

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARIA JOSÉ ANÓN RONG**
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia
- ANA CAÑIZARES LASO**
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga
- JORGE A. CERDIO HERRAN**
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México
- JOSÉ RAMÓN COSSIO DIAZ**
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISSOT**
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- OWEN FISS**
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUJES GONZÁLEZ**
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
Catedráticos de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
- VÍCTOR MORENO CATENA**
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
- ANGELIKA NUSSBERGER**
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania), Miembro de la Comisión de Venecia
- HÉCTOR DIASOLO ALONSO**
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
- CONSUELO RAMÓN CHORNET**
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia
- TOMÁS SALA FRANCO**
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
- TOMÁS S. VIVES ANTONI**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia
- RUTH ZIMMERLING**
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

CUESTIONES ACTUALES DEL DERECHO DE FAMILIA

Una visión inclusiva e interdisciplinaria

M^a TERESA DUPLÁ MARÍN

Directora

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant-loblanch.com/procurement-de-selection-de-originales

tirant lo blanch
Valencia, 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com

❶ Varios autores

❷ TIRANT LO BLANCH

EDITA: TIRANT LO BLANCH

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

TELEFOS.: 96/361 00 48 - 50

FAX: 96/369 41 51

Email: tlb@tirant.com

www.tirant.com

Libería virtual: www.tirant.es

DEPÓSITO LEGAL: V-2981-2022

ISBN: 978-84-1130-977-6

MAQUETA: Innovatexr

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empre-sa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa:

<http://www.tirant.net/Docs/RSSCTirant.pdf>

Salomé Adroher Biosca

Berta Aznar-Martínez

Iztiar Casanueva Sanz

Josep Castillo Garayoa

M^a Teresa Duplá Marín

Núria Ginés Castellet

Luis I. Gordillo Pérez

Giovanni Gruni

Ana Isabel Herrán Ortiz

Isabel Eugenia Lázaro González

María José López Álvarez

Judith Lorente de Sanz

Agustín Luna Serrano

M^a Concepción Molina Blázquez

Carles Pérez-Testor

Silvia Romboli

Alberto Serrano Molina

Berta Vall Castelló

Aura Esther Vilalta Nicuesa

sobre las últimas reformas sobre el derecho penal de familia, recientemente operadas 2020-2021, no se haga sólo sencilla y llevadera, sino sobre todo ilustrativa para quien no es especialista en derecho penal, como es el caso de este prologuista, quien ha leído este interesante estudio de la madriña con la facilidad que es prenda del entendimiento y del fructífero aprovechamiento.

Poco avezado a la lectura de las contribuciones de los penalistas, el prologuista confiesa que mucho le ha satisfecho, en sus diversos aspectos la lectura de estos últimos trabajos comentados, por lo que mucho aprecia, aunque no siempre le sea fácil tenerlos en cuenta en todo su valor, la lectura de estos estudios insertos en el libro que magistralmente ha dirigido la doctora Duplá.

9. Al prologuista sólo le resta felicitar a los autores de los diferentes trabajos y, en particular, a la directora de esta conseguida publicación, del logro de cuya bondad no cabría dudar sabiendo la señalada capacidad de su apreciación en lo doctrinal, el constante acierto de los temas que se propone examinar, la notable capacidad de convocatoria que la adorna y el entusiasmo que pone en todas las iniciativas que emprende. Todos ellos son rasgos característicos de la entusiasta actividad universitaria y científica de la doctora Duplá, —a destacar también en este aspecto la amplia convocatoria a participar en este volumen de profesores de las facultades españolas ligadas a la Compañía de Jesús—, que han asegurado la bondad de la presente publicación y que abonan el indudable éxito que la misma merece.
Barcelona, julio de 2022

Agustín Luna Serrano

Catedrático Universidad de Barcelona
Académico de la Academia de Legislación

y Jurisprudencia de Cataluña.
Académico de la Academia de Legislación

y Jurisprudencia de Aragón.
Dr. Honoris Causa de la Universidad de Almería,
Perugia (Italia) y Xapala (México).

EL ACOGIMIENTO FAMILIAR ESPAÑOL ANTE EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO¹

Salomé Adroher Biosca

Facultad de Derecho

Universidad Pontificia Comillas

RESUMEN: En el presente trabajo, tras la exposición de los hechos más relevantes de las cinco sentencias en las que el Tribunal de Estrasburgo ha juzgado el sistema español de acogimiento familiar, se analiza la regulación del “derecho a vivir en familia” de los niños, tanto en las normas supranacionales como en la actual legislación española, para abordar, a continuación, algunas consecuencias relevantes de esta jurisprudencia en relación a nuestro sistema de protección a la infancia en tres aspectos: el concepto de familia (y la calificación como tal de la familia acogedora), la protección de la vida familiar en estos casos, y el interés superior del niño como consideración primordial.

Palabras clave: Acogimiento familiar español. Tribunal Europeo de Derechos humanos. Derecho a vivir en familia

ABSTRACT: In the present work, after exposing the most relevant facts of the five judgments in which the Strasbourg Court has judged the Spanish foster care system, the regulation of the “right to live with the family” of children is analyzed, both in supra-state regulations and in current Spanish legislation, to conclude by highlighting some relevant consequences of this jurisprudence in relation to our child protection system in three aspects: the concept of family, the protection of family life, and the best interests of the child as the paramount consideration.

Keywords: Spanish Foster care. European Court of Justice. Right to family life.

¹ El presente trabajo se adscribe al Proyecto PJD2020-114611RB-I00, “Protección del menor en las crisis familiares internacionales: análisis del Derecho Internacional Privado español y de la Unión Europea” concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación (IP: MONICA GUZMÁN ZAPATER, y MONICA HERRANZ BALLESTEROS).

I. INTRODUCCIÓN

Existe una rica y abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo (TEDH), sobre el derecho al respeto de la vida familiar, tal y como está consagrado en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos (CEDH)². Los numerosos casos que han llegado al TEDH, tienen relación con sus consecuencias tan diversos como las crisis matrimoniales de los padres y sus consecuencias en los hijos, las garantías del Derecho de extranjería respecto de la vida familiar de los extranjeros (reagrupación familiar, expulsiones...), la maternidad subrogada, o los casos de niños separados de su familia de origen y sujetos a una medida de protección, bien sea residencial o familiar (acogimiento o adopción). Analizando la jurisprudencia sobre esta última materia, se han publicado algunos estudios a los que me referiré a lo largo de este trabajo³.

En el exhaustivo artículo de Lázaro González de 2011, no se mencionaba ninguna sentencia en la que el país demandado fuera España dado que, hasta el año de su publicación, nuestro país no había sido denunciado todavía ante el TEDH en esta materia. Sin embargo, precisamente en 2011 se dictó la primera de cinco sentencias en las que el sistema de acogimiento familiar español “se ha sentado en el banquillo” del TEDH, Tribunal que ha condenado en todos los casos a España por violación del artículo 8 del CEDH en relación al respeto a la vida familiar, y, en algún supuesto, también del artículo 14 en re-

² Artículo 8.1: *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...). 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral.* ³ La protección de los derechos y las libertades de los demás.

En especial: LAZARO GONZÁLEZ, I.E. “Intervención pública en la protección de los menores y respecto a la vida en familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo” *Revista ICADÉ*, n.º 83-84. Especial 50 Aniversario ICADÉ, 2011, pp. 255-290; BREEN, C. KRUTZINNA, J. JUHAMAA, K., SKIVENES, M. “Family Life for Children in State Care: An Analysis of the European Court of Human Rights’ Reasoning on Adoption without Consent”. *The International Journal of Children’s Rights* 28 (2020) pp. 715-747.

lación a la no discriminación, dado que en todos los casos las familias biológicas son extranjeras y en varios de raza negra⁴.

En el presente trabajo, tras exponer a grandes líneas los hechos más relevantes de las cinco sentencias, analizaré la regulación del “derecho a vivir en familia” de los niños, como principales protagonistas de estas peculiares relaciones familiares, tanto en las normas supraes-tatales como en la actual legislación española, para destacar algunas consecuencias relevantes de esta jurisprudencia en relación a nuestro sistema de protección a la infancia.

1. *Salek Bardi contra España (2011)*⁵

Salatana, una niña saharauí de 10 años, llegó a España el verano de 2002 para pasar dos meses con una familia española en un programa de estancia temporal⁶. Procedía de los campamentos de Tinduf donde vivía desde los 6 años con una guardadora de hecho, dado que su madre residía en Argelia. Una vez en España, y habiendo advertido la familia “acogedora” que sufría una afección hepática, se solicitó a través de la Federación de Asociaciones de Amigos del Pueblo Saharaui, con la cual vino a España, una extensión de la estancia para el tratamiento médico. Aunque no se obtuvo respuesta, se quedó en España. En 2004, la madre solicitó que la menor regresase a Tinduf, pero la familia de acogida se negó a ello. En mayo de ese año se declaró su desamparo y se ordenó su ingreso en un centro de protección, pero la familia de acogida se negó a entregarla. Tras diversas actuaciones judiciales, el 19 de septiembre de 2005, el Juzgado de familia suspendió provisionalmente la tutela y otorgó la custodia de Salatana a la familia de acogida sin informar a la madre, que siguió reclamando a su hija

⁴ Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

⁵ Sentencia del TEDH de 24 de mayo de 2011 (TEDH 2011\150).

⁶ Tratado del régimen jurídico de las estancias temporales en ADROHER BIOSCA, S. “Estancias temporales de menores extranjeros en España: régimen jurídico vigente y desafíos de futuro”. *Cuadernos de Derecho transnacional* marzo 2019, vol. 11, n.º 1, pp. 51-62.

a través de la mencionada Asociación. La madre viajó a España en junio de 2006 solicitando la restitución de su hija, pero la familia de acogida no le permitió ni siquiera verla. Un juez ordenó a la Guardia civil el traslado de la niña a un centro de menores, pero la familia de acogida había cambiado de domicilio y no se pudo ejecutar dicha orden. Esta familia, solicitó y obtuvo la tutela de Saltana en 2007.

Los recursos de la madre ante la Audiencia Provincial y en amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) fueron desestimados. En estos procedimientos se escuchó a la niña, que manifestó su negativa a irse de nuevo con su madre con la que ni siquiera quería mantener algún tipo de contacto, porque se sentía abandonada por ella desde los seis años. Afirmó que quería vivir en España con la familia de acogida con la que se habían generado importantes vínculos afectivos desde 2002. La madre declaró que no quería obligar a su hija a seguirla a su país y comprendía que su vida estaba en España, pero solicitaba una indemnización. La Audiencia provincial concluyó que no era razonable obligar a una adolescente de quince años a regresar a casa de su madre, a la que no veía desde los seis años y hacia la que no mostraba ningún afecto y con la que ni siquiera compartía la lengua. El TEDH condenó a España a abonar a la demandante 30.000 EUR por daño moral.

2. *K.A.B. contra España (2012)*⁷

En 2000, una pareja nigeriana emigró a España con su hijo recién nacido. En el Registro civil nigeriano no constaba la paternidad del presunto padre, KAB. Madre e hijo se instalaron en Murcia y el padre se fue a vivir a Cataluña, pero la madre confió al niño a una familia en guarda de hecho. En mayo de 2001, KAB obtuvo el permiso de trabajo en Cataluña y en octubre de ese mismo año la madre fue expulsada de España por no tener la documentación en regla. A petición del fiscal, se intentó localizarla para reagrupar al niño con ella pero las gestiones con la Embajada fueron infructuosas. Por ello, y dado que el padre no había demostrado legalmente su paternidad y estaba en paradero desconocido, el 16 de noviembre de 2001 se declaró al me-

nor en desamparo, se constituyó una tutela administrativa y se nombró como acogedora a la familia a quien había sido confiado por su madre. Sin embargo, cuando los servicios sociales advirtieron, meses después, importantes carencias en el cuidado del niño (anemia, desatrollo psicomotor y de lenguaje inferior al de un niño de su edad, falta de vacunación y abandono físico y emocional muy grave), se le colocó de vacunación y abandono residencial. En 2002, los servicios de protección de acogimiento residencial. En 2002, los servicios de protección de acogimiento familiar pre-adoptivo por la conveniencia de pusieron un acogimiento familiar cubierta, lo más pronto posible, por que la relación emocional fuera cubierta, con el fin de evitar los riesgos de la figuras parentales de referencia, con el fin de evitar los riesgos de la institucionalización en edad tan temprana. El 5 de diciembre de 2002, el menor comenzó a convivir con los padres de acogida seleccionados, y posteriormente se propuso su adopción.

KAB, en paralelo, inició un procedimiento de declaración de paternidad y por sentencia del 26 de mayo de 2005, y tras la realización de pruebas biológicas, se declaró su paternidad extramatrimonial. El 20 de noviembre de 2005, KAB se opuso a la adopción, haciendo valer la necesidad de su previo consentimiento, aportando un informe sobre sus medios financieros. Se denegó la oposición y se constituyó la adopción, desestimando posteriormente los recursos de apelación, casación y amparo. El TEDH condenó a España a pagar al demandante, 8.000 EUR por daño moral, si bien hubo un voto particular discrepante.

3. *R.M.S. contra España (2013)*⁸

G. hija de padre guineano y madre española (RMS) vivía en un núcleo familiar extenso en el campo de Jaén. La madre era trabajadora agrícola en España y en la vendimia francesa, y tenía ya dos hijos tutelados que vivían en acogimiento familiar con un tío abuelo. El 23 de agosto de 2005, acudió con su hija G de 3 años y medio de edad, a los servicios sociales a pedir vivienda y comida. Los servicios sociales, al advertir el estado mental e indignancia extrema de la madre, declararon a la niña en desamparo provisional y decretaron su acogimiento residencial denegándose las visitas de la madre hasta que ésta iniciase un tratamiento psiquiátrico. En septiembre se produjeron tres visitas

⁷ Sentencia del TEDH de 10 de abril de 2012 (TEDH 2012/34).

⁸ Sentencia del TEDH de 18 de junio de 2013 (TEDH 2013/60).

supervisadas a la niña, irrespetuosas, violentas y agresivas, por lo cual se suspendieron. Desde entonces y hasta enero de 2006, RMS solicitó hasta en 17 ocasiones ver a su hija, pero se le denegó esta posibilidad. En enero de 2006 se declaró formalmente el desamparo y un acogimiento pre-adoptivo que se constituyó provisionalmente en junio de 2007. RMS se opuso a la declaración de desamparo, pero el 18 de mayo de 2007 el Juez de Primera Instancia desestimó la oposición. El 4 de septiembre de 2009, el Juez de Primera Instancia constituyó el acogimiento familiar pre-adoptivo y en abril de 2011 la adopción. Se desestimaron los recursos de la madre en la Audiencia, el Tribunal Supremo y el amparo ante el Tribunal constitucional.

El TEDH condenó a España a 30.000 euros de daño moral, pero no dispuso la reintegración familiar de la niña ya que estaba bien en su familia de acogida que le proveía de todas sus necesidades materiales y afectivas.

4. *Haddad contra España (2019)*⁹

En enero de 2012, Haddad, sirio, y su mujer española llegaron a España con sus tres hijos de 9, 6 y 1 año, huyendo de la guerra en Siria. Un mes después la madre presentó una denuncia por violencia de género y el Juzgado suspendió la patria potestad a Haddad. En junio de 2012, la madre pidió la guarda voluntaria de sus hijos al no poder hacerse cargo de ellos y los niños fueron declarados en desamparo, tutelados y colocados en acogimiento residencial con visitas de su madre. Una asociación musulmana pidió visitas en nombre del padre que se denegaron. El 27 de septiembre de 2013 el Juez absolvió a Haddad de todos los cargos que se le imputaban y anuló las medidas penales y civiles. El 8 de octubre de 2013 se propuso un acogimiento pre-adoptivo provisional sin visitas de los padres biológicos para la niña, que era la pequeña, y el 19 de noviembre de 2013, Haddad ya con ingresos estables, solicitó autorización para visitar a sus hijos, visitas que le denegaron. El 28 de mayo de 2014, el demandante se opuso al acogimiento familiar de su hija, oposición que se denegó y el 11 de febrero de 2015 se constituyó judicialmente el acogimiento

⁹ Sentencia del TEDH de 18 de junio de 2019. (TEDH 2019/86).

pre-adoptivo de la niña. La Audiencia Provincial desestimó los recursos del Haddad y de su esposa, y el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo. Sin embargo, el 26 de febrero de 2016, se puso fin a la tutela los dos hijos mayores que regresaron con padre.

El TEDH, no fijó una condena dineraria pero invitó a las autoridades españolas a revisar, a la mayor brevedad posible, la situación de Haddad y de su hija y adoptar las medidas adecuadas en interés superior de la misma.

5. *Omorefe contra España (2020)*¹⁰

Omorefe, nigeriana y sin permiso de residencia en nuestro país, dió a luz en España en diciembre de 2008 a un bebé prematuro, que pesaba al nacer 1,2 kgr; la madre delegó la guarda en la entidad pública que asumió la tutela administrativa y en febrero de 2009 declaró su desamparo por carecer los padres de trabajo y alojamiento estable, amén de su situación irregular, así como los conflictos en la pareja y el sentimiento ambivalente de la madre respecto a su bebé. Al niño se le colocó en acogimiento residencial y posteriormente en acogimiento familiar con visitas de los padres, a los que se les informó de las condiciones para el posible retorno del niño a su familia biológica. En marzo de 2009 se propuso un acogimiento pre adoptivo habida cuenta de que la madre no acudía a muchas de las visitas y cuando lo hacía manifestaba desapego del bebe. El 8 de mayo del 2009 se suspendieron las visitas y el 25 de ese mismo mes se propuso judicialmente el acogimiento pre adoptivo. Se produjeron una serie de procedimientos judiciales en los cuales la madre, y la Audiencia provincial consideraron que debía consentir a la adopción, mientras que La Entidad Pública y el tribunal de primera instancia consideró que solo debía participar en el procedimiento y ser oída. Finalmente se anuló el acogimiento pre adoptivo y se le reconoció el derecho de visitas que se llevaría a cabo en un punto de encuentro familiar. Sin embargo, en octubre de 2015 la Audiencia revocó su anterior sentencia y autorizó la adopción sin consentimiento de la madre. El niño ya tenía 7 años y llevaba desde que nació viviendo con la familia acogedora con la que presentaba un apego seguro. La Audiencia,

¹⁰ Sentencia del TEDH de 23 de junio de 2020 (TEDH 2020/60).

reconociendo el derecho de la madre biológica, puso en valor la nueva figura de la adopción abierta: "La posibilidad, en virtud del artículo 178 del Código Civil, tras la modificación ejercida por la Ley 267/2015 de 28 de julio de 2015 sobre la reforma del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, de adoptar en un futuro, si todavía es deseable y se cumplen las circunstancias legales, y siempre en el interés superior del menor, cualquier forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones con la madre biológica".

A ello se acoge el TEDH para invitar a las autoridades internas a revisar, en un breve tiempo, la situación de la demandante y de su hijo menor a la luz de la presente sentencia y a que consideren la posibilidad de establecer algún contacto entre ellos teniendo en cuenta la situación actual del niño y su interés superior, y adoptar cualquier otra medida apropiada de conformidad con esta última.

6. Cuestiones clave

Estas cinco sentencias plantean el alcance del "derecho al respeto a la vida familiar" tal y como está regulado en el CEDH, y señalan quiénes son los titulares de dicho derecho. Es evidente que cuando la Administración interviene en el seno de una familia, separando de ella a su hijo para protegerle frente al abandono, el maltrato o la violencia, el respeto a la vida familiar se ve comprometido, pero dicha intervención se justifica también, desde la perspectiva del CEDH, por la obligación positiva de intervenir cuando, en virtud del art. 3, se produzcan tratos inhumanos y degradantes¹¹.

¹¹ Although it is difficult to identify the exact nature of the positive obligation that Article 3 imposes on states in the area of child protection, nonetheless it sets down an important benchmark that child protection services must be proactive in identifying and responding to signs that children are suffering physical and psychological harm that, with the lapse of time, may cause long-term, even permanent problems. Indications from the judgment are that respect for the child's right to protection from harm under Article 3 requires timely intervention in the family, with effective and practical steps to be taken when the situation at home does not show a significant and timely improvement. As in the other areas discussed above, the contribution of the ECHR to the child's right to protection from harm represents a practical, important and original contribution to this

En los cinco casos, son las familias biológicas las que recurren a Estrasburgo. Pero, ¿son las familias acogedoras, también, titulares de este derecho¹²? Y sobre todo, ¿tienen los niños derecho a la vida familiar? Esta es la cuestión central sobre la que versa este trabajo. De los tres vértices de estas peculiares relaciones familiares (familia biológica/familia acogedora/niño), el derecho del niño a que su interés superior tenga una consideración primordial, plantea, como esencial, el respeto y protección de su vida familiar¹³. Como veremos, es excepcional que quien recurra a Estrasburgo sea una familia adoptiva o acogedora¹⁴, pero lo que es excepcionalísimo es que sea un niño el reclamante¹⁵.

area". (KILKELLY, U. "Protecting children's rights under the ECHR: the role of positive obligations". *Northern Ireland Legal Quarterly* 61(3) p. 260).

¹² En algunas publicaciones se narra la experiencia de familias acogedoras en concreto, y el impacto que tiene para los niños desamparados construir sus vínculos de apego y afectos en el seno de una familia acogedora, frente al acogimiento residencial. Estos trabajos explican, mejor que cualquier tratado teórico, que estamos ante una auténtica vida familiar. Entre otros: HORNNO, P. *Elegir la vida. Historias de vida de familias acogedoras*. Desclee de Brouwer. Bilbao 2014; ALBERCA DE CASTRO, F. ARAUZ DE ROBLES, M. *Adiuvina quien llama a tu puerta. La aventura de ser un niño acogido*. Editorial Sekona. Madrid, 2017; MACIAS, O. *Hogares compartidos. 27 experiencias de familias de acogida*. LID, 2017; HUGUES, D.A. *Construir los vínculos del apego. Como despertar el amor en niños profundamente traumatizados*. Ed. Eiefferia, Barcelona 2019.

¹³ Como se ha señalado, "the child's perspective in these judgments is often virtually invisible and the practice of the Court focuses on the rights of the parents instead of those of the child". (BREEN, C. KRUTZINNA, J. JUHAMAA, K., SKIVENES, M. op. cit. p. 717). Efectivamente; en una reciente tesis doctoral que ha hecho un estudio exhaustivo de la jurisprudencia del TEDH en esta materia, se advierte que, hasta 1995, las sentencias no mencionaron ni analizaron el respeto a la vida familiar del niño, y por supuesto no tuvieron en cuenta su interés superior. Es a partir de esa fecha cuando el niño deja de ser invisible (*Care order cases in the European Court of Human Rights. Parents' vs. children's rights* Trond Helland Universidad de Bergen. Pamavera de 2019) <https://bora.uib.no/bora-xmlui/handle/1956/20265>

¹⁴ Algunos de los casos son los siguientes: X y Otros contra Rusia. (Sentencia de 14 enero 2020, TEDH202013) en el cual unos padres adoptantes demandan a Rusia por divulgar sus datos personales y los de su hijo adoptado; Moriotti & Benedetti contra Italia (Sentencia de 27 de abril de 2010, n° 6318/07) en el que unos acogedores familiares recurren por no haber sido propuestos como adoptantes; o V.D. y otros contra Rusia (sentencia n°72931/10 de 9 de abril de 2019) en el que los acogedores recurren la decisión de que el niño retorne a la familia biológica y no le permitan contactos o visitas a la acogedora.

¹⁵ El único caso que he encontrado es Hadzhiyeva contra Bulgaria, sentencia de 1 febrero 2018 (TEDH201812), en el que detiene a los padres de una niña tur-

En las cinco sentencias no se cuestiona la medida de acogimiento familiar como contraria al respeto al derecho a la vida familiar de la familia biológica. En realidad, no es el acogimiento familiar español el que está en el banquillo. Es el sistema de protección familiar español incapacidad para apoyar a familias vulnerables con carencias en el ejercicio de sus responsabilidades parentales y en la preservación de los vínculos de los niños con ellas, y, además, la duración en estos procedimientos. Seguramente, si estos cinco niños hubieran estado en acogimiento residencial, no se habrían producido los recursos de las familias biológicas, ya que no existiría una nueva vida familiar de su hijo que “compitiera” con la suya, y no se habrían producido vínculos de apego con la familia acogedora. Pero hay evidencias de que el bienestar de los niños en acogimiento residencial es inferior a los que viven en acogimiento familiar¹⁶. Por ello, Estrasburgo no cuestiona la prioridad del acogimiento familiar frente al residencial sino la falta de respuestas ágiles y adecuadas del sistema de protección, y el respeto por el mismo del derecho a la vida familiar¹⁷.

Antes de referirme al alcance de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho la vida familiar en relación al sistema español de protección a la infancia, voy a analizar en qué medida el Derecho interno, y el español, han consagrado el “derecho a vivir en familia” como derecho del niño.

kmana y rusa en Bulgaria para ser expulsados y las autoridades dejan sola a la niña de 14 años sin prestarle asistencia, apoyo y servicios en su propia casa, en una familia de acogida, o en una institución especializada. La niña demanda y gana en Estrasburgo.

¹⁶ “In general, young people placed in residential care often display more serious problems than those referred to foster care. HESTBÆK, A.D. “The Rights of Children Placed in Out-of-Home CARE”. FALCH-ERIKSEN, A. BACKE-HANSEN, E. (Editors) *Human Rights in Child Protection Implications for Professional Practice and Policy*. Palgrave Macmillan, 2018, p. 130.

¹⁷ Sobre los aspectos psicológicos y sociales que plantea el acogimiento familiar, los desafíos de estos procesos, la preparación de niños y familias, la vida familiar en el seno de las familias de acogida, la separación tras el retorno a la familia de origen, puede verse SOLE, J. *Familias de acogida. Respuestas al desafío*. Ed. NED, 2019.

II. VIVIR EN FAMILIA. ¿UN DERECHO DE LOS NIÑOS?

1. El Derecho internacional

La importancia de la familia como elemento básico de la sociedad ya se recogió en la Declaración Universal de los Derechos humanos de 1958 que la señala como “elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 16.3). Esta afirmación se reproduce, casi textualmente, en Convenios universales y regionales¹⁸. En consonancia con este postulado, venios universales y regionales del siglo pasado afirmaron los tratados internacionales de mediadores del siglo pasado afirmaron la protección de la vida familiar sin injerencias arbitrarias, ilegales o no previstas por la ley. Este es el tenor del Pacto internacional de la ONU de 1966 de Derechos civiles y políticos¹⁹ y también del CEDH, objeto de este trabajo y cuyo artículo 8 he transcrito al comienzo. Es sin embargo el Pacto internacional de la ONU de 1966 de Derechos económicos, sociales y culturales el que se refiere a la “protección

¹⁸ En el ámbito universal El pacto internacional de 1966 de derechos civiles y políticos señala en su artículo 23: *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*. Por su parte, el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales del mismo año señala en su artículo 10 que *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo*. (...) En el ámbito regional destacan la Convención americana sobre Derechos humanos (Pacto de San José) de noviembre de 1969, cuyo artículo 17 afirma: *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*; la Carta africana de los derechos humanos y de los pueblos de julio de 1981 cuyo art. 18 señala: *La familia será la unidad natural y la base de la sociedad. Esta estará protegida por el Estado, el cual se ocupará de su salud física y moral. El Estado tendrá el deber de asistir a la familia, la cual custodia la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad*.

¹⁹ Art. 17: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación*.

y asistencia” necesaria a los niños desamparados como obligación pública.²⁰

Estos textos, sancionan las injerencias externas arbitrarias o no previstas a la vida familiar, pero no reconocen el “derecho” del niño a vivir en un ambiente familiar libre de violencia, ni mencionan la necesaria intervención de los poderes públicos en las familias que no garanticen este tipo de vida familiar. A mediados del Siglo XX, los sistemas de protección de la infancia en gran parte del mundo, con la excepción de los países nórdicos, se basaban en figuras e instrumentos de derecho privado, no previendo la intervención de las administraciones en el seno de las familias. La “administrativización” de los sistemas de protección a la infancia, se generaliza en el último cuarto del siglo XX y descansa sobre la injerencia legítima y reglada de los poderes públicos en el seno de aquellas familias que no son capaces de ofrecer a los niños una vida familiar libre de violencia, injerencia que, en ocasiones, implica la separación temporal o definitiva de su familia de origen.

En estos últimos casos; ¿debe garantizarse al niño una protección alternativa de tipo familiar? ¿podemos afirmar que los niños tienen derecho a crecer en familias propias o alternativas?²¹

El texto internacional universal y más importante relativo a los derechos de los niños es la CNUDN de 1989, texto ya del último cuarto del siglo XX. La CNUDN no reconoce tampoco en su articulado el derecho del niño a la vida en familia²² si bien en su preámbulo afirma el carácter esencial de la familia reconociendo que *el niño, para el*

²⁰ Art. 10. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social.*

²¹ De alguna manera así se puede desprender de un párrafo de la sentencia KAB en la que el TEDH afirma: *El punto decisivo en este caso consiste, por tanto, en determinar si las autoridades nacionales adoptaron todas las medidas necesarias y adecuadas que se les podían razonablemente exigir para que el niño pudiera desarrollar una vida normal con su familia (i), en su defecto, en una familia de acogida u adoptiva.*

²² The CRC does not contain a specific right to respect for family life, it is strongly premised on the view that the child's rights are best secured in the context of

pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Esta es la afirmación más cercana de toda la CNUDN a un reconocimiento del “derecho a vivir en familia”, derecho que sin embargo no está recogido en su articulado²³. Una lectura conjunta del CEDH y de la CNUDN ha conducido a afirmar que “the CRC's provisions regarding the child's right to respect for family life mirror the interpretation of the right to respect for family life in Article 8(1) ECHR, in that children ought to be cared for within a family environment”²⁴. Tampoco reconoce este derecho otro texto regional como la Carta africana de los derechos y del bienestar de la infancia²⁵.

²³ family life”. BRENN, C. KRUTZINNA, J. JUHAMAA, K., SKIVENES, M. op. cit. p. 721.

²⁴ Menciona, además, en el art. 7, que tendrían derecho a, en la medida de lo posible, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, y a que solo se les separe en casos excepcionales, y siempre a reserva de revisión judicial según lo establecido en el art. 9.1. Creo especialmente relevante el art. 20 que regula el acogimiento familiar y residencial sin establecer una preferencia del primero respecto del segundo: *Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.*

²⁵ BRENN, C. KRUTZINNA, J. JUHAMAA, K., SKIVENES, M. op. cit. p.722. African Charter on the Rights and Welfare of the Child (1990) ([https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/2AfricanCharterontheRightsandWelfareoftheChild\(1990\).aspx](https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/2AfricanCharterontheRightsandWelfareoftheChild(1990).aspx)). Su artículo 25 establece: 1. Any child who is permanently or temporarily deprived of his family environment for any reason shall be entitled to special protection and assistance; 2. State Parties to the present Charter: (a) shall ensure that a child who is parentless, or who is temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or who in his or her best interest cannot be brought up or allowed to remain in that environment shall be provided with alternative family care, which could include, among others, foster placement, or placement in suitable institutions for the care of children; (b) shall take all necessary measures to trace and reunite children with parents or relatives where separation is caused by internal and external displacement arising from armed conflicts or natural disasters. 3. When considering

A pesar de que alguna doctrina, española y extranjera, se ha referido al “derecho del niño a vivir en familia”²⁶, las normas internacionales hoy vigentes no han llegado a reconocer ni a garantizar un tal derecho.

Sin embargo, diversas Resoluciones u Observaciones de la ONU (“soft law para algunos), avanzan progresivamente en su formulación. Deben mencionarse al respecto las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños de 2010²⁷, la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño de 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (OG14)²⁸, la Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno²⁹ y la Observación general núm. 6(2018) del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad sobre la igualdad y la no discriminación³⁰. Sin embargo, la reciente Resolución de la Asamblea General sobre Promoción y Protección de los derechos de la infancia de 2019 aunque reconoce el papel esencial de la familia, no prioriza el cuidado familiar frente al residencial³¹.

alternative family care of the child and the best interests of the child, due regard shall be paid to the desirability of continuity in a child's up-bringing and to the child's ethnic, religious or linguistic background.

²⁶ Nonyana-Mokabane, M. *Children in need of care and protection and their right to family life*, 2013: <http://hdl.handle.net/2263/32941>; BERASTEGUI PEDRO-VIEJO, A. GÓMEZ BENGOCHEA, B. “El derecho del niño a vivir en familia”. *Miscelánea Comillas*, Vol. 67 (2009), núm. 130 pp. 175-198; MARTINEZ GARCIA, C. *El Derecho a crecer en familia. La necesaria transformación del sistema de protección a la infancia en España*. Aldas Infancias SOS, Madrid 2020.

²⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General (sobre la base del informe de la Tercera Comisión) (A/64/434) A/RES/64/142)

²⁸ CRC/C/GC/14.

²⁹ CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23

³⁰ CRPD/C/GC/6 de 26 de abril

³¹ A/C.3/74/L.21/Rev.1. Así afirma por un lado que: “Reconociendo que la familia tiene la responsabilidad primordial en el cuidado y la protección de los niños, de manera que redunde en el interés superior de estos, y que los niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de una

Destacan, entre ellas, por una parte la OG 14 que afirma: “La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños. El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención. El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local. (...) El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros”.

Pero es quizá la Observación General 6 del Comité de derechos de las personas con discapacidad de 2018 la que avanza de forma indudable en el reconocimiento de este “derecho”: Los Estados partes deberían poner fin a los actos de violencia y las medidas de institucionalización contra los niños y las niñas con discapacidad, a los que se niega el derecho a crecer en el seno de su familia como forma de discriminación. Los Estados partes deben implementar estrategias de desinstitucionalización que ayuden a los niños a vivir con sus familias o en formas alternativas de acogimiento familiar en la comunidad. Muy recientemente, en marzo de 2022, durante las sesiones 89 y 26 respectivamente, el Comité de los Derechos del Niño (CRC) y el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDDP) han adoptado una muy relevante Declaración Conjunta sobre los Derechos de los Niños con Discapacidad, titulada “right to family life” en la que definitivamente afirman este derecho en relación a los niños con discapacidad, pero señalando que tal derecho lo ostentan todos los niños³².

familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, pero propone por otro “Adoptar medidas para garantizar que todos los niños que están separados de sus padres de conformidad con la legislación y los procedimientos aplicables, y cuando dicha separación sea necesaria en aras del interés superior del niño, sean remitidos sin demora a las autoridades de protección infantil y se les proporcione una modalidad apropiada de cuidado alternativo de calidad que pueda ser, entre otras, el cuidado en la familia y la comunidad”.

³² *The Committees agree that all children, for the full and harmonious development of their personalities should grow up in a family, in an atmosphere of happiness, love and understanding. Both Committees are deeply concerned about*

Puede afirmarse, como conclusión, que doctrinalmente, en el estado actual de desarrollo del Derecho internacional, se reconoce, por una parte, el “derecho a la protección de la vida familiar”, pero se ha descartado, hasta ahora, reconocer expresamente el “derecho a vida familiar”; aunque por otra, se acepta la “orientación” de que las políticas públicas intenten asegurar que los niños carentes de familia reciban un cuidado familiar alternativo³³.

2. El Derecho español

El funcionamiento del sistema de protección a la infancia español no solo ha sido cuestionado por el TEDH en las sentencias analizadas, sino también por el Comité de Derechos del niño de la ONU. En 2010³⁴ manifestaba su preocupación por el escaso apoyo a las familias ante las situaciones de riesgo, apoyo que resulta preventivo para evitar desamparo³⁵. En 2018³⁶ abundó en este aspecto³⁷, denunciando

the institutionalisation of children with disabilities and call on States Parties to end institutionalisation on the basis of disability and to promote the development of support for children in a family in the community. The Committees recall that, in accordance with both Conventions, States Parties have the obligation to adopt clear and targeted strategies for de-institutionalization, with specific time frames and adequate budgets, in order to eliminate all forms of discrimination and segregation of children with disabilities.

“Although the CRC does not contain a specific right to respect for family life, it is strongly premised on the view that the child’s rights are best secured in the context of family life” (BREEN, C. KRUTZINNA, J. JUHAMAA, K., SKIVE-NEŠ, M. op. cit. p. 717).

³⁴ De 3 de noviembre de 2010. CRC/C/ESP/CO/3-4

³⁵ *Preocupación que muchas familias sigan sin contar con asistencia adecuada para ejercer sus responsabilidades relacionadas con la crianza, en particular familias en situaciones de crisis debido a la pobreza, la falta de vivienda adecuada o la separación*

³⁶ *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España 5 de marzo de 2018. CRC/C/ESP/CO/5-6*

³⁷ *Se recomienda a España que aumente la disponibilidad de recursos de asistencia y asesoramiento oportunos y suficientes a los padres y otros cuidadores cuando se corra el riesgo de que descuiden o maltraten a sus niños; Refuerce el sistema de prestaciones familiares y por hijo para apoyar a los padres y los niños en general y que preste apoyo adicional, en particular, a las familias en situación de riesgo debido a la pobreza, familias monoparentales, las que tienen muchos hijos y/o aquellas cuyos padres están desempleados.*

la elevada institucionalización de los niños desamparados y considerando al acogimiento familiar como el mejor recurso³⁸, además de mucho más barato³⁹. Estas Observaciones se publicaban tres años después de las importantes reformas del Derecho español de protección de menores aprobadas en 2015⁴⁰. En ellas, no se ha incorporado el “derecho a vivir en familia” de los niños, pero sí se ha incorporado la prioridad normativa de la protección familiar frente a la residencial. Así en el art. 2 de la LOPJM al definir el interés superior del menor se considera que la vida familiar libre de violencia es un criterio general y que deben primarse las medidas de protección familiares⁴¹; en el

³⁸ *El Comité está seriamente preocupado por: a) El elevado número de niños atendidos en centros de acogida y el hecho de que, en la práctica, este tipo de atención es la opción principal utilizada como medida inicial; b) La insuficiencia de recursos, que tiene como consecuencia demoras en la asunción de la tutela por el Estado y las deficiencias de las instalaciones y el hacinamiento en algunos centros de acogida. Propone: a) Acelere la desinstitutionalización, a fin de asegurar que la atención en centros de acogida se utilice como último recurso, y vele por que todos los centros de acogida restantes cumplan por lo menos unas normas de calidad mínimas; b) Vele por que en todos los casos sea un juez quien adopte o revise las decisiones sobre la separación de un niño de su familia, y ello solo después de evaluar a fondo el interés superior del niño en cada caso particular; c) Asigne recursos humanos, técnicos y financieros adecuados a la promoción de la atención en familias de guarda y de los cuidadores profesionales especializados. Padres y las familias de guarda y de los cuidadores profesionales especializados. Como se ha señalado “el coste para la Administración de un niño acogido es de una novena parte, aproximadamente, del coste de la institucionalización” (MARTIN MARTINEZ, E. “El acogimiento familiar: una medida de protección”. En PADIAL ALBÁS, A. *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*. Ed. Universidad de Lérida, 2012).*

⁴⁰ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175 del 23 de julio de 2015) y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE n.º 180 del 29 de julio de 2015).

⁴¹ *A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la*

art. 11.2. b de la LOPJM se considera como principio rector de la actuación administrativa⁴²; y el art. 12.1 LOPJM recoge la prioridad de una protección duradera y familiar como filosofía del sistema.⁴³ Además, se regula la prioridad del cuidado familiar, especialmente para los más pequeños, en el art. 21. 3 de la LOPJM⁴⁴. Sin embargo, la manifestación más clara de esta apuesta por el acogimiento familiar en la reforma del 2015 es su desjudicialización; si la declaración de desamparo (que supone separar al niño de su familia) es una decisión administrativa sometida por supuesto a control judicial, la colocación del niño en una familia acogedora era decisión judicial en los casos en los que la familia biológica se opusiera. Ahora es también una decisión administrativa, como propuso el Senado en 2010⁴⁵. La

medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

⁴² Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional.

⁴³ La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Estudios sobre el nuevo régimen son: MAYOR DEL HOYO, M.V. "El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015 de 28 de julio", en Mayor del Hoyo, M. V. (Dir.) *El nuevo régimen jurídico del menor*. La reforma legislativa de 2015. Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2016. pp. 219 y ss; MARTINEZ GARCIA, C. "El sistema de protección de menores en España", en MARTINEZ

normativa anterior no apostaba tan decididamente por la figura del acogimiento familiar⁴⁶.

En la normativa autonómica destaca la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía⁴⁷ que en su artículo 9 recoge como principio rector, la promoción, prevención, protección y apoyo a la familia, y en su artículo 45 regula el derecho del niño al desarrollo y crecimiento en el seno de la familia⁴⁸. Es la primera ley aprobada en España que afirma y regula abiertamente este nuevo derecho a la que seguirán otras: así, el Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid ha publicado el 29 de julio de 2022 el Proyecto de Ley de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid⁴⁹, que en el art. 8 regula también este derecho, pero cuyo art. 67, en relación a los niños sujetos de medidas de

GARCIA, C. *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*. Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 411 y ss.

⁴⁶ Puede verse, entre otros, NORIEGA RODRIGUEZ, L. *El acogimiento familiar de menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*. Código de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid 2012.

⁴⁷ BOJA n.º 146, de 30 de julio de 2021.

⁴⁸ Artículo 45. *Derecho al desarrollo y crecimiento en el seno de la familia*.
1. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser cuidados y a desarrollarse de forma sana y positiva, en su familia de origen, para lo que esta recibirá el apoyo y los recursos profesionales necesarios que le permitan ejercer sus funciones parentales, con atención especial a las familias en situaciones de dependencia, discapacidad, vulnerabilidad, alta adversidad, o exclusión social.

2. Las administraciones públicas de Andalucía procurarán el derecho de las niñas, niños y adolescentes a vivir con su familia de origen y a relacionarse con ella, siempre que no suponga un riesgo para su integridad física y/o emocional, prevaleciendo su interés superior sobre cualquier otro interés legítimo, de manera que, en los casos de adopción de una medida de protección que implique la separación de su núcleo familiar, valorarán la posibilidad de su reificación familiar si se dieran las circunstancias favorables para ello.

3. Si valoradas las circunstancias de la niña, niño o adolescente no fuera posible su reificación en el seno de su familia de origen, se le procurará una alternativa familiar a través de la medida de integración familiar más adecuada a sus necesidades. En caso de no existir una alternativa familiar viable, se adoptará una medida de acogimiento residencial, procurando que sea provisional y por el menor tiempo de duración posible, siempre supeditando los intereses de la infancia y adolescencia.

⁴⁹ PL-18/2022 RGEPL18381. BOAM n.º 59, 29 de julio de 2022, pp. 15145-248.

protección, hace una apuesta valiente y decidida por la protección de tipo familiar⁵⁰.

III. EVALUACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES ESPAÑOL A LA LUZ DEL CEDH

Las sentencias analizadas no niegan la función del acogimiento o de la adopción, como medidas "familiares" de protección de la infancia; pero no las conciben como derechos de los niños, sino como recursos que les permiten vivir en familia. A continuación, analizaré tres de los elementos clave de la jurisprudencia del TEDH sobre estas figuras concretándolos en los cinco casos analizados: el concepto familia, para determinar si las familias acogedoras están incluidas en el mismo; el alcance de la protección de la "vida familiar", y el interés superior del niño como consideración primordial.

1. El concepto de familia

1.1. Familias de iure y de facto

En primer lugar, debe señalarse que el CEDH no define el concepto de la "familia" protegida por sus disposiciones, por lo que ha sido la jurisprudencia del TEDH la que la ha dotado de contenido, evolucionado hacia una concepción que, más allá de los vínculos jurídicos de matrimonio y filiación, se reconocen, y se protegen también los vínculos familiares de facto, de dependencia mutua, tanto afectivos como materiales. Así, en relación a la filiación, se protege también la filiación paterna natural no reconocida siempre que el padre manifieste interés y compromiso hacia su hijo antes y después del nacimiento,

⁵⁰ Artículo 67. *Respeto a la vida familiar como ámbito adecuado para el desarrollo de los niños. Además de los principios rectoros recogidos en el Título Preliminar de la presente Ley, será principio rector de la actuación en materia de protección de menores el del respeto a la vida familiar de los niños. La Comunidad de Madrid reconoce el derecho de los niños a vivir en familia, por ser la vida familiar el ámbito más adecuado para su desarrollo integral. El respeto de este derecho será determinante en la toma de decisiones respecto de los niños necesitados de protección.*

como señala la Guía del propio TEDH⁵¹. Es precisamente la cuestión que se plantea en el caso KAB⁵².

Además, esta distinción entre la familia "de iure" y "de facto" tiene mucha relevancia en los casos de acogimiento familiar que estamos estudiando: el TEDH ha afirmado la importancia de proteger la vida familiar del niño y de su familia de origen pero también la de su familia acogedora⁵³, y ha reconocido el valor de asegurar tanto la vida familiar

⁵¹ *Where the existence or non-existence of family life concerns a potential relationship which could develop between a child born out of wedlock and its natural father, relevant factors include the nature of the relationship between the natural parents and the demonstrable interest in and commitment by the father to the child both before and after its birth. Mere biological kinship, without any further legal or factual elements indicating the existence of a close personal relationship, is not sufficient to attract the protection of Article 8. (ECHR. Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence. 31 de diciembre de 2020).*

⁵² El Tribunal recuerda que el concepto de "familia" contemplado por el artículo 8 del Convenio no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otros vínculos "familiares" de facto cuando las partes cobhitan fuera de esta célula "familiar" a partir de su nacimiento y por el hecho mismo de éste. Aunque como regla general una cohabitación puede constituir una condición de tal relación, otros factores pueden servir para demostrar que una relación tiene suficiente continuidad para crear "vínculos familiares". El Tribunal ha considerado que la intención de constituir una vida familiar puede, excepcionalmente incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 8 siempre que la ausencia de vida familiar plenamente establecida no sea imputable al demandante. En particular, la "vida familiar" puede también extenderse a la relación potencial que habría podido desarrollarse entre un padre natural y un niño nacido fuera del matrimonio. Los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar la existencia real de estrechos vínculos personales en estos casos incluyen la naturaleza de la relación entre los padres naturales y el interés demostrable del padre por el niño antes y después del nacimiento de este último.

⁵³ El Tribunal constata que se trata en este caso de la relación entre un niño nacido fuera del matrimonio y su padre biológico, vinculado como tal por un vínculo natural. Considera que la imposibilidad de llevar una vida familiar plenamente estable no es imputable al demandante. Tiene en cuenta que, desde la expulsión de su compañera, el demandante no vio a su hijo. (...) El Tribunal considera que la ausencia de vínculos familiares estables entre el demandante y su hijo no le es por tanto, enteramente imputable.

En varias de las sentencias, como en el caso OMOREFFE se incluye la siguiente afirmación: En un asunto como este, el juez se encuentra en presencia de intereses que a menudo son difíciles de conciliar, los del niño, los de sus padres

“de facto” de la familia acogedora⁵⁴, como la preservación de los lazos familiares con la familia biológica. Como se ha señalado recientemente, “The European Court of Human Rights held that de facto family ties constitute family ties even in the absence of a biological or adoptive relationship. According to the Court, the time an adult and a child have spent living together, the quality of the relationship and the role the adult plays vis-à-vis the child must be taken into account.”⁵⁵.

1.2. Convivencia y cuidado familiar

En segundo lugar, El TEDH ha exigido que los vínculos familiares se traduzcan en convivencia y en cuidado, si bien, en algunas sentencias en las que la convivencia no ha podido producirse, o mantenerse, por causas ajenas a la voluntad de los padres, se ha reconocido también el derecho a la vida familiar de los mismos. Así se señala en los casos Salek Bardi y Haddad⁵⁶.

1.3. Apoyo a las familias biológicas

En tercer lugar, el TEDH insiste en la necesidad de que las familias de origen sean apoyadas para que puedan cumplir adecuadamente sus

biológicos y los de la familia de acogida pre adoptiva. En la búsqueda de un equilibrio entre estos intereses contrapuestos la consideración primordial es el interés superior del menor.

The Court may recognize the existence of de facto family life between foster parents and a child placed with them, having regard to the time spent together, the quality of the relationship and the role played by the adult vis-à-vis the child” (ECHR. Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence. 31 de diciembre de 2020).

WENKE, D. *Feasibility study of a legal instrument on the protection of the best interests of the child in domestic law proceedings by public authorities to limit parental responsibilities or place a child in care.* Consejo de Europa, julio 2021, p. 8.

“Los menores fueron separados de su padre en contra de su voluntad, al ser objeto de un proceso penal por violencia de género a raíz de una denuncia presentada por su madre. Aunque del expediente se desprende que no permaneció en prisión, no puede olvidarse que el demandante no pudo acercarse a sus hijos y que, por lo tanto, permaneció alejado y sin contacto alguno con ellos durante todo el proceso penal. Esta situación era especialmente grave dada la edad de su hija, que solo tenía un año y medio cuando fue puesta bajo tutela en Madrid.

funciones parentales⁵⁷, apoyo que no siempre se produce⁵⁸. Esta es quizá una de las grandes cuestiones que subyacen en estos casos: si las administraciones invirtieran más y mejor en prevención, en la fase de riesgo, no se llegaría a decretar el desamparo y por tanto la separación familiar. No obstante, estos casos también ponen de relieve las serias carencias, algunas irreversibles, de algunas familias de origen; la madre de Salta-na dejó a su hija en otro país durante cuatro años al cargo de una guardadora de hecho, en el caso KAB la madre cede la guarda a una familia que desampara a la niña, y en Haddad o Omorefe las madres delegan la guarda de sus hijos por no poderse ocupar de ellos. Como se ha señalado, “the Court considers that the role of the social welfare authorities is to assist persons in difficulty, including in situations where parents are unable to provide adequate care for their child. Where these difficulties

Así, en el caso RMS se señala: El TEDH estima que las Autoridades administrativas españolas hubieran debido contemplar otras medidas menos radicales que la de tomar a su cargo a la niña. El TEDH considera que el papel de las Autoridades de protección social es precisamente el de ayudar a las personas en dificultades que no tengan los conocimientos necesarios del sistema, de guiarlas en sus trámites, y de aconsejarlas, entre otras cosas, sobre los distintos tipos de prestaciones sociales disponibles, sobre las posibilidades de obtener una vivienda social o sobre medios para remontar sus dificultades, tal como la demandante había buscado hacerlo, inicialmente

Como señala ORDAS ALONSO, M. (“El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”. Aranzadi civil, N.º 9, 2016, págs. 43-112) En la práctica, el desamparo, concebido por la legislación como medida de último recurso, ha ostentado un cuasi monopolio alrededor del cual se han articulado las políticas públicas de protección del menor, separando de sus familias a niños que meramente se encontraban en una situación de riesgo, desoyendo los principios de necesidad, la progresividad y la proporcionalidad, lo que requiere, siempre que sea posible, una actuación escalonada, de menor a mayor intensidad dirigida a poner fin a las situaciones de riesgo antes de adoptar medidas más drásticas, reservando la declaración de desamparo, para supuestos gravísimos que van mucho más allá de tener más o menos habilidades sociales, mayor o menor cociente intelectual o formación académica y por supuesto tener unos u otros recursos económicos. Ni la pobreza ni la incultura ni la poca inteligencia, son en sí mismas causas que impliquen desatención y desamparo de la prole y en cualquier caso, cuando una situación se basa en las mismas, cuando se aprecia que la madre puede recibir ayuda para adquirir las habilidades de las que carece, la obligación de los poderes públicos es prestar esa ayuda y colaboración.

lead to a child being placed in care, it is the role of the social welfare authorities to guide the parent(s) in their efforts and to advise them".⁵⁹

1.4. Medidas de protección

En cuarto lugar, el TEDH ha justificado las medidas públicas de separación del niño de su familia de origen siempre que estén previstas por la ley y sean necesarias en una sociedad democrática, tal y como exige el art. 8.⁶⁰ En todos los casos estudiados estas condiciones de la intervención se han dado, pero la aplicación concreta de las mismas en relación al cuidado de la vida familiar de la familia de origen unida al paso del tiempo, han derivado en la consideración de que se ha violado la vida familiar de esta. Sin embargo, el TEDH en ninguno de los casos ha obligado al Estado a suspender la medida de protección restableciendo plenamente la vida familiar con la familia biológica.⁶¹

1.5. El factor tiempo

Finalmente, el TEDH concede una relevancia especial al factor "tiempo" y su incidencia en la vida familiar, especialmente de los niños. Como se ha señalado, "time is a critical element in the Court's assessment of attachment of the child and the child's interest in preserving the facto family situation". Un estribillo permanente de las sentencias analizadas, es la denuncia la duración de los procedimientos judiciales

⁵⁹ WENKE, D. op. cit. p. 27.

⁶⁰ "The notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued, which in our cases is an overriding requirement pertaining to the child's best interests". BREEN, C. KRUTZINNA, J. JUHAMAA, K., SKIVENES, M. op. cit. p. 720.

⁶¹ Así por ejemplo, se afirma en el caso KAB: el paso del tiempo, a consecuencia de la merca de la Administración, la expulsión de C. sin tener las precauciones necesarias, la falta de apoyo y asistencia al demandante en un primer momento cuando su situación social y financiera era más vulnerable, así como la ausencia de ponderación de las resoluciones dictadas por las jurisdicciones internas en cuanto a la imputación de responsabilidades en la situación de abandono del menor y la conclusión sobre la falta de interés del demandante por su hijo, han contribuido de manera decisiva a la ausencia de toda posibilidad de reagrupación familiar entre el demandante y su hijo.

y administrativos y la incidencia del transcurso del tiempo en la vida de los niños⁶². Al final, esta duración consolidada los nuevos vínculos familiares con las familias acogedoras y hace imposible el retorno a la familia de origen. Ello cuestiona no solo los procedimientos administrativos y judiciales en España, sino también los medios humanos y materiales destinados al sistema de protección que lo hacen lento y contrario al interés superior del menor. Y no debemos olvidar que uno de los elementos generales que definen el interés superior del menor en nuestro país es el *irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo* (art. 2 de la LOPJM en su redacción de 2015).

2. La preservación de la "vida familiar"

Si se reconocen por tanto como "familias" tanto la de origen como la acogedora, se plantea entonces cómo compatibilizar la "vida familiar" de ambas, y, sobre todo, como garantizar el derecho del niño a la vida familiar con ambas familias, si eso es lo mejor para él.

2.1. Prioridad de la familia biológica

Según la jurisprudencia del TEDH, la vida familiar con la familia de origen no termina con la adopción de la medida de protección y la

⁶² Así, en el caso Salek Bardi se afirma: el paso del tiempo, consecuencia de la pasividad de la Administración y de la falta de coordinación entre los servicios competentes, contribuyó de manera decisiva a la integración de la menor en su familia de acogida y en su vida cotidiana. En el RMS se afirma: el tiempo transcurrido, consecuencia de la inercia de la Administración, y la propia inercia de las jurisdicciones internas, que no han estimado irrazonables los motivos dados por la Administración para privar a una madre de su hija fundándose, únicamente, en motivos económicos —la salud mental de la madre, inicialmente esgrimida, no fue objeto de ninguna peritación—. han contribuido, de manera decisiva, a la imposibilidad de cualquier reagrupamiento familiar entre la demandante y su hija. En el caso Hadad se señala: el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación entre el niño y el progenitor que no vive con él (...). El transcurso del tiempo ha tenido el efecto de convertir en definitiva una situación que se suponía temporal, teniendo en cuenta la corta edad de la niña cuando se estableció la situación legal de desamparo y se le situó bajo tutela (...). El Tribunal recuerda que, en los casos relativos a la vida familiar, la ruptura del contacto con un niño muy pequeño puede conducir a un deterioro creciente de la relación con su progenitor.

separación temporal del niño y de su familia⁶³. No solo eso: el TEDH en coherencia con toda la normativa internacional mencionada, da prioridad a la vida familiar de la familia biológica, de manera que la medida de protección se concibe como provisional, priorizando el apoyo a esta familia para que recupere lo antes posible las capacidades parentales que permitan el retorno del niño⁶⁴. La reagrupación familiar y el restablecimiento de la vida familiar con la familia biológica, debe ser el objetivo, siempre que sea compatible con el interés superior del niño⁶⁵. Pero eso no siempre es posible: "la obligación

⁶³ RAAGNA, I. *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*. Council of Europe, Strasbourg 2012, p. 30.

⁶⁴ "The guiding principle is that care orders should be regarded as temporary measures, to be discontinued as soon as circumstances permit and that any measures implementing temporary care should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parent and the child". *Id.* p., 70.

⁶⁵ Así en el caso RMS se señala "El TEDH recuerda que, para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar (...). La decisión de hacerse cargo de un niño, debe ser considerada, en principio, como una medida provisional, que se suspenda en cuanto las circunstancias lo aconsejen, y todo acto de ejecución debe concordar con un objetivo último: reunir de nuevo al padre por lazos de sangre y al hijo". En el caso HADDAD afirma: "El Tribunal recuerda la jurisprudencia, según la cual el artículo 8 del Convenio implica el derecho de un progenitor a disponer de medidas para reagruparlo con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptar tales medidas. Observa que, a pesar de la oposición del demandante al acogimiento en régimen pre-adoptivo de su hija esta opción se eligió únicamente por la falta de contacto entre la menor y su padre durante varios años, a pesar de que las visitas se habían suspendido por decisión del juez nº 1 de Coslada, ante quien se interpuso una denuncia por violencia de género. Por tanto, las autoridades competentes son responsables de la interrupción del contacto entre el demandante y su hija, al menos desde la absolución del demandante, incumpliendo su obligación positiva de tomar medidas que permitieran al demandante beneficiarse de un contacto regular con la menor. El Tribunal considera que la tutela de un menor debe ser considerada tan pronto como la situación lo permita y que cualquier acto de ejecución debe ser coherente con un objetivo último: reagrupar al padre biológico y al menor". En el caso OMO-REEE se recuerda: La obligación positiva anteriormente mencionada de adoptar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea realmente posible se impone a las autoridades competentes desde el comienzo del periodo de asunción de tutela y con fuerza creciente, pero siempre debe estar ponderada con el deber de considerar el interés superior del niño. Los vínculos entre los miembros de la familia y las posibilidades de una reunificación exitosa se debilitan en gran medida si se erigen obstáculos que impidan reuniones fáciles y regulares entre los

positiva del Estado de facilitar la reunión de la familia y los contactos entre sus miembros, se encuentra forzosamente limitada por el interés superior del menor"⁶⁶. Esta prioridad de la familia de origen está también recogida en la legislación española que, tras las reformas de 2015, la considera como como expresión del interés superior del menor⁶⁷, tal y como ya había señalado la doctrina anterior⁶⁸. Las experiencias prácticas de reunificación familiar con la familia de origen han sido estudiadas y se ponen de manifiesto sus dificultades y retos⁶⁹.

2.2. Visitas con la familia biológica

En segundo lugar, mientras están vigentes las medidas de protección, se produce una separación del niño de su familia de origen, por

interesados. La decisión de asumir la tutela de un menor debe considerarse en principio como una medida temporal a ser suspendida en el momento en que las circunstancias lo permitan, y cualquier acto de ejecución debe ser coherente con un objetivo final: unir de nuevo al padre biológico y al hijo

⁶⁶ LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. "Intervención pública en la protección de los menores y respecto a la vida en familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo" op. cit. p.262.

⁶⁷ Así en el art. 2 de la LOPJM tras la reforma del 2015, artículo que tiene carácter orgánico, se señala: *Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. Y el art. 19 bis de la misma ley señala: Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan individual de protección que establecerá los objetivos, la previsión y plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar. En ese mismo artículo y en relación a las condiciones de reagrupación familiar, se señala: Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen, será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concuerda el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.*

⁶⁸ Entre otros MORENO FLOREZ, M.R. *Acogimiento familiar*. Dykinson, Madrid 2012, pp 155 y ss.

⁶⁹ LEON, E. *La reunificación familiar tras el acogimiento. Una aproximación psicossocial desde la perspectiva de niños y niñas, familias biológicas y familias de acogida*. Editorial academia española. Madrid 2012.

ello la “vida familiar” entre ésta y el niño durante este periodo que pretende ser transitorio, solo puede garantizarse a través de un régimen de visitas adecuado. El acceso de la familia biológica al niño, mientras dura la medida de protección, es un elemento clave para que esos contactos no interrumpan del todo la vida familiar, y el niño perciba cierta continuidad⁷⁰. La legislación española actual así lo considera, entendiendo que estas visitas son un derecho del niño⁷¹ y una obligación de los acogedores⁷². Y es que la reforma de 2015 puso en el centro de gravedad de las relaciones familiares al niño. Así, el art. 161 del CC que regulaba el derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos, ahora regula el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres, incluso cuando estos no ejerzan la patria potestad. Los casos analizados son anteriores a las reformas del 2015, pero en ellos se ponen de manifiesto, serias infracciones cometidas por las administraciones y los jueces en relación a la preservación de esta vida familiar con la familia de origen. En el caso Haddad, y derivado de la denuncia por violencia de género, no se garantizó el derecho de los niños, y de su padre, a relacionarse, ni siquiera a través de un sistema de visitas supervisado. Algo similar sucede en el caso RMS en el que la madre acudió hasta 17 veces a solicitar el acceso a su hijo y se lo denegaron. Y en el caso Salek, la madre saharauí viaja a España para reunirse con su hija y no consigue siquiera verla. El TEDH insiste en todos ellos en que la vida familiar de la familia de origen no se ha preservado.

⁷⁰ Como señala el TEDH en la Guía de aplicación del art. 8 “it is important that domestic authorities take steps to maintain contact between a child and its biological parents even after its initial removal from their care; and that they rely on fresh expert evidence” (ECHR. Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence. 31 de diciembre de 2020).

⁷¹ Art. 21. bis 1 d de la LOPJM: El menor acogido, con independencia de la madurez de la medida de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a (...): d) Relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública. e) Conocer progresivamente su realidad socio-familiar y sus circunstancias para facilitar la asunción de las mismas.

⁷² Art. 20 bis 2, de la LOPJM: Las acogedores familiares tendrán los siguientes deberes: Respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del menor, en la medida de las posibilidades de los acogedores familiares, en el marco del régimen de visitas establecido a favor de aquella y la reintegración familiar, en su caso

2.3. Adopción abierta

Finalmente, y en tercer lugar, la vida familiar con la familia de origen puede preservarse incluso tras la adopción, en el caso en que ésta se constituya como adopción abierta. Se trata de una figura nueva en Derecho español, introducida en la reforma de 2015 en el artículo 178.4 del CC⁷³ que solo puede acordarse cuando el interés superior del menor éste lo aconseje. El estudio de este tipo de adopciones fue objeto de una reunión monográfica de la Comisión especial de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en la que se expusieron la diversidad de regulaciones en los sistemas jurídicos al respecto (siendo una práctica consolidada en países anglosajones pero progresivamente aceptada en otros, como es el caso de Alemania, Irlanda, Países Bajos o Finlandia), la necesidad de preparación y acompañamiento profesional de los protagonistas durante el proceso, y sus ventajas y riesgos⁷⁴. Pues bien; es muy destacable que en el caso

⁷³ Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

En estos casos el juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El juez podrá acordar también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y transcurridos estos a petición del juez.

Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de doce años menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años. En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.

⁷⁴ JEANIN, C. “Panorama de la adopción abierta: un tema altamente debatido en la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del

Omorefe el TEDH advierte que esta figura puede preservar la vida familiar del niño, de la familia de origen y de la familia de acogida/adoptiva⁷⁵.

3. El interés superior del niño

Como se ha ido subrayando, la jurisprudencia del TEDH ha consolidado en los últimos 15 años la consideración de que, en caso de conflicto de intereses entre el derecho al respeto a la vida familiar de familia biológica, acogedora y del niño, el interés superior de este último no solo debe prevalecer sino que es la consideración primordial⁷⁶. En rea-

CLH 1993". En MAYOR DEL HOYO, M. V. (Dir.) *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*. Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2016. pp. 387-409

⁷⁵ El Tribunal observa además que el Gobierno no ha demostrado que hubiera tenido consecuencias la decisión de la Audiencia Provincial de 28 de octubre de 2015 según la cual podría estudiarse la posibilidad de una "forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones con la madre biológica" si fuera en el mejor interés del menor. Sin embargo, dadas las circunstancias particulares del presente asunto y la urgente necesidad de poner fin a la violación del derecho de la demandante al respeto de su vida familiar, el Tribunal invita a las autoridades internacionales a revisar, en un breve tiempo, la situación de la demandante y de su hijo menor a la luz de la presente sentencia y a que consideren la posibilidad de establecer algún contacto entre ellos teniendo en cuenta la situación actual del niño y su interés superior, y adoptar cualquier otra medida apropiada de conformidad con esta última. Señala a este respecto que, en la decisión de 28 de octubre de 2015, la propia Audiencia Provincial declaró que sería apropiado "señalar la posibilidad [...] de adoptar en un futuro, si se considerara deseable y si se cumplieran las condiciones legales, y siempre en el interés superior del menor, cualquier forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones con la madre biológica". El Tribunal observa que no se ha producido ningún contacto entre la demandante y su hijo, ni antes ni como consecuencia de esta decisión, y considera que la ejecución de la presente sentencia debe aplicar la decisión interna precitada.

⁷⁶ The ECtHR has stated that 'where the rights under Article 8 of parents and those of a child are at stake, the child's rights must be the paramount consideration' and *Neulinger and Shuruk v Switzerland*, a case concerning the Hague Child Abduction Convention 1980, extended the principle saying that the issue was whether 'a fair balance between the competing interests at stake—those of the child, of the two parents, and of public order—has been struck, within the margin of appreciation afforded to States in such matters... bearing in mind, however, that the child's best interests must be the primary consideration' and that their

lidad, como se ha señalado, el TEDH ha "importado" el principio del interés superior del niño del CNUDN, como criterio de discernimiento fundamental cuando los poderes públicos deban intervenir legítimamente en la vida familiar, como sucede en los casos analizados⁷⁷.

En la jurisprudencia más reciente del TEDH, y estas cinco sentencias lo son, se consolida la consideración de que la vida familiar del niño debe ser la primordialmente protegida⁷⁸. Esto conduce, en ocasiones, a primar la vida familiar con la familia acogedora (familia de facto), frente a la biológica (familia de iure)⁷⁹, e incluso a proteger fundamentalmente la primera⁸⁰. Hay una frase que se reproduce en todas ellas que así lo afirma⁸¹:

Se han señalado cinco factores clave en la jurisprudencia del TEDH en relación al interés superior del menor en supuestos de acogimiento y adopción⁸²: las relaciones de pertenencia, apego y cariño del niño con la familia acogedora o adoptiva; la falta de relación con la fami-

best interests must be paramount'. EEKELAR, J. "Two dimensions of the best interests principle: decisions about children and decisions affecting children", en ELAINE E. SUTHERLAND AND LESLEY-ANNE BARNES MACFARLANE (eds) *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests, Welfare and Well-being*. Cambridge University Press, 2016.

⁷⁷ "The ECtHR has 'imported' the best interests principle into its application of the proportionality test when considering competing rights under Article 8 of the ECHR. BANDA, F. EEKELAR, J. "International conceptions of the family" *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, 2017. pp. 833-862.

⁷⁸ "There is a tendency to give increasing focus to the child's perspective in these cases". BREEN, C. KRUTZINNA, J. JUHAMAA, K., SKIVENES, M. op. cit. p. 737.

⁷⁹ "This situation also raises the question of whether the standard of the best interests of the child also serves to create and/or protect new familial (and, in the context of this article, non-biological) relationships, i.e. that the child's de facto family situation is secured by de jure bonds. Our analysis of the Court's judgments identifies some further, more nuanced, developments that have taken place". (BREEN, C. KRUTZINNA, J. JUHAMAA, K., SKIVENES, M. id.

⁸⁰ "The Court now recognizes that placements of children may become permanent, where this is in the child's best interests". Id.

⁸¹ "En un asunto como éste, el juez se encuentra en presencia de intereses que a menudo son difíciles de conciliar, los del niño, los de sus padres biológicos y los de la familia de acogida preadoptiva. En la búsqueda de un equilibrio entre estos intereses contrapuestos la consideración primordial es el interés superior del menor".

⁸² Id. pp. 739 y ss.

lia biológica; la actitud proactiva de esta última familia de recibir los apoyos necesarios para poder cumplir adecuadamente sus obligaciones parentales; la especial vulnerabilidad de los niños, sus necesidades de seguridad y permanencia, cuestión íntimamente vinculada al paso del tiempo; y por último la posibilidad de que existan contactos o visitas con la familia biológica.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este trabajo he analizado las cinco sentencias del TEDH en las que se enjuicia el sistema de protección de menores español y el papel que en él desempeña el acogimiento familiar.

Como se ha visto, la prioridad de las medidas de protección familiares frente a las residenciales, más compatibles con el interés superior del niño y su derecho a la vida familiar, no está reconocida, todavía, en las normas internacionales, pero sí en las españolas, tanto estatales como autonómicas. Podría decirse que el Derecho español se sitúa a la avanzada en relación a los Convenios internacionales.

Sin embargo, la realidad práctica en España distra mucho de lo establecido en la ley. En nuestro país sigue existiendo un número de masiado elevado de niños viviendo en acogimiento residencial y en muchos casos por un tiempo demasiado largo: de los 42.529 niños que se encontraban en acogimiento en España en diciembre de 2019, 23.209 lo estaban en acogimiento residencial y 19.320 en acogimiento familiar⁸³. La situación en otros países europeos no es tampoco muy positiva⁸⁴. Esta realidad, que cae bajo la responsabilidad de las Comunidades autónomas, plantea retos evidentes, tanto de captación y apoyo a las familias acogedoras (incluido el económico) como de “crear y afinar mecanismos de diagnóstico, lo más temprano posible,

respecto de la posibilidad de retorno de los niños, así como repensar el lugar que debe ocupar el acogimiento permanente, especialmente en relación con la figura de la adopción abierta, y redefinirlo apropiadamente, quizá en ciertos casos, a lo más parecido a un acogimiento definitivo”⁸⁵.

Por otra parte, los casos analizados, muestran la insuficiencia de los recursos de intervención con las familias biológicas que hagan posible que se produzca una recuperación de sus habilidades parentales y una reagrupación familiar. Los proyectos de intervención familiar, en casos de riesgo, son competencia de los Servicios sociales municipales, que no siempre actúan adecuadamente en prevención e intervención temprana.

Tanto estas administraciones como la de justicia, en parte por carencia de medios personales y materiales, y quizá también por dinámicas de trabajo excesivamente burocratizadas, intervienen en estos casos con lentitud, y el paso del tiempo acaba siendo determinante de que el interés superior del niño aconseje consolidar las relaciones familiares con la familia acogedora.

El respeto a la vida familiar de los tres vértices del triángulo analizado, familia biológica, acogedora o adoptiva y niño, implica garantizar los contactos del niño con sus dos familias, siempre que no sean dañinos, incluso, después de la adopción. Un mayor cuidado y preparación de las visitas, en el acogimiento, así como la adopción abierta, como señala el TEDH en la última de las sentencias, son cursos adecuados.

Finalmente, estas sentencias representan un paso importante en la afirmación de que el interés superior del niño, no solo implica su derecho a la vida, a ser oído y escuchado y a la no discriminación, sino también su derecho a crecer en el seno de una familia. Y si, como se ha señalado, “puede considerarse vida familiar protegida por el Convenio cualquier convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua, sea cual sea su grado de formali-

83

MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030 *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia*. N.º 22, año 2020. (datos de 2019).

84

The Council of Europe considers that more than 626,000 children live in residential institutions in the 22 countries of Central and Eastern Europe and the Commonwealth of Independent States. 22 A recent estimate by the European Union found that approximately 340,000 children were living in residential care in EU Member States in 2019. WENKE, D. op. cit. p. 10.

85

ADROHER BIOSCA, S. GÓMEZ BENGOCHEA, B. “Entorno familiar y cuidado alternativo”. En MARTINEZ GARCÍA, C. *Infancia, pandemia y derechos: treinta años de la Convención sobre los derechos del niño en España*. Aranzadi, Pamplona 2020, p. 732.

zación”⁸⁶, no solo es vida familiar la de la familia biológica sino también la de la familia acogedora. Como señala el TEDH en el caso Caso KAB, el punto decisivo en este caso consiste, por tanto, en determinar si las autoridades nacionales adoptaron todas las medidas necesarias y adecuadas que se les podían razonablemente exigir para que el niño pudiera desarrollar una vida normal con su familia o, en su defecto, en una familia de acogida o adoptiva.

LA GESTACIÓN SUBROGADA DESDE LA PERSPECTIVA PSICOLÓGICA

Berta Aznar-Martínez

Doctora en Psicología y Graduada en Educación Primaria.
Coordinadora del Doble Grado en Educación y Psicología
en la FPCEE Blanquerna (URL). Miembro del Grupo
de Investigación de Pareja i Família (URL)

Judith Lorente de Sanz

Doctoranda en Psicología. Máster en Psicología General
Sanitaria. Máster en Psicoterapia Psicoanalítica. Miembro del Grupo
de Investigación de Pareja y Família (URL)

Carles Pérez-Testor

Doctor en Medicina y Cirugía. Especialista en Psiquiatría.
Catedrático de la Universidad Ramon Llull (URL)
en la FPCEE Blanquerna. Coordinador del Grupo
de Investigación de Pareja y Família (URL)

RESUMEN: A pesar de que en nuestro país la maternidad subrogada no está legalizada otros países la aprobaron con la finalidad de que las parejas con dificultades para concebir pudieran tener hijos con la ayuda de una mujer gestante. Sin embargo, con el paso de los años y en respuesta a los avances sociales que han tenido lugar desde entonces, esa posibilidad empezó a ofrecerse también a cualquier persona que deseara tener un hijo y no pudiera o no quisiera gestarlo. La maternidad subrogada nunca había estado exenta de polémicas, sin embargo, este hecho ha propiciado la crítica contundente del uso instrumental y mercantil del cuerpo de la mujer. Además, en el proceso de gestación subrogada concurren un sinnúmero de aspectos emocionales y psicológicos que pueden afectar a todos los miembros de la triada: padres y madres subrogantes, mujer gestante y el futuro niño o niña. En el presente capítulo nos centramos en el impacto psicológico en los agentes implicados.

Palabras clave: “gestación subrogada”, “maternidad por subrogación”, “vientres de alquiler”.

⁸⁶ LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. “Intervención pública en la protección de los menores y respecto a la vida en familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo” op. cit. p.238.