶ Vid. informe sobre visitas en ANEXO, pp. A97-A100.

⁷⁷⁷ Vid. sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 344/2014 de 12 de junio.

de síntomas demostrativos de ese perjuicio, pero luego añade que pese a ello, *no puede concluirse que la inserción de Silvano en su “familia definitiva” haya resultado perjudicial para éste*. Resulta ciertamente difícil acoger un argumento que asegure que algo que perjudicó a un niño no haya resultado perjudicial para él. A pesar de ello, tratándose de la inserción del niño en una familia desconocida para él, en la que no tenía ningún derecho a convivir, con el previo abandono de una familia en la que convivía conforme al respeto a sus derechos fundamentales, cabe concluir, sin género de dudas que el interés superior de Silvano fue vulnerado y que requiere una restitución, además de que el perjuicio sufrido tiene alta probabilidad de desembocar en una adopción fallida, como bien reconoce el informe que los acogedores solicitaron de una profesional⁷⁷⁸ tras percibir en las visitas que mantuvieron con el niño, su malestar y sus dificultades de adaptación⁷⁷⁹.

En el caso de Fabron y Aloisio, el perjuicio también se produjo pese a que quedó más encubierto. Por ello, resulta pertinente una explicación más extensa. Así, se reconoció para Fabron y Aloisio, la “ruptura del vínculo”⁷⁸⁰ calificándose este hecho como provocador de daño emocional en general, aunque se pretendió negar que en el caso concreto ocurriese así.

Se entiende por “ruptura del vínculo” al hecho de separar a un niño de sus figuras de referencia, brusca y repentinamente, sin que medie un proceso comprensible y asimilable para él. En contraposición, “la transición del vínculo”⁷⁸¹ de la que se habló en el segundo capítulo es un proceso progresivo de paso de una figura de apego a otra, que permita una adaptación paulatina a la nueva realidad familiar que el niño haya de vivir, respetando su interés superior.

Los niños Fabron y Aloisio ingresaron en el centro de menores el día 1 de junio de 2010 a las 19.00 h. cuando tenían once meses y medio de edad, sufriendo una vivencia que algunos centros de salud mental tan reconocidos, califican abiertamente de “abandono traumático”, con independencia de la forma en que se haya producido. Conociendo más datos, los niños abandonaron su casa, sus juguetes, su comida, su cama,

⁷⁷⁸ Vid. informe psicológico en ANEXO, pp. A178-A190.

⁷⁷⁹ Vid. informes de seguimiento de visitas en ANEXO, pp. A170-A177.

⁷⁸⁰ Vid. auto del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 14 de junio de 2010 (rec. 553/2010).

⁷⁸¹ Vid. AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 58.

sus olores, sus horarios, sus paseos, sus rutinas, la asistencia a la guardería y lo más importante de todo, su familia de acogida en un solo día, de forma repentina y brusca, por tanto, aunque alguien pudiese entender que eso supuso una transición de una situación a otra, esa vivencia supuso una ruptura para los niños y es difícil que pueda haber lugar a confusión o distinta interpretación⁷⁸². Hasta el día 22 de junio de 2010 los niños recibieron visitas diarias (excepto los fines de semana) de la acogedora y algún otro miembro de la familia durante el tiempo permitido, algo menos de una hora. A partir del 23 de junio de 2010 los niños recibieron visitas de la familia acogedora de una hora de duración dos días a la semana, que se mantuvieron de forma estable hasta el cese del internamiento. Los informes del centro de protección que aportan datos sobre el estado general de los niños⁷⁸³ muestran que éstos fueron examinados por la pediatra del centro los días 3 y 4 de junio de 2010. En ese momento se les detecta “retraso psicomotor”, “comportamiento pasivo”, “sedestación inestable” y “elevación del tono muscular”. También mostraron embotamiento, apatía y bloqueo afectivo, tal como la ausencia de llanto y “la sorprendente adaptación” al cambio de entorno y cuidadores. Además, durante las escasas visitas que recibieron de su familia, se mostraron con evidente incapacidad de exteriorizar sus sentimientos y emociones. Otro de los síntomas que presentaron los niños tras el internamiento fue lo que la psicóloga del centro denominó “conducta autocentrada”, en lo que la información sobre Fabron realiza la siguiente descripción:

No apoya los pies, los mantiene en el plano horizontal en hiperextensión, no sedestación sin apoyo, espalda curvada, no responde a su nombre, mantiene puños cerrado e inclusión del pulgar derecho excepto cuando coge objetos, que se los pasa de mano y los lleva a la boca.

La postura habitual es sedestación con apoyo con balanceo continuo, mirando hacia el suelo.

Los informes destacan un exhaustivo detalle de los datos médicos, vacunaciones, enfermedades y tratamientos de ambos niños durante el primer año, fruto de una larga entrevista de la pediatra con la madre de acogida. Además, ponen de manifiesto que uno

⁷⁸² FamiliaNova Schola, “carencia afectiva”, [www. Familianova-schola.com/files/carencia_afectiva.pdf](http://www.Familianova-schola.com/files/carencia_afectiva.pdf) [Consultada el 10 de junio de 2013].

⁷⁸³ Vid. informes de seguimiento del centro de protección en ANEXO, pp. A116-A139.

de los niños, Fabron, presenta dermatitis en la cara y, por lo demás, que muestran buen aspecto y salud física. De la vida pasada de los menores dan a conocer que han vivido siempre en acogimiento con la misma familia y que acudían a la guardería por las mañanas.

Posteriormente, el día 8 de junio de 2010, una semana después del ingreso, la exploración de la pediatra destaca que *continúan con la estimulación y que ambos niños están más alegres*. De esto se deduce que, en un principio se detectó tristeza en los niños, quizás incapacidad de sonreír, que fueron superando durante la primera semana. Un dato sobre Fabron recoge que *le sigue costando mantener el contacto visual* y de Aloisio se dice que *no interactúa con el medio*.

Después de casi un mes desde el internamiento, el 28 de junio de 2010, los datos sobre Aloisio recogen que *ha cambiado mucho, está mucho más receptivo y ya interacciona con el medio, gorjea, hace bislabos espontáneos y como respuesta al adulto (ta, ta,...)*. También los datos de Fabron muestran mejoría un mes después del internamiento. De ello se deduce que el transcurso del tiempo les ha comportado un acostumbramiento a la situación con la consiguiente mejoría, de lo cual cabe deducir también un estado inicial de malestar y de ausencia de interés por el entorno. A pesar de la mejoría de los daños iniciales, con el transcurso del tiempo, los niños empezaron a mostrar una conducta que los informes técnicos califican de “preocupante” y que describen como:

ausencia de reacción a la separación de personas conocidas, siendo ello indicativo del establecimiento de vínculos variables y difusos (están bien con todos, sin diferenciación de personas significativas).

También se destaca retraso en el área del lenguaje. A pesar de esos síntomas, los informes del centro reconocen que la experiencia de institucionalización no está suponiendo daño emocional alguno para los niños, que tampoco se reconoció en el momento del ingreso, pues se destacó la ausencia de “componentes traumáticos”, fundamentada en la ausencia de “trastornos psicosomáticos”. Aún así, este dato se contradice por lo manifestado por uno de los técnicos psicólogos que aseguró que los niños habían sufrido un duelo tras el internamiento.

Estos informes contrastan con los que obran en poder de los acogedores⁷⁸⁴ que también conocían los técnicos de la administración. Estos datos muestran el seguimiento de neonatología de los niños en que siempre se observó un “desarrollo conforme a edad corregida” por su prematuridad. Del mismo modo, ni las exploraciones de la neonatóloga ni las del pediatra del centro de salud al que los acogedores llevaban a los niños detectaron síntomas como los que padecieron los primeros días de ingreso. Por supuesto, tampoco las educadoras y cuidadoras de la guardería detectaron en los niños síntomas parecidos a los del centro de protección, como así lo manifestaron en su declaración en acto de juicio. Es de destacar que, al contrario que los informes del centro, los informes de la exploración cardiológica llevada a cabo durante la mañana del día del ingreso en centro, el 1 de junio de 2010, muestran que los niños mantienen sedestación estable, mientras que los informes de control de neonatología del 27 de abril de 2010 muestran que los niños gorgojean y, en líneas generales, todos los informes muestran un buen estado de salud y desarrollo.

Es importante considerar también la omisión de algunos datos en los informes del centro de protección, como por ejemplo, el estado en que los niños ingresaron y el conocimiento que las personas del centro tenían de la historia pasada de los niños. En efecto, los informes del centro no muestran datos sobre los dos primeros días del internamiento, no se dice si en el momento del ingreso los niños mostraban síntomas de maltrato o descuidos o iban mal aseados, o todo lo contrario. No se aporta ningún dato de índole psicosocial de la vida de los niños durante el acogimiento, tales como los horarios de sueño o las rutinas diarias que los niños seguían. Tampoco se estudia el apego que los niños habían desarrollado hacia la figura materna y el resto de la familia, ni su experiencia en la guardería. La metodología utilizada en el centro de protección pone de manifiesto que estos datos se ignoran, pues sólo se observa el comportamiento de los niños en el centro. Sin embargo, se puede observar que conocen el motivo por el cual los niños tuvieron que ingresar en el centro que especifican como “ratificación de tutela”. Todos estos datos constan en el expediente y el hecho de que la sentencia les haya restado importancia incurre en un defecto en la apreciación de la prueba, encuadrable dentro del orden procesal. En primer lugar, hay que tener en cuenta que, según todos los estudios, la separación de un niño de su figura materna es una experiencia altamente

⁷⁸⁴ Vid. documentos médicos previos al internamiento en ANEXO, pp. A112-A115.

traumática y conlleva unos determinados comportamientos infantiles y vivencia de duelo. *Las respuestas de los niños de corta edad a su ingreso en un hospital u otra institución han de ser consideradas sencillamente como variantes de procesos básicos de duelo*⁷⁸⁵. Por ello, es necesario considerar que, en el caso de Fabron y Aloisio, existe una relación de causa-efecto entre la vivencia de los niños y su comportamiento en el centro en el que ingresaron. Ello es, si cabe, confirmado por el hecho de que la historia previa de los sujetos, no muestra ni hace predecible que los niños mostrasen tales síntomas en el hogar de los acogedores, como así pusieron de manifiesto distintos testigos en acto de juicio y destaca la propia sentencia⁷⁸⁶.

En segundo lugar, la pediatra del centro consideró que los niños estaban “fatal” cuando ella los exploró (dos días después del ingreso)⁷⁸⁷, por lo que cabe considerar que los niños mostraban signos de trastornos psíquicos pues se dice que físicamente muestran buen aspecto, a excepción de la dermatitis de uno de los niños. Las reacciones que presentaron los niños Fabron y Aloisio que la pediatra destaca en el informe, están perfectamente documentadas en estudios rigurosos realizados a principios del siglo XX que, a día de hoy, han sido confirmados y mejorados. BOWLBY⁷⁸⁸ muestra una rigurosa recopilación de los estudios realizados por otros investigadores, entre los que cabe mencionar que *Spitz y Wolf confirman experimentalmente la resistencia de dichos niños [que han sido separados de la madre], a sonreír a la vista de una persona*, lo cual concuerda con el estado de tristeza que se detectó en los niños durante la primera semana de internamiento. Destaca también BOWLBY⁷⁸⁹ que *el retraso en comunicarse es especialmente característico de los niños acogidos en instituciones, cualquiera que sea su edad*, lo cual confirma que la pérdida del balbuceo que los niños experimentaron fue provocada por su negativa experiencia de internamiento. Sigue afirmando BOWLBY que *estas diversas pruebas, procedentes de especialistas prestigiosos, no dejan lugar a dudas acerca del hecho de que el desarrollo del niño acogido en una institución se desvía de la norma desde muy temprana edad*. Además, la edad de los menores era crítica (once meses y medio) pues *el período de mayor sensibilidad y vulnerabilidad a la separación*

⁷⁸⁵ BOWLBY, *Vínculos afectivos: formación, desarrollo y pérdida*, 4ª edición, Ediciones Morata, S. L., 2003, Colección: Psicología, Corrientes psicológicas, p. 71.

⁷⁸⁶ Vid. sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 633/2010 de 21 de diciembre.

⁷⁸⁷ Vid. juicio de oposición a resolución administrativa (autos 553/2010), seguida en el JPI nº 12 de Palma de Mallorca, de fecha 13 de diciembre de 2010, min. 1:10:27.

⁷⁸⁸ Vid. BOWLBY, *Los cuidados maternos...*, *op.cit.*, p. 19.

⁷⁸⁹ *Ibidem.*, p. 20.

de la madre es el comprendido entre los 8 meses y los cuatro años, lo cual es comprensible teniendo en cuenta la evolución infantil⁷⁹⁰. Hay que tener en cuenta que el duelo de un niño de corta edad, como la de Fabron y Aloisio en el momento de la separación de la familia, puede presentarse de una forma poco elaborada, especialmente si la experiencia es excesivamente traumática⁷⁹¹, aunque el duelo de un niño de entre 15 y 30 meses se manifieste en tres fases: protesta, desesperación y desapego⁷⁹². Hay que resaltar que los niños ya estaban acostumbrados a las separaciones cotidianas de la familia, al acudir a diario a la guardería, lo cual puede explicar la ausencia de trastornos psicosomáticos en el sueño o la alimentación pues solían comer en la guardería y dormir allí la siesta.

Además, en el centro se les diagnosticó “atraso del desarrollo psicomotor leve” que no había sido diagnosticado antes. Esto se hizo a partir de la Escala de Denver⁷⁹³, que requiere la información de los padres para la evaluación del desarrollo, y del inventario de desarrollo de Battelle⁷⁹⁴, en que, además de la aportación de los padres, el niño debe encontrarse en su entorno habitual, de lo que se deduce que las técnicas no se aplicaron en condiciones óptimas. Cabe considerar que los datos obtenidos se vieron afectados por el hecho de que los niños habían sufrido una separación estresante que, en general, altera considerablemente la conducta de un niño. Por este motivo, el resultado del que se obtiene “retraso psicomotor” o puede considerarse inválido o puede ser causado o estar influenciado por la vivencia de duelo. La “conducta autocentrada” con movimientos repetitivos se da en lactantes y niños de corta edad considerados normales que *tiende a aumentar en situaciones de estrés, excitación o enfermedad y representan mecanismos*

⁷⁹⁰ Vid. ORTIZ, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁹¹ “en la infancia, los procesos [de duelo] que conducen a desapego tienden a desarrollarse prematuramente y ello tanto más cuando coinciden con una intensa tristeza residual y la enmascaran;” (*Ibidem.*, p. 71.)

⁷⁹² “Durante esta fase [de reproche] y la siguiente de desesperación, los sentimientos son ambivalentes, mientras que el estado de ánimo y la acción varían desde una inmediata expectativa expresada a través de una airada exigencia de que retorne la persona en cuestión, hasta una desesperación que se expresa en un suave anhelo, o que incluso no se manifiesta en absoluto” (BOWLBY, *Vínculos afectivos:...*, *op. cit.*, p. 71.)

⁷⁹³ “La evaluación del desarrollo [en la escala de Denver II] se basa en el desempeño del niño durante la entrevista y por datos referidos por los padres” (VERICAT y ORDEN, “Herramientas de Screening del Desarrollo Psicomotor en Latinoamérica”, *Revista chilena de Pediatría*, 2010, p. 397).

⁷⁹⁴ “El registro de los datos [del inventario de Battelle] se efectúa a través de una evaluación multifactorial, donde se conjugan estas tres dimensiones: - un test estructurado, - una entrevista con los padres y/o maestros; - la observación del niño en su entorno habitual.” (SÁNCHEZ ASÍN, *Intervención psicopedagógica en educación especial*, 1ª edición, Edicions Universitat de Barcelona, 1997, Col.lecció Textos docents, n° 107, p. 89).

*eficaces de autoconsuelo*⁷⁹⁵. Este comportamiento es lo que las autoras R. DE SCHEJTMAN y VARDY⁷⁹⁶ denominan “conductas regulatorias auto-dirigidas” que permiten *transformar el estado emocional negativo del bebé en un estado emocional más positivo*. También los autores ATO, CARRANZA⁷⁹⁷ y otros demuestran que la “autotranquilización física” es una reacción a las situaciones de malestar y los autores AMMANITI y TRENTINI⁷⁹⁸ destacan que *para enfrentar los cambios de su estado emocional el niño puede utilizar una serie de comportamientos cuya función es regular su estado emocional, reduciendo así su unión con el mundo externo, esto es, disminuyendo su receptividad perceptiva, por ejemplo, con la retirada o evitación y sustituyendo esto con conductas auto-estimuladoras y de auto-consuelo*. Todos estos autores destacan que estas conductas autocentradas se desarrollan cuando el niño no encuentra alrededor una adecuada respuesta afectiva a sus necesidades, por lo que decide usar sus propios medios para sentirse mejor. De todo ello, cabe concluir que Fabron y Aloisio se encontraban en el centro de protección ante una situación de privación afectiva que les llevó a desarrollar este tipo de conductas como medida de autoconsuelo. El retraso en el área del lenguaje, que destacan los informes sobre los dos niños, es típico de niños que han sufrido la privación de la figura materna en edad temprana⁷⁹⁹, por lo que cabe establecer una relación directa entre la conducta de los niños y los hechos innegables de la separación que sufrieron.

Por tanto, existen evidentes manifestaciones clínicas de estrés postraumático en los niños, como destaca el informe que realizó un psiquiatra infantil por encargo de los acogedores⁸⁰⁰, tales como pérdida de conductas ya adquiridas⁸⁰¹, como el balbuceo y la

⁷⁹⁵ Vid., ALGRANATI y DWORKIN, “Problemas de conducta en lactantes”, Cátedra de Pediatría de la UBA, 2010, http://www.fm.unt.edu.ar/ds/Dependencias/Pediatria/Archivos/problemas_conducta_en_lactantes.pdf [consultada el 10 de junio de 2013]

⁷⁹⁶ Vid., R. DE SCHEJTMAN, VARDY, “Regulación afectiva diádica y autorregulación en los infantes en el primer año de vida”, *Facultad de Psicología – UBA, Secretaría de Investigaciones, Anuario de Investigaciones*, 2008, Volumen XV, p. 102.

⁷⁹⁷ Vid., ATO, CARRANZA, GONZÁLEZ, ATO, GALIÁN, “Reacción de malestar y autorregulación emocional en la infancia”, *Psicothema*, 2005, Vol. 17, n° 3, p. 376.

⁷⁹⁸ Vid., AMMANITI, TRENTINI, “Cómo el Nuevo Conocimiento de Ser Padres Revela las Implicaciones Neurobiológicas de la Intersubjetividad: Síntesis Conceptual de Investigaciones recientes”, *Revista Electrónica de Psicoterapia*, 2011, Volumen 5, n° 1, p. 73.

⁷⁹⁹ “William encontró que el 80% de los niños del grupo de «relaciones rotas» (es decir, de los que no se habían adaptado al hogar sustituto y había sido necesario trasladarlos a uno nuevo) habían sido separados de sus madres antes de los dos años de edad. Comunicó que se había afectado especialmente la función del lenguaje, pues según el test de inteligencia de Wechsler para niños su función verbal era inferior a la que les correspondía por su coeficiente intelectual” (AINSWORTH, *op. cit.*, p. 117).

⁸⁰⁰ Vid. dictamen sobre la ruptura de la relación de acogimiento en ANEXO, pp. A140-A149.

estabilidad de la sedestación, estados de apatía con pasividad”⁸⁰² y el aumento generalizado del tono muscular⁸⁰³, propio de situaciones angustiosas⁸⁰⁴. No consta que estos síntomas detectados en el centro de protección se hubiesen presentado antes, por tanto, debe deducirse que fueron provocados por la experiencia de separación o ausencia de la figura materna, tal como sugieren numerosos estudios.

Con el paso del tiempo de internamiento, los niños empezaron a mostrar alejamiento de las personas que les recordaban el hecho traumático⁸⁰⁵ mediante una conducta que los informes del centro califican de preocupante (no diferenciación de figuras representativas, están bien con todos), además de manifestaciones de indiferencia y desafección⁸⁰⁶, pues como afirman los estudios de AINSWORTH⁸⁰⁷ *es evidente que la separación influye especialmente sobre las relaciones entre el niño y las figuras parentales*. Las características que los niños presentan después de un tiempo de internamiento son típicas de un “trastorno del vínculo” y más concretamente del tipo de “apego inseguro desorganizado” que DANTAGNAN describe en el libro acerca de “los buenos tratos a la infancia”. Es impresionante comprobar cómo el comportamiento que los niños desarrollaron en el centro de protección se adapta de una forma asombrosa a la sintomatología de ese tipo de trastorno. En primer lugar, *los niños con este estilo de*

⁸⁰¹ “En relación a los síntomas de *evitación* los esfuerzos del niño por evitar los pensamientos y sentimientos relacionados con el evento traumático tienden a manifestarse a través de la pérdida de habilidades recientemente adquiridas, regresiones, temor a la oscuridad, evitar conversar del suceso, eludir actividades en que aflore el recuerdo y una amnesia parcial o total, con alteraciones en la memorización y secuencia de los hechos. El *embotamiento afectivo* o anestesia emocional se expresa en una disminución en los intereses, inhibición conductual, aislamiento, disminución de la capacidad para sentir emociones, y, especialmente, las asociadas a la intimidad o afectos positivos, así como sensación de un futuro desolador.” (MONTT y HERMOSILLA, “Trastorno de Estrés Post-Traumático en niños”, *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, N° 39 (2), 2001, p. 112).

⁸⁰² “Las figuras de apego se convierten en una *base de seguridad* a partir de la cual el niño inicia la exploración de la realidad: la presencia y accesibilidad de la madre activan las tendencias exploratorias, mientras que su ausencia provoca una clara inhibición o disminución de las mismas.” (ORTIZ, *op. cit.*, p. 42).

⁸⁰³ “Algunas de las consecuencias comunes a distintas formas de maltrato son (Gómez de Terreros, 1995): Nivel de activación y capacidad para reaccionar ante situaciones de estrés; [...], tono muscular elevado, [...]” (AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 41).

⁸⁰⁴ “Clínica objetiva (signos clínicos) de ansiedad: Tensión motora (hipertonía ansiosa)” (AMARO, “Ansiedad (aspectos conceptuales) y Trastorno de Ansiedad en niños y adolescentes”, *Master en Paidopsiquiatría*, p. 37, http://www.paidopsiquiatria.cat/archivos/Trastornos_Ansiedad_0_07-09_M2.pdf [consultada el 10 de junio de 2013]).

⁸⁰⁵ “Evitación marcada de estímulos que recuerdan el trauma (por ejemplo pensamientos, sentimientos, conversaciones, actividades, lugares, personas)” (CARVAJAL, “Trastorno por estrés postraumático: aspectos clínicos”, *Revista chilena de neuropsiquiatría*, 2002, p. 24).

⁸⁰⁶ “mientras que un niño presenta síntomas de indiferencia y desafección, otro manifiesta una dependencia angustiosa y excesiva de su madre” (AINSWORTH, *op. cit.*, p. 103).

⁸⁰⁷ *Ibidem.*, p. 145.

apego han vivido separaciones repetidas y han pasado de un cuidador a otro⁸⁰⁸, desarrollando el «síndrome del peloteo» que desgasta sus capacidades de vincularse, de confiar y de creer en él mismo y en los otros. Sigue diciendo DANTAGNAN que en situaciones más graves es doloroso constatar que a algunos de estos niños no les queda otra cosa que optar por autoestimularse con balanceos⁸⁰⁹, opción que tomaron Fabron y Aloisio pues la ausencia de sus acogedores y el resto de la familia les privó de la *fuerza de seguridad y alivio*⁸¹⁰. Más concretamente, el estilo de apego que apareció tras el internamiento de los niños es del tipo de “desorganizado desapegado” en que *las relaciones son superficiales con todos y todas, y no hacen gran diferencia en su trato con ninguna persona*⁸¹¹. Este tipo de apego, se caracteriza por *balanceos rítmicos y comportamientos autísticos*⁸¹². El expediente de los niños⁸¹³ muestra que la acogedora detectó este tipo de comportamiento autístico y que hizo una consulta al respecto.

Así, teniendo en cuenta la evolución de los menores en el centro, hay que concluir que su experiencia fue adversa, dañina y muy negativa, lo cual no hace sino confirmar lo que todos los autores que se centran en el estudio de la infancia desprotegida afirman acerca de los efectos nocivos de la institucionalización de un niño.

Las consecuencias de esta ruptura del vínculo que sufrieron los niños ya se empezaron a notar durante el internamiento, pues mostraron los primeros síntomas de “trastorno del vínculo”, mientras que otros trastornos pueden desarrollarse en el futuro, y pueden ser de mayor o menor consideración, ya que la *creencia de que las experiencias de la temprana infancia son importantes, por sus consecuencias, para el desarrollo de la enfermedad mental se ha ido afianzando a través de los años*⁸¹⁴.

Es necesario hacer notar la incoherencia de la administración que sustituyó una medida de acogimiento familiar, que no se reconoce negativa, por una de acogimiento residencial que, con el tiempo y según los datos de los informes del centro, pretenden mostrar con una evolución muy favorable y que, sin embargo, recomiendan que finalice

⁸⁰⁸ Vid., DANTAGNAN, “Los trastornos del apego:...” , *op. cit.*, p. 192.

⁸⁰⁹ *Ibidem.*, p. 193.

⁸¹⁰ *Ibidem.*, p. 194.

⁸¹¹ *Ibidem.*, p. 201.

⁸¹² *Ibidem.*, p. 202.

⁸¹³ Vid. informes del centro de protección en ANEXO, pp.A130, A138.

⁸¹⁴ Vid. BOWLBY. J., *Vínculos afectivos:...*, *op. cit.*, p. 65.

lo antes posible. Cabe preguntarse por qué la administración recomienda finalizar una situación para los niños que, prácticamente, describe como óptima. Resulta obvio que la conclusión de finalización del internamiento guarda relación con los conocimientos que tienen del daño que suponía tal internamiento para los niños y que, sin duda, detectaron a pesar de no reconocerlo, pues Fabron y Aloisio no eran distintos de cualquier otro para el que un internamiento resulta perjudicial.

La positiva evolución que describen de los niños en el centro guarda relación con la necesidad de justificar la actuación administrativa de cese de acogimiento familiar y consiguiente maltrato y guarda relación con el proceso de sanación del daño producido por la pérdida afectiva que sufrieron los niños, a la que éstos se iban acostumbrando como no podía ser de otra manera. En este sentido, el psiquiatra GEORGE ENGEL⁸¹⁵ señala que *la pérdida de un ser amado es psicológicamente tan traumática como herirse o quemarse gravemente lo es en el plano fisiológico. El duelo representa una desviación del estado de salud y bienestar, e igual que es necesario curarse en la esfera de lo fisiológico para devolver al cuerpo su equilibrio homeostático, asimismo es necesario un período de tiempo para que la persona en duelo vuelva a un estado de equilibrio similar.* La conducta preocupante de indiferenciación afectiva es la apreciable cicatriz o secuela que les generó el daño causado, que corría el riesgo de enquistarse o cerrarse en falso si se mantenía su situación. Este comportamiento determina la urgencia de finalizar cuanto antes las condiciones que favorecen el riesgo de producir daños psíquicos irreversibles, es decir, el internamiento.

Sin olvidar que el internamiento fue una acción contraria a la ley, resta analizar el objetivo pretendido de mantener a los niños sin vínculo con el argumento de facilitar la integración en una familia extraña, vertido en el caso estudiado. Pues bien, dicho argumento se confirma totalmente equivocado a partir de los estudios expuestos en el capítulo anterior, ya que uno de los principales problemas que presenta la institucionalización en edades tempranas, especialmente si es prolongada, es el de la “inadaptación social” que se presenta en la edad adulta. De ello se deriva que el internamiento de un niño pequeño en una institución, con la consiguiente privación de familia, es perjudicial en el futuro, a medio o largo plazo y que incluso, dificulta la

⁸¹⁵ WORDEN, J. W., “El tratamiento del duelo”, Editorial Paidós Ibérica, S.A., 1987, p. 26.

adaptación a otra familia, pues esa puede ser una consecuencia del problema de inadaptación social mencionado. Además de ello, la integración en una familia ajena no puede ser un objetivo que justifique el daño sufrido por los niños.

BOWLBY⁸¹⁶ demuestra en su libro que privar a un niño de su familia afecta negativamente a su salud mental, lo cual se reflejará en la edad adulta, a medio o largo plazo. No existe, pues, ningún dato que haga predecir que lo contrario, seguir cuidando al niño en el seno de su familia, entendida ésta como la que asume la parentalidad social, pueda ser perjudicial para él a medio o largo plazo y que por ello, convenga interrumpirlo. Este argumento, utilizado en el auto de medidas cautelares⁸¹⁷, resulta ser totalmente equivocado. Al contrario, los gemelos disfrutaban de una convivencia familiar saludable por lo que la pérdida de la misma les supuso, un trauma incomprensible y las intervenciones administrativa y judicial les causaron un daño sin acción de protección.

En definitiva, todos los estudios afirman que el efecto del abandono de un niño entre los seis meses y un año (como el que sufrieron Fabron y Aloisio), añadidos al abandono in útero, como al parecer sufrieron también los niños del caso, producen distintos efectos de tipo psíquico, por lo que hubiese sido interesante evitarlos, a fin de respetar su interés superior. Además, puede considerarse que una decisión judicial que avala la actuación administrativa fundamentada en la capacidad de un niño para superar una pérdida afectiva por el hecho de que no ha experimentado ninguna en su pasado, supone ignorar la necesidad de estabilidad del niño, además de la provocación de un daño psíquico inmediato por acción expresa.

Si en el caso de Silvano, Fabron y Aloisio la acción administrativa estuvo fundamentada en la “capacidad de adaptación” de los niños, en el caso de Ainara, la propia Entidad Pública documentó las dificultades de adaptación previsibles ante un cambio familiar⁸¹⁸, por lo que, si los primeros casos muestran una falta de conocimiento inadmisibles para profesionales que se dedican a la infancia, los técnicos del caso de Ainara muestran una grave falta de respeto por el bienestar de la niña y desprecio por su interés superior.

⁸¹⁶ Vid., BOWLBY, *Los cuidados maternos...*, *op. cit.*, p. 84.

⁸¹⁷ Vid. auto del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 14 de junio de 2010 (rec. 553/2010).

⁸¹⁸ Vid. informes del centro de protección en ANEXO, pp.A195-A203.

Durante el desarrollo del acogimiento preadoptivo Ainara muestra claros síntomas de inseguridad en la nueva relación establecida que puede desembocar en problemas futuros. Por ejemplo, las reacciones del cuero cabelludo no se asocian a ningún trastorno psicossomático a pesar de que existen numerosas evidencias científicas de los trastornos dermatológicos asociados a situaciones estresantes⁸¹⁹. Otro síntoma ampliamente documentado en procesos de adopción, sobre todo de niños más mayores, es el deseo de agradar a sus nuevas figuras parentales introducidas, lo cual se muestra en Ainara cuando intenta corregir sus errores o algo que le ha salido mal. Por último, la inhibición conductual mostrada en el ámbito escolar, cuya dinámica necesariamente había de conocer, y el temor a posibles nuevos cambios que también mostró Ainara es consecuencia directa de la negativa experiencia vivida por el abandono de su familia. Por tanto, es necesario enfocar los informes desde el prisma del trauma de separación sufrido por Ainara.

5.2. La introducción de nuevos elementos por parte de la Entidad Pública

La introducción de nuevos elementos por parte de la Entidad Pública es un hecho que genera que los familiares del niño que litigan contra la Entidad Pública se encuentren en evidente indefensión al no haber podido preparar su defensa conforme a la nueva información obrante en el expediente. Ello provoca que el ISN se vea alterado por las nuevas circunstancias del niño. Así, se constata la necesidad de introducir mecanismos para dotar de preferencia al procedimiento especial para estos asuntos, pues en el caso de que los familiares soliciten el expediente completo, ello aporta nuevos retrasos al procedimiento, mientras el niño permanece separado de la familia. Por otro lado, se aprecia en algunos casos la introducción de denuncias en el ámbito penal generando litispendencias y decisiones judiciales que desconocen lo acordado en otras

⁸¹⁹ “Las impresiones clínicas sugieren que acontecimientos estresantes preceden a la exacerbación de los síntomas de la DA y de trastornos dermatológicos similares a la misma (Rajka, 1975; Jacobs, 1976; Seville, 1977). Por lo tanto, si el organismo se activa de modo repetido ante situaciones estresantes, y no se desactiva una vez que hayan cesado, es probable que el sujeto desarrolle alguna de las enfermedades asociadas al estrés (Vila, 1996). Un ejemplo nos viene dado de la mano del estudio de Capcore, Rowland-Payne y Goldin (1998), donde los resultados demuestran la existencia de una conexión temporal entre un acontecimiento estresante en la vida del paciente y la primera aparición del problema dermatológico: dermatitis atópica, resultado obtenido igualmente por el reciente estudio de Kimyai-Asadi y Usman, 2001.” (ANTUÑA, GARCIA-VEGA, GONZALEZ, “Aspectos psicológicos de los enfermos con dermatitis atópica: una revisión”, *Clínica y Salud*, vol. 13, núm. 3, 2002, p. 296).

jurisdicciones, lo que provoca resoluciones contradictorias. La evitación de tales situaciones justifica la existencia de una jurisdicción dotada de *vis attractiva*.

5.2.1. La necesidad de dotar de mecanismos de preferencia al procedimiento

En los casos presentados se aprecia que cuando los asuntos llegan al ámbito judicial, las circunstancias del niño son radicalmente distintas al momento del desamparo, lo que hace que los motivos que generaron ese desamparo queden ya alejados en el tiempo prevaleciendo las nuevas relaciones establecidas. Se constata, pues, la necesidad de estudiar los casos con celeridad para evitar que la separación familiar del niño quede sin respuesta judicial.

En el caso de Servio, se aprecia una situación en que introduciendo hechos nuevos se consigue eludir el estudio del ISN, a base de acusar a los padres de un incumplimiento que la propia Entidad ha provocado, creando confusión en terceras personas, tanto en la jueza como en el abogado de Carolina y Jordi, desviando la atención de lo que suponía el objeto del litigio. Puesto que el proceso no quedó cerrado en el momento de la vista que tuvo lugar en marzo de 2016 y la tutela administrativa continuaba, el 7 de febrero de 2017, Servio fue separado de la compañía de sus padres en la península y trasladado a Mallorca⁸²⁰. Carolina y Jordi se trasladaron a la isla posteriormente, continuando su lucha por recuperar la convivencia con su hijo. Efectivamente, el IMAS interpuso una denuncia en vía penal contra los padres, por lo que se abrió el procedimiento de instrucción ante el Juzgado nº 5 de Palma de Mallorca.

En el caso de Gerardo y Modesto, se aprecia que se reduce la capacidad impugnativa de la madre al prometerle la posibilidad de acogimiento en familia extensa, cuando la Entidad Pública podía prever que ese tipo de acogimiento era improbable dado que el acogimiento temporal se había constituido en familia ajena, no en familia extensa. Por tanto, las resoluciones judiciales se obtienen, a excepción de la del acogimiento temporal, cuando los niños están conviviendo con la familia preadoptiva, con lo que las decisiones están, posiblemente, influenciadas para no defraudar las expectativas de los nuevos acogedores:

⁸²⁰ *Vid.* diligencias en procedimiento instruido contra los padres en el ANEXO, p. A12.

actuación que efectúa este Tribunal cuando estima que la adopción de los niños por la familia con la que desde hace ya años se encuentran es sin duda más beneficiosa para aquellos que el mantenimiento de los mismos en una situación de provisionalidad como la que representa el acogimiento esperando una hipotética mejoría en el proceder materno, que a fecha de hoy resultaría de todo punto extemporáneo.

Cabe observar que, de nuevo, se habla de la “mejoría en el proceder materno”, dando por sentado que éste ha sido alguna vez deficiente o reprochable, en coherencia con todas las resoluciones previas que el mismo juez ha dictado.

En el caso de la familia Abdellah Boujnane, unido a la inicial oposición al desamparo de los hijos, se han ido sucediendo conflictos de distintos tipos. Por un lado, los que se plantean en vía penal ante la denuncia de malos tratos y violencia contra la mujer, tanto de Aicha como de Nadima, aunque estos últimos no han llegado a término por archivo de las denuncias. Por otro lado, las denuncias en vía penal por parte de la Entidad Pública contra los padres, por cuestiones diversas. Por último se plantean conflictos por responsabilidad penal de la hija mayor de la familia, que era menor de edad al tiempo de su denuncia.

En el caso de los niños en acogimiento cuyos acogedores reclaman la convivencia con ellos, varias resoluciones se producen cuando los niños ya conviven en una nueva relación de acogimiento preadoptivo, por lo que de nuevo pesa la condición de no defraudar las expectativas de los nuevos acogedores, a los que se ha prometido la permanencia de los niños junto a ellos. Así, el hecho de que se provocase un daño a los niños al cesar el acogimiento temporal deviene irrelevante, frente a los derechos que reclaman las nuevas partes introducidas, a las que se permite incluso ser parte procesal en el pleito. A los acogedores preadoptivos seleccionados para Fabron y Aloisio se les permitió ser parte procesal mientras los niños permanecían internados, por lo que ni siquiera habían convivido con ellos, por lo que se aprecia una ausencia de capacidad de conducción procesal.

La sentencia en relación a Fabron y Aloisio muestra el objetivo del internamiento del que se desprende que no era la necesidad de protección de los niños, sino la opción

para salvaguardar los intereses de los adultos intervinientes, antes que los de los niños, pese a la continua insistencia de los acogedores de preservar y delimitar su interés superior:

Que el interés de los niños menores de seis años, y aún mayores, está por desarrollarse en el seno de una familia, antes que en un Centro de Protección, es algo que no se ha discutir en esta sentencia, ahora bien, mantener a los niños durante la tramitación del recurso interpuesto, en la familia de los acogedores, como estos pretendían, no era [...] una predeterminación de la resolución que ahora se dicta y de la posible desestimación del recurso interpuesto, sino la consecuencia lógica de tratar de dejar a los menores en un situación neutral frente a los intereses contrapuestos de las dos familias

En el caso de Silvano, se acredita el acostumbramiento del niño a su nuevo entorno convivencial con lo que el hecho de sus dificultades iniciales de adaptación y el daño que le produjo la separación familiar devienen irrelevantes.

5.2.2. La justificación de una jurisdicción con *vis attractiva*

En los casos en que están involucrados distintos órdenes jurisdiccionales, como el de Servio y la familia Abdellah Boujnane, pueden producirse incoherencia entre las decisiones judiciales de unos y otros. Así ha ocurrido en el caso de la familia Abdellah Boujnane.

La orden de alejamiento que Milud y Aicha tenían respecto de su hija Nadima fue levantada institucionalmente para la madre, con el fin de favorecer el permiso de visitas que ambas disfrutaban, pero no así para el padre. Sin embargo, las continuas fugas de la niña y su presencia en casa no podía inculpar al padre, pues era la niña la que vulneraba una medida que, supuestamente, le beneficiaba, por lo que cabía deducir su innecesariedad y rechazo por parte de ella. Posteriormente, la orden de internamiento en un centro de Córdoba dictada para Nadima vulneró la resolución judicial que acordaba las visitas de la niña con su madre y hermanos, por lo que cabe deducir que la primera fue

dictada con total ignorancia de lo acordado en el orden jurisdiccional civil, sin ponderar si la terapia a recibir en el citado centro podía ser suplida por una alternativa, llevada a término desde Mallorca para permitir la relación de Nadima con su familia como un derecho que le había sido reconocido por resolución judicial. Es más, Aicha llamaba periódicamente a su hija para hablar con ella y le explicaron que las órdenes del IMAS, quien al parecer sigue ostentando la tutela de su hija Nadima, eran las de impedir las comunicaciones telefónicas de la citada niña con su familia. Tal prohibición era totalmente incompatible con el derecho de visitas y, por supuesto, comunicaciones, que tenían reconocido en vía judicial. Además, los sres. Abdellah Boujnane no han recibido resolución acerca de la imposibilidad de comunicación telefónica con su hija Nadima y, por la información recibida del centro de Córdoba, saben que la incomunicación impuesta no es parte del tratamiento psicológico que está recibiendo su hija, sino que, como se ha expuesto anteriormente, proviene de una orden administrativa verbal que se permite incumplir la resolución judicial que otorgó un derecho de comunicación de Nadima con su familia. Tras ello, bajo petición realizada al IMAS por parte de los padres, la Entidad permitió la comunicación telefónica de madre e hija.

Respecto al tratamiento psicológico de Nadima, los padres reconocen que no han sido preguntados por datos relevantes concernientes a su hija que pudiese ayudar a comprender su situación. Ello es especialmente preocupante, pues el psicólogo que la está tratando debería saber que en los últimos tiempos la relación de padres e hija era muy estrecha, dado que las fugas que menciona la resolución de alta en el centro de Córdoba eran para acudir a su casa y estar con su familia, como es su deseo, ampliamente manifestado, incluso en sede judicial.

Todo ello pone de manifiesto la necesidad de que los asuntos de protección se lleven a cabo en un órgano especializado dotado de *vis attractiva*, a fin de evitar que existan resoluciones incompatibles o contradictorias, que mantenga un conocimiento global de la situación de la familia en cuestión y de cada uno de los hijos en particular, considerando de forma individualizada las necesidades de éstos sin merma de sus derechos fundamentales.

CAPÍTULO V. LAS PROPUESTAS PARA LA DELIMITACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CASOS DE PROTECCIÓN

Los capítulos anteriores permiten apreciar la necesidad de cambios para alcanzar la correcta delimitación del ISN en casos de protección infantil. En estos cambios es necesario involucrar a los tres poderes del Estado. El poder legislativo debería incidir en una correcta definición de las figuras de protección, eliminando conceptos ambiguos y delimitando con claridad las situaciones que corresponden a cada una de las distintas figuras, además de definir un proceso respetuoso con los derechos fundamentales en juego. El poder judicial, por su parte, debería unificar los criterios utilizados en la delimitación del interés superior del niño sujeto a medidas de protección institucionales y los del niño no sujeto a estas medidas, ejerciendo un control adecuado sobre las decisiones administrativas que afectan al primero, de tal modo que, se alcance un equilibrio en la determinación del ISN que pueda ser aceptado, tanto por los usuarios del sistema de protección como por la sociedad en general.

1. EL ÁMBITO LEGAL

En el ámbito legal, las propuestas para mejorar el sistema de protección y, en consecuencia, la delimitación del ISN, son tanto de índole material como procesal, algunas de ellas íntimamente relacionadas entre sí por lo que es necesario abordarlas de forma conjunta. Hay que tener en cuenta que en la separación de un niño de su familia quedan afectados sus derechos fundamentales, por lo que es necesario que, cuando ocurre, el poder judicial sea llamado a intervenir con celeridad para ponderar si esa separación responde a un bien superior para el niño, es decir, su propia protección. Por otro lado, es necesario establecer unos límites claros en materia probatoria que permitan evaluar en sede judicial la situación real del niño en el momento previo a la separación familiar, así como la gravedad de los hechos que la determinaron, la responsabilidad del

cuidador y la relación causa-efecto entre ésta y los daños o perjuicios que, visiblemente, se han causado al niño. Otras decisiones administrativas, de gran impacto en la vida de un niño, también deberían ser objeto de revisión judicial automática, tal como la separación familiar definitiva.

Los primeros cambios para la correcta delimitación del ISN se produjeron con la reforma de las leyes de protección infantil del año 2015, la LSPIA y la LOSPIA, lo cual supone un paso importante. Sin embargo, podrían hacerse mejoras reduciendo las figuras jurídicas y medidas de protección a las estrictamente necesarias para identificar distintas situaciones del niño en relación a su cuidador, lo que redundaría en el ISN. Además, las causas determinantes del desamparo, dado su inmediata consecuencia de separación familiar y efectos en los derechos fundamentales, deberían ser tipificadas en defensa de la seguridad jurídica, tal como ocurre en el Derecho penal⁸²¹. Del mismo modo, la ley debería imponer unos límites a la actuación administrativa cuando un niño se encuentra protegido bajo cualquiera de las figuras jurídicas existentes.

1.1. La reducción de figuras y medidas de protección

En el capítulo segundo se analizaron las distintas figuras jurídicas para la protección infantil, en las que el ejercicio de la responsabilidad parental debe ser adecuado. La situación ideal sería aquella en que todo niño creciese bajo la patria potestad de sus padres, pero la existencia de graves deficiencias en las funciones parentales aconsejan que existan figuras de protección distintas a la patria potestad. No por ello ha de privarse a los padres de su autonomía de la voluntad, la cual deberían poder ejercer para escoger a

⁸²¹ “Para valorar todas estas circunstancias [de imprudencia] habría que abrir un inseguro proceso penal contra el sujeto, con todos sus efectos negativos, en sí mismos punitivos, contando sólo con una hipótesis que de antemano se advierte como muy dudosa. En estas condiciones puede considerarse razonable, en aras de la *seguridad jurídica* y por el principio de *in dubio pro libertate*, que no sea punible el hecho hasta que se cuente con la base indiciaria del resultado, que por lo menos demuestra siempre que algo ha escapado al control del sujeto y que su acción era objetivamente defectuosa, con independencia de si ello puede atribuirse o no al sujeto. Ello resulta especialmente válido en sectores de la vida en que no están suficientemente “tipificadas” jurídica o socialmente las normas de cuidado que deben observarse. Piénsese, p. ej., en el ámbito de los cuidados que requieren los niños pequeños, tan discutibles y variables en cada caso en función del conocimiento previo del niño, conocimiento que difícilmente podrá tener el observador. Hay que partir entonces del *principio de confianza* en el criterio del sujeto, que no quiere producir la lesión, a diferencia de lo que sucede en las conductas dolosas, en que la voluntad de lesionar obliga a invertir los términos y partir del *principio de desconfianza* que lleva a la punibilidad de la tentativa.” (MIR, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Casa editorial, S. A., 1982, p. 68).

las personas para cuidar de sus hijos, bien a través de la guarda de hecho, la tutela ordinaria o, incluso, la adopción, con la debida intervención de las autoridades judiciales⁸²². El potencial peligro de tráfico de niños no existiría desde el momento en que se prevé un procedimiento judicial en que se debe estudiar el ISN. La probabilidad de que hubiese padres que se desprendiesen de sus hijos por una hipotética compensación económica de personas adoptantes es, seguramente, residual y, los hijos de quienes lo hiciesen, en el sistema actual serían niños que caerían en el desamparo por lo que el destino de los niños ante ambas soluciones sería el mismo.

Potenciando la figura de la guarda de hecho y la tutela ordinaria sin contenido patrimonial, la guarda administrativa ha de suponer también una situación residual, ya que las personas incapacitadas temporalmente para el cuidado de sus hijos podrían recurrir a una de esas dos formas tuitivas legales citadas. Por tanto, la guarda administrativa sería para aquellas familias que no pudiesen encontrar en su entorno cercano a nadie para cuidar de sus hijos temporalmente.

Un sistema de protección en que las familias escojan a sus familiares, amigos o vecinos para cuidar de sus hijos es posible. De esta manera, la necesidad de centros de protección se reduciría drásticamente, cumpliendo así las previsiones legales. Las familias de acogida serían las escogidas por los padres y podrían estar dotadas de ayuda institucional, no sólo económica, sino principalmente logística. No por ello, habría de prescindirse de familias de acogida dependientes de las instituciones para aquellos casos de urgencia o para asistir a los hijos de las familias que no proporcionasen ninguna familia sustituta o complementaria.

Cabe preguntarse por qué debe haber tantas denominaciones distintas para desempeñar funciones que son esencialmente iguales. La tutela administrativa debería estar destinada, únicamente, para aquellos niños internados en centros de protección pero no para aquellos que estuviesen en acogimiento familiar, pues la figura del acogedor es perfectamente equiparable a la del “guardador de hecho” cuando el progenitor no ha sido suspendido de la patria potestad y a la del tutor ordinario cuando sí lo ha sido, pues su

⁸²² Puesto que la ley actual apuesta por la adopción abierta, prevista en el artículo 178.4 CC, tendría que ofrecerse mayor relevancia a la autonomía de la voluntad de los padres y los adoptantes, reduciendo el intervencionismo estatal.

responsabilidad parental ha de ser igual, como se desprende de los preceptos del Código Civil que regulan todas estas figuras jurídicas. Por otro lado, no existe ninguna posibilidad de que la situación jurídica del guardador de hecho o el tutor pueda perjudicar ni al niño ni al guardador, ya que si la ley prevé la asistencia de la Entidad Pública ante cualquier peligro para padres e hijos, también ha de prestar esa misma asistencia a cualquier otro tipo de guardador o cuidador. En estos casos, la regulación y supervisión de las visitas y comunicaciones entre padres e hijos puede integrarse en el mismo sistema que regula las relaciones y comunicaciones de los niños que están bajo la patria potestad de uno de los progenitores y visitan al otro, en los llamados “puntos de encuentro”. Incluso resulta más efectivo unificar el sistema, tanto desde el punto de vista económico como infraestructural y logístico⁸²³.

Un sistema así establecido, además de presentar mucha mayor sencillez que el sistema actual, permite eliminar las modalidades de acogimiento que no han hecho más que provocar problemas y perjuicios, tanto a los niños como a las familias, pues la escasez de familias de acogida y las dificultades que las Entidades Públicas encuentran para su captación es muestra de que el sistema no es bien aceptado por la sociedad.

La situación de riesgo ha de ser potenciada para cubrir situaciones de pobreza, marginación y exclusión social con el objetivo claro de lograr una mejor integración en la sociedad para los niños de la familia.

1.2. La fijación de límites al desamparo

Continuando con el paralelismo existente entre las cuestiones de protección infantil y el Derecho penal, es necesario tener en cuenta que en la declaración de desamparo de un niño entra en juego el principio de *in dubio pro libertate* por lo que, en caso de duda, habrá de respetarse aquella postura más favorable a las garantías de los derechos fundamentales de las personas implicadas en que el ISN juega un papel preponderante,

⁸²³ En el caso de la familia Abdellah Boujnane estudiado en el capítulo anterior, las visitas de la madre y los hijos se producen en el CAIF que no depende del IMAS y se utiliza como punto de encuentro para las relaciones de niños bajo la patria potestad de sus padres o alguno de ellos. Por tanto, no existe ningún impedimento legal para que un único sistema pueda acoger la supervisión de relaciones de todos los niños del territorio con independencia de su situación familiar.

según proclama toda la normativa en materia de protección infantil. Cabe preguntarse cuál es la postura a adoptar para proteger adecuadamente los intereses del niño ante una eventual situación de desamparo; pues si se le separa de su familia y el desamparo es inexistente, se actúa en contra del ISN, mientras que si no se le separa de la familia y existe desamparo también se actúa en contra del ISN. Ante tal situación es obvio que conviene maximizar la probabilidad de acierto en la decisión tomada, por lo que resulta imprescindible conceptualizar adecuadamente lo que es desamparo para considerar que cualquier situación que no esté debidamente conceptualizada, no puede considerarse desamparo. Además de ello, habrán de presentarse las pruebas necesarias para demostrar que un niño ha sufrido una situación calificada de desamparo.

1.2.1. La conceptualización material

La LSPIA ha establecido unos límites razonables al concepto de desamparo en el artículo 18 LOPJM, sin embargo, la misma ley ha permitido, a través de un artificio legal, que la separación del niño de su familia se produzca, no por el desamparo, sino por la guarda provisional, con lo que los efectos en los derechos fundamentales quedan fuera del control legal de la motivación necesaria.

En el segundo capítulo se analizó en profundidad el contenido del artículo 18 LOPJM en lo que se calificó de “tipificación de las causas de desamparo” a la vez que se justificó la eliminación de la figura de la guarda provisional, de tal manera que la separación forzosa de padres e hijos sea únicamente por desamparo y desencadene un procedimiento judicial ágil e investigador de los motivos graves que condujeron a la declaración. Los MENA estarían en situación de desamparo en tanto no se encontrase persona o entidad para su cuidado. De este modo, el desamparo sería una situación excepcional para aquellos niños cuyos padres les provocan un perjuicio grave con la mayor inconsciencia del daño y desinterés por su correcto cuidado. En realidad, eso supondría un regreso a lo que la doctrina legal ha venido proclamando sobre la situación de desamparo. Ante tal situación, hay que tener en cuenta que el desamparo no debe considerarse acreditado hasta que no se haya probado en sede judicial, por lo que es aceptable considerar la existencia de “desamparo preventivo” en tanto no se resuelva judicialmente.

Es cierto que el “desamparo preventivo” sería un concepto asimilable al de la “guarda provisional” pero la importancia del cambio de denominación radica en que el desamparo preventivo ha de producirse por una de las causas recogidas en el artículo 18 LOPJM, lo que no parece que ocurra con la guarda provisional, que tal como está definida puede sustentarse en cualquier motivo caprichoso de la Administración Pública.

Otra cuestión esencial en la delimitación del concepto de desamparo, ya apuntado también en el capítulo segundo, es que el desamparo debe acreditarse en un momento dado, pero no debe considerarse una situación persistente cuando la Entidad Pública ha establecido una medida de protección, sea cual sea, pues el objetivo de las medidas de protección es, precisamente, eliminar el desamparo.

1.2.2. El control probatorio

El control probatorio sobre el desamparo permitiría decidir si el desamparo preventivo debería ser considerado desamparo real (o simplemente desamparo) o bien debería ser revocado y permitir el normal desarrollo de la vida familiar del niño al que afecte. Sería un proceso similar al que el en ámbito penal convierte a un “presunto delincuente” en delincuente o bien en absuelto de delito.

En esta fase de control probatorio cuando el niño se encuentra en “desamparo preventivo” debe permitirse por un lado que los familiares produzcan las pruebas necesarias facilitando los medios oportunos para ello y, por otro lado, debe limitarse la producción de pruebas de la Entidad Pública. Ni que decir tiene que el proceso judicial que analice estas pruebas no debe tener por parte procesal a la Entidad Pública, del mismo modo que la policía que ha detenido a un presunto delincuente no es parte procesal del procedimiento de instrucción penal.

a) La fase de aseguramiento de la prueba

En la actualidad, cuando se plantea un pleito contra resolución administrativa en materia de protección infantil, en virtud del artículo 780 LEC, la comunicación entre el niño

tutelado y sus familiares está limitada por imposición administrativa⁸²⁴. Sin embargo, lo cierto es que no hay casos registrados por la jurisprudencia en que consten diligencias preliminares o prueba anticipada solicitadas por los familiares para la evaluación de la relación existente entre padres e hijos una vez que se ha producido la separación. Ello reduce las posibilidades probatorias de los familiares del niño. Por lo que respecta a la solicitud de medidas cautelares, es escasa la jurisprudencia al respecto. Entre las resoluciones que otorgan las medidas solicitadas se pueden mencionar los autos del JPI nº 29 de Madrid de 19 de octubre de 2010 (rec. 927/2010), del JPI nº 10 de Alicante, 362/2013 de 24 de julio, de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 130/2015 de 1 de octubre y del TC 180/1995 de 19 de junio. Mucho más numerosos son los autos de inadmisión de medidas cautelares en que uno de los argumentos típicos es que: *es lógico y obvio que las resoluciones administrativas se ejecuten desde que se dictan, y con la petición de medidas cautelares lo que se pretende es conseguir el objeto del procedimiento principal*⁸²⁵. Pues bien, las normas procesales⁸²⁶ prevén tal posibilidad por lo que no es impedimento para otorgar las medidas cautelares.

Hay argumentos denegatorios de medidas cautelares que resultan ciertamente sorprendentes. Un ejemplo de ellos se encuentra en el auto del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 14 de junio de 2010 (rec. 553/2010) sobre el caso de Fabron y Aloisio en que tras la oposición judicial de los acogedores a la resolución de cese del acogimiento, la Entidad Pública ordenó el internamiento de los dos hermanos en un centro institucional. Las medidas cautelares fueron solicitadas por los acogedores para revertir el internamiento en tanto se sustanciaba el pleito principal, evitar el perjuicio de los niños y asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria que consistía en acordar la continuación del acogimiento y, eventualmente, la consolidación jurídica mediante la adopción. Se deniegan porque *[la consolidación del vínculo afectivo de los niños con sus acogedores hará] mucho más dolorosa para todos, pero especialmente para Fabron y Aloisio, cuyo interés es preferente en el dictado de las medidas que hayan de afectarles,*

⁸²⁴ Al haberse declarado el desamparo se ha producido la separación del niño de su familia y la relación entre él y sus padres o familiares será, en caso de existir, supervisada.

⁸²⁵ Vid. auto 121/2015 del JPI nº 3 de Palma de Mallorca de 30 de abril de 2015.

⁸²⁶ “En este presupuesto se presta a confusión la fundamentación de la medida cautelar con la de la pretensión objeto del litigio principal, en una distinción realmente sutil entre el juicio anticipado, «provisional», de la apariencia de buen derecho de la demanda principal y el juicio contradictorio sobre el fondo que se contiene en la sentencia; o, en la feliz formulación de CALAMANDREI, «declarar la existencia del derecho es función de la resolución principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil». (GIMENO, *Derecho Procesal Civil I...*, op.cit., p. 226).

una salida posterior del domicilio [y...] mucho más difícil su adaptación a una nueva familia.

En ellos se aprecia que el objetivo de la resolución judicial es el de asegurar la efectividad de una eventual sentencia desestimatoria que es justamente el objetivo contrario al que dispone la solicitud de medidas cautelares⁸²⁷, pues la salida de los niños de la familia había de ocurrir en el caso de desestimación de la demanda, con lo que se aprecia una postura judicial favorable a lo decidido por la Entidad Pública, incluso contra toda previsión legal.

Además de ello, el internamiento de los niños en centros institucionales permite a la Entidad Pública preparar todo tipo de material probatorio en contra de la otra parte como se desprende del auto TS de 8 de febrero de 2017 (rec. 3183/2016) que tras el internamiento de un niño expresa que se confirma “tras su estancia en el centro de protección, las secuelas que el maltrato le había originado a nivel afectivo, cognitivo y emocional, siendo la madre un referente negativo”.

b) La limitación de pruebas de la Entidad Pública

El proceso desencadenado tras el desamparo preventivo debería conocer con rigurosidad el estado en el que el niño separado de su familia se encontraba junto a ella. De no exigirse este requisito, las pruebas pueden construirse a medida, tal como ocurre en los procesos actuales de oposición a las medidas de protección.

En los casos presentados en el capítulo anterior se aprecia cómo hechos negativos observados con posterioridad al desamparo se utilizan como pruebas para sustentarlo. Además de ello, es imposible que sean objeto de revisión judicial todas aquellas imposiciones que los técnicos realizan de forma verbal que dan lugar a actuaciones de las que luego no se tiene constancia del origen. Por ejemplo, es el caso de los tratamientos psicológicos o psiquiátricos que los técnicos obligan a seguir a los progenitores cuyos hijos están bajo tutela administrativa que, por lo general, son innecesarios, pero que sirven de base a la demostración de los problemas que presentan como cuidadores. En

⁸²⁷ Vid. artículo 721.1 LEC

este sentido, cualquier tratamiento psiquiátrico iniciado con posterioridad a la fecha del desamparo de un hijo no puede condicionar la existencia del mismo, ya que éste ha de responder a una situación vivida por el niño, no ocurrida *a posteriori*, además de que ha de producir un efecto negativo sobre él a causa de las conductas de sus padres.

La manipulación de las pruebas se aprecia con claridad en relación a la cuestión de los “vínculos afectivos” de un niño, pues si la existencia de los mismos determina que el ISN es el de permitir que el niño se relacione con las personas con la que se encuentra vinculado, la inexistencia de vínculos implica lo contrario, es decir, el ISN consiste en no permitir al niño relaciones con quienes no tiene vínculo. Así, tras la declaración de desamparo de un niño, la Entidad Pública puede provocar su desvinculación de sus figuras de referencia y provocar la vinculación con otras figuras, con lo que el ISN se determinará a favor de mantener las últimas⁸²⁸.

Por otro lado, en tanto se sustancia un largo pleito judicial, la Entidad Pública no tiene ninguna traba para ir cambiando la situación del niño. Así, la sentencia TS 537/2015 de 28 de septiembre muestra un caso en que mientras una madre se opone al desamparo y al acogimiento residencial de su hija, cuando el Tribunal Supremo dicta sentencia, la niña ya se encuentra adaptada a un acogimiento familiar que se opta por mantener.

Por último, en la producción de datos extraídos sobre los niños por parte de la Entidad Pública, debería exigirse la grabación y la presencia de un perito de la otra parte si existe un proceso judicial abierto, además de tenerse en cuenta las circunstancias en que se han obtenido dichos datos. Por poner un ejemplo, la sentencia de la sección 2ª de la AP de Castellón, 97/2013 de 31 de julio, muestra un caso en que se despliegan unos recursos probatorios ingentes por parte de los padres: la directora del colegio al que acudía una de las hijas, la directora de un centro de orientación familiar al que acudían los padres con los hijos y dos pediatras que habían visitado a los niños, sin que ninguno apreciase signos de desamparo o descuido. Por otro lado, la psicóloga del centro en que ingresaron los hijos de la familia tras la declaración de desamparo, expresa que *las*

⁸²⁸ Vid. TS 740/2016 de 21 de diciembre, TS 747/2016 de 21 de diciembre, TS 687/2015 de 2 de diciembre, TS 60/2012 de 17 de febrero, TS 146/2016 de 10 de marzo, TS 170/2016 de 17 de marzo, entre muchas otras.

carencias que tenían los niños, son consecuencia directa de los padres, cuando su observación se produce fuera del núcleo familiar y en condiciones de separación traumática a causa de un internamiento. Sin embargo, en la sentencia éste último argumento es el que prevalece. Ello sugiere que en el momento de la separación debería hacerse un peritaje exhaustivo del niño.

Para evitar confusiones respecto de ciertas cuestiones de carácter subjetivo convendría que quedasen plasmadas por escrito aquellas presunciones que se entienden en cualquier relación familiar normalizada, tal como la existencia de vínculos afectivos entre personas que conviven en una relación paterno-filial o análoga y el respeto que merecen, la existencia de habilidades parentales naturales en un cuidador, los daños de las pérdidas afectivas, etc.

1.3. La posibilidad de retorno a la familia de origen

La posibilidad de retorno a la familia de origen es una de las cuestiones sobre las que la ley actual no tiene una postura clara, según se ha expuesto en el capítulo segundo. En estrecha relación con ello, los conceptos de suspensión, privación e incursión en causa de privación de la patria potestad deben ser también clarificados.

La posibilidad de retorno a la familia de origen ha de estar contemplada legalmente pues al ser un mandato que se desprende de la CDN y otros instrumentos internacionales, no se puede eludir. Sin embargo, quizás el tiempo de dos años que ofrece el artículo 172.2 CC es excesivo para la vida de un niño que, realmente, ha sufrido una situación de desamparo. La LDOIA, por ejemplo, ha reducido ese tiempo a un año. Además de ello, debería haber criterios materiales claros. Por ejemplo, un niño cuyos padres no acuden a las visitas sin motivo justificado, debería tener derecho a “rehacer” su vida en otra familia, pues, en tal caso, existe un claro síntoma de desinterés por parte de sus padres que, además, puede producir gran sufrimiento al hijo ante una expectativa truncada. Por otro lado, durante el tiempo en que se mantenga la posibilidad de retorno debe existir una actividad administrativa conducente a lograr la reunificación poniendo los medios necesarios, pues no puede acusarse a los padres de pasividad ante una situación novedosa que les desborda.

El concepto de “incursión en causa de privación de la patria potestad” parece totalmente innecesario e inventado para privar de mejores argumentos a los padres cuyos hijos son dados en adopción. Pero ello tiene una repercusión en el ISN, pues cuando el adulto adoptado quiera saber el motivo por el que fue separado de su familia e insertado en otra, se encontrará con un concepto abstracto cuyo origen será el desamparo, también en abstracto, del que desconocerá sus causas y las pruebas que lo sustentaron, pues, en muchos casos, son inexistentes. Además de ello, el desamparo no puede producir simultáneamente la suspensión y la incursión en causa de privación de la patria potestad, pues es incoherente. Por tanto, se debe mantener el concepto de suspensión de la patria potestad, al que se debería dar un significado claro, por el cual para el ejercicio de la patria potestad sobre un hijo se debería acudir a la autoridad judicial para solicitar el alzamiento de la suspensión, con las pruebas conducentes a demostrar la posibilidad de ejercer correctamente la patria potestad. Todo ello si la Entidad Pública no levanta la suspensión por propia iniciativa, al considerar cumplido el objetivo de retorno, respecto del cual también deberían existir unas condiciones objetivas. Hay que tener en cuenta que los hechos pasados causantes de desamparo no van a cambiar, por lo que la actuación administrativa debería ir destinada a concienciar a los padres para que hechos similares no volviesen a producirse, incluso, proporcionando los medios para evitarlos en el futuro. De este modo se trata de impedir que un error del pasado pueda hipotecar toda la vida futura de un niño, con el impacto social que tiene. Un caso claro es el del niño abandonado por su madre temporalmente mientras ésta sale a trabajar, causándole una situación de peligro. Si este abandono se ha producido, el hecho en sí es irremediable pero es necesario que se busquen soluciones para que la madre pueda salir a trabajar dejando al niño con alguien.

A pesar de lo dicho, si realmente el desamparo llega a ser revisado en sede judicial y se exigen pruebas reales sobre el mismo, cabría esperar un descenso notable en el número de niños desamparados.

1.3.1. La inviabilidad de retorno

Si en un momento dado, la Entidad Pública considera que tiene suficientes elementos de juicio para tomar la decisión de inviabilidad de retorno a la familia de origen, debe

ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial iniciando un procedimiento en que se evalúe la evolución sufrida por el niño, la familia de origen y la familia cuidadora. El ISN debe orientar esta decisión pues el niño que se mueve entre dos familias puede desarrollar conflictos de lealtades y sentimientos encontrados que exijan que tenga claras sus opciones y expectativas sin que supongan para él limitación alguna, sino al contrario, la apertura de un horizonte más amplio y liberador.

En ningún caso, debería estar permitida la decisión de inviabilidad de retorno a la familia de origen si el niño permanece internado en un centro institucional, pues el internamiento es objetivamente perjudicial para él, por lo que con independencia del tiempo transcurrido, el retorno a la familia de origen ha de ser una opción de futuro válida que además se debe potenciar junto a la posibilidad de establecer el cuidado en una familia alternativa, intento que nunca debe abandonarse mientras dure el internamiento.

Ampliando la reflexión respecto de la cuestión de la inviabilidad de retorno, es necesario considerar que si los hechos conducentes al desamparo son graves y conllevan una condena penal (por ejemplo, por abusos sexuales o malos tratos de envergadura) la propia sentencia sobre el desamparo podría pronunciarse sobre la inviabilidad de retorno, al igual que se determina para los niños bajo la patria potestad de alguno de sus progenitores⁸²⁹.

1.3.2. La decisión de retorno

Si tras el desamparo preventivo, la decisión judicial considera que el desamparo es inexistente, el retorno debería ser inmediato. Solamente el Ministerio Fiscal debería poder impugnar esa decisión, pero no la Entidad Pública ni la familia cuidadora, ya que el papel de ambas debería ser instrumental.

Si la decisión judicial aprecia la existencia de desamparo, la sentencia podría contener los extremos necesarios para lograr el retorno e, incluso, el tiempo necesario, dejando a la Entidad Pública la supervisión del plan.

⁸²⁹ Si los dos padres están implicados en una condena por maltrato, la suspensión de visitas a ambos será equivalente a la decisión de no retorno del hijo junto a ellos como se deduce de la sentencia TS 680/2015 de 26 de noviembre.

1.4. La regulación de visitas

Durante el desamparo preventivo el contacto entre padres e hijos debería estar exento de restricciones, pues únicamente habría que prevenir a los hijos de los daños y perjuicios que, presuntamente, les provocan los padres. Por tanto, la ley debería expresar explícitamente esta circunstancia.

Una vez declarado el desamparo, es imprescindible mantener un régimen de visitas amplio para permitir la reunificación familiar, siempre que sea posible, extremo que podría constar en sentencia, que tendría que contar con los horarios disponibles tanto de los padres, como de los hijos y la familia cuidadora, pues habría que impedir que un régimen estricto impidiera su cumplimiento.

Por otro lado, durante el tiempo en que se mantiene la posibilidad de retorno, los padres deberían poder mostrar sus avances al juez y solicitar la revisión del caso, con posibilidad de cambios, tal como hacen los padres en casos de ruptura matrimonial.

La sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Galicia 15/2015 de 6 de marzo muestra un caso que subraya “que el régimen de visitas no se estaba cumpliendo por incomparecencia de ambos progenitores reflejando las faltas de asistencia de éstos en las visitas programadas”, a pesar de lo cual la sentencia impide que las visitas sean suspendidas, lo cual ha de reputarse correcto pues no se aprecia el motivo injustificado de las ausencias, lo cual debe ser absolutamente necesario, además de que ha de constatarse que las visitas provoquen daño a los niños, lo cual tampoco se aprecia.

1.5. La prohibición de la actuación administrativa

La prohibición de la actuación administrativa desde el ámbito legal se hace necesaria para impedir cambios que producen daños y perjuicios irreversibles en los niños, tal como se justificó en el capítulo anterior. Si bien es cierto que consiguiendo que la tutela administrativa sea realmente una medida subsidiaria, ya se limitarían en cierto modo, las posibilidades administrativas de incidir en la vida de los niños, sería una cuestión de seguridad jurídica que se acotase legalmente el ámbito de intervención administrativa,

tanto para impedir internamientos innecesarios como para impedir cambios anticonstitucionales en la titularidad de guarda de un niño.

1.5.1. El internamiento en centro institucional

El internamiento en centro institucional existiendo opción de acogimiento en familia es una opción contraria a la ley ya desde la LOPJM del año 1996, por lo que no se puede prohibir por ley lo que ya está prohibido. Quizás la LSPIA haya sido más contundente en esta cuestión y quepa esperar un resultado positivo al respecto. Las razones de la ineffectividad de esta prohibición radican, por un lado, en el respaldo judicial que han obtenido este tipo de acciones y, por otro lado, en la ausencia de consecuencias negativas para la Entidad Pública que dicta un internamiento sin ser necesario, a pesar de que puede encuadrarse perfectamente en un acto de prevaricación. Posiblemente, la solución pasaría por indemnizar a todos los niños que pasan su infancia internados sin que ninguna institución se ocupe de buscar una solución mejor a su futuro.

Los casos de internamientos expuestos en el capítulo tercero sobre niños sujetos a medidas de protección de acogimiento familiar que estaban resultando beneficiosas para ellos, vulneraron los derechos fundamentales de los niños, al no haber sido acordados como medida de protección. Las instancias judiciales debieron tener en cuenta que el acogimiento familiar hace frente a un derecho constitucional del niño del que se ve privado en un centro institucional, partiendo del hecho de que existe un desamparo acreditado. Del mismo modo, deberían considerar que el derecho de un niño a recuperar su familia de origen no es incompatible con el acogimiento familiar, ni éste puede ser obstáculo para alcanzar ese derecho si es del interés del niño. Sin embargo, la falsa idea de que los vínculos afectivos dificultan el retorno de un niño a su familia de origen, hizo, en el pasado, que hubiese Comunidades Autónomas en las que no se plantearon desarrollar el programa de acogimientos temporales, manteniendo a los niños internados en tanto se mantenía una cierta expectativa de retorno a la familia de origen que, por cierto, podía durar varios años, en una edad crítica para el desarrollo del niño. Cabe entender que con la ley actual eso no es posible pues, por un lado, ha destacado que el entorno en acogimiento debe ser afectivo y, por otro lado, ha destinado el acogimiento residencial a casos excepcionales.

El internamiento es una opción ilegal cuando existe opción de acogimiento familiar⁸³⁰, al resultar altamente perjudicial para el niño y contraria a su interés superior. Sin embargo, si las Entidades Públicas, tras el desamparo de un niño, toman la decisión de internarlo, cabe preguntarse quién defiende los intereses de ese niño o quién se ocupa de velar para que ese internamiento se convierta en acogimiento familiar. Se puede afirmar con cierta contundencia que cuando la defensa de los derechos fundamentales de un niño está únicamente en manos de instituciones, éstos quedan desprotegidos, pues entre ellas prima el corporativismo y su consenso inter-institucional frente al estudio de los derechos individualizados de cada niño. Para evitar que se produzca un internamiento tras el desamparo preventivo de un niño, es necesario que éste sea objeto de revisión judicial, que se realice un llamamiento público a la sociedad para acoger al niño en alguna familia y que, si se produce el rechazo de la familia, sea también objeto de revisión judicial. Con este procedimiento se trata de evitar que exista un interés en mantener centros institucionales en lugar de promover el acogimiento familiar, además de que responde al control judicial que requiere cualquier medida administrativa que afecta a derechos fundamentales.

1.5.2. El cambio de titularidad en la guarda del niño

La ley actual recoge en el artículo 2 LOPJM que en la ponderación del ISN se tendrá en cuenta “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro”. Por su parte, el artículo 158 CC dispone que el juez dictará “las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda”. Así, es claro que la ley impone límites tanto a la actuación administrativa como a la judicial en lo que a los cambios de titularidad de guarda se refiere.

Cabría añadir que los cambios de titularidad en la guarda del niño son respetuosos con las normas constitucionales en casos tasados y perfectamente conocidos: cuando se produce un desamparo en la familia cuidadora sea cual sea la calificación de dicha

⁸³⁰ *Vid.* artículo 21 LOPJM.

familia, cuando permiten el retorno del niño a su familia de origen tras haberse constatado la superación de las causas que motivaron el desamparo, cuando permiten iniciar una convivencia familiar tras el cese de un internamiento y cuando permiten un cambio de convivencia familiar ante el cese de la convivencia previa por voluntad de los cuidadores o el propio niño. Fuera de estos casos, el cambio de titularidad por imposición de las autoridades es anticonstitucional. No cabe duda de que la intervención de las autoridades sería necesaria cuando se pretendiese impedir un cambio de titularidad de guarda en el caso en que el cambio fuese constitucional. La situación no sería distinta a la que se daría en el caso de que un progenitor impidiera la convivencia del hijo con el otro progenitor que tiene atribuida la guarda y custodia del hijo común.

Para impedir que las Entidades Públicas puedan interferir en relaciones de convivencia constitucionales es necesario proceder a algunos cambios en el procedimiento de adopción, permitiendo que sean los titulares de la guarda del niño quienes, voluntariamente, soliciten su adopción si se dan los requisitos necesarios⁸³¹.

La eliminación de las modalidades de acogimiento y la reducción de la situación de tutela administrativa a los casos de los niños internados, evitaría de forma automática la posibilidad de cambios en la familia cuidadora del niño, por lo que atacando el problema de raíz, se evitan toda una serie de dificultades que se derivaban del primero.

2. LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS SOBRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La unificación de criterios sobre el ISN corresponde al poder judicial, al ser un concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, las Entidades Públicas tienen la obligación de

⁸³¹ “Aunque no es un tema muy tratado el Estado puede incurrir en responsabilidad patrimonial *antes de que el proceso o procedimiento judicial comience y aunque la lesión se consume durante éste*; ocurre cuando uno de sus poderes, el Legislativo, omite la legislación necesaria o cuando dicta normas procesales impeditivas o dificultadoras para la realización directa de los derechos constitucionales; en lo que nos concierne: cuando estas normas —inconstitucionales o no— potencian retrasos evitables; son tan complejas que provocan interpretaciones legales no acertadas; o desconocen derechos de algún interesado. Digamos que la causa —mala legislación—, de la causa —dilación indebida o interpretación errónea—, es causa del mal causado: daños injustos al justiciable.” (ALONSO CRESPO, “Indicaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para intentar la regulación óptima del procedimiento de constitución de la adopción”, Diario La Ley, Nº 6790, Sección Doctrina, Año XXVIII, Ref. D-206, Editorial LA LEY, 2007, [acceso restringido]).

aplicar el ISN en las medidas que toman, así como conocer tanto los preceptos legales como los pronunciamientos judiciales al respecto. Ahora bien, limitando el poder decisorio de las Entidades Públicas⁸³² y estableciendo un control judicial obligatorio sobre sus decisiones se elimina en gran parte la posibilidad de cometer errores que afecten negativamente al ISN.

En el análisis de la jurisprudencia en casos de protección, realizado en el capítulo tercero, se aprecia una serie de cuestiones que avalan el mantenimiento de la situación de separación familiar e, incluso, que la determinan con carácter definitivo. Por ello, resulta pertinente analizar el impacto de tales decisiones en el ISN. De la revisión de casos realizada en el capítulo anterior se desprende que la Entidad Pública no se ajusta siempre a las previsiones legales⁸³³. Si bien los casos presentados son escasos, conviene aclarar que éstos han sido seleccionados de un grupo más amplio para presentar distintos aspectos o problemáticas, pero existen muchos otros casos que tienen coincidencias con los expuestos, al no variar algunas de las partes implicadas, como son la Administración Pública y la de Justicia que tienen tendencia a una línea de actuación concreta y definida. Se aprecia, además, cómo la respuesta judicial condiciona el actuar administrativo, pues el poder judicial no realiza, en estos casos, un verdadero control sobre las decisiones administrativas, sino que se limita a ratificarlas. El estudio de diversos casos permite deducir un comportamiento rígidamente establecido que se repite en algunos de ellos, según las circunstancias. Por tanto, no se pretendía realizar estudios estadísticos, sino poner de manifiesto el comportamiento institucional.

2.1. La evolución en la consideración del interés superior del niño

En el ámbito judicial es posible apreciar una evolución en la determinación del interés superior del niño bajo tutela pública, pues se ha pasado de una tendencia a favorecer el

⁸³² Expresa FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que “las dificultades surgen cuando [la consideración de situaciones de riesgo] depende más de un criterio técnico que legal. Hay unos criterios tanto legales como técnicos, para la intervención en situación de alto riesgo social. Los criterios legales se presentan más claros. Los criterios técnicos dependen de los modelos de evaluación de la situación, de la respuesta que se pueda dar desde las instituciones y, sobre todo, del modelo de toma de decisiones que utiliza cada equipo en este cometido.” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 3, 4). Esta apreciación se puede extrapolar a situaciones de desamparo.

⁸³³ Nótese en el caso de Servio que la Entidad Pública acuerda el retorno del niño con sus padres sin cesar la tutela administrativa o en el caso de Pilar Castillo en que no se agotan los dos años que la ley establece para el retorno de los hijos, por poner ejemplos.

retorno del niño a la familia biológica, aunque utilizando medios equivocados como el internamiento en centro⁸³⁴, al polo opuesto que consiste en no permitir el retorno del niño a la familia biológica. Posiblemente, en este cambio ha contribuido sensiblemente el fracaso de los casos citados y muy especialmente otros de los ocurridos en Andalucía, como el de la sentencia TC 11/2008 de 21 de enero. Esta evolución en el ISN culminó con la doctrina de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio, en que las causas que motivaron el desamparo pasaron a un segundo plano, primando el criterio de la adaptación del niño a su nueva realidad de convivencia en acogimiento y el tiempo transcurrido.

Otro aspecto de la evolución se aprecia en la actitud judicial frente a la postura administrativa cuando se trata de un asunto de protección, cuestión que está íntimamente ligada a la negativa del poder judicial a la revisión de los motivos conducentes al desamparo.

2.1.1. Los errores en la determinación del interés superior del niño

La sentencia de la sección 1ª de la sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía en Granada, 64/2013 de 21 de enero, estableció una indemnización por daño moral para la madre de Estela, pero en ningún caso menciona la vulneración del interés superior de Estela, pese a que el daño moral para la niña, ya adulta en el momento del dictado de la citada sentencia, se deduce del contenido de la misma que expresa que “en relación con la efectividad del daño no cabe duda alguna de que la privación a una madre de su hija es susceptible de causar un daño moral a la progenitora”. Si es así, ha de entenderse que la privación a una niña de su madre ha de causar un daño moral de mayor magnitud que el propiamente sufrido por la madre, puesto que el acto de privar a un niño de su familia incide en el desarrollo de su personalidad y su futuro, según ya ha quedado ampliamente acreditado en el segundo capítulo.

Así, la inicial postura judicial ha sido la de considerar la actuación de la Administración como “falta de colaboración” y “obstrucción permanente”, destacando

⁸³⁴ Vid. auto TC 28/2001 de 1 de febrero y sentencia de la sección 3ª de la AP de Las Palmas 169/2007 de 30 de abril, entre otras.

“la actitud prepotente de la Administración que preordena, dirige y encauza la vida de los menores hacia una alternativa familiar al margen de cualquier tipo de control y supervisión judicial tal y como exige e impone el artículo 173 del Código Civil”⁸³⁵, sin considerar la restitución del ISN y la convivencia de los hijos con el padre (en este caso). Así, en un principio se reconocieron errores administrativos pero sin ningún efecto sobre las decisiones de convivencia fraudulenta de los niños, a los cuales se mantenía según lo decidido por la Administración.

El segundo paso de la evolución fue el de intentar el retorno de los niños a su entorno de origen, con el resultado del fracaso de los casos expuestos en capítulos anteriores. En algunos de esos casos ni siquiera se han reconocido errores, por lo que mucho menos se ha intentado su reparación. El caso de la sentencia de la sección 3ª de la AP de Las Palmas 169/2007 de 30 de abril, siendo simultáneo y extremadamente similar al de la niña sobre la que recayó la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio, tomó un rumbo totalmente opuesto que acabó en fracaso. Sin embargo, ninguna institución lo corrigió. Quizás hubiese sido conveniente aplicar la doctrina dictada aunque hubiese sido *a posteriori*.

Tanto el caso de la sentencia de la sección 3ª de la AP de Las Palmas 169/2007 de 30 de abril como el del auto TC 28/2001 de 1 de febrero como el de la sentencia TC 221/2002 de 25 de noviembre tienen en común un exitoso acogimiento antes de dictarse la decisión de retorno a la familia de origen. En los tres casos, se materializó el fracaso al entorno de origen. Por ello, se plantea la cuestión por la cual, una vez fracasado el intento de retorno a la familia de origen, no se recurrió a las familias de acogida en que los niños habían alcanzado un bienestar social. Por lo que se sabe la familia del niño de El Royo realizó una adopción posterior que culminó con éxito, lo cual pudo no ser obstáculo para el nuevo acogimiento del niño. Soledad Perera siempre estuvo dispuesta a acoger de nuevo a Piedad y los acogedores de Dos Hermanas también hubiesen acogido de nuevo a la niña de Benamaurel, a tenor de lo que se sabe de ellos. Sin embargo, a Soledad Perera la entidad pública la calificó de “no colaboradora” además de que fue condenada por intentar proteger a Piedad de un perjuicio que se confirmó que existía y los acogedores de Dos Hermanas fueron objeto de acusaciones por parte de la Administración de las cuales

⁸³⁵ Vid. sentencia de la Sección 3ª, Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de 7 de febrero de 2008 (rec. 1221/2003).

no se consiguió ninguna prueba. Presumiblemente, con estas excusas se recurrió a nuevas familias de acogida tanto en el caso de Piedad como en el de la niña de Benamaurel, mientras que el niño de El Royo permaneció internado hasta su mayoría de edad, desconociendo que fue de él con posterioridad.

En todos los casos mencionados los acogedores plantearon un pleito de oposición a resolución administrativa en cuestión de protección a la infancia, aunque lo abandonaron ante el agotamiento de sus posibilidades o cualquier otro motivo. A efectos jurídicos puede decirse que los acogedores que abandonan los pleitos consienten la separación de los niños a los que acogieron, al confirmarse su falta de compromiso de permanencia, dado que su estatus de acogedor no les obligaba a ella, por lo que deben aceptar el nuevo destino de los niños. Sin embargo, los niños tienen derecho a la “revisión de sus casos” surgido del fracaso del sistema de protección sin que pueda depender de adultos concretos. El sistema jurídico dispone de un órgano superior, la Fiscalía General del Estado, con un departamento específico dedicado a los niños. Éste debería revisar la vida de aquellos niños que, con el tiempo, se ha demostrado que fueron víctimas de flagrantes errores judiciales. Sobre el caso del niño del Royo recayeron dos sentencias del Tribunal Constitucional, ya analizadas previamente, dejando patente que sus acogedores agotaron las posibilidades de defensa de los derechos del niño sin que ello diese el resultado deseado. En el caso de Piedad hubo infructuosos intentos, recayendo una sentencia de la AP de Las Palmas, también analizada anteriormente, en que suponía que el interés de Piedad era permanecer en un centro, privada de familia, contrastando con el resto de jurisprudencia. La Fiscalía General del Estado debería haber llamado a las puertas de quienes fueron acogedores de los niños y ofrecer una solución para ellos y la ayuda necesaria para que reconstruyesen su historia. Al hilo de esta situación, los derechos de los niños no pueden verse violados por que los adultos que les rodean no acierten en la interposición de las demandas, ni por los retrasos de las decisiones judiciales, ni por la pasividad de particulares y organismos oficiales.

Dada la importancia de los intereses en juego, que afectan al orden público y la paz social, debería constituirse un juzgado especializado en protección infantil que se ocupase también de revisar casos de largos internamientos como los expuestos. Ello contribuiría al establecimiento del mecanismo necesario para la reparación del ISN cuando éste ha sido vulnerado. Cabría preguntarse si la falta de regulación de esta

reparación puede incurrir en responsabilidad del Estado legislador, como apuntan algunos autores respecto de otras cuestiones⁸³⁶.

2.1.2. La indefinición del desamparo

Tras la constatación de errores administrativos en materia de protección infantil y los correspondientes errores judiciales que confirman los errores administrativos pero no los corrigen adecuadamente, o que intentan corregirlos pero fracasan en el intento, el siguiente paso de la evolución que afecta al ISN consiste en no reconocer errores administrativos en cuestiones de protección infantil, lo cual hace que tampoco se reconozcan errores judiciales. Ello ha conllevado que el Tribunal Supremo haya aceptado como causa de desamparo cualquier dato que la Entidad Pública considerase y que no haya determinado doctrinalmente lo que entiende por situación de desamparo que, a partir de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio carece de relevancia, según se justificó en el capítulo tercero.

La primera consecuencia de esa indefinición del desamparo es que en raras ocasiones se ha apreciado la necesidad de indemnizar por decisiones incorrectas, aunque existen algunas sentencias en que se reconoce la responsabilidad patrimonial de las Entidades Públicas por declaraciones de desamparo improcedentes en la etapa previa a la a la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio⁸³⁷. En concordancia con ello, las enormes dilaciones de los procesos tampoco tienen relevancia, pues al reconocerse respetado el ISN mientras dura el proceso, no se requiere prever mecanismos de reparación. Cabe resaltar que el criterio del tiempo transcurrido en una nueva realidad convivencial es un criterio introducido por el propio sistema de protección, especialmente en el ámbito judicial, que no articula los mecanismos necesarios para impedir dilaciones en el estudio de los casos, además de que permite a las Entidades Públicas provocar cambios que inclinen la balanza para que el ISN se decante a favor de sus decisiones. Por otro lado, los criterios de adaptación a una nueva familia o el tiempo transcurrido en acogimiento solo se utilizan para impedir el retorno del niño a su familia biológica, pero no cuando se trata de acoplar a un niño a una familia para adopción, con oposición de la familia de acogida,

⁸³⁶ Vid. ALONSO CRESPO, *op. cit.*

⁸³⁷ Vid. MARÍN y LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 11-16, 25, 26.

en cuyo caso se utilizan otros criterios que resultan ser contrarios a los anteriores, como el de “tener capacidad de adaptación”.

Una segunda consecuencia de la indefinición del desamparo es que la pobreza y la exclusión social son causa de mercado que no interesa erradicar, siendo innegable que en el ámbito español existe una correlación directa entre dichos factores y la adopción nacional. Incluso, puede llegar a existir una confabulación para que los hijos sean usados como medio para intentar salir de la pobreza y la marginación. Al respecto, es importante analizar la sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de abril de 2010, sala de lo contencioso-administrativo, que indemniza a unos padres por la ruptura de la relación parental con su hijo declarado en desamparo, reconociendo responsable a la Administración Pública que asumió la tutela del niño; sentencia muy aplaudida por colectivos en contra de las tutelas masivas, sin un mínimo de reflexión. Dicha sentencia, si bien admite que hubo desamparo, reprocha a la Administración que no tuvo en cuenta los esfuerzos de los padres por recuperar la relación con el niño (se aprecia el mismo argumento que utilizó la madre en el caso de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio, ampliamente comentada). Sin embargo, se observa que los padres se dieron por vencidos cuando se constituyó el acogimiento preadoptivo de su hijo, constanding que la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración se produjo dos años y medio antes (20 de enero de 2005) que la adopción del niño (10 de septiembre de 2007) por lo que resulta obvio que los padres habían renunciado a la paternidad sobre su hijo con anterioridad a la adopción. Este hecho no se considera de relevancia en la sentencia y supone el verdadero error de la misma, además de que, en todo caso, la responsabilidad patrimonial sería de la Administración de Justicia pues era quien tenía la última palabra respecto del futuro del niño. Afortunadamente, esta sentencia fue revocada por la sentencia del TS, sala de lo contencioso-administrativo, de 28 de noviembre de 2012. Haber mantenido una sentencia como la dictada por el TSJ de Cataluña el 30 de abril de 2010, hubiese sido muy peligroso pues hubiese dado pie, por un lado, a la compra-venta de niños a familias de escasos recursos, a base de ofrecerles cuantiosas sumas de dinero de las arcas públicas por el desamparo de sus hijos y, por otro lado, a mantener para los niños situaciones convivenciales alcanzadas fraudulentamente, sin el más mínimo intento de recuperación de sus derechos fundamentales, a base de comprar la renuncia de sus padres a un proceso judicial. De este razonamiento se aprecia la necesidad de que se realice la revisión judicial del desamparo y ésta no dependa de la decisión de los padres que, como en el

caso expuesto, pueden no estar en condiciones de entablar un pleito judicial durante el escaso periodo de tiempo de dos meses que la ley otorga actualmente pues, incluso, el tiempo para conseguir abogado de oficio, suele ser superior a ese plazo.

Especial mención requiere la sentencia de la sección 1ª del TSJ de Andalucía en Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo 736/2011 de 11 de abril en que se aprecia que el desamparo preventivo que provocó que una niña de 9 años permaneciese separada de su familia durante dos meses, sin que finalmente se reconociese situación real de desamparo, no es objeto de indemnización. Cierto es que la ley debería prever que el desamparo preventivo provocase el derecho a una indemnización si no se llegase a demostrar el desamparo real, de forma paralela a la indemnización que se prevé para la prisión preventiva⁸³⁸. En contraste con la citada sentencia se encuentra la de la sección 4ª del TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, 184/2016 de 2 de marzo que reconoce la existencia de “daño moral en los padres y en los hijos” al aceptar la calificación que la sentencia del JPI nº 5 de Tarragona de 6 de febrero de 2012 realiza de la decisión de asumir la tutela automática por parte de la Administración, la cual, según expresa, “obedeció, más que a la constatación específica de verdaderas circunstancias que implicaran desasistencia del menor o inadecuado ejercicio de los deberes de protección paterno, a un cierto automatismo burocrático, si se acepta la expresión...”. Dicho comportamiento parece bastante generalizado en el sistema de protección.

Un efecto colateral de este comportamiento institucional es que las venganzas entre adultos se saldan, en ocasiones, con el desamparo de los niños de las familias implicadas, con denuncias anónimas sin que se aprecie la debida instrucción que conduzca a la inequívoca constatación de los hechos. Algunos ejemplos se muestran en las sentencias de la sección 3ª de la AP de Las Islas Baleares 111/2005 de 11 de marzo⁸³⁹, de la sección 18ª de la AP de Barcelona 498/2007 de 15 de octubre⁸⁴⁰, de la sección 3ª de

⁸³⁸ Vid. artículo 294 LOPJ.

⁸³⁹ Sentencia en la que apelan los padres de unos niños declarados en desamparo en la que se aprecia el siguiente texto: *El estado de desamparo fue declarado tomando en consideración datos obtenidos de modo indirecto, en algunos casos en virtud de denuncias anónimas.* El recurso de apelación fue desestimado.

⁸⁴⁰ Sentencia en la que apelan los padres de un niño declarado en desamparo en la que se aprecia el siguiente texto: *El expediente administrativo que culminó con la inicial declaración de la situación de desamparo de Luis se inició a raíz de unos hechos muy concretos, tras la denuncia de unas vecinas de la localidad y la comparecencia en el establecimiento comercial propiedad del padre de Luis. En la resolución que declaraba el desamparo, de fecha 7 de septiembre de 2005, se fundamentaba la*

la AP de Jaén 289/2010 de 26 de noviembre⁸⁴¹, de la sección 6ª de la AP de Asturias 395/2011 de 14 de noviembre⁸⁴², de la Sección 3ª de la AP de Guipúzcoa 155/2015 de 22 de junio⁸⁴³ o de la sección 2ª de la AP de Zaragoza 590/2015 de 1 de diciembre⁸⁴⁴, que producen consecuencias muy graves en los hijos.

adopció de tal medida en base a que de la documentació que obra en l'expedient queda abastament documentat el fet que al menor se li han ocasionat possibles abusos sexuals. La falta de consistència de la denúncia que motivó la apertura del expedient, el ingreso del menor en un centro tutelado y la incoacción de diligencias penales, se resolvió en el Auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vic, de fecha 28 de diciembre de 2005 que acordaba el sobreseimiento libre de las actuaciones por no considerar los hechos constitutivos de delito alguno. Contra dicha resolución, la DGAIA que no se había personado hasta la fecha en las Diligencias Penales, interpuso recurso de reforma solicitando que los hechos fueran calificados sino de abuso sexual si como constitutivos de un delito de exhibicionismo, recurso que fue a su vez desestimado por Auto del mismo Juzgado de fecha 27 de febrero de 2006. En la resolución judicial se hace constar que ni del resultado de la exploración judicial del menor, ni del dictamen elaborado por los especialistas del Hospital General de Vic, se extraía la posibilidad de que se hubiera producido ninguna situación de abuso, destacándose del referido dictamen que de la exploración del menor se desprende una relación paterno-filial vivida positivamente, sin signos de inestabilidad ni de desadaptación emocional. Asimismo, aduce que la sentencia recurrida afirma que la madre de la menor vive en unas condiciones deplorables sin aportar ningún tipo de prueba que lo acredite. El recurso de apelación fue estimado y el desamparo fue revocado.

⁸⁴¹ Sentencia en la que apela la madre de una niña declarada en desamparo en la que se aprecia el siguiente texto: *Frente a dicha sentencia se alza en apelación la actora D^a. Isabel, alegando, en síntesis, que el juzgador de instancia ha venido a incurrir en error en la apreciación de la prueba, ya que no existía ninguna situación de desamparo cuando se inició la intervención de la administración, y que todo se ha basado en múltiples denuncias anónimas presumiblemente de la misma persona, ya que utiliza en ellas idénticas expresiones, y que no se han tenido en cuenta los informes obrantes en el propio expediente administrativo en los que se afirma por la abuela que su nieta está perfectamente atendida por la madre (doc. N^o 3), así como el informe emitido por el colegio La Purísima del expediente administrativo (doc. N^o 6) en el que se manifiesta que en el proceso de aprendizaje se ha apreciado una evolución positiva, que su aspecto físico y aseo personal mejoraron, etc, así como el (doc. N^o 14) informe emitido por el colegio La Purísima, que acredita que "acude al colegio bien aseada y vestida, que su evolución educativa es normal... etc. El recurso de apelación fue desestimado.*

⁸⁴² Sentencia en la que apelan los padres de unos niños declarados en desamparo en la que se aprecia el siguiente texto: *Recurrentes tal pronunciamiento desestimatorio los citados padres biológicos de ambos menores, reiterando su pretensión tendente a que se deje sin efecto el acogimiento preadoptivo centrando en el escrito de interposición su impugnación fundamentalmente en un doble orden de razones: a) denunciar la violación de su derecho a la presunción de inocencia fundada en haberse basado la declaración previa de desamparo de ambos menores en una denuncia anónima frente a la que no pudieran defenderse, y b) estimar que la medida de protección adoptada por la Administración asumiendo la tutela de ambos hijos y proponiendo seguidamente el acogimiento preadoptivo en familia distinta a la extensa biológica no es la única ni la mas adecuada al reputar que sobre la misma ha de darse prioridad al reintegro de los menores a la familia de origen. El recurso de apelación fue desestimado.*

⁸⁴³ Sentencia en la que apelan los padres de un niño declarado en desamparo en la que se aprecia el siguiente texto: *El estado de desamparo fue declarado tomando en cuenta datos obtenidos de modo indirecto, en algunos casos a virtud de denuncias anónimas no teniendo en cuenta la declaración prestada en el acto del juicio por el padre del menor. El recurso de apelación fue desestimado.*

⁸⁴⁴ Sentencia en la que apelan los padres de unos niños declarados en desamparo en la que se aprecia el siguiente texto: *Se dice que los hechos que motivaron la resolución fueron aislados, uno la denuncia anónima de una vecina con ocasión de unos gritos en la vivienda y otro la lesión fortuita del hijo, sufrida cuando jugaba con la madre, no a consecuencia de maltrato; pero del expediente administrativo resulta lo justificado de la actuación de la Administración ante el riesgo evidente en que se encontraban los menores, no habiendo acreditado los actores estar en condiciones de atenderlos de forma adecuada y quedando asimismo constatada la incapacidad de la familia de origen para cuidarlos. El recurso de apelación fue desestimado.*

2.1.3. La postura administrativa

A partir de la connivencia del poder judicial con las decisiones administrativas en materia de protección infantil, las Entidades Públicas han adquirido un nivel de prepotencia e intervencionismo en ciertas familias en riesgo de exclusión y de estratos socio-culturales desfavorecidos, que no goza de precedente, de tal modo que se permiten reconocer, pública y abiertamente, que la crisis económica ha sido motivo directo de tutelas masivas⁸⁴⁵. La evolución en la postura administrativa frente a los usuarios del sistema de protección ha alcanzado tal nivel de autoritarismo que ha provocado un rechazo casi unánime por parte de los últimos. A su vez, este rechazo es aprovechado por las Entidades Públicas para denunciar “falta de colaboración” o el “rechazo de ayudas” como causas de desamparo con lo que, en sede judicial, se tiene la excusa perfecta para privar a los niños de sus derechos, pues el ISN deja de ser una prioridad ante una sumisión servil, que se considera necesaria.

El análisis de las resoluciones judiciales sobre el desamparo muestran que el rechazo de ayudas o la interrupción de tratamientos es uno de los factores predominantes en la determinación del desamparo, que se denuncian planteando un problema al margen de la relación entre padres e hijos, con lo que en realidad la situación del niño respecto a sus padres se desplaza a un segundo término. La sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Galicia 15/2015 de 6 de marzo alega que “ha quedado acreditado la falta de colaboración de los progenitores para cambiar su situación a pesar de que la Administración ha intentado la reintegración del menor con sus padres estableciendo programas de trabajo con los padres y sistema de visitas amplio con estos”. Restaría analizar si la propuesta administrativa era alcanzable para los padres.

En los casos analizados en el capítulo anterior, la actitud de la parte demandante (padres o acogedores) se aprecia, no tanto de sus propias manifestaciones, sino de las de la Entidad Pública que los califica de personas incapacitadas para colaborar y obedecer, teniendo en cuenta que de ello depende el bienestar de sus hijos, sean biológicos o

⁸⁴⁵ La presidenta del IMAS reconoce públicamente que en los últimos años sus competencias de protección han estado directamente relacionadas con la crisis económica, especialmente desde el año 2002. Si bien menciona ayuda a las familias, la única ayuda que proporciona el IMAS es la de separación familiar, bien a través del desamparo o la guarda administrativa. *Vid.* <https://www.youtube.com/watch?v=jzlh1B9KH0c&feature=youtu.be>

acogidos. Dicha cualidad se constata ajena a la naturaleza humana⁸⁴⁶, pero existe una explicación para ello y es que la oferta que la Entidad Pública considera colaboradora es humillante para la otra parte, lo que produce su rechazo⁸⁴⁷. Sin embargo, todos los adultos implicados en los casos expuestos mostraron buena disposición a ser ayudados por terceras personas. Carolina y Jordi aceptaron el alojamiento que les ofreció un amigo, Pilar mantuvo muy buena relación con los acogedores temporales de sus hijos, Milud y Aicha reciben ayuda de una asociación de la que se sienten muy satisfechos y los acogedores de Fabron y Aloisio se mostraron colaboradores con la pediatra del centro de protección para ofrecer todo tipo de datos sobre los niños y se prestaron a la realización de los peritajes pertinentes, constando incluso que solicitaron de la propia Entidad Pública su evaluación para obtener la idoneidad para la adopción, mientras que los de Silvano se prestaron al acoplamiento a la familia adoptante seleccionada e interpusieron recurso cuando apreciaron el sufrimiento del niño.

Resulta también interesante atender al concepto de “falta de colaboración” que se ofrece en algunos de los casos. En el caso de Pilar el auto de constitución de acogimiento preadoptivo dictado por el JPI nº 12 de Palma de Mallorca 664/2008 de 3 de noviembre de 2009 expresa que la madre “ha tenido tiempo más que sobrado para haber alcanzado la estabilidad personal, laboral y económica necesarias para cuidar de sus hijos de haber colaborado desde el primer momento con la Entidad Protectora de Menores lo que por diversas causas no ha hecho”. Pues bien, el expediente muestra que Pilar colaboró hasta el momento en que acogió a su marido en casa los días 28, 29 y 30 de junio de 2006 como se desprende de la sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 424/2008 de 22 de abril, en la que se consideró la reunificación familiar “condicionándola a que no hubiera una convivencia con el padre de los menores”, apreciándose que Pilar “continúa teniendo una relación de dependencia con Gerardo”. Por otro lado la decisión de reunificación se prolonga en el tiempo (desde la declaración de desamparo en abril de 2005 hasta julio de

⁸⁴⁶ “Resulta ser que la madre naturaleza no solo nos ha preparado para cuidar de nosotros mismos y de otros, sino también para cooperar con aquellos a los que necesitamos para sobrevivir y, sobre todo, para vivir bien. Porque a los seres humanos no nos basta con sobrevivir mal que bien, a lo que aspiramos es a vivir bien. Por eso nos interesa prolongar nuestra vida, siempre que tenga calidad.” (CORTINA, *op. cit.*, pp. 76, 77).

⁸⁴⁷ “el «proponente», cuenta con un determinado lote de créditos y tiene que dar una parte a otro jugador, el «respondente», que puede aceptar la oferta o no. Si acepta, ganan los dos lo que han convenido; en caso contrario, ninguna gana nada. [...] los respondentes tienden a rechazar ofertas inferiores al 30% del total, porque prefieren no recibir nada a recibir una cantidad humillante. Si no es en una situación de miseria, en la que algo es mejor que nada las gentes rechazan la humillación, y por eso los proponentes tienden a ofrecer del 40 al 50% del total para poder ganar una parte y no quedarse sin nada.” (*Ibidem.*, p. 79).

2006) mientras que la decisión de no retorno es instantánea, por lo que la “no colaboración” no solo no es un proceso paulatino, sino que, además, no admite rectificación. Ante tal situación, cabe preguntarse si es razonable que la Entidad Pública imponga a los usuarios condicionantes de índole personal y, lo que es más importante, si las instancias judiciales deben admitirlo, especialmente cuando de ello depende algo tan importante como las relaciones de familia, los derechos fundamentales de los implicados y el ISN.

La falta de colaboración de la que se acusa a los acogedores de Fabron y Aloisio se centra en su oposición a acoplar a los niños a unos desconocidos, ya que ellos se prestaron a adoptarlos para que no tuviesen que romper su relación e convivencia satisfactoria y respetuosa con las normas constitucionales. Pues bien, cabe decir que la obligación que se imponía a los acogedores no está recogida ni en la legislación ni en el formulario de adhesión al banco de “familias Canguro” que firmaron. En el caso indicado, el equipo técnico del servicio de protección a la infancia había tomado la decisión, aunque tardía, de establecer la adopción de los niños como medida de protección estable para ellos, decisión de la que los acogedores no pudieron participar al desconocer las concretas circunstancias que atravesaba la familia biológica de los niños con la que, además, no habían tenido ningún contacto. En ese momento, los acogedores tomaron la iniciativa de ofrecerse como familia adoptante presentando una solicitud formal⁸⁴⁸ y con los argumentos expuestos en las resoluciones judiciales. La administración rechazó de plano la opción de los acogedores, aunque encajaba perfectamente en un intento de colaboración con el sistema⁸⁴⁹, que repercutía en el bienestar de los niños. La expectativa de los acogedores era la de “ser escuchados y valorados”, además de que podían exigir una respuesta respetuosa con el interés de los niños. Posiblemente, la percepción de los acogedores coincidió con la de otros muchos acogedores que manifiestan su insatisfacción con el sistema de protección⁸⁵⁰. Es obvio que nada impide a unos adultos que han firmado un compromiso temporal, manifestar un

⁸⁴⁸ *Vid.* solicitud de adopción en ANEXO, pp. A109-A110.

⁸⁴⁹ Según el DRAE se entiende por colaborar “trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra” o “ayudar con otros al logro de un fin”.

⁸⁵⁰ “La mayoría de los acogedores están insatisfechos con el nivel de apoyo que reciben una vez iniciado el acogimiento. En concreto, las cosas que reclaman son: visitas más frecuentes de los profesionales, sobre todo para interesarse por el niño o la niña; [...], ser escuchados y valorados; trabajar en equipo; formación y apoyo continuados como parte de los contactos habituales...” (AMORÓS y PALACIOS, *op. cit.*, p. 141).

nuevo compromiso “de por vida” para después de finalizado el compromiso temporal inicial. Es lo que hicieron los acogedores del caso al solicitar la adopción de los dos niños acogidos. En relación a la Administración, destacan AMORÓS y PALACIOS⁸⁵¹ que *las decisiones que se deben tomar requieren que las partes implicadas se sientan incorporadas en la mayor medida posible a la toma de decisiones. Las familias de acogida deben ser contempladas como colaboradoras del servicio, con todas las implicaciones que esto lleva consigo*, incluso con la posibilidad de que discrepen de los argumentos administrativos. Puede decirse, incluso, que la opción de los acogedores proporcionaba una solución al conjunto de errores que la administración había ido acumulando (no establecer visitas, no actuar con celeridad y no buscar una familia definitiva desde el principio) pues proporcionaba una medida estable para los niños, que podía aplicarse inmediatamente ya que el certificado de idoneidad estaba prácticamente finalizado y la integración de los niños estaba acreditada por los propios técnicos de la administración. En contrapartida, se daba la circunstancia de que el acoplamiento a otra familia proporcionaba una medida menos estable para los niños pues requería un periodo de acogimiento para comprobar que su integración se producía adecuadamente, con el consiguiente riesgo de que no fuese así, aunque técnicamente se preveía que la integración se iba a producir con éxito. Y, por supuesto, la medida que acordaron de internamiento en centro suponía una medida nada estable y muy perjudicial para los niños, de sobras sabido por la administración. Por tanto, el rechazo de la opción de los acogedores añadió un nuevo error a las decisiones administrativas. A pesar de lo argumentado, la actitud de los acogedores se califica en la sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 633/2010 de 21 de diciembre de desleal, incluso para con los niños, y de ninguna manera se considera una colaboración con la Entidad Pública. Cabe preguntarse cual es la explicación por la cual la adopción solicitada se considera una deslealtad hacia los niños y falta de colaboración con la Entidad.

Además de esa interpretación sesgada sobre lo que es “colaboración” con el sistema, la actitud de la parte administrativa tiene múltiples matices, entre los cuales cabe apreciar que se busca un objetivo para el niño o los niños y se adaptan las interpretaciones de los hechos al objetivo que se persigue, incluso con falsedades y contradicciones que se aprecian entre distintos casos y, en un mismo caso, en momentos

⁸⁵¹ *Ibidem*, p. 77.

distintos. Tales cuestiones son defendidas con informes disfrazados de profesionalidad, emitidos por técnicos de la Entidad Pública. Es cierto que la ausencia de una fase investigadora en sede judicial y su falta de implicación en la defensa de los derechos infantiles impide que se alcance un preciso conocimiento de lo ocurrido y un análisis adecuado.

De los casos analizados en el capítulo cuarto se puede deducir que la conciencia de los problemas económicos y laborales de Pilar que le impedían cuidar adecuadamente a sus hijos se considera causa de desamparo, mientras que la “ausencia de conciencia” de problemas, en el caso de Aicha y Milud, también se considera causa de desamparo, por lo que, tanto reconociendo problemas como no haciéndolo, un niño puede ser declarado en desamparo. Por tanto, en las familias cuyo elemento común es la pobreza o la escasez de recursos, se alcanza el desamparo por vía de la tautología⁸⁵², situación que se declara en interés de los niños. El “cambio de domicilio” se considera para Servio motivo de desprotección, mientras que para los demás niños es la Entidad Pública la que impone continuos cambios de domicilio, supuestamente, como medidas de protección. Es especialmente claro en el caso de Fabron y Aloisio en que la opción de los acogedores permitía evitar ese “cambio de domicilio” de los niños. Este argumento además de mostrar incoherencia en su aplicación, oculta que el verdadero interés de un niño no es “mantener su domicilio” sino mantener sus figuras de referencia. Las contradicciones existentes en los casos concretos se demuestran desde en que los mismos informes que defendían la reunificación familiar de los hijos de Pilar, luego se usaron para defender su imposibilidad de reunificación, cambiando su interpretación. Se aprecia que las declaraciones técnicas defienden la “transición del vínculo” para Fabron y Aloisio, al tiempo que imponen la “ruptura del vínculo” que es justo lo que se trata de evitar con la transición. Se reconoce el daño sufrido por Silvano pero no que el daño sea contrario a su interés superior. Las falsedades en materias psicosociales se muestran ampliamente en el caso de Fabron y Aloisio⁸⁵³. La ausencia de vinculación a la ley se aprecia con claridad en el caso de Servio, cuando acuerda el retorno sin cumplir los requisitos legales. Los daños psicológicos que presentan los niños, todos ellos observados tras la separación

⁸⁵² Se cumple lo que afirma DOGLIOTTI que dice que “la expresión [interés del menor] corre el riesgo de llegar a ser una vacía tautología, mero adorno exterior de la argumentación”, citado en RIVERO, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁵³ Se expone que la condición de niños en acogimiento de Fabron y Aloisio debió provocar que los acogedores los trataran con distancia afectiva, o que los niños no debieron vincularse como hijos a los acogedores, pese a que éstos sí debieron actuar de padres, por poner ejemplos.

familiar, son atribuidos por la Entidad Pública a las vivencias del niño en su entorno familiar de origen. Cabe decir que este argumento ha adquirido respaldo judicial solo en los casos de impugnación por parte de la familia biológica, pero no en el caso de los acogedores que el juez rechazó de forma categórica, pese al intento de la Entidad Pública. La actuación de la Administración contra sus propios actos se aprecia con claridad en el caso de Servio en que se otorga el cuidado del niño a sus propios padres considerándole bajo tutela administrativa, o el de Fabron y Aloisio y Silvano que fueron confiados al cuidado de familias que se consideraron idóneas inicialmente, para el cuidado provisional de los niños e inidóneas posteriormente para el cuidado definitivo o estable. En el caso de Silvano no se evita el daño del cambio de familia cuando éste era previsible por el largo tiempo de acogimiento. Esta actitud administrativa provoca en los usuarios una reacción que recoge con claridad la sentencia de la sección 1ª de la AP de Tarragona 48/2012 de 1 de febrero:

por lo que desechado que las lesiones del menor en el momento de decretarse la medida de protección hubieran sido infringidas por sus padres, lo que resulta del conjunto de pruebas obrantes en autos, sin necesidad de esperar a la resolución definitiva del procedimiento penal, no se encuentra justificación alguna para que el menor no sea reintegrado al seno de su familia y al cuidado de sus padres, máxime si la Administración competente no ha concretado un motivo distinto al referido para privar a aquellos de la custodia y cuidado de su hijo, careciendo de entidad para ello la falta de colaboración con los planes trazados por unos órganos que, a los ojos de los padres, actuaron arbitrariamente y sin fundamento legal, lo que les llevó a una continua y enconada oposición que lógicamente no se compaginaba con una sumisa colaboración con sus oponentes

Dicha sentencia muestra la postura administrativa en que tras constatar que las causas del desamparo son inexistentes se niega al retorno de los niños a la familia de origen. En este caso, la familia fue indemnizada como muestra la sentencia de la sección 4ª, Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña 184/2016 de 2 de marzo, aunque este caso se aparta de lo que es habitual, pues lo normal es que el poder judicial consienta la injerencia administrativa. En definitiva, la “falta de colaboración” o “rechazo de ayudas” de las que se acusa a los usuarios expresan discrepancias respecto de las

opciones para los niños o, incluso, el rechazo de imposiciones de índole personal que, como adultos, no aceptan. Se aprecia también que los planes de trabajo imponen condiciones humillantes, tal como que los padres reconozcan el daño causado a sus hijos.

2.1.4. El inicio del retroceso en el poder administrativo

A raíz de la trayectoria que ha ido tomando el destino de los niños que entran en contacto con el sistema de protección y la deriva del poder judicial en la consideración del ISN, el poder legislativo decidió tomar cartas en el asunto indicando de forma explícita en la ley que la pobreza, la discapacidad y el hecho de ser víctima de violencia de género no son causas de desamparo. Puesto que tal pronunciamiento no proviene de la doctrina del Tribunal Supremo, como ha quedado demostrado en el tercer capítulo, pues más bien parece inclinarse por lo contrario, cabe preguntarse el motivo por el cual el poder legislativo se decanta por tal decisión. Tras ella, es fácil adivinar que la sociedad española no acepta ese modelo de protección intervencionista que, lejos de ayudar a las familias en dificultades, las segrega y denigra. Existe en la actualidad un importante movimiento social en contra del sistema⁸⁵⁴, pese al gran desconocimiento que existe entre las personas que no se encuentran afectadas por él, que supone un gran porcentaje de la población. Así, puede preverse que si se llega a alcanzar amplia difusión sobre el comportamiento institucional, el rechazo puede llegar a ser mucho mayor.

Dado el actual contenido legal, cabe preguntarse si no deberían revisarse retroactivamente los múltiples casos que han causado separaciones familiares por motivos de pobreza, discapacidad y violencia de género, a causa del impacto que tales decisiones tienen en el orden público.

No cabe duda de que la inversión de la trayectoria intervencionista que opta por los cambios familiares no va a ser inmediata. Al respecto, cabe mencionar la sentencia TS 537/2015 de 28 de septiembre en que se desprende que el motivo de separación familiar de la madre y la hija del caso es el de la violencia de género y la pobreza (a falta de

⁸⁵⁴ La proliferación de asociaciones denunciando el sistema de protección infantil es creciente (Prodeni, Aprodeme, Menores Solos, etc.). En Mallorca ha alcanzado el ámbito político desplegando una gran polémica (vid. <https://ultimahora.es/noticias/local/2017/03/22/256404/huertas-presenta-pnl-para-investigar-diez-anos-expedientes-tutela-menores-del-imas.html>).

mejores datos del expediente judicial) y que, sin embargo, prevalecen como causas de desamparo e impiden a la niña regresar con su madre, dándose la circunstancia de que en el momento en que el Tribunal Supremo dicta sentencia ya está vigente la ley que excluye la pobreza y la violencia de género como causas de desamparo.

2.2. La diferencia de criterios

En el capítulo tercero se ha expuesto la diferencia de criterios para la delimitación del ISN, poniéndose de manifiesto la discriminación del niño sujeto a medidas de protección, que se aprecia tanto en la aplicación de criterios generales que deberían afectar por igual a cualquier niño, por el hecho de serlo, como en la aplicación de criterios específicos de protección que se aplican de forma arbitraria según el destino que se pretenda para el niño y no con miras de satisfacer sus necesidades ante su concreta situación.

2.2.1. Criterios generales

En virtud del análisis realizado en el capítulo tercero acerca de los criterios generales para la evaluación del ISN, ha de concluirse que el hecho de que los criterios utilizados ante un asunto de protección infantil sean distintos de los utilizados en otros procesos, es una disfunción del sistema judicial. Afirmar lo anterior, sin más, y aunque los hechos hablen por sí solos, no es suficiente para poner en duda la independencia del poder judicial, premisa de la que hay que partir, salvo que pueda probarse un interés expreso y desviado en que el estado de las cosas sea como es.

El poder judicial, incluso en las más altas esferas, más que interés en que el sistema de protección funcione como funciona, muestra, al parecer, desinterés por solucionar unos problemas que nunca le alcanzarán. Todas las personas que forman el poder judicial pertenecen a un estatus social privilegiado, han tenido acceso a la educación superior y, quizás, están imbuidas de aquella ideología, que no es nueva en España, dirigida a procurar a los niños “buenas familias” en las que crecer, de las que quizás ellos mismos formen parte. No es ese, quizás, su único desinterés. Puede que exista desinterés en afrontar una casuística de escaso relieve desde el punto de vista

cuantitativo, como la de los padres, acogedores y familiares que pleitean contra poderosas Entidades Públicas, pues con su desinterés lo que provocan es que no exista ni siquiera quien quiera defender estas causas que están perdidas de antemano, con lo que los casos tienden a descender, quizás hasta lograr la total eliminación, convirtiéndolos en casos incontrovertidos a base de someter a la sociedad. Puede que el poder judicial muestre desinterés por atender los derechos fundamentales de unos niños de los que, quizás, se espera que en el futuro, puedan agradecer la desidia de quienes forman parte de ese tercer poder. Puede que exista desinterés en enfrentarse a la opinión pública con casos tan escandalosos y dramáticos como los que ofrecen, en ocasiones, las noticias, a base de conseguir que los débiles claudiquen. Puede que exista desinterés en enfrentarse a un aparato burocrático mastodóntico, la Entidad Pública, del que el poder judicial presume el mismo desinterés que el propio.

Con su comportamiento, el poder judicial no solo ha manifestado su disfunción ratificando decisiones administrativas incorrectas, sino que ha contribuido de forma autónoma a vulnerar derechos fundamentales en ciertos niños, impidiendo la correcta delimitación de su interés superior. Así es, ya que cuando un órgano jurisdiccional se niega a pronunciarse sobre un caso que afecta a un niño y que llega a su conocimiento, incide en la discriminación de ese niño respecto a otros cuyo interés superior ha estudiado.

Si fue inicialmente la sociedad civil la que impulsó la independencia del poder judicial frente al poder político⁸⁵⁵, cuando el primero se rinde ante la implacable potencia dominadora de un sector administrativo, se puede afirmar que está en peligro el Estado de Derecho⁸⁵⁶.

⁸⁵⁵ “¿Qué hubo de hacerse en ese proceso de cambio para conseguir que el Poder Judicial fuera un verdadero Poder? Hacer que el Poder Político, presionado la mayor parte de las veces por los agentes sociales, creyera en él, proclamando formalmente que existe un Poder Judicial y regulándolo como tal. Se le deja, entonces, al mismo nivel que el Poder Político y Legislativo; como un verdadero tercer Poder del Estado. Esto únicamente sucede en mi país, España, tras la Constitución democrática de 1978, que sienta las bases del gran cambio frente a la dictadura Franquista.” (GÓMEZ COLOMER, “El largo camino hacia la verdadera independencia judicial: de la Revolución francesa a nuestros días –una historia de utopías, mitos y realidades–”, *Cuadernos de Derecho Penal*, enero-junio, 2014, p. 16).

⁸⁵⁶ «“Sois inamovibles en vuestro cargo, porque sois responsables de vuestros actos”. Esta frase, atribuida al jurista liberal español Eugenio Montero Ríos, quien fue Ministro de Gracia y Justicia a finales del siglo XIX y Presidente del Gobierno a principios del siglo XX, pone el dedo en la llaga y reitera como indiscutible, que responsabilidad e independencia judicial, caminan juntas; ambas, constituyen uno de los pilares esenciales del funcionamiento imparcial del Poder Judicial, así como una de las bases de la Democracia, pues sin jueces justos no hay Estado de Derecho.» (*Ibidem.*, pp. 13, 14).

2.2.2. Estrategias utilizadas por las Entidades Públicas

Del análisis de los casos del capítulo cuarto se pueden extraer una serie de comportamientos administrativos causados, sin duda, por la abierta tolerancia judicial hacia las Entidades Públicas que provoca que exista una enorme desproporción entre la Administración y los particulares en un conflicto judicial en cuestión de protección a la infancia, otorgándose plena credibilidad a los argumentos administrativos sin que se aprecie que aporten las pruebas demostrativas sobre ellos y sin que se contrasten con los de la parte contraria. Así, la actitud administrativa ante una oposición a resolución administrativa, se permite primero causar daño a los niños, incluso reconocerlo, y luego justificarlo en aras a lograr el objetivo que persigue. Se permite, igualmente, utilizar argumentos falsos amparándose en la presunción de objetividad de los testimonios e informes de los funcionarios públicos. Se permite introducir contradicciones en distintos momentos del proceso o interpretar unos mismos datos de distinta forma en distintos momentos. Se permite realizar manifestaciones con total ausencia de pruebas demostrativas o datos corroborativos acerca de ellas. Se permite imponer a los usuarios condiciones abusivas y al margen de la ley. Se permite realizar un uso arbitrario del concepto del ISN que se orienta a satisfacer las pretensiones administrativas sin respetar lo que beneficia a los niños ni evitarles perjuicios.

En definitiva, respecto de la actuación de la Entidad Pública se pueden apreciar ambiguas referencias al concepto indeterminado del ISN y del desamparo⁸⁵⁷, el incumplimiento de los límites de la discrecionalidad administrativa⁸⁵⁸ y su desvinculación de la ley y el Derecho⁸⁵⁹.

⁸⁵⁷ “Otro aspecto de la cuestión reside en la distinción que suele hacerse por nuestra doctrina jurídica y por la jurisprudencia entre discrecionalidad y *conceptos jurídicos indeterminados*. Con esta última expresión, [...] se hace referencia a los casos en que la ley describe el supuesto de hecho que permite una decisión de la Administración (más raramente su consecuencia jurídica) a través de conceptos abstractos, que sólo pueden ser concretados en su aplicación práctica. [...]

Para la aplicación de un concepto como éste al caso concreto la Administración debe hacer una valoración, fundada en criterios técnicos y en razonamientos lógicos. Ahora bien, doctrinal y jurisprudencialmente se sostiene en muchos casos que al aplicar los conceptos indeterminados la Administración carece de discrecionalidad. Y ello porque la ley no le permite optar por distintas soluciones igualmente válidas, sino por una sola.” (SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, p. 96).

⁸⁵⁸ “El ejercicio de una potestad discrecional cuando no concurren los *hechos determinantes* del mismo es contrario a Derecho. Como tiene declarado el Tribunal Supremo (entre otras STS de 1 de diciembre de 1986), «la existencia y características [de los hechos determinantes] escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración». La Administración no puede, pues, tergiversar la realidad o desfigurarla como fundamento del ejercicio de sus potestades. Por tanto,

La actuación de las instancias judiciales es, ciertamente desconcertante, pues pese a apreciar los errores en que incurre la Administración, no provoca ningún efecto jurídico, por lo que no existirá ninguna mejora en su actuar. Al contrario, los errores de la parte demandante, siendo únicamente, manifestaciones de la parte contraria (la Administración), no se comprueban, se magnifican y tienen gravísimos efectos jurídicos⁸⁶⁰. Se aprecia, a su vez, que las instancias judiciales otorgan una gran relevancia al hecho de la discrepancia de los usuarios respecto del ente administrativo de protección, de tal modo que la falta de sometimiento a los designios administrativos incide, en gran medida, en la desestimación de las solicitudes de los particulares en vía judicial. Este hecho supone un doble defecto por parte del órgano judicial. Por un lado, la inobservancia de los derechos civiles de los demandantes que, en tanto, que personas físicas, ostentan. Por otro lado, la falta de exigencia de la parte demandada a las condiciones que rigen el Derecho administrativo, como corresponde a su calificación de ente administrativo.

2.2.2. Criterios para la satisfacción de las necesidades básicas del niño

Resta analizar el papel de los niños en el complejo entramado de relaciones personales e institucionales implicadas. Se aprecia con claridad que el niño es un elemento extraño al proceso cuando debería ser el centro y orientación de las decisiones, tanto administrativas como judiciales. Puesto que el comportamiento de los adultos respecto a la Entidad Pública domina la orientación de las decisiones judiciales, la relación y los afectos del niño con los adultos cuidadores o potenciales cuidadores carece de importancia, de tal modo que, ni siquiera, es objeto de prueba rigurosa que interese al tribunal. Ello conlleva,

los hechos en que se basa el ejercicio de la discrecionalidad deben ser ciertos y su existencia o inexistencia puede ser objeto de prueba, cuyo resultado condiciona la legitimidad del uso de la facultad discrecional.” (*Ibidem.*, p. 98).

⁸⁵⁹ “El sometimiento de la Administración a la ley es, pues, una consecuencia directa del Estado democrático de Derecho, en cuanto que la ley es el producto del órgano directamente representativo de la voluntad popular [...].

La ley no agota, sin embargo, el ámbito del Derecho. El Derecho es algo más, pues el Estado moderno conoce una pluralidad de fuentes de producción normativa, más aún en la medida en que se integra en una organización internacional y, en nuestro caso, en una organización supranacional, la Unión Europea, una y otra cada vez más estructuradas. [...]

Derecho son, pues, también los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados en España (art. 96.1 CE) y las normas jurídicas que aprueban las instituciones de la Unión Europea.” (*Ibidem.*, pp. 88, 89).

⁸⁶⁰ *Vid.* carencias parentales de las que no se aporta prueba o daños psicológicos sin sustento pericial riguroso.

incluso, que no se evalúen los cambios acaecidos en las familias, pues mientras se mantiene la confrontación de ésta con la Entidad Pública eso es lo que dirige la respuesta judicial.

La importancia de los aspectos psicosociales en asuntos que afectan a personas menores de edad radica en la estrecha relación que guardan con el derecho fundamental al ISN que vincula a todo ciudadano e institución, por lo que tanto las personas individuales, como las instancias administrativas y las judiciales están obligadas a contemplarlo.

Teniendo en cuenta las cuestiones psicosociales que rodean la vida de un niño, la CDN en su articulado recoge el derecho de los niños a crecer en un ambiente familiar, primordialmente, aquel en el que ha nacido. Sin embargo, hay niños que, por diversas circunstancias, no pueden convivir en sus familias biológicas. En estos casos, la legislación vigente promueve el acogimiento familiar frente al residencial, siendo responsabilidad de la Administración Pública la búsqueda de la familia idónea para el acogimiento. Éste genera nuevas relaciones de convivencia que adquieren una relevancia significativa debido al desarrollo de fuertes vínculos afectivos y voluntad de mantener la relación establecida. Sin embargo, ello no debe ser obstáculo ni para que el acogimiento se establezca, ni para que el niño retorne a su familia de origen, según sea su mayor interés. Por otro lado, el internamiento en centro institucional de un niño perjudica su salud afectiva, por lo que supone casi siempre la vulneración de su interés superior, concepto jurídico cuyo respeto supone un derecho fundamental para todo niño, resultando únicamente ajustado a Derecho en ausencia total de posibilidad de acogimiento familiar.

De lo resuelto en los capítulos tercero y cuarto se desprende que los motivos de desamparo están destinados a favorecer la desmembración familiar. De la modalidad de los acogimientos, se aprecia que, tanto el permanente como el temporal, no tienen ninguna diferencia en cuanto a la estabilidad que ofrecen al niño que siempre queda a merced de las decisiones administrativas y judiciales. La provisionalidad de los acogimientos es la misma cualquiera que sea su modalidad, excepto la del acogimiento preadoptivo. De las distintas fórmulas que los litigantes acogedores utilizaron para mantener la convivencia con los niños acogidos se desprende que a los que solicitaron acogimiento permanente se les reprochó que produce “estado de confusión” o que “no

tiene efectos de filiación”, mientras que los acogedores que solicitaron la adopción se les acusó de “fraude de ley”, aunque no quedó acreditado en qué modo se produce ese fraude. En el caso de los niños bajo tutela, tanto si se acreditaron daños como si no, el resultado es el mismo, es decir, el cambio de familia y la pérdida afectiva. Para estos niños, además, se considera un elemento de su interés superior el “ser adoptados”, aun a riesgo de romper sus lazos afectivos con una familia previa que no tenga posibilidades de adoptarlo.

Comparando los distintos pronunciamientos judiciales se aprecia el distinto tratamiento que se ofrece a los niños que están bajo la tutela del Estado de aquellos que no lo están, pues mientras a los primeros se les conculca el derecho a mantener sus vínculos afectivos tanto si son biológicos como si no lo son, a los segundos se les reconoce el derecho a comunicarse y relacionarse con las personas de su esfera afectiva, aun sin tener con ellas vínculos biológicos. A estos últimos se les reconoce, incluso, el derecho a mantener una relación jurídica fortalecida, con el reconocimiento de la filiación. Por tanto, a los niños bajo la tutela de la Administración Pública no se les reconocen las mismas necesidades básicas que al resto de niños, por lo que su interés superior no es valorado en la misma medida, lo que permite determinar que el concepto del ISN es vulnerado, quedando afectados sus derechos fundamentales, especialmente los artículos 10 y 15 CE.

2.3. El cambio de modelo de protección

En el apartado de este mismo capítulo referido al ámbito legal se proponen cambios legales que inciden en una distinta concepción del modelo de protección y que resulta necesario justificar. Si, tanto el poder judicial como las Entidades Públicas, tienen desinterés en que un niño determinado tenga una familia determinada y concreta, procede cuestionarse el motivo por el cual el sistema de protección es como es, pues lo que ofrece a la sensibilidad de expectantes ciudadanos corrientes es que ha sido diseñado para que familias señaladas sean oportunamente provistas de hijos de otros.

En primer lugar, cabe cuestionar el hecho de que la Entidad Pública deba ser parte procesal. Si bien en los procesos contencioso-administrativos, los entes administrativos

son parte procesal⁸⁶¹, la justificación para ello proviene de la propia cuestión debatida que afecta, en el caso en que se esté ante el “interés legítimo” de la Administración, a la validez o la forma del acto administrativo impugnado⁸⁶², cuestión que no ocurre en los casos de oposición a resoluciones administrativas en materia de protección en que la validez del acto administrativo no se cuestiona⁸⁶³, sino, por norma general, su contenido discrecional. En este sentido, cabe preguntarse si la Entidad Pública puede tener “interés legítimo” en que un determinado niño sea declarado en desamparo o un niño concreto sea movido de su familia de acogida para ser internado en un centro o iniciar un acogimiento en otra familia, por poner casos de los tratados en la presente tesis. Todo parece indicar que la Entidad Pública no puede ostentar ese “interés legítimo” respecto del contenido de los actos que se impugnan a través del artículo 780 LEC, pues si lo tuviese se estaría admitiendo que la injerencia administrativa en el ámbito familiar es legítima, más allá del interés público defendido que es lo que realmente da sentido a su tarea. Además, esto viene corroborado por las apreciaciones de ciertas resoluciones judiciales que avalan la falta de interés por parte de las personas que deponen en favor de la Entidad Pública⁸⁶⁴. De ahí se deduce que, si la Entidad Pública no ha de tener interés legítimo en el resultado del pleito, no corresponde, desde el punto de vista procesal, que sea parte del proceso.

⁸⁶¹ “El criterio general es que cada Administración, ya sea la del Estado, Comunidades Autónomas, Entidades locales territoriales y organismos o entidades instrumentales pueden defender en juicio la esfera de los intereses públicos de su competencia, ya se aluda para ello a su «derecho o interés legítimo», al «ámbito de su autonomía» o al «ámbito de sus fines».” (SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, p. 871).

⁸⁶² “La Ley recuerda la naturaleza de control en derecho que tiene el recurso contencioso-administrativo y de ahí que precise que no pueden los Jueces y Tribunales determinar el contenido discrecional de los actos que anulen.” (Preámbulo de la LJCA).

⁸⁶³ Resulta patente que el acto administrativo que declara el desamparo de un niño o cesa un acogimiento temporal es un acto atribuido a la Entidad Pública por disposición legal.

⁸⁶⁴ “Así resulta de la declaración de Don Simón, educador social del Consell a cuyo testimonio se otorga plena veracidad ya que, si bien es trabajador del Consell, ningún interés se le presume en el caso de autos”. (sentencia de la sección 4ª de la AP de Las Islas Baleares 194/2016 de 15 de junio).

“Por otro lado contamos con el informe pericial aportado por los demandantes, que pone de manifiesto, una actitud totalmente normal en las relaciones paterno filiales, para nada falta de cariño, siendo los padres totalmente idóneos para el desarrollo de su función parental. Este Juzgador considera más ajustadas a la realidad e incluso mucho más objetivas las declaraciones e informes de los psicólogos y técnicos de referencia de los menores, que el informe de la perito, pues todas y cada una de las testificales coinciden fiel y exactamente en los distintos puntos descritos con anterioridad y que suponen una clara infracción de los deberes paterno filiales, coincidiendo todos y cada uno de ellos en la falta de idoneidad de los padres y la clara situación de peligro y perjuicio de los menores, siendo sus testimonios totalmente objetivos, pues ninguna relación tienen con las partes, y ningún interés tienen en privar a los actores de la guarda y potestad de los menores, sin perjuicio de su condición de profesionales que trabajan para bienestar social, en cambio la perito ha sido contratada por la parte demandante para emitir un informe favorable, considerando además este Juzgador que el informe no es exhaustivo, que se basa en una serie de test y entrevistas, y en cambio las testificales se basan en hechos objetivos y episodios que han vivido y presenciado.” (sentencia del JPII N° 4 de Toledo de 7 de mayo de 2012(rec. 860/2010).

En segundo lugar, procede acentuar el escaso relieve que se otorga a familiares y amigos de los adultos usuarios del servicio de protección, a los que no se permite ofrecer soluciones de cuidado para sus niños, lo cual es otra muestra del fuerte intervencionismo del que está afectado el sistema. Ciertamente es que en un sistema de protección en que la separación familiar de un niño fuese objeto de revisión inmediata sin que la Entidad Pública fuese parte procesal, se solucionarían los problemas derivados del hecho de que la citada Entidad pueda imponer la convivencia de un niño en determinada familia y defenderlo en los juzgados con contundencia. Impidiendo la injerencia administrativa, un caso como el que presenta la sentencia TS 582/2014 de 27 de octubre, en que un niño se encuentra bajo la “guarda de hecho” de su abuelo, nunca llegaría a los tribunales, pues el citado niño no se encontraba en desamparo, cuestión que ha sido objeto de estudio por parte de distintos juristas⁸⁶⁵ existiendo una práctica unanimidad en considerar la

⁸⁶⁵ “Al hacer referencia al concepto de desamparo la doctrina se ha cuestionado si es posible que se dé el mismo cuando un menor se encuentra asistido correctamente por una persona que no es uno de sus padres biológicos, incluso sin relación familiar con el mismo. Este elemento tiene una trascendencia fundamental ya que, de la postura que adoptemos, dependerá el que la entidad pública de protección de menores asuma la tutela automática, o, por el contrario, se utilice otro mecanismo de protección como puede ser la llamada guarda de hecho y, todo ello, sin perjuicio de adoptar las medidas que se consideren precisas en el caso de que se detecte una situación de riesgo pero, en este caso, sin separar al menor de su entorno.

La guarda de hecho es mecanismo protector que se produce cuando un menor vive con una familia distinta a la de origen, y se hace cargo de él sin intervención administrativa y judicial. El guardador custodia al menor, le protege e incluso gestiona su patrimonio sin tener ninguna potestad sobre el mismo y sin que existan formalidades legales. Los que la ejercen se obligan, actuando en interés del menor, a tenerlo en su compañía, cuidarlo, alimentarlo y proporcionarle una formación integral. Si el guardador ejerce bien estas funciones no existirá privación de la asistencia moral y material.

Nosotros creemos que, frente a lo que se ha entendido en muchos casos por las entidades públicas de protección de menores, a la administración le debe ser indiferente si esa asistencia se presta por los progenitores o por otras personas como guardadoras de hecho. La idea básica es que el desamparo no se decreta en atención a la situación subjetiva de los padres, sino en relación con la situación objetiva del menor. Dicho de otro modo, si el menor está debidamente atendido, sea por quien sea, no existirá desamparo. En el caso de que exista una persona idónea -abuelo, amigo,...-, guardador de hecho del menor, aunque éste no esté obligado a prestar la asistencia, no debe declararse el desamparo, ya que éste no existe. La guarda de hecho, a nuestro entender, impide el desamparo.

[...]

Indica Álvarez de Toledo Quintana que «la doctrina científica que se ha ocupado de las relaciones entre guarda de hecho y tutela administrativa ha defendido que la existencia de un guardador que atiende de modo efectivo a las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo y por ende, la tutela administrativa». Añadiendo que, en este punto, la doctrina ha alcanzado una «rara unanimidad».

Martínez de Aguirre indica de forma tajante: «Necesariamente la guarda de hecho excluye que «de hecho» se produzca el desamparo del menor». En igual sentido se manifiesta Ruiz-Rico Ruiz-Morón.

Pérez Martín mantiene también esta postura, al indicar que a la Administración le debe ser indiferente si la asistencia moral y material la prestan los progenitores u otras personas, ya que hay que partir de la idea básica de que el desamparo no se decreta en atención a la situación subjetiva de los padres, sino en relación con la situación subjetiva del menor. Para este autor si el menor está debidamente atendido no procederá la declaración de desamparo.” (FÁBREGA, “Desamparo de menores y guarda de hecho. Breve nota sobre los efectos de la concurrencia de ambos” en GONZÁLEZ y MÉNDEZ (coordinadores), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Volumen 1, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2004, pp. 1541-1543).

inexistencia de desamparo cuando un niño está bien atendido sea por quien sea. A ello hay que añadir que si los guardadores son designados por los padres, son éstos los responsables. Vendría a ser el caso en que los padres salen de viaje y dejan al hijo al cuidado de un tercero. Ante esto, sorprende que la ley actual se haya decantado por considerar que la “guarda de hecho” es motivo de desamparo (pues de la literalidad del precepto del artículo 18.2 a) LOPJM no cabe interpretar otra cosa distinta) en contra de los argumentos de prestigiosos juristas y también de la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia TS 582/2014, de 27 de octubre, antes citada, que expresa que:

cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección.

A su vez, limitando la injerencia administrativa se impediría el cambio de un niño de una familia de acogida a otra familia de acogida distinta⁸⁶⁶, salvo que la familia acogedora consintiese ese cambio. Estos impedimentos no son caprichosos, sino que tienen su fundamento en los estudios psicosociales que denotan el daño psicológico que tales cambios producen al niño, lo que supone que un cambio de esa índole sea anticonstitucional al vulnerar derechos constitucionales del niño. En efecto, una vez establecido un acogimiento, la Administración pierde el control de la relación y no puede actuar salvo para salvaguardar el interés del niño acogido y el respeto a sus derechos, como haría con cualquier otro niño en el ejercicio de sus funciones tuitivas. Así, no es competencia administrativa sustituir la familia de un niño por otra. En definitiva, la ley debería impedir toda actuación institucional en ausencia de situación de desprotección.

El juzgado especializado en materia de protección infantil debería evaluar la situación que se le presente contando con la ayuda de especialistas capaces de cuantificar

⁸⁶⁶ Vid. sentencias de la sección 18ª de la AP de Barcelona 295/2010 de 10 de mayo, sentencia de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 55/2012 de 7 de febrero, auto de la sección 1ª de la AP de Albacete 22/2011 de 4 de abril, sentencia de la sección 6ª de la AP de Alicante 203/2014 de 24 de septiembre, sentencia de la sección 4ª de la AP de las Islas Baleares 45/2015 de 11 de febrero.

los daños del niño, tanto físicos como psíquicos, por lo que, al menos, convendría que estuviese formado por un médico y un psicólogo que asesoren al juez mediante sus correspondientes informes, entre los que debiera ser de especial relevancia el informe psicosocial del conjunto de la familia⁸⁶⁷.

2.4. Evitar la fractura social

El funcionamiento del sistema de protección, en el que se incluye tanto a las Entidades Públicas como la Administración de Justicia que comprende la fiscalía y el poder judicial, empieza a inocular en ciertos colectivos un sentimiento de desconfianza que es necesario atajar antes de que alcance niveles mayores. Si bien las primeras reformas del sistema tras la democracia pretendieron librar a la sociedad de unos procedimientos establecidos al margen de la ley, que asignaban niños a familias con criterios ciertamente rechazables; transcurrido el tiempo, puede decirse que los procedimientos y los resultados son similares a los de antaño, con la diferencia clave y destacable de que los protocolos actuales están revestidos de legalidad y de que existe un aparato burocrático que los defiende y propugna.

Del análisis de la jurisprudencia se aprecia con nitidez la existencia de un grupo social segregado al que no se reconocen derechos familiares ni personales con las garantías que exige el Estado de Derecho a todo ciudadano y persona por el hecho de serlo. Es un grupo denigrado a nivel social, pero especialmente “maltratado” por el poder judicial, tanto en sus miembros adultos como en los niños. A éstos se les declara en desamparo sin una prueba contundente sobre el mismo, mientras que a sus familiares adultos se les impone la “condena civil” de vivir alejados de sus hijos, sin presunción de inocencia.

Por otro lado, existe otro grupo formado por las personas que se adhieren a las llamadas “listas de adopción” a los que se otorgan unos supraderechos que operan en

⁸⁶⁷ “El **objetivo de este informe** en los casos de custodia debe estar siempre predeterminado por las **preguntas efectuadas por el Juez de oficio o a solicitud de las partes**, que debe ser contestado de manera sencilla y detallada proporcionando al Juez información relevante, fundamentada y comprensible.” (CUENCA, “Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia”, 2014, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4925-los-dictámenes-psicosociales-en-los-procesos-de-familia/> [consultada el día 22 de diciembre de 2016].

detrimento de los derechos que se restringen a los del grupo denigrado, especialmente, a los niños de ese último grupo que entran en contacto con los adultos del primero, a los que se impide relacionarse con cualquier miembro de su familia de origen, incluso con aquellos familiares que no tuvieron responsabilidad alguna en su situación de desamparo, tales como hermanos o abuelos.

En el estadio intermedio se encuentra la mayoría de ciudadanos en que una gran diversidad es desconocedora del funcionamiento del sistema de protección infantil, mientras que una reducida parte está formada por aquellos que se han ofrecido solidariamente al acogimiento de un niño necesitado que no han podido permanecer ajenos al funcionamiento del sistema y que se han posicionado a favor de los derechos del grupo denigrado o a favor de los del grupo de adoptantes. Por supuesto, las familias de acogida que se oponen judicialmente a resoluciones administrativas son despojadas de sus reconocimientos de idoneidad y eliminadas de las listas para acogimiento. No cabe duda de que este panorama informa de una división que se dirige inexorablemente hacia una fractura social, en que las instituciones internacionales han empezado a tomar partido⁸⁶⁸.

En este complejo entramado de intereses ocultos, el niño del grupo denigrado transita por el acogimiento hasta llegar a la adopción en una familia privilegiada, en el que los criterios del ISN se adaptan al objetivo que se quiere alcanzar para el niño, siendo preponderante aquel que haya decidido la Entidad Pública del que, raramente, la autoridad judicial se atreve a discrepar. Muestra de ello es que para impedir que unos niños en acogimiento preadoptivo puedan ser acogidos por sus abuelos se dice que “ningún dato permite afirmar que el cambio del régimen de acogida sea beneficioso para los niños”⁸⁶⁹ y para impedir que unos niños permanezcan en su familia de acogida “no

⁸⁶⁸ “El Comité acoge complacido la inclusión en la legislación del principio del interés superior del niño, así como su uso por jueces y magistrados en decisiones que afectan a los niños, pero sigue mostrando su inquietud por la falta de un proceso uniforme para determinar lo que constituye el interés superior del niño, así como por las diferencias existentes entre las comunidades autónomas respecto de la concepción y aplicación del principio, especialmente en los casos relativos a niños extranjeros no acompañados, y en la repatriación y la adopción.

28. El Comité recomienda al Estado parte que:

a) Adopte todas las medidas adecuadas para asegurarse de que el principio del interés superior del niño oriente todas las medidas y decisiones que adopten los gobiernos central y autónomos en relación con las disposiciones jurídicas, así como las decisiones judiciales y administrativas, que repercutan en los niños” (Comité de los Derechos del Niño, 55º período de sesiones, 2010).

⁸⁶⁹ *Vid.* sentencia TS 444/2015 de 14 de julio.

preadoptiva” se dice que “no ha quedado acreditado que el paso de los menores al establecimiento de acogida y con la familia de adopción sea perjudicial”⁸⁷⁰. Invirtiendo los argumentos, en el primer caso se podría decir que “no ha quedado acreditado que el paso de los niños con sus abuelos sea perjudicial”⁸⁷¹, mientras que en el segundo caso podría decirse que “ningún dato permite afirmar que el cambio del régimen de acogida sea beneficioso para los niños”⁸⁷², con lo que el destino de los niños habría sido de signo contrario. No cabe duda de que esta última delimitación del ISN habría sido acorde con la propia que el Tribunal Supremo ha establecido para otros niños, tanto para aquellos que no estaban bajo tutela pública, o para aquellos que habían alcanzado una familia del grupo privilegiado.

⁸⁷⁰ *Vid.* auto TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012).

⁸⁷¹ Tal pronunciamiento sería acorde con el de las sentencias TS 359/2013 de 24 de mayo, TS 576/2009 de 27 de julio, TC 138/ 2014 de 8 de septiembre, entre otras.

⁸⁷² Tal pronunciamiento resultaría de la aplicación de la doctrina dictada en sentencia TS 565/2009 de 31 de julio.

CONCLUSIONES

1. El interés superior del niño es un concepto jurídico que nació como principio abstracto en las legislaciones europeas del siglo XX y fue delimitando sus contornos hasta ser calificado de consideración primordial, alcanzar amplio consenso universal y ser coronado como cuestión de orden público en cuyo logro debían implicarse los poderes del Estado y todos los ciudadanos cualquiera que fuese su relación con el niño.
2. En la actualidad, el interés superior del niño está categorizado como concepto jurídico indeterminado, en cuya delimitación se debe tener en cuenta que es un derecho fundamental del niño, sus concretas circunstancias tanto en el plano físico como psíquico, moral y espiritual, sopesando los pros y contras de las opciones posibles para el futuro del niño, impidiendo así, que permanezca en el plano de lo abstracto.
3. En el marco del derecho español, el concepto del interés superior del niño se ha integrado en el marco legal siguiendo las directrices de la CDN, respetando las marcadas por la Unión Europea, de tal modo que en la materia de protección infantil se ha incluido un precepto legal en el que se ofrecen unos criterios precisos para aplicar correctamente el citado concepto. Se aprecia, así, que el concepto del interés superior del niño es de especial relevancia en el marco de la protección infantil, ya que las medidas de separación familiar pueden incidir negativamente en el interés superior del niño si no están plenamente justificadas.
4. Desde el punto de vista material, para alcanzar el interés superior del niño es necesario respetar lo que más le beneficia que, por norma general, es su propia familia, velar por el cumplimiento de sus derechos fundamentales y evitarle todo perjuicio. En caso de que, por algún motivo, se haya tomado una decisión contraria al interés superior del niño, su reparación afecta también al contenido propio del concepto.

5. El marco legal para la protección infantil ha de estar orientado para favorecer las soluciones que mantengan al niño en su núcleo familiar de nacimiento. Lo ideal es que todo niño crezca bajo la patria potestad de sus progenitores, ahora bien, cuando esto no es posible la legislación debe facilitar opciones que favorezcan el cuidado del niño bajo la responsabilidad de personas concretas, dejando la tutela pública para casos excepcionales en que ninguna persona pueda hacerse cargo del niño y deba permanecer en un centro institucional.

6. Las medidas de protección infantil han de ser ajustadas a las necesidades del niño y su familia respetando al máximo la idiosincrasia y estilo de vida familiar, de tal modo que si únicamente se revelan dificultades económicas y/o laborales se declare la situación de riesgo ayudando a la familia a superar sus problemas, valorando sus posibilidades dentro del marco sociocultural en que se encuentra ubicada. Si, por el contrario, se revela que el niño es víctima de perjuicios graves y continuados en su propia familia, procede declarar la situación de desamparo. Para identificar situaciones de riesgo y desamparo se propone acudir a motivos tipificados objetivos para huir al máximo de percepciones subjetivas de la persona evaluadora que respondan más a una concepción preconcebida sobre su “ideal de familia”. La adopción debe ser una medida de protección adecuada a aquellos niños para los cuales su familia de origen muestre el mayor desinterés, sin que en ningún caso deba presentarse como la única opción estable para el niño, pues la “guarda de hecho” o la “tutela ordinaria” sin contenido patrimonial pueden plantearse como opciones de estabilidad válidas hasta la mayoría de edad del niño, permitiendo respetar las relaciones afectivas que haya establecido.

7. La ley distingue con claridad los efectos que producen las situaciones de riesgo y desamparo y, sin embargo, no se establece una frontera nítida que distinga una de otra, pese a la mejora que ha supuesto la delimitación realizada por la reforma del año 2015 con las leyes LSPIA y LOSPIA. Algo similar ocurre con las modalidades de acogimiento o, incluso, otros tipos de guarda en que la ley que no ofrece criterios claros para establecer uno u otro, dejando amplio margen a la discrecionalidad administrativa. Resulta, además, muy confusa, la situación de los padres respecto de su capacidad para el ejercicio de la patria potestad en función de las medidas de protección establecidas para sus hijos, o alguno de ellos, por lo que los conceptos

implicados, requerirían de una revisión legal a fin de facilitar su comprensión y aplicación.

8. La ley otorga un protagonismo significativo a las instituciones en materia de protección infantil, haciendo necesaria su actuación cuando la familia no protege adecuadamente al niño. Ahora bien, debería potenciarse el papel de la Administración de Justicia, relegando el ámbito de la Entidad Pública a la actuación para paliar o eliminar situaciones leves de desprotección, poniendo en conocimiento de la autoridad judicial las situaciones graves que impliquen separación familiar, para la inmediata apertura de un proceso judicial en que la Entidad Pública no sea parte procesal, sino meramente informadora de la investigación realizada y las pruebas conducentes a la decisión de separación del niño del ámbito familiar, en que además existan las presunciones legales que normalmente se reconocen en las relaciones paterno-filiales.
9. La ley muestra una serie de lagunas legales en lo que se refiere a la concreción de aspectos referidos a su aplicación práctica, pues si bien del propio texto legal se desprende la intervención de varios niveles de administración (servicios locales y autonómicos), no existe un protocolo de funcionamiento ni se expresa el modo de colaboración entre esos distintos niveles, ni la división de las partidas presupuestarias entre ellos.
10. Los aspectos procesales de los procesos y procedimientos relacionados con la protección infantil, muestran que la tutela judicial de los derechos fundamentales implicados en la materia, entre los que destaca el interés superior del niño, estarían mejor protegidos con procedimientos distintos a los establecidos, acorde con la naturaleza de los intereses en juego. Siendo el interés superior del niño preponderante, desde un punto de vista legal, éste se hace depender de la voluntad o posibilidades de los padres para iniciar un proceso judicial, unas veces, y de la Entidad Pública, otras veces, lo que conlleva que el interés superior del niño no sea un interés tutelable y judicialmente autónomo, sino dependiente. Por ello, se plantea la creación de un juzgado especializado en materia de protección infantil en que la tutela judicial del interés superior del niño sea automática cuando el niño es separado de su familia por efecto de una supuesta decisión de protección.

11. El análisis de los criterios generales utilizados por la jurisprudencia cuando está implicado el interés superior del niño, muestra que existen diferencias en la aplicación de dichos criterios cuando se refieren a un niño que se encuentra bajo la patria potestad de sus progenitores, o alguno de ellos, o cuando se trata de niños bajo la tutela del Estado. Al considerarse el respeto por el interés superior del niño una cuestión de orden público, los tribunales se han sentido vinculados a ofrecer respuestas judiciales acordes con el citado concepto jurídico, al resolver cuestiones sobre guarda y custodia en casos de rupturas conyugales o sobre el reconocimiento de la filiación, lo que contrasta con las respuestas en casos de adopción en que está vinculada una Entidad Pública, en que aun reconociéndose ilegalidades que afectan al interés superior del niño, éste no se restituye. Similar comportamiento muestran los tribunales que, tanto en materia probatoria como frente a la admisión de un recurso, flexibilizan los criterios de aplicación cuando se enfrentan al interés superior del niño sujeto a patria potestad y no lo hacen a la hora de resolver un asunto que implica a un niño no sujeto a patria potestad sino a tutela administrativa. Ello ha conllevado que exista una amplia doctrina jurisprudencial aplicable a cuestiones de guarda y custodia y determinación de filiación biológica y no exista apenas doctrina aplicable al desamparo o al cese de un acogimiento familiar controvertido.

12. El Tribunal Supremo dictó doctrina, en sentencia TS 565/2009 de 31 de julio, sobre los criterios determinantes para decidir el retorno de un niño a su familia de origen o la permanencia en acogimiento, con fundamento en el interés superior del niño. Según la doctrina para decidir el retorno del niño a su familia de origen hay que “considerar que no es suficiente la evolución positiva de los padres, ni tampoco el propósito o el deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que pudieran haber determinado el desamparo en su momento, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del niño y obtenga mayor interés que manteniendo la situación de acogimiento familiar en que se encuentre”. Por tanto, para la aplicación de la doctrina hay que partir de la premisa de la existencia de desamparo en el momento en que se declaró, de la evolución de la familia de origen y de los criterios ponderativos del interés superior del niño en que pugnan en favor del retorno o de la permanencia en acogimiento.

13. El Tribunal Supremo considera que existe desamparo cuando los padres no recurren la declaración del mismo en el plazo establecido de dos meses, por lo que se produce un reconocimiento tácito del desamparo. En el caso de la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio se reconoció de forma expresa la existencia de desamparo sin la comprobación necesaria, lo cual debió ser preceptivo puesto que el pleito se inició por una “oposición a la declaración de desamparo”, de tal modo que solo se atendió a la evolución de la madre y a la integración de la niña en la familia de acogida así como al tiempo transcurrido en acogimiento, decantándose la solución del caso por la permanencia en acogimiento. Este hecho ha provocado que, en lo sucesivo, aquellos pleitos de oposición a la declaración de desamparo que se han resuelto mediante la aplicación de la doctrina dictada en la citada sentencia hayan considerado la existencia expresa del desamparo.
14. Los hechos que el Tribunal Supremo considera constitutivos de desamparo son, en muchos casos, los indicadores que la ley actual ha excluido, tales como la pobreza o la discapacidad, además de ser preponderante el enfrentamiento o la desobediencia de los padres a las indicaciones de los técnicos de la Entidad Pública, mientras que son escasos los casos en que el desamparo se produce por malos tratos o abusos sexuales.
15. La opción de internamiento en centro institucional que ya desde la LOPJM de 1996 se revelaba una opción contraria a la ley y a tomar en casos residuales en que el acogimiento familiar fuese totalmente imposible, ha sido acogida por los tribunales sin mayor análisis de su oportunidad. Se aprecian internamientos para niños en desamparo al no existir acogimiento familiar de urgencia, lo cual es muestra de un deficiente desarrollo del programa de acogimientos familiares. Sin embargo, el internamiento es admitido por los tribunales como opción válida ante el cese de un acogimiento familiar satisfactorio decidido por la Entidad Pública, con variados objetivos de futuro para el niño. Por último, el internamiento se mantiene, en ocasiones, por la inactividad de las instituciones que lo plantean como opción hasta la mayoría de edad sin ningún intento de convivencia familiar.
16. Los pronunciamientos judiciales respecto del cese de un acogimiento familiar por decisión de la Entidad Pública y el derecho de relaciones personales del niño en

acogimiento con su familia de origen son interesantes por el modo en que se ha ponderado el ISN, pese a que no puede hablarse de jurisprudencia sobre esos asuntos, aunque sí se ha dictado doctrina sobre la legitimación de la Entidad Pública para suspender las visitas de un niño en acogimiento con los miembros de su familia de origen.

17. La problemática para la correcta delimitación del ISN sujeto a medidas de protección se debe a la ausencia de doctrina jurisprudencial sobre cuestiones tan importantes como la concurrencia de desamparo, el cese de un acogimiento por decisión de la Entidad Pública o el régimen de visitas de un niño en acogimiento con su familia de origen, siendo todas ellas cuestiones controvertidas pese a que, en muchas ocasiones, no se alcance el ámbito judicial, pues más bien las personas legitimadas para recurrir a los órganos jurisdiccionales desisten ante su escasa probabilidad de éxito, que se desprende de los pronunciamientos de los propios órganos judiciales.
18. La consecuencia de que el ISN no esté correctamente delimitado para un niño sujeto a medidas de protección es que éste sufre discriminación, lo cual resulta patente si se compara el interés superior del niño tutelado frente al sujeto a patria potestad. El ISN del niño bajo tutela pública se escoge en función del destino que se le quiere dar y coincide con la decisión que la Entidad Pública haya tomado para él. Así, si se quiere que un niño permanezca en acogimiento y no sea acogido en su familia de origen la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictamina que “ningún dato permite afirmar que el cambio del régimen de acogida sea beneficioso para los niños”, mientras que si lo que se quiere es que un niño cambie a una familia de acogida distinta, el mismo argumento ya no sirve, por lo que se impone el cambio de familia de forma coactiva para luego poder decir que “no ha quedado acreditado que el paso de los menores al establecimiento de acogida y con la familia de adopción sea perjudicial”.
19. Analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo se extrae que a los niños bajo tutela pública se les conculca el derecho a mantener sus vínculos afectivos tanto si son biológicos como si no lo son, en contraste con lo que ocurre con los niños sujetos a patria potestad, a los que se les reconoce el derecho a comunicarse y relacionarse con las personas de su esfera afectiva, aun sin tener con ellas vínculos biológicos. A estos últimos se les reconoce, incluso, el derecho a mantener una

relación jurídica fortalecida, con el reconocimiento de la filiación. Por tanto, las necesidades básicas que se suponen a unos y otros niños no son las mismas, por lo que su interés superior no es valorado en la misma medida. Debería fomentarse desde el ámbito judicial la igualdad de criterios para identificar el interés superior del niño, teniendo en cuenta que las necesidades que se consideran básicas para un niño desde el punto de vista psicosocial no dependen de sus concretas circunstancias, sino de su condición infantil, de su personalidad en desarrollo y de su especial vulnerabilidad.

20. Las resoluciones del Tribunal Supremo ofrecen total credibilidad a los argumentos administrativos en referencia a medidas de protección de lo que cabe pensar que las decisiones administrativas son plenamente ajustadas a la realidad, que presentan datos veraces y comprobados y que los expedientes administrativos contienen pruebas rigurosas sobre las cuestiones que conducen a determinar el interés superior de los niños sujetos a tutela pública. De las resoluciones judiciales, especialmente las de los altos tribunales, no es posible discernir, la mayoría de las veces, si la apreciación de la prueba ha sido correcta por lo que es necesario descender a la revisión de la misma. Examinando algunos expedientes administrativos a los que se ha tenido acceso, se aprecia la falta de sustento del desamparo de algunos niños pese a que han sido declarados en tal situación y, por otro lado, la falta de respeto de los vínculos afectivos de los niños en acogimiento, cuando es inviable el retorno a la familia de origen. Es, a su vez, apreciable que las decisiones administrativas adolecen de una manifiesta falta de identificación con las disposiciones legales aplicables a la determinada situación de un niño. Es también revelador que, pese a la falta de diligencia de la Entidad Pública en sus actuaciones, las resoluciones judiciales le son favorables.

21. En base al análisis realizado se concluye la necesidad de crear un juzgado especializado en materia de protección infantil dotado de *vis attractiva*, con el objetivo de que los niños entren en contacto con el servicio de protección por motivos plenamente justificados y revisados en vía judicial y que lo abandonen lo más rápidamente posible, pasando al cuidado de personas concretas que se responsabilicen de su cuidado ante la autoridad judicial. A su vez, se debe procurar que el niño mantenga vínculos de convivencia con cualquier familia con la que haya

entrado en contacto por motivos de protección, facilitando el retorno a su familia de origen cuando vaya a ser beneficioso para él.

22. La reforma del sistema de protección debe dirigirse a la búsqueda de un modelo prestigioso que fomente el carácter solidario de las familias españolas para ayudar a otras familias que pasan por dificultades, cuidando de sus niños el tiempo necesario, manteniendo el debido respeto por la familia de origen del niño y favoreciendo sus vínculos. Para ello es necesario que los adultos aprecien que las decisiones de protección son beneficiosas para los niños, percibiendo el sistema como un auténtico servicio con el que poder contar.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Editorial Dykinson, 2014.

AGUILAR, “El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, 2008, pp. 223-247.

AINSWORTH, “Efectos de la privación materna: estudio de los Hallazgos y Controversia sobre los Métodos de Investigación” en O.M.S. “*Privación de los Cuidados Maternos. Revisión de sus consecuencias*” AINSWORTH, ANDRY, HARLOW, LBOVICI, MEAD, PROUGH, WOOTTON (colaboradores), O.M.S., 1963, Ginebra, monografía seriada.

ALGRANATI y DWORKIN, “Problemas de conducta en lactantes”, Cátedra de Pediatría de la UBA, 2010, [recurso virtual].

ALLUEVA, “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”, *InDret* 4/2011, 2011, pp. 1-25.

ALONSO CRESPO, “Indicaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para intentar la regulación óptima del procedimiento de constitución de la adopción”, *Diario La Ley*, N° 6790, Sección Doctrina, Año XXVIII, Ref. D-206, Editorial LA LEY, 2007.

ALONSO PARREÑO, “Los derechos del niño con discapacidad en España”, *CERMI*, n° 38, 2008.

ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, N° 2, 2014, pp. 5-49.

AMMANITI, TRENTINI, “Cómo el Nuevo Conocimiento de Ser Padres Revela las Implicaciones Neurobiológicas de la Intersubjetividad: Síntesis Conceptual de Investigaciones recientes”, *Revista Electrónica de Psicoterapia*, 2011, Volumen 5, nº 1, pp. 60-84.

AMARO, “Ansiedad (aspectos conceptuales) y Transtorno de Ansiedad en niños y adolescentes”, Master en Paidopsiquiatría [recurso virtual].

AMORÓS y PALACIOS, *Acogimiento familiar*, Madrid, Alianza editorial, 2004.

ANTUÑA, GARCIA-VEGA, GONZALEZ, “Aspectos psicológicos de los enfermos con dermatitis atópica: una revisión”, *Clínica y Salud*, vol. 13, núm. 3, 2002, pp. 285-306.

AÑÓN, “Interés del menor”, *Revista de Derecho de Familia*, Lefebvre, El Derecho, 2015.

ARRUABARRENA, “Maltrato Psicológico a los Niños, Niñas y Adolescentes en la Familia: Definición y Valoración de su Gravedad”, *Psychosocial Intervention*, Vol. 20, Nº 1, 2011, pp. 25-44.

ARTERO, “El elemento volitivo en la adopción”, *Acciones e investigaciones sociales*, 2001, pp. 53-75.

ASENCIO, “Presunción de inocencia y presunciones iuris tantum en el proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 36, 2015.

ATO, CARRANZA, GONZÁLEZ, ATO y GALIÁN, “Reacción de malestar y autorregulación emocional en la infancia”, *Psicothema*, 2005, Vol. 17, nº 3, pp. 375-381.

AZNAR, “Un reto de la ética comunicativa: la protección y el cuidado de los menores” en VALLÉS (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, 2009, pp. 21-56.

BAEZA, “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 28, nº 2, pp. 355-362.

BARBER, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Redur*, 8, 2010, pp. 25-37.

BARUDY, “Las necesidades infantiles” en BARUDY y DANTAGNAN, *Los buenos tratos a la infancia*, Editorial Gedisa, S.A., 2007, pp. 61-76.

BARUDY, “Familiaridad y competencias: el desafío de ser padres” en BARUDY y DANTAGNAN, *Los buenos tratos a la infancia*, Editorial Gedisa, S.A., 2007, pp. 77-126.

BARUDY, “La ecología familiar, social y cultural de los malos tratos infantiles”, en BARUDY y DANTAGNAN, *Los buenos tratos a la infancia*, Editorial Gedisa, S.A., 2007, pp. 127-146.

BARUDY, “Infancia en contextos de riesgo, traumas infantiles y resiliencia” en JIMÉNEZ, PANTOJA, LEIVA, MORENO, *Infancia en Contextos de riesgo, XXV Años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, GEU Editorial, 2014, pp. 109-120.

BENAVENTE, “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la administración e intereses en juego”, *AFDUAM* 15, 2011, pp. 15-62.

BENEYTO, “Problemática educativa-familiar en la protección de los menores. La intervención de los abuelos” VALLÉS (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, 2009, pp. 57-86.

BERÁSTEGUI, “La ruptura de la adopción y las pseudorrupturas”, en BERÁSTEGUI y GÓMEZ-BENGOECHEA (coordinadoras), *Los retos de la postadopción: balance y perspectivas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, pp. 59-69.

BERCOVITZ, *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

BORDELOIS, *A la escucha del cuerpo. Puentes entre la salud y las palabras*, Libros del Zorzal, 1ª edición, 2009.

BOWLBY, *Los cuidados maternos y la salud mental*, editorial Humanitas, 4ª edición, 1982, serie de Monografías de la Organización Mundial de la Salud.

BOWLBY, *Vínculos afectivos: formación, desarrollo y pérdida*, 4ª edición, Ediciones Morata, S. L., Colección: Psicología, Corrientes psicológicas, 2003.

BORONAT y RUIZ, “Una propuesta didáctica para la inclusión de los derechos del niño en el currículum de formación inicial del profesorado” en LÓPEZ-BARAJAS y RUIZ (coordinadores), *Derechos humanos y Educación*, UNED, 2009, pp. 219-228.

BOTERO, “Relación Madre-hijo. El Amor en el Desarrollo del Cerebro del Bebé. Separación Temprana. Patrón de Relaciones y Salud Mental”, *Revista Psicoanálisis*, XXIV (2), 2012, pp. 133-175.

BUENO, “El maltrato psicológico/emocional como expresión de violencia hacia la infancia”, *Alternativas: cuadernos de trabajo social*, Nº 5, 1997, pp. 83-96.

CAAMIÑA, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, Nº 2, 2016, pp. 77-91.

CABAÑAS, “El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), *REDC*, Nº 88, 2010, pp. 39-81.

CABEDO, *Marco constitucional de la protección de menores*, edición nº 1, Editorial LA LEY, 2008.

CABEDO, “La reforma de la normativa sobre protección a la infancia. Análisis crítico” en JIMÉNEZ, PANTOJA, LEIVA, MORENO, *Infancia en Contextos de riesgo, XXV Años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, GEU Editorial, 2014, pp. 189-202.

CALZADILLA, “Las reformas del código civil español y la institución de la adopción”, *Anales de la facultad de derecho*, Universidad de la Laguna, 20; 2003, pp. 27-44.

CANO, “Actuaciones médicas en pacientes menores de edad: su regulación en el derecho estatal y en el derecho valenciano”, en VALLÉS (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, 2009, pp. 87-130.

CAPARRÓS y JIMÉNEZ-AYBAR, *El acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales*, Ediciones Rialp, S. A., 2001.

CARBONELL, “El interés del menor: criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor del Menor y del Ministerio Fiscal” en VALLÉS (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, 2009, pp. 131-154.

CARMONA, *La Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*, Editorial Dykinson, S. L., 2011.

CARRASCO, *Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan*, 2010, [recurso virtual].

CARRILLO, “Carácter, objetivos y ámbito de la aplicación del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 20, 2002, pp. 249-296.

CATALÁN, “Infancia y publicidad engañosa” en VALLÉS (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, 2009, pp. 155-176.

CARVAJAL, “Trastorno por estrés postraumático: aspectos clínicos”, *Revista chilena de neuropsiquiatría*, 2002, pp. 20-34.

CILLERO, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, 2007, pp. 125-142.

CILLERO, “La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, 2007, p. 243-249.

CLONINGER, *Teorías de la personalidad*, Pearson Educación, 2003.

COLODRÓN, *La adopción: un viaje de ida y vuelta*, Editorial Desclée De Brouwer, S.A., 2008.

CORRAL GARCÍA, “La nulidad de una adopción y el interés del menor: conveniencia de la reinserción en la familia de origen (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001)”, *Actualidad Civil*, N° 5, Ref. VIII, tomo 1, Editorial La Ley, 2002, pp. 161-171.

CORRAL TALCIANI, “El nuevo régimen de la adopción en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N°1, 2001, pp. 9-46.

CORTÉS, “A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la convención internacional de los derechos del niño: el desafío pendiente”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, 2007, pp. 143-158.

CORTINA, *¿Para qué sirve realmente la ética?*, Editorial Paidós, 2013.

COSTA, “El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, 2007, pp. 233-242.

CRESPO, “Preguntas frecuentes sobre post-adopción: la experiencia en la comunidad valenciana” en BERÁSTEGUI y GÓMEZ-BENGOECHEA (coord.), *Los retos de la postadopción: balance y perspectivas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, pp. 163-180.

CUENCA, “Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia”, 2014, [recurso virtual].

CURBELO, RODRÍGUEZ y SUÁREZ, “Una mirada a la observancia de los derechos humanos de la infancia y adolescencia desde la cooperación internacional: la protección de los menores de edad en un mundo globalizado”, *Universidad de La Laguna, Humanismo y Trabajo Social*, 10, 2011, pp. 161-178.

DANTAGNAN, “Manifestaciones del sufrimiento infantil por malos tratos: aspectos clínicos y terapéuticos” en BARUDY y DANTAGNAN, *Los buenos tratos a la infancia*, Editorial Gedisa, S.A., 2007, pp. 147-164.

DANTAGNAN, “Los trastornos del apego: elementos diagnósticos y terapéuticos” en BARUDY y DANTAGNAN, *Los buenos tratos a la infancia*, Editorial Gedisa, S.A., 2007, pp. 165-212.

DE BARTOLOMÉ, “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, 2012, pp. 46-60.

DE DIOS, “Asistencia Social y Legislación Civil en el Ámbito de la Protección de Menores”, *Revista jurídica de Navarra*, Nº 43, 2007, pp. 167-182.

DE JORGE, SÁNCHEZ y RUIZ, “La práctica de las escuelas de padres y madres: propuestas y documentos” en DE JORGE (coordinadora), *Familia y Educación. Guía práctica para escuelas de padres y madres eficaces*, Región de Murcia, Consejería de Educación, Formación y Empleo, Secretaría General. Servicio de Publicaciones y Estadística, 2012, pp. 39-85.

DE TORRES, “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Anuario de Derecho civil*, Vol. 59, Nº 2, 2006, pp. 675-742.

DE TORRES, “El interés del menor en el Derecho de familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español”, *ADC*, Vol. 66, Nº 2, 2013, fasc. II, pp. 587- 685.

DEL VAS, “Estatuto jurídico del menor en el Derecho Civil italiano”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 715, pp. 2595-2623.

DEL PICÓ, “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Año 17, Nº 1, 2011, pp. 31-56.

DÍEZ, *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.

DÍEZ-PICAZO, “Los preámbulos de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 45, Nº 2, 1992, pp. 501-534.

DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV (Tomo I), Editorial Tecnos, 2012.

DINU, “Los niños como víctimas de la violencia de género”, *Trabajo Social Hoy*, Nº 75, 2015, pp. 37-68.

DORADO, “Privación psicosocial en niños de orfelinato”, *Revista A.E.N.*, Vol. X., Nº 35, 1990, pp. 507-525.

DURÁN, “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, 2010, pp. 3-54.

DURÁN-STRAUCH, GUÁQUETA-RODRÍGUEZ y TORRES-QUINTERO, “Restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema nacional de bienestar familiar”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2 (9), pp. 549 - 559.

DUVA y JUNQUERA, *Vidas robadas*, Santillana Ediciones generales, S.L., 2011.

EGEA, “El acogimiento simple” en ESPIAU y VAQUER (editores), *Protección de Menores, Acogimiento y Adopción*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 1999.

EMPEZ, “Centros de menores e instituciones totales: ¿dispositivos de control o de protección?” en EMPEZ (coordinadora), *Dejadnos crecer. Menores migrantes bajo tutela institucional*, Virus editorial, 2014, pp. 245-286.

ENRÍQUEZ, PADILLA y MONTILLA, “Apego, vinculación temprana y psicopatología en la primera infancia”, *Informaciones Psiquiátricas: Publicación científica de los Centros de la Congregación de Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús*, 2008, nº 193, pp. 249-292.

FÁBREGA, “Desamparo de menores y guarda de hecho. Breve nota sobre los efectos de la concurrencia de ambos” en GONZÁLEZ y MÉNDEZ (coordinadores), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Volumen 1, Universidad de Murcia, 2004, pp. 1539-1548.

FANLO, “Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), Nº 9, 2007, pp. 159-176.

FELIU, “El derecho del neonato a la «inequívoca identificación». La responsabilidad de la Administración y personal sanitario”, *Diario La Ley*, Nº 6360, Sección Doctrina, 2005, Editorial La Ley.

FERNÁNDEZ, “Reseña histórica de la regulación legal de la adopción en España”, *Temas de Psicoanálisis*, nº 8, 2014, pp. 1-14.

FERNÁNDEZ MURCIA, “Intervención socioeducativa emocional. La toma de conciencia para romper creencias limitadoras”, en JIMÉNEZ, PANTOJA, LEIVA y MORENO, *Infancia en Contextos de riesgo, XXV Años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, GEU Editorial, 2014, pp. 135-142.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los grupos de riesgo. Propuestas psicoeducativas”, *Revista de Claseshistoria, Publicación digital de Historia y Ciencias Sociales*, Artículo Nº 368, 2013, pp. 1-14.

FERNÁNDEZ y FUERTES, *El acogimiento residencial en la protección a la infancia*, Ediciones Pirámide, 2004.

FERNÁNDEZ, MENA y RIVIERE, “Fracaso y abandono escolar en España”, *Colección Estudios Sociales*, Fundación La Caixa, Nº 29, 2010.

FERNÁNDEZ DEL VALLE, LÓPEZ, MONTSERRAT y BRAVO, *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.

FERRANDO, “El menor emancipado en el derecho común y foral: especial referencia a sus facultades patrimoniales”, en VALLÉS (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, 2009, pp. 177- 200.

FLORES-GARCÍA, “Teoría de la prueba”, N° 1575, Ministerio de Justicia, pp. 79-97.

FLUITERS, “Acogimiento y Adopción”, *Jurisdicción voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1996.

GALLEGO MOLINERO, “Repensando la adopción internacional desde un enfoque centrado en el menor: el caso de España-Etiopía”, *Cuadernos de Trabajo Social*. Vol. 26-1, 2013, pp. 203-212.

GALLEGO HENAO, “Recuperación crítica de los conceptos de familia, dinámica familiar y sus características”, *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, 35, 2012, pp. 326-345.

GARAU, “Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, N° 1, pp. 282-289.

GARCÍA FERNÁNDEZ, “Consecuencias del maltrato físico infantil sobre los problemas de conducta: mediadores y moderadores”, *Intelligo*, 1 (1), 2006, pp. 49-61.

GARCÍA LLORENTE, “Atribución de la custodia: Valoración judicial de la prueba pericial en el ámbito del derecho de familia” en PÉREZ, FORCADA, TAMBORERO, GARCÍA y ARCH, *La nueva regulación del Derecho de Familia, Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Editorial Dykinson, 2011, pp. 157-170.

GARCÍA MARTÍNEZ, “Identidades y representaciones sociales: la construcción de las minorías”, *Nómadas, Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, nº 18, 2008.

GARCÍA PONDAL, “La capacidad contractual de los menores en el ámbito laboral”, en VALLÉS (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, 2009, pp. 201-226.

GAYA, “Tutela y guarda de menores en situación de desamparo” en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (coordinadora), *Derecho de Familia*, Thomson-Reuters, Editorial Aranzadi, S. A, 2012, pp. 1715-1751.

GETE-ALONSO, *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, Editorial Aranzadi, 2015.

GIMENO, *Derecho Procesal Civil, I. El proceso de declaración. Parte general*, UNED, Colex Editorial, 5ª edición, 2014.

GIMENO, *Derecho Procesal Civil, II. Los procesos especiales*, UNED, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2016.

GÓMEZ COLOMER, “El largo camino hacia la verdadera independencia judicial: de la Revolución francesa a nuestros días –una historia de utopías, mitos y realidades–”, *Cuadernos de Derecho Penal*, enero-junio, 2014.

GÓMEZ MEGÍAS, “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave”, *Diario La Ley*, Nº 8734, 2016, Editorial LA LEY.

GÓMEZ POMAR, “Daño moral”, *InDret 1/2000*, 2000, pp. 1-14.

GONZÁLES, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Editorial Dykinson, 2013.

GONZÁLEZ, “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, *InDret*, 2/2008, 2008, pp. 1-40.

GONZÁLEZ-GIL, “Inclusión y atención al alumnado con necesidades educativas especiales en España”, *CEE Participación Educativa*, 18, 2011, pp. 60-78.

GRAIESKI, “Restitución internacional de menores. Excepciones de la Convención de La Haya de 1980”, *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, N° 2, 2014, pp. 110- 140.

GUISA, “Padres adictos y su repercusión en los hijos”, 2008, [recurso virtual].

HUETE, “Interés superior del menor y derecho a ser escuchado. Pronunciamientos jurisprudenciales en materia de protección de menores”, 2016, [recurso virtual].

IGAREDA, “El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos”, *Derechos y libertades*, Número 31, Época II, 2014, pp. 227-249.

IRWIN, “La relación entre hermanos”, *Biblioteca virtual de postadopcion.org*, [recurso virtual].

JIMÉNEZ, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Editorial Marcial Pons, 2008.

LASARTE, *Derecho de familia, principios de Derecho civil VI*, edición 14ª, Editorial Marcial Pons, 2015.

LÁZARO GONZÁLEZ, “Protección de la infancia vs el niño, sujeto de derechos”, *Crítica*, nº 976, 2011, [recurso virtual].

LÁZARO PALAU, *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*. Editorial Aranzadi, 2008.

LEAL, “El vínculo de apego como organizador del desarrollo en menores protegidos de 0 a 3 años”, *Revista educación inclusiva*, Vol. 4, N° 1, pp. 89-102.

LEONSEGUI, “La tutela ordinaria de menores y la tutela automática de la Administración como fórmulas jurídicas de protección de niños en situación de calle” en

RAVETLLAT, VILLAGRASA (coord.), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Editorial Ariel, 2006, pp. 201-228.

LIÑÁN, “Diversas consideraciones sobre las «uniones de hecho» en los ordenamientos jurídicos español y canónico”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 35, 2015, pp. 1-32.

LÓPEZ AZCONA, “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, Núm. 2185, 2016.

LÓPEZ, ETXEBARRIA, FUENTES y ORTIZ (coordinadores), *Desarrollo Afectivo y Social*, Ediciones Pirámide, 2001.

LÓPEZ, FERNÁNDEZ DEL VALLE, MONTSERRAT y BRAVO, “Niños que esperan. Estudio sobre casos de larga estancia en acogimiento residencial”, GIFÍ, Universidad de Oviedo, 2010.

LÓPEZ y ORTIZ, “El desarrollo del apego durante la infancia”, en LÓPEZ, ETXEBARRIA, FUENTES y ORTIZ (coordinadores), *Desarrollo Afectivo y Social*, Ediciones Pirámide, 2001, pp.

MARÍN y LÓPEZ, “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso- administrativo”, *InDret*, 2/2010, 2010, pp. 1-38.

MARRÉ y SAN ROMÁN, “El “interés superior” de la niñez en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones”, *Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Vol. XVI, Nº 395 (9), 2012.

MARTÍN, “Proyecto para la prestación del servicio de implicación familiar, en el cuidado y atención a los menores” en MARTÍNEZ (coordinadora), *Trabajo Social Hoy*, Nº 51, 2007, pp. 9-35.

MARTÍN y MÁRQUEZ, “El papel de los hermanos en el logro de objetivos en los programas de acogimiento residencial infantil”, *Psychosocial Intervention*, 24, 2015, pp. 27-32.

MARTÍNEZ REGUERA, “Prólogo”, en EMPEZ (coordinadora), *Dejadnos crecer. Menores migrantes bajo tutela institucional*, Virus editorial, 2014, pp. 15-22.

MESA, “Consecuencias psicológicas y psicopatológicas de la hospitalización en la infancia” en BUENDÍA (coordinador), *Psicología clínica y salud. Desarrollos actuales*, Universidad de Murcia, 1991, pp. 213-238.

MIR, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Casa editorial, S. A., 1982.

MOERMAN, “Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias” en VERDUGO y SOLER-SALA (editores) *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996, pp. 143-152.

MONTERONI, “«Paradiso, Campanelli» y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Prudentia Iuris*, Nº 80, 2015, pp. 273-279.

MONTT y HERMOSILLA, “Trastorno de Estrés Post-Traumático en niños”, *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, Nº 39 (2), 2001, pp. 110-120.

MORENO, *Variables que intervienen en el abandono físico o negligencia infantil comparativamente con otros tipos de maltrato infantil*, Tesis doctoral, Universidad de Extremadura, 2001.

MORENO, “Estudio sobre las variables que intervienen en el abandono físico o negligencia infantil”, *Anales de psicología*, vol. 18, nº 1, 2002, pp. 135-150.

MORENO-TORRES, *El desamparo de menores*, Editorial Aranzadi, 2005.

MORRIS, *La experiencia de adoptar*, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2004.

MUÑOZ, “La familia como contexto de desarrollo infantil. Dimensiones de análisis relevantes para la intervención educativa y social”, *Portularia*, Vol. V, Nº 2, 2005, pp. 147-163.

NÚÑEZ, “El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Persona y derecho*, Vol. 73, 2015, pp. 117-160).

ORTIZ, “La separación: alternativa ante los malos tratos en la infancia”, *Revista de Servicios Sociales*, nº 4, 1987, pp. 40-46.

PANTOJA, “El fiscal como defensor del menor (la posición del menor ante la ley a través de la defensa que del menor ejerce el ministerio fiscal)”, IX Congreso Nacional de la Sociedad Española de Psiquiatría y Psicoterapia del Niño y del Adolescente, 1995, pp. 73-89.

PAZ, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (análisis a través de la jurisprudencia reciente)”, *AFDUC* 17, 2013, pp. 675-685.

PÉREZ MANRIQUE, “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), Nº 9, 2007, pp. 251-277.

PÉREZ GIMÉNEZ, “Violencia en el ámbito familiar: menores y crisis matrimonial” en VERDERA (coordinadora), *El principio de igualdad ante el derecho privado. Una visión multidisciplinar*, Editorial Dykinson, 2013, pp. 55-84.

PÉREZ TESTOR, “Definición de Familia: una visión del Institut Universitari de Salut Mental Vidal i Barraquer”, *La Revue du REDIF*, 2008, pp. 9-13.

POLAINO-LORENTE, CABANYES y DEL POZO, *Fundamentos de psicología de la personalidad*, Ediciones Rialp, S. A., 2003.

POUS, “La controvertida eliminación de la facultad de corrección de los progenitores”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 743, 2014, pp. 1376-1401.

QUICIOS, “Sentencia de 4 de julio de 2011: Impugnación por el propio reconocedor de la filiación paterna no matrimonial determinada por medio de un reconocimiento de complacencia”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 90, 2012, pp. 427-452.

R. DE SCHEJTMAN, VARDY, “Regulación afectiva diádica y autorregulación en los infantes en el primer año de vida”, *Facultad de Psicología – UBA, Secretaría de Investigaciones, Anuario de Investigaciones*, 2008, Volumen XV, pp. 99-108.

RAMÍREZ, “Conflictos entre Padres y Desarrollo de los Hijos”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 11, N° 34, 2004, pp. 171-182.

RAVETLLAT, “Protección a la infancia en la Legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte especial)”, *Revista de Derecho UNED*, N° 3, 2008, pp. 375-389.

RAVETLLAT, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, n° 2, 2012, pp. 89-108.

RAVETLLAT y PINOCHET, “El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho Civil chileno”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 3, 2015, pp. 903-934.

RIVERA, “Corrección, castigo físico y educación en la responsabilidad parental”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, CUENA, ANGUITA y ORTEGA (coordinadores), Editorial Dykinson, 2013, pp. 1509-1524.

RIVERO, *El interés del menor*, Editorial Dykinson, 2007.

ROCHA, “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 2, 2015, p. 43-86.

RODRÍGUEZ LLAMAS, “La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la STS núm. 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013, 7824)”, *Revista boliviana de derecho*, N° 19, 2015, pp. 562-575.

RODRÍGUEZ RUIZ, “Matrimonio, género y familia en la Constitución Española: trascendiendo la familia nuclear”, *REDC*, n° 91, pp. 69-102.

RODRÍGUEZ y MENÉNDEZ, “El reto de las nuevas realidades familiares”, *Portularia*, N° 3, 2003, pp. 9-32.

ROSAS, GALLARDO y DÍAZ, “Factores que influyen en el apego y la adaptación de los niños adoptados”, *Revista de Psicología*, 2000, volumen IX, N° 1, pp. 145-159.

ROSSER y BUENO, “La construcción del vínculo afectivo en la adopción. La teoría del apego como marco de referencia en la intervención post-adoptiva”, *INFAD Revista de Psicología*, N°1, Vol.1, 2011, pp. 333-340.

RUTTER, *La privación materna*, Ediciones Morata, S. A., 1990.

SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, 6ª edición, Editorial Tecnos, 2010.

SÁNCHEZ ASÍN, *Intervención psicopedagógica en educación especial*, Edicions Universitat de Barcelona, 1997, Col.lecció Textos docents, n° 107.

SANDULLI, “Análisis económico del acogimiento familiar”, *Fundación Acogida*, 2013.

SANTAMARÍA, “Aspectos psicosociales relacionados con la protección de menores. Caso práctico”, *Revista de Derecho de Familia*, Thomson Reuters Aranzadi, N° 63, 2014, pp. 45-84.

SANTAMARÍA, “Tipificación de las causas de riesgo y desamparo”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, Nº 11, 2016, pp. 23-47.

SANTANA, “El interés del menor: relaciones con abuelos, parientes y allegados”, *Revista de Derecho de Familia*, Lefebvre, El Derecho, nº 16, 2014.

SANTOS, “El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado”, 2012, [recurso virtual].

SCHREINER, “Ecología de los derechos del niño e interés superior” en BUSTELO y MINYERSKY (compiladores), *Obra del Pre-Congreso Sudamericano sobre Derechos de la Niñez y la Adolescencia*, Organización Fundación Encuentro por la Ciudadanía Social, Argentina, 2010.

SEPÚLVEDA, “La Violencia de Género como causa de Maltrato Infantil”, *Cuadernos de Medicina Forense*, 12(43-44), 2006, pp. 149-164.

SEVILLA, *El papel de las entidades públicas de protección de menores tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Nº 1794, 1997, pp. 823-835.

TENA, “Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996”, *Revista Jurídica de Navarra*, Nº 24, 1997, pp. 243-266.

VALLÉS, “Los derechos comunicativos del menor”, en VALLÉS (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, 2009, pp. 397-432.

VALPUESTA, ABASCAL y NIETO, *Guía de intervención administrativa y judicial con menores de protección*, Editorial Dykinson, 2016.

VARGAS, “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 44, nº 2, 1991, pp. 611- 696.

VERICAT y ORDEN, “Herramientas de Screening del Desarrollo Psicomotor en Latinoamérica”, *Revista chilena de Pediatría*, 2010, pp. 391-401.

VIDAL, “la evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud”, *DS*, Vol. 11, Núm. 1, 2002, pp. 219-230.

WORDEN, “El tratamiento del duelo”, *Editorial Paidós Ibérica, S.A.*, 1987.

ZERMATTEN, “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, *Institute International des Droits de l’Enfant, Informe de Trabajo*, 3-2003.