

La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos:  
Los casos noruegos y dos casos españoles

The evolution of the Case-Law of the European Court of Human Rights in the foster care and the right to maintain the family tight with the biological parents: The Norwegian cases and two Spanish cases

MARÍA ELÓSEGUI

*Catedrática de Filosofía del Derecho*

*Universidad de Zaragoza*

*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

*Consejo de Europa, Estrasburgo*

Recibido: 24.03.2022 / Aceptado: 27.04.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7188

**Resumen:** En este artículo se analizan los principios generales sobre acogimiento familiar asentados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos a partir de su sentencia *Strand Lobben c. Noruega*, así como la resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a favor del mantenimiento del vínculo con la familia de origen cuando sea necesaria la intervención de la tutela de la administración en el cuidado de menores. A continuación, se realiza un análisis crítico de dos casos fallados contra España por el TEDH, los casos *Haddad y Omorefe*, así como sus similitudes con otros dos casos noruegos, *M.L. y Abdi Ibrahim*. Se propone en línea con la jurisprudencia del TEDH la necesidad de mantener el derecho de visitas de los padres biológicos durante las situaciones de acogimiento familiar, así como la obligación de las autoridades domésticas y de los tribunales en el mantenimiento del vínculo entre padres e hijos haciendo posible, cuando las circunstancias lo permitan, la vuelta del menor a sus padres biológicos. Se establecen algunas recomendaciones para la práctica de las autoridades españolas a la luz de esta jurisprudencia y se expone un ejemplo de buena práctica de acogimiento permanente en la Diputación Foral de Guipúzcoa/Gipuzkoa.

**Palabras clave:** Caso *Strand Lobben c. Noruega*, casos *Haddad y Omorefe c. España* en el TEDH, acogimiento familiar, artículo 8 de la CEDH derecho la vida familiar de los padres y los hijos, adopción sin consentimiento de padres biológicos.

**Abstract:** This article analyzes the general principles on foster care established in the jurisprudence of the ECHR from its judgment *Strand Lobben v. Norway*, as well as the Resolution of the parliamentary Assembly of the Council of Europe in favor of the ties with the family of origin when the intervention

---

\* maria.elosegui@echr.coe.int

of the guardianship of the administration in the care of minors is necessary. Below is a critical analysis of two cases ruled against Spain by the ECHR, cases *Haddad and Omorefe*, as well as the similarities with two other Norwegian cases, *M.L.* and *Ibdi Ibrahim*. It is proposed in line with the case-law of the ECHR the necessity of maintaining the right to visits of the biological parents during the situations of foster care, as well as the obligation by the domestic authorities and judicial courts to maintain the tight between parents and children making possible, when the circumstances allow it, the return of the child with his/her biological parents. Some recommendations for the practice of the Spanish authorities are established bearing in mind these case-law and it is exposed an example of good practice of permanent Foster care by the a Public institution, the Provincial Council of Guipuzcoa/Gipuzkoa.

**Key words:** ECtHR case *Strand Lobben v. Norway*, cases *Haddad and Omorefe v. Spain*, Foster care, article 8 of the ECHR Right to the family life of the parents and their children, adoption without the consent of the biological parents

**Sumario:** I. Introducción. II. Los principios generales sobre acogimiento familiar asentados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 1. Siete criterios establecidos en la sentencia *strand lobben c. Noruega*; 2. Los cinco pasos del test de un escrutinio más estricto. III. La resolución de la asamblea parlamentaria del coe a favor del mantenimiento de la unidad familiar en la intervención de los servicios sociales y de las instancias judiciales en la tutela de menores en acogimiento familiar. IV. Aplicación de estos criterios al caso *Haddad c. España* en el TEDH. 1) hechos del caso *Haddad* y actuaciones de la administración y de los tribunales domésticos. 2) ejecución de la sentencia de Estrasburgo en el caso *Haddad c. España*: a) plan de acción en el comité de ministros; b) la sentencia de revisión en el tribunal supremo español en ejecución de la sentencia del TEDH en el caso *Haddad c. España*. V. El caso *Omorefe c. España*. VI. El artículo 46 del CEDH y la ejecución de las sentencias de estrasburgo. VII. El caso *M.L.v. Noruega*. VIII. El caso *Abdi Ibrahim v. Noruega*. IX. Algunas conclusiones: la actitud del juez en casos de declaración de desamparo y acogimiento y la motivación de la sentencia: 1. La actitud del juez y la motivación de la sentencia; 2. El juez como intermediario entre las partes en los procesos de acogimiento y la correcta evaluación del cambio de las circunstancias; 3. Las partes afectadas en el proceso interno. Los padres adoptivos y/o los padres de acogida. X. La experiencia de acogimiento familiar permanente en Guipúzcoa/Gipuzkoa. Un ejemplo de buenas prácticas.

## I. Introducción

1. El artículo versa sobre cierta evolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la cuestión de la decisión de las administraciones públicas de colocar a un menor en familias de acogida con vistas a una adopción sin el consentimiento de sus padres biológicos y los criterios que son necesarios para respetar el derecho de los padres y de sus hijos a la mutua compañía como parte del derecho contemplado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a disfrutar de la vida familiar.

2. El artículo se escribe contando con la experiencia de quien ha participado en la decisión de algunos de estos casos, es decir desde la propia experiencia como jueza de este Tribunal en Estrasburgo. Por otro lado, su objetivo además de ser una investigación académica en vivo es entrar en diálogo con las diversas partes implicadas en estas situaciones para hacer propuestas de mejora en la práctica española de la tutela de la administración y de los tribunales en los casos de acogimiento y adopción, también teniendo en cuenta que concretamente en el caso de España se ha avanzado mucho en la colaboración entre las instituciones públicas (servicios sociales), las propias familias biológicas, las familias de acogida y los jueces<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En el ámbito judicial, y concretamente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sido muy enriquecedor el intercambio de pareceres con el juez noruego Arnfinn Bardsen, así como los jueces Georgios Serghides de Chipre, Pere Pastor Vilanova de Andorra, que han ejercido todos ellos como jueces de familia en sus países de origen antes de formar parte de este tribunal internacional. También querría destacar la colaboración de la letrada Carmen Morte-Gómez, jefa de la

3. En el artículo se partirá de una breve exposición de los principios generales de la jurisprudencia del TEDH, expuestos en la sentencia de Gran Sala, *Strand Lobben contra Noruega*<sup>2</sup>. A continuación se analizarán dos casos españoles, uno previo a la citada sentencia, el caso *Haddad c. España* de 18 de junio de 2019<sup>3</sup> y otro posterior el caso *Omofefe c. España*, teniendo en común que ambos han sido fallados por la Sección tercera y con dos condenas a España. Los demandantes responden a un mismo perfil: son personas inmigrantes, pertenecientes a grupos vulnerables, recién llegados a España, sin conocimiento del idioma español, ni del derecho español. Por todo ello, explicar su situación ante las autoridades les resulta mucho más complicado. A pesar de su falta de medios económicos, han contado con una buena asistencia letrada y con el apoyo de algunas asociaciones cívicas.

4. Ambas sentencias de Sala de la Sección III del TEDH fueron finales a los tres meses de su pronunciamiento porque ninguna de las partes, incluido el Estado presentó un recurso para que fuera llevada a la Gran Sala.

5. Desde Estrasburgo se detecta la tendencia de otros países pertenecientes al Consejo de Europa como los escandinavos a una clara estatalización de estos asuntos con una intervención muy fuerte de las autoridades, que ante el menor síntoma de desamparo de los menores suplantando a los padres e intervienen de un modo muy estricto asumiendo la tutela de menores. Ha habido una larga jurisprudencia en este sentido con condenas de estos países nórdicos. Con posterioridad a esa sentencia de la Gran Sala, una de las Secciones del Tribunal ha dictado ya otras cinco sentencias contra Noruega por el mismo motivo. En todas ellas, se declara una violación del artículo 8: *K.O y V.M c. Noruega*, nº 64808 (16, 19 de Noviembre de 2019 (final); *A.S. c. Noruega*, nº 60371/15, 17 de Diciembre de 2019 (Final); *Pedersen y Otros c. Noruega*, nº 39710/15, 10 de Marzo de 2010 (Final, aunque en esta el Gobierno pidió que fuera reenviada a Gran Sala, pero el panel de cinco jueces que revisa estas peticiones no lo aceptó); *Hernehult c. Noruega*, nº 14652/16, 10 de Marzo 2020, también final, con petición del gobierno rechazada para reenvío a Gran Sala; *M-L. V. Noruega*, nº 64639/16, 22 de Diciembre de 2020 (final). Además, hay otros treinta casos similares ya comunicados al Gobierno de Noruega pendientes de resolver por el Comité de tres jueces de la Sección Quinta.

6. Entre los nuevos medios establecidos por el Tribunal se sitúan los acuerdos amigables y los arreglos unilaterales propuestos por los Gobiernos. Sin pretender anticipar en ninguna medida el futuro de estos casos, sería posible que dependiendo de las circunstancias de cada uno de ellos pueda llegarse a acuerdos amigables.

7. La mencionada sentencia de Gran Sala *Strand Lobben c. Noruega* se ha constituido en un hito. Para algunos de los académicos la jurisprudencia de Estrasburgo debería ir en el sentido marcado por esta última<sup>4</sup>.

---

división de la sección española en el TEDH. Debo agradecer a varios profesionales españoles que han compartido conmigo sus conocimientos y experiencia práctica. Entre ellos deseo destacar la ayuda prestada por la entidad Lauka, intermediaria al servicio de la Diputación Foral de Guipúzcoa/Gipuzkoa, especialmente por Cristina Herce, directora del Servicio de Asistencia Técnica en el Acogimiento Familiar de Menores en Situación de Desprotección y Cristina Achucarro, directora del Programa de Formación y Selección de Familias Acogedoras, de dicho Servicio. Así mismo, Lupe Imaz, jurista que trabaja desde hace 24 años como funcionaria en la Diputación Foral de Guipúzcoa/Gipuzkoa en el Departamento de servicios sociales encargados, entre otras materias, de los acogimientos y adopciones, me ha enriquecido compartiendo su experiencia de enlace entre las autoridades administrativas y los tribunales civiles. También han compartido su experiencia varios padres de acogimiento y adoptivos. A nivel académico he podido dialogar con los profesores del grupo de investigación de *Ius Familiae* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, concretamente con la profesora Titular de Derecho Civil María Victoria Mayor del Hoyo y el Catedrático Carlos Martínez de Aguirre. De la primera, véase su monografía *La adopción en el derecho común español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

<sup>2</sup> ECtHR, *Strand Lobben and Others v. Norway* [GS], nº 37283/13, 10 September 2019.

<sup>3</sup> ECtHR, *Haddad c. España*, nº 16572/17, 18 de junio de 2019, Sección Tercera.

<sup>4</sup> L. LAVRYSEN, “Strand Lobben and Others v. Norway: from Age of Subsidiarity to Age of Redundancy”, *Strasbourg Observers*, 23 Octubre 2019.

8. En este artículo, (i) tras la presente introducción, (ii) una vez analizados los principios generales sobre acogimiento familiar asentados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos a partir de su sentencia *Strand Lobben c. Noruega*, (iii) así como la resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a favor del mantenimiento del vínculo con la familia de origen cuando sea necesaria la intervención de la tutela de la administración en el cuidado de menores, (iv), (v) y (vi) a continuación, se realiza un análisis crítico de los dos casos fallados contra España por el TEDH, los casos *Haddad y Omorefe* y su ejecución, así como sus similitudes con otros dos casos noruegos, (vii) *M.L.* y (viii) *Abdi Ibrahim*, (ix) Se propone en línea con la jurisprudencia del TEDH la necesidad de mantener el derecho de visitas de los padres biológicos durante las situaciones de acogimiento familiar, así como la obligación de las autoridades domésticas y de los tribunales en el mantenimiento del vínculo entre padres e hijos haciendo posible, cuando las circunstancias lo permitan, la vuelta del menor a sus padres biológicos, estableciendo algunas recomendaciones para la práctica de las autoridades españolas a la luz de esta jurisprudencia y (x) se expone un ejemplo de buena práctica de acogimiento permanente en la Diputación Foral de Guipúzcoa/Gipuzkoa.

## II. Los principios generales sobre acogimiento asentados en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos

9. A lo largo de su jurisprudencia, pero especialmente en su sentencia de 10 de diciembre de 2019, *Lobben y Otros c. Noruega*<sup>5</sup>, completada con el caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*<sup>6</sup>, hecha pública el 10 de diciembre de 2021, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado una serie de criterios o principios básicos que resultan muy útiles en relación con el derecho de los padres biológicos a tener y educar a sus hijos, como parte del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que juega como límite a ser tenido en cuenta en procedimientos de acogimiento y adopciones, tras declaraciones legales de situaciones de desamparo de los menores.

### 1. Siete criterios establecidos en la sentencia *Strand Lobben*

10. El primer principio o criterio del que hay que partir es que “El primer párrafo del artículo 8 de la Convención garantiza a toda persona el derecho al respeto de su vida familiar. Como está bien establecido en la jurisprudencia del Tribunal, el disfrute mutuo por parte de padres e hijos de la mutua compañía constituye un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que impiden dicho disfrute constituyen una injerencia en el derecho protegido por esta disposición. Cualquier injerencia de este tipo constituye una violación de este Artículo a menos que sea “de conformidad con la ley”, persiga un objetivo o objetivos que sean o sean legítimos en virtud de su segundo párrafo y puedan considerarse como “necesarios en una sociedad democrática” (ver, entre otras autoridades, *K. T. v. Noruega*, § 203). Al determinar si se cumplió esta última condición, el Tribunal considerará si, a la luz del caso en su conjunto, las razones aducidas para justificar esa medida eran pertinentes y suficientes a los efectos del párrafo 2 del artículo 8 (ver, entre muchas otras autoridades, *Paradiso y Campanelli*, antes citada, § 179). La noción de necesidad implica además que la interferencia corresponde a una necesidad social apremiante y, en particular, que es proporcional al objetivo legítimo perseguido, teniendo en cuenta el justo equilibrio que debe lograrse entre los intereses en competencia relevantes (ibíd., § 181)” (*Strand Lobben* § 202).

11. Ya este primer principio establece un criterio que no siempre ha sido tan obvio. A saber, que los padres biológicos y los hijos tienen derecho a vivir juntos y a disfrutar de mutua compañía. Por tanto,

<sup>5</sup> M. SKIVENES, “Child-protection and child-centrism. The Grand Chamber case *Strand Lobben and Others v. Norway*”, *Strasbourg Observers*. 10 Octubre 2019.

<sup>6</sup> ECtHR, *Abdi Ibrahim c. Noruega* [GS], application n° 15379/16, 10 December 2021.

añadiría que las instituciones públicas deben poner todos los medios para apoyar que esto sea posible, y no lo contrario.

**12.** Un segundo criterio es que ese derecho no sólo es de los padres, sino que también el niño tiene derecho a ser atendido por sus padres debidamente. Por tanto, como parte de los derechos humanos se encuentran también el derecho de los hijos a ser tratados por sus padres biológicos con el debido cuidado. Contexto en el que se ha acuñado el concepto de velar por el interés superior del menor, sobre todo para estudiar si una restricción del contacto estaría justificada y si es conforme a los estándares internacionales <sup>7</sup>.

**13.** Un tercer criterio esencial es que la separación entre padres e hijos causada por diversos motivos debe ser vista inicialmente como una medida temporal y en casos de tutela pública deben ponerse todos los medios para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonable. Por tanto, una prioridad debe ser mantener la unidad familiar y la reunificación en cuanto esto sea posible <sup>8</sup>. Se observa ya aquí un cambio de perspectiva por parte del TEDH. Hay que tener en cuenta que muchos Estados contratantes del Convenio han tenido una actitud muy intervencionista y estatalista en los casos de tutelas de menores ejercidas por los servicios sociales, así como en los acogimientos y adopciones.

**14.** Un cuarto criterio será que en situaciones de posible conflicto entre los deseos de los padres y el posible perjuicio para un menor, las autoridades nacionales deben realizar una ponderación entre los intereses en juego e intentar encontrar un equilibrio en el que prevalecerá el interés superior del menor <sup>9</sup>. Sin embargo, en la aplicación de este criterio abstracto “el interés superior del menor” hay que preguntarse sobre quién decide cuál es ese interés, y en base a qué prioridades. La aplicación de este principio es en la práctica enormemente conflictivo y difícil para los mismos jueces. Tan es así que incluso en la jurisprudencia del TEDH en temas relacionadas con la patria potestad, guardia y custodia de los menores en casos de conflictos entre los propios padres biológicos, y por ejemplo en casos de secuestro internacional de menores y de aplicación del Convenio de la Haya, muchas sentencias del TEDH han sido tomadas con división de pareceres entre los jueces <sup>10</sup>.

**15.** Un quinto criterio absolutamente relevante a los efectos de las sentencias de Strand Lobben, Haddad y Omorefe es la afirmación de que: “Generalmente, el interés superior del niño exige, por

---

<sup>7</sup> *Strand Lobben* § 204. “En lo que se refiere a la vida familiar de un niño, el Tribunal reitera que existe un amplio consenso, incluso en el derecho internacional, en apoyo de la idea de que en todas las decisiones relativas a los niños, su interés superior es de suma importancia (véase, entre otras autoridades, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], n.º 41615/07, § 135, ECHR 2010). De hecho, el Tribunal ha enfatizado que en casos que involucran el cuidado de niños y restricciones de contacto, los intereses del niño deben prevalecer sobre cualquier otra consideración (ver *Jovanovic*, citado anteriormente, § 77, y *Gnahoré v. France*, no. 40031/98, § 59, CEDH 2000-IX)”.

<sup>8</sup> *Strand Lobben* § 205. “Al mismo tiempo, cabe señalar que la consideración de la unidad familiar y de la reunificación familiar en caso de separación son consideraciones inherentes al derecho al respeto de la vida familiar previsto en el artículo 8. En consecuencia, en caso de imposición de la tutela pública restringiendo la vida familiar, las autoridades tienen el deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible (*K. and T. v. Finland*, citado anteriormente, § 178)”.

<sup>9</sup> *Strand Lobben* § 206. En los casos en que entren en conflicto los intereses respectivos del niño y los de los padres, el artículo 8 exige que las autoridades nacionales establezcan un justo equilibrio entre esos intereses y que, en el proceso de equilibrio, se otorgue especial importancia al interés superior del niño que, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede prevalecer sobre el de los padres (ver, por ejemplo, *Sommerfeld v. Germany* [GC], no. 31871/96, § 64, ECHR 2003-VIII (extractos), y las referencias en el mismo).

<sup>10</sup> ECtHR, *Raw and Others v. France*, n.º 10131/11, 7 de marzo de 2013. Cinco jueces a favor de la violación del artículo 8, y dos en contra. ECtHR, *Neulinger and Shuruk. c. Suiza* (GS), n.º 41615/07, 6 de julio de 2010. 16 votos contra 1, a favor de que habría violación del artículo 8 si el niño fuera devuelto de Suiza a Israel donde vivía su padre, siendo la madre la que lo había llevado a Suiza. Pero siete jueces hicieron opiniones separadas concurrentes. ECtHR, *B. c. Bélgica*, n.º 432011, de 19 de noviembre de 2012. Cinco jueces a favor de la violación del artículo 8, dos en contra. ECtHR, *Maumousseau y Washington c. Francia*, n.º 39388/05, 6 de diciembre de 2008. Cinco a favor de la no violación del artículo 8 y dos disidentes de la mayoría, a favor de la violación. ECtHR, *Sneerson y Kampanella v. Italia*, n.º 14737/09, 12 de julio de 2011. Seis jueces a favor de la violación del artículo 8, un juez contra la admisión del caso. ECtHR, *Ignaccolo-Zenide v. Rumanía*, n.º 31679/96, 25 de enero de 2000. Seis jueces a favor de la violación del artículo 8, uno en contra.

un lado, que se mantengan los vínculos del niño con su familia, salvo en los casos en que esta última se haya mostrado particularmente inadaptada, ya que romper esos vínculos significa separar al niño de sus raíces. De ello se deduce que los lazos familiares sólo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que debe hacerse todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede, para “reconstruir” la familia (ver *Gnahoré*, citado anteriormente, § 59). Por otro lado, es evidente que también redundan en el interés del niño garantizar su desarrollo en un entorno sano, y un padre no puede tener derecho, en virtud del artículo 8, a que se tomen medidas que puedan perjudicar la salud y el desarrollo del niño (véase, entre muchas otras autoridades, *Neulinger y Shuruk*, citado anteriormente, § 136, *Elsholz c. Alemania* [GC], n.º 25735/94, § 50, ECHR 2000-VIII, y *Maršálek c. República Checa*, n.º 8153/04, § 71, 4 de abril de 2006)” (*Strand Lobben*, § 207). Este criterio se completa con la idea de que: “Existe un importante consenso internacional en el sentido de que un niño no debe ser separado de sus padres en contra de su voluntad, excepto cuando las autoridades competentes, sujetas a revisión judicial, determinen, de conformidad con las leyes y los procedimientos aplicables, que dicha separación es necesaria para los mejores intereses del niño (véase el artículo 9 § 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, mencionado en el párrafo 134 anterior) (*Strand Lobben*, § 207).

No obstante, los casos a los que nos queremos referir se centran en situaciones en las que los menores son recién nacidos, por tanto, aquí no existe ninguna voluntad por su parte que pueda tomarse en cuenta en una ponderación administrativa o judicial. En situaciones habituales los recién nacidos deben ser cuidados por su familia biológica. Sería diferente en otro tipo de procesos de separaciones y divorcios u adopciones, en los que los menores ya tienen cierta edad y pueden ser oídos.

**16.** Un sexto criterio es un principio rector consistente en entender que “una orden de acogimiento debe considerarse una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como las circunstancias lo permitan, y que cualquier medida que implemente el acogimiento temporal debe ser compatible con el objetivo final de reunir a los padres naturales y al niño (véase, por ejemplo, *Olsson c. Suecia* (n.º 1), 24 de marzo de 1988, § 81, Serie A, n.º 130). El citado deber positivo de adoptar medidas para facilitar la reagrupación familiar tan pronto como sea razonablemente factible comenzará a pesar sobre las autoridades competentes con fuerza progresivamente creciente a partir del inicio del período de acogimiento, siempre que se equilibre con el deber de considerar el interés superior del niño (ver, por ejemplo, *K. y T. v. Finlandia*, citado anteriormente, § 178). En este tipo de supuestos, la idoneidad de una medida se juzgará por la rapidez de su aplicación, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables en las relaciones entre el hijo y el progenitor con el que no convive (véase, entre otros, *SH c. Italia*, n.º 52557/14, § 42, 13 de octubre de 2015). Así, cuando las autoridades sean responsables de una situación de ruptura familiar por haber incumplido su obligación antes mencionada, no pueden basar una decisión de autorización de adopción en la ausencia de vínculos entre los padres y el niño (cf. *Pontes v. Portugal*, n.º 19554/09, §§ 92 y 99, 10 de abril de 2012). Además, los lazos entre los miembros de una familia y las perspectivas de su reunificación exitosa se debilitarán forzosamente si se interponen impedimentos para que tengan un acceso fácil y regular entre sí (ver *Scozzari y Giunta*, citado anteriormente, § 174; y *Olsson (No. 1)*, citado anteriormente, § 81). Sin embargo, cuando ha pasado un período de tiempo considerable desde que el niño fue puesto originalmente a cargo del cuidado público, el interés del niño en que su situación familiar *de facto* no cambie nuevamente puede prevalecer sobre el interés de los padres en que su familia se reúna (ver *K. y T. c. Finlandia*, citado anteriormente, § 155)” (*Strand Lobben*, § 208).

Este epígrafe es crucial y establece varias medidas cautelares que afectan directamente al derecho de visitas que debe establecerse entre los padres biológicos y los hijos que están en situación de acogimiento, bien en una institución pública, bien en una familia. Además del primer paso de establecer unas visitas regulares, el segundo paso es la ejecución correcta de las mismas, así como la rapidez en su puesta en práctica. En todo ello, un punto importantísimo es evitar la pérdida del vínculo entre padres e hijos. Las autoridades son responsables de que estos sea posible y en caso de que sean ellas las incumplidoras no pueden utilizar este hecho consumado para tomar nuevas decisiones posteriores en detrimento del derecho de los padres a restablecer su patria potestad y recuperar la tutela de sus hijos, cuando la situación que ha motivado la misma ha dejado de existir. Esto es más fácil de poner en práctica a nivel

de las autoridades domésticas porque una vez que estos casos llegan al TEDH por mucho que se declare que ha habido una violación probablemente la situación es ya irreversible.

17. Séptimo criterio, la ruptura definitiva de vínculos entre padres e hijos con medidas de mayor alcance como la privación de la patria potestad y la autorización de la adopción sólo debe hacerse en situaciones extremas (*Strand Lobben*, § 209)<sup>11</sup>.

Al emitir un fallo ante demandas que se presenten ante el TEDH sobre si la intervención de las autoridades a la hora de decidir una adopción han sido conformes al artículo 8 del Convenio y han respetado el derecho a la vida familiar, el TEDH por una parte tiene en cuenta el marco jurídico interno de cada Estado contratante del Convenio, conforme al principio de subsidiaridad. Un punto importante y que diferencia el papel de los jueces del TEDH en estos casos frente al juez nacional es que los primeros no tienen la intermediación de la prueba, mientras que los segundos sí la poseen. Aunque los Estados disponen de un margen de apreciación para establecer en qué casos procede separar a un menor de sus padres biológicos, de acuerdo con el interés superior del menor, corresponde al TEDH comprobar si las medidas adoptadas son conformes al Convenio.

## 2. Los cinco pasos del test de un escrutinio más estricto

18. Por ello, como un octavo criterio se establece en qué consiste el escrutinio estricto que llevará a cabo el TEDH para comprobar si el Estado ha actuado correctamente respetando de un modo equilibrado el derecho de los padres y el de los menores. En este sentido el Tribunal tiene en cuenta:

- 1) La diversidad de derechos nacionales y las tradiciones relacionadas con el papel de la familia y la intervención del Estado en los asuntos familiares y la disponibilidad de recursos para establecer medidas públicas en esta área en particular. Sin embargo, la consideración del interés superior del niño es en todos los casos de importancia crucial.
- 2) El Tribunal reconoce que las autoridades nacionales tienen la ventaja de un contacto directo con todas las personas afectadas, a menudo en la misma fase en que se prevén las medidas de atención o inmediatamente después de su aplicación, así como por la valoración de si existe o no una situación de riesgo grave para su salud o su desarrollo. De estas consideraciones se desprende que la tarea del Tribunal no es sustituir a las autoridades internas en el ejercicio de sus responsabilidades en la regulación del cuidado de los niños y los derechos de los padres cuyos hijos han sido puestos bajo tutela pública, sino revisar en virtud del Convenio, las decisiones tomadas por dichas autoridades en el ejercicio de su poder de apreciación (ver, por ejemplo, *K. and T. v. Finland*, citado anteriormente, § 154; y *Johansen*, citado anteriormente, § 64).
- 3) Sin embargo, este margen de apreciación no es ilimitado. Por ejemplo, en ciertos casos, el Tribunal ha dado importancia a si las autoridades, antes de llevar a un niño a la tutela pública, habían intentado primero tomar medidas menos drásticas, como medidas preventivas o de apoyo, y si estas habían resultado infructuosas (ver, para ejemplo, *Olsson (n.º 1)*, citado anteriormente, §§ 72-74, *RMS c. España*, n.º 28775/12, § 86, 18 de junio de 2013, § 86, y *Kutzner c. Alemania*, n.º 46544/99, § 75, CEDH 2002-I). Se requiere un escrutinio más estricto con respecto a cualquier otra limitación, como las restricciones impuestas por las autoridades a los derechos de visita de los padres, y de cualquier salvaguardia legal diseñada para

<sup>11</sup> *Strand Lobben*, § 209. En cuanto a la sustitución de la modalidad de hogar de acogida por una medida de mayor alcance como la privación de la patria potestad y la autorización de adopción, con la consecuencia de la ruptura definitiva de los vínculos jurídicos de los solicitantes con el niño, cabe reiterar que “dichas medidas solo deben aplicarse en circunstancias excepcionales y solo podrían justificarse si estuvieran motivados por un requisito superior relacionado con el interés superior del niño” (ver, por ejemplo, *Johansen*, citado anteriormente, § 78, y *Aune*, citado anteriormente, § 66). Está en la naturaleza misma de la adopción que no existan perspectivas reales de rehabilitación o reunificación familiar y que, en cambio, lo mejor para el interés superior del niño sea colocarlo permanentemente en una nueva familia (ver *R. and H. v. the United Unido*, n.º 35348/06, § 88, 31 de mayo de 2011).

garantizar una protección efectiva del derecho de los padres y los niños al respeto de su vida familiar. Tales limitaciones adicionales conllevan el peligro de que las relaciones familiares entre los padres y un niño pequeño se reduzcan efectivamente (véase *K. y T. c. Finlandia*, citado anteriormente, *ibíd.*, y *Johansen*, citado *supra*, *ibíd.*).

- 4) En casos relacionados con medidas de cuidado público, el Tribunal también tendrá en cuenta el proceso de toma de decisiones de las autoridades, para determinar si se ha llevado a cabo de tal manera que se asegure que las opiniones e intereses de los padres naturales sean conocidos y debidamente tenidas en cuenta por las autoridades y que pueden ejercer en su momento los recursos disponibles (véase, por ejemplo, *W. v. the United Kingdom*, 8 de julio de 1987, § 63, Series A no. 121, y *Elsholz*, citado anteriormente, § 52): “Lo que debe determinarse es si, habida cuenta de las circunstancias particulares del caso y, en particular, de la gravedad de las decisiones que deben adoptarse, los padres han participado en el proceso de toma de decisiones, visto en su conjunto, en un grado suficiente para brindarles la protección requerida de sus intereses y haber podido presentar su caso plenamente (ver, por ejemplo, *W. c. el Reino Unido*, citado anteriormente, § 64; *TP y KM c. el Reino Unido* [GC], n° 28945/95, § 72, ECHR 2001-V (extractos), *Neulinger y Shuruk*, citado anteriormente, § 139, y *YC c. El Reino Unido*, n° 4547/10, § 138, 13 de marzo de 2012). De las consideraciones anteriores se desprende que el ejercicio de los recursos judiciales por parte de los padres naturales con miras a obtener la reunificación familiar con su hijo no puede oponérseles como tal. Además, en casos de este tipo siempre existe el peligro de que cualquier demora procesal influya en la determinación de facto del asunto sometido al tribunal antes de que haya celebrado su audiencia. Del mismo modo, el respeto efectivo de la vida familiar requiere que las relaciones futuras entre padres e hijos se determinen únicamente a la luz de todas las consideraciones pertinentes y no por el mero transcurso del tiempo (ver *W. C. Reino Unido*, citado anteriormente, § 65)” (*Strand Lobben*, § 212).
- 5) Por último, “Si el proceso de toma de decisiones protegió suficientemente los intereses de los padres depende de las circunstancias particulares de cada caso (ver, por ejemplo, *Sommerfeld*, citado anteriormente, § 68). Con vistas a su examen de la presente instancia, el Tribunal observó que en el caso mencionado se le solicitó que recabara un informe psicológico sobre las posibilidades de establecer contacto entre el niño y el demandante. Observó que, como regla general, correspondía a los tribunales nacionales evaluar las pruebas que se les presentaban, incluidos los medios para determinar los hechos relevantes (ver *Vidal c. Bélgica*, 22 de abril de 1992, § 33, Serie A no. 235-B). Sería ir demasiado lejos decir que los tribunales nacionales siempre están obligados a involucrar a un experto en psicología en la cuestión de otorgar contacto a un padre que no tiene la custodia, pero esta cuestión depende de las circunstancias específicas de cada caso, teniendo debidamente en cuenta la edad y madurez del niño en cuestión (véase *Sommerfeld*, citado anteriormente, § 71)” (*Strand Lobben*, § 213).

### III. La resolución de la asamblea parlamentaria del COE a favor del mantenimiento de la unidad familiar. la intervención de los servicios sociales y de las instancias judiciales en la tutela de menores en acogimiento familiar

19. La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa publicó el 28 de junio la Resolución 2232 titulada, “Lograr un equilibrio entre el interés superior del menor y la necesidad de mantener a las familias unidas”<sup>12</sup>. Como afirma esta resolución se debe dar el necesario apoyo a estas familias a tiempo

<sup>12</sup> PACE, *Resolution 2232 Striking a balance between the best interest of the child and the keep families together*, 28 June 20018 (26th Sitting) (see Doc. 14568, report of the Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, rapporteur: Mar. Valeriu Ghiletschi. Text adopted by the Assembly on 28 June 2018 (16th Sitting). “Recalling its Resolution 2049 (2015) and Recommendation 2068 (2015) Social services in Europe: legislation and practice of the removal of children from their families in Council of Europe member States, the Parliamentary Assembly reaffirms that children have the right to be protected from all types of violence, abuse and neglect. However, they also have the right not to be separated from their parents

y de un modo positivo con vistas a evitar la necesidad de tomar decisiones de declaraciones de abandono que supongan retirarles la patria potestad como medida inmediata, intentando si eso fuera necesario la reunificación familiar siempre que sea posible y teniendo en cuenta el interés superior del menor. Esto implica la necesidad de construir una mejor colaboración con los padres e y evitar errores basados en malos entendidos, estereotipos y discriminación. Estos errores pueden ser difíciles de corregir una vez que se ha perdido la confianza <sup>13</sup>.

**20.** Por ello, esta Resolución insiste en la necesidad de que los servicios sociales y los jueces implicados en estas decisiones deben tener una formación especial que incluya un conocimiento de los estándares internacionales y europeos y sensibilidad hacia el elemento de extranjería que suele ser común en estos casos. Además, deben de estar provistos de recursos suficientes para tomar decisiones en un tiempo apropiado, y que no se vean desbordados por el peso de la cantidad de casos pendientes <sup>14</sup>.

**21.** Los servicios sociales en España, las Consejerías de bienestar familiar, en las distintas comunidades autónomas y los jueces de lo civil han realizado y están realizando un gran esfuerzo de protección en interés del superior del menor en casos de que sus padres biológicos no puedan hacerse cargo de los mismos y han tratado de evitar o de paliar las posibles situaciones de abandono, estableciendo la tutela de la administración.

**22.** El ordenamiento jurídico español ofrece medidas suficientes e incluso novedosas <sup>15</sup>. Se trata, más bien, de hacer un uso adecuado del mismo, que sea realmente respetado en la práctica, tanto por parte de las administraciones, como del poder judicial, sin dejarse llevar por un exceso de celo que sustituya indebidamente la voluntad de unos padres biológicos que son adultos y libres, tratándoles como si fueran menores de edad, sólo por el hecho de que no conocen la lengua, están en una situación laboral precaria u otros elementos de pobreza. Se entiende que la actuación de la administración debe ser ágil cuando se da una situación de desamparo, pero luego debería ser igual de flexible para adaptarse a la posterior evolución de las circunstancias. Como desarrollaremos a continuación, en los dos últimos casos españoles fallados en el TEDH (*Haddad y Omorefe c. España*) se detectan actuaciones iniciales afortunadas de los servicios sociales en amparo de los menores e incluso de sus madres, pero posteriormente un anquilosamiento en los respectivos informes de las administraciones que se cosifican y se petrifican sin atender a las evoluciones positivas de los padres. Las administraciones parecen aferrarse a sus primeros informes, sin hacer un esfuerzo por actualizarlos. La resolución de la asamblea parlamentaria insiste en que la práctica de retirar a los niños del cuidado de sus padres nada más nacer debe ser usado de forma excepcional en situaciones realmente extremas. Además, debe evitarse la posterior adopción basada tan sólo en el paso del tiempo y otorgadas sin el consentimiento de los padres biológicos. Y, en cualquier caso, es imprescindible mantener el derecho de visitas <sup>16</sup>.

**23.** Se detectan varios déficits frecuentes: el primero, como señala la Asamblea parlamentaria, algunas intervenciones se basan en ciertos prejuicios y estereotipos sobre la cultura de esos padres inmigrantes. Debe distinguirse entre valoraciones que son propias de la experiencia de las administraciones y de los jueces ante determinadas situaciones de desamparo de menores y que están basadas en elementos objetivos y reales, frente a posibles discriminaciones originadas en la falta de conocimiento de esas culturas o en ciertos prejuicios soterrados.

---

against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine that such separation is absolutely necessary in the best interests of the child. Even when such separation is necessary, children have the right to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, unless it is contrary to their best interests.

<sup>13</sup> Idem, ver 5.2.

<sup>14</sup> Idem, ver 5.4.

<sup>15</sup> Véase, M. V. MAYOR DEL HOYO, *Adopción en el derecho común español*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2019. Pp. 138-152, sobre el Artículo 173 y el acogimiento familiar. Ver también, M. V. MAYOR DEL HOYO, *Código civil comentado...* Vol 1. 2011, pp. 867-884. Idem, pp. 884-895. Art 173bis. Modalidades de acogimiento familiar.

<sup>16</sup> Idem, ver 5.5.

Como señala la mencionada resolución, otro error que debe evitarse es el de la toma de decisiones con carácter definitivo sobre el proceso de adopción, basados en diagnósticos muy tempranos, con una voluntad previa y determinada por parte de la administración de dar al niño o niña en adopción, incluso sin el consentimiento de los padres biológicos. Esto ocurre especialmente cuando se ha comenzado una asignación del menor en pre-adopción de manera muy temprana, desconfiando desde el inicio en una posible futura evolución positiva por parte de los progenitores biológicos. Una vez que se ha asignado una familia pre-adoptiva se considera como una solución definitiva que llevará a la adopción legal, no como una etapa que pudiera ser reversible dependiendo de las circunstancias concretas del caso.

**24.** Esta decisión predeterminada *à tout prix* hace que el padre o madre inmigrante encuentre todo tipo de obstáculos en el acceso a la propia administración y a los tribunales cuando quieren aportar pruebas de los cambios de sus circunstancias e intentan recuperar la tutela de los menores conforme a lo establecido por la legislación (es decir, dentro del plazo de los dos años previstos en el Código Civil español). Hay que asegurarse que esas decisiones sean una respuesta proporcional a un asesoramiento creíble y verificado por las autoridades competentes y sometido a revisión judicial, cerciorándose de que existe un riesgo real y actual de un daño serio del niño<sup>17</sup>, teniendo en cuenta que la supresión de la vida familiar debe ser temporal, en la medida de lo posible se debe procurar que sean cuidados por otros miembros de la familia, debe establecerse un derecho de visitas y contacto para mantener los vínculos familiares<sup>18</sup>.

**25.** A su vez, en diálogo con la entidad Lauka, desearía subrayar que es evidente que hay ocasiones en parejas en las que se hay ya precedentes y con otros hijos en tutela de la administración, en los que se ha hecho un largo seguimiento y los progenitores no hay cambiado sus hábitos. Por ejemplo, padres o madres con consumo de sustancias tóxicas durante el embarazo y nacimiento del bebé con síndrome alcohólico fetal o con síndrome de abstinencia. En estos casos se lleva a cabo una investigación desde el embarazo, cuando algunas madres que ya tienen hijos tutelados se queda nuevamente embarazada y se abre una investigación desde el momento del embarazo y, si se considera que las dificultades que dieron lugar a la tutela de los otros hijos todavía persisten entonces se activa el protocolo de declaración de desamparo. Si se valora que no hay motivos suficientes para declarar el desamparo no se produce dicha retirada y se realiza un seguimiento de la familia. En estos casos ya hay un conocimiento previo de la familia por parte de los servicios sociales. Por otra parte, hay que tener en cuenta que se requiere una actuación rápida para evitar preventivamente que se produzca un daño y que se ponga en riesgo la integridad del menor con consecuencias irreversibles. En estos casos, estas actuaciones deben estar muy bien justificadas y razonadas, con los motivos por los que una separación preventiva es aconsejable. Más tarde, si las circunstancias lo permiten, deberá procederse a una reunificación.

**26.** Por ejemplo, en este sentido y volviendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un reciente caso *E.M. y otros c. Noruega*, publicado el 20 de enero de 2022<sup>19</sup>, y por tanto ya final el 22 de abril de 2022 (es decir, que no ha sido recurrido por las partes en el plazo de los tres meses desde su fallo), el TEDH ha considerado que las autoridades de Noruega, los tribunales y los servicios sociales, han actuado correctamente al declarar una situación de desamparo de dos niños en los que el padre había abusado de ellos sexualmente con el conocimiento y consentimiento de la madre. Aunque a la madre se le permitieron visitas de los hijos, estos siguen en acogimiento permanente, y los padres tienen la patria potestad suspendida. Esta otra cara de la moneda, no es el objeto directo de este artículo, pero lo trataré en un futuro. De momento, nos hemos centrado en los criterios del TEDH en unos casos concretos, en los que los demandantes obedecen en su mayoría a un perfil de ser inmigrantes y no de un maltrato de sus hijos.

**27.** España desde hace cuarenta años ha desarrollado en todas las comunidades autónomas servicios sociales muy profesionalizados y juzgados de familia especializados. En contraste con ello, se de-

<sup>17</sup> Idem, ver 5.6.1.

<sup>18</sup> Idem, ver 5.6.5. y 5.6.7.

<sup>19</sup> ECtHR, *E.M. and Others v. Norway*, application n° 53471/17, 20 January 2022.

tecta alguna patología, aunque sea menor y en casos reducidos en las que se aprecie el peligro de una injerencia excesiva de la administración pública basadas en la buena fe de evitar situaciones prolongadas de desamparo. La agilidad en la intervención es desde luego deseable y síntoma de un gran progreso en el estado de bienestar universal. Sin embargo, hay que llegar a un equilibrio entre los derechos de los padres y los derechos de los menores. En este sentido, la actuación de los servicios sociales y de los tribunales debe ser rápida cuando se detectan situaciones de desamparo de menores.

**28.** El tratamiento de estas situaciones exige un doble esfuerzo para situarse en la mentalidad y en las coordenadas sociales de personas provenientes de otras culturas que han atravesado situaciones de dificultad, así como un largo y penoso proceso migratorio. Aunque debe primar el bienestar de los menores, habrá que estudiar si hay medidas sociales de acompañamiento a personas que están imbuidas en esos procesos de inmigración, que sean beneficiosas para los padres y los hijos, evitando el uso de medidas drásticas de privación de la patria potestad que serían la *ultima ratio* y son irreversibles.

**29.** En cuanto a los actores en estos procedimientos que son por un lado administrativos y por otro judiciales, es crucial el papel del juez como garante de los derechos de los padres biológicos y de los menores, y del principio de igualdad de armas<sup>20</sup>. El juez se convierte en un intermediario o mediador entre la Administración y los padres biológicos, y también de los terceros de buena fe, como son los padres de acogimiento o pre-adoptivos (o finalmente adoptantes).

#### **IV. Aplicación de estos criterios al caso *Haddad c. España* en el TEDH**

**30.** En el caso Haddad se ha condenado a España por no permitir al ciudadano sirio Wael Haddad restablecer el contacto con su hija menor después de ser archivada su denuncia por malos tratos a su esposa. La sentencia del TEDH falla a favor de Haddad. Establece que las autoridades españolas no han respetado el derecho de Haddad a recuperar la guardia y custodia de su hija menor y por haber sido dada en acogimiento preadoptivo sin el consentimiento de su padre y exige al Gobierno que Haddad recupere la situación que hubiera tenido si se hubieran respetado los derechos recogidos en el Convenio de Derechos Humanos<sup>21</sup>.

##### **1) Hechos del caso Haddad y actuaciones de la administración y de los tribunales domésticos**

**31.** Wael Haddad nació en Siria en el año 1976. Llegó a España en enero de 2012 con su mujer y sus tres hijos menores, huyendo de la guerra en su país (Ver *Haddad*, § 6). En España se les otorgó el estatuto de refugiados. Un mes después de su llegada, la mujer le denunció por violencia conyugal y el juzgado número 1 de Coslada dictó “una orden de protección provisional en favor de la esposa del demandante, válida durante el proceso penal, que contenía, entre otras, una medida penal por la que se prohibía a su marido acercarse o comunicarse con ella y sus tres hijos, mediante un brazalete de radiofrecuencia, así como una medida civil por la que se suspendían provisionalmente la patria potestad y los derechos de visita del demandante” (ver *Haddad*, § 7).

**32.** En junio de 2012 los tres hijos de 9, 6 y 1 año fueron declarados en situación legal de desamparo por la Comunidad de Madrid, que asumió la tutela por procedimiento de urgencia. Los niños fueron alojados en centros de acogida, a petición de la esposa del demandante, primero en Madrid y luego en Murcia (*Haddad*, § 8). El demandante no fue informado de ninguna de estas decisiones (*Haddad*, § 9). Después de un año fue absuelto de todos los cargos y quedaron anuladas las medidas penales y civiles adoptadas.

<sup>20</sup> Idem, ver 5.6.8.

<sup>21</sup> N. OCHOA, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto <<*Haddad c. España*>>, nº 16572/2017, de 18 de junio de 2019”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2020. ISSN 1889-4380.

**33.** En el relato de hechos, recogido con detalle en la sentencia, se observan ciertas actuaciones de las autoridades administrativas y de los tribunales contrarias a los mínimos derechos de defensa e igualdad de armas. El demandante estaba privado de comunicarse con sus hijos y se le reprocha falta de interés por no personarse en un procedimiento del que no estaba informado. El 14 de febrero de 2013, el Presidente de la Asociación Musulmana de España envió una carta en nombre del demandante al Servicio de Protección de Menores de Murcia en la que afirmaba que el interesado, tras haber roto todos los vínculos con su esposa, no disponía de información sobre sus tres hijos. En dicha carta, la Asociación solicitaba ser informada de la situación de los menores e indicaba que el demandante, al estar legalmente privado del derecho a comunicarse con sus hijos, solicitaba que un miembro de la asociación pudiera reunirse con ellos.

**34.** Ya desde ese primer momento, el 7 de marzo de 2013, el Servicio de Protección de Menores de Murcia respondió a la asociación que no estaba prevista la devolución de los niños a su familia biológica y que no era deseable que terceros visitaran a los niños, lo que es contrario a los principios que se han expuesto establecidos por la jurisprudencia del TEDH, entre los que se establece que deben mantenerse el derecho de visitas y no romper con los vínculos con la familia biológica. También se recogen entre esos criterios que debe primar siempre el intento de reagrupación familiar.

**35.** Los intentos de notificación no resultaron eficaces. Primero, el demandante recibió una notificación para una vista ante el Juzgado con retraso (Ver *Haddad*, § 12). Luego otro juzgado que debía ponerse en contacto con él para que asistiera a la audiencia en Murcia no lo hizo ( Ver *Haddad*, § 12), por lo que se procede a convocarle a la vista para ratificar la tutela de sus hijos mediante un edicto en el Boletín Oficial de Murcia, cuando no parece muy probable que un inmigrante sirio refugiado que vive en Madrid y que no sabe español vaya a leer un edicto en un Boletín Oficial de Murcia. Por fin, los días 8 y 16 de abril de 2013, un miembro del Servicio de Protección de Menores de Murcia se puso en contacto telefónico con el demandante. Durante la primera conversación telefónica, se le informó de la importancia de la vista para la tutela. Es bastante dudoso, la destreza lingüística del idioma español que pudiera tener el demandante. Este último se opone a dicha tutela, pero es que además el nunca había consentido, ni conocido la declaración de abandono. Muy tempranamente, el 8 de octubre de 2013, el Presidente de la Comisión Regional para la Protección de los Menores propone el acogimiento preadoptivo provisional de la hija del demandante suprimiendo ya cualquier visita de los padres biológicos a la menor.

**36.** Justo al mismo tiempo, una semana antes, el juez de instrucción número 5 de Alcalá de Henares absuelve al demandante de todos los cargos que se le imputaban y anula las medidas de alejamiento dictadas por el juzgado de violencia de Género de Coslada de Madrid. Esta sentencia, como contraste con el proceso contencioso-administrativo, hace justicia al demandante y es digna de atención porque refleja de un modo indirecto todos los prejuicios culturales que habían estado detrás de las administraciones por la imputación genérica de hechos al demandante (Ver *Haddad*, §19). Además, considera insuficientes los informes psicológicos y médicos, y añade que el testimonio de los peritos en la vista era impreciso.

En febrero de 2015, el juez de primera instancia de Murcia autorizó que la hija pequeña fuera a una familia de acogida de cara a su adopción. Pese al recurso de Haddad y su mujer, la Audiencia Provincial de Murcia confirmó el auto del juez de primera instancia. Como contraste, la reclamación de Haddad para recuperar la patria potestad de sus dos hijos mayores fue autorizada por el gobierno regional que puso fin a la supervisión del departamento de protección infantil de los dos hijos de Haddad y autorizó su regreso con su padre.

**37.** En su procedimiento para recuperar la tutela de sus dos hijos, llama la atención que el Servicio de Protección de Menores reproche al demandante no haber tenido contacto con sus hijos entre el 28 de junio de 2012 y el 19 de noviembre de 2013, cuando son las fechas en las que el demandante tenía una orden de alejamiento. Por si eso no fuera ya un motivo legal de peso, el demandante vivía en Madrid, mientras sus hijos estaban en un centro de menores en Murcia, cuando carecía de esa información,

y además era un refugiado a la búsqueda de un trabajo para poder mantener a su familia. En cuanto a la menor el Servicio de Protección de Menores alegaba que estaba integrada en su familia de preadopción, circunstancia causada por la propia administración, ya que la propia Dirección de Política Social de Murcia muy tempranamente el 20 de junio de 2013 había recomendado que se suspendieran las visitas de la madre a la menor y aconsejado restringir las visitas de la madre a sus dos hijos a una visita bimensual y en el lugar que determinaría el centro de acogida (véase *Haddad*, § 14). Poco después, el 19 de julio de 2013, la Dirección General de la Región de Murcia cuando propone el acogimiento preadoptivo provisional ya incluye el prohibir las visitas de los padres biológicos.

**38.** Retomando los obstáculos que la propia administración interpone al padre cuando quiere recuperar la tutela de la hija, también se le reprocha la falta de contacto con la menor, cuando ese hecho se había producido por circunstancias ajenas al demandante y por la actuación de terceras personas incluidas la administración, los tribunales y su esposa sin respetar su derecho a la vida familiar y sin que el fuera culpable de nada. Y nuevamente ese hecho se basa en informes del 2 de febrero de 2015 de una psicóloga y una trabajadora social de la Atención de la Infancia II de Madrid que no tienen ninguna relación con la menor que llevaba varios años viviendo en Murcia.

**39.** Todo ello contradice frontalmente los criterios señalados en la jurisprudencia del TEDH. Entre ellos se dice que “En casos relacionados con medidas de cuidado público, el Tribunal también tendrá en cuenta el proceso de toma de decisiones de las autoridades, para determinar si se ha llevado a cabo de tal manera que se asegure que las opiniones e intereses de los padres naturales sean conocidos por y debidamente tenidas en cuenta por las autoridades y que pueden ejercer en su momento los recursos disponibles” (Ver *Strand Lobben* § 211).

**40.** Por eso, está claro que en este caso, la ruptura del vínculo entre el padre y su hija menor es achacable a la administración. El sexto criterio que hemos señalado contempla que las medidas de acogimiento deben ser temporales y tener como finalidad, siempre que sea posible, la reagrupación familiar. En el caso descrito, desde el inicio se buscó todo lo contrario, a saber, colocar a la niña en una familia de acogida pero con vistas a la adopción, y además todo ello contra la voluntad explícita de los padres que se personaron ante el Juez de primera instancia de Murcia, quien impuso el acogimiento contra la voluntad de los padres biológicos, sin argumentar las razones por las que estaban impedidos de cuidar a la menor o si la situación de desamparo seguía existiendo, tal y como figura en el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Murcia:

“Concurren en el presente caso los requisitos que la Ley exige para la constitución del acogimiento, en cuanto ha prestado el consentimiento la Entidad Pública que tiene encomendada la protección de menores, así como del de los acogedores, y aunque los padres biológicos no le han prestado, su consentimiento debe ser suplido por la resolución judicial, ya que en la situación en que se encuentra la menor, su acogimiento en una familia en cuya vida común participe, y que se ocupe de velar por ellos, cuidarlos, alimentarlos y educarlos, ha de ser muy beneficioso para su desarrollo físico, intelectual y moral, para su formación integral»

## 2) Ejecución de la sentencia de Estrasburgo en el caso *Haddad c. España*

### A) Plan de acción en el Comité de Ministros

**41.** Un plan de acción fue presentado el 6 de noviembre de 2019 por el Gobierno español ante el Comité de Ministros del CoE <sup>22</sup>. La descripción del caso que figura en la web del Comité de Ministros es el siguiente: el caso se refiere a una violación del derecho del demandante a su vida familiar como

<sup>22</sup> <https://hudoc.exec.coe.int/ENG>. Action Plan report received on *Haddad v. Spain*, nº 16572/17, 18/06/2019 (Final el 18/09/2019).

resultado de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas y judiciales a colocar a la hija del demandante en acogimiento familiar pre-adoptivo, sin tener en cuenta el cambio de las circunstancias del demandante que estuvieron en el origen que dio lugar a la separación del demandante en relación con su hija. El Tribunal consideró que las autoridades administrativas deberían haber buscado otras medidas menos radicales en lugar del acogimiento pre-adoptivo, y en cualquier caso deberían haber tenido en cuenta la petición del demandante de reanudar el contacto con su hija después del archivo del procedimiento penal que se había abierto contra él que había justificado una medida de alejamiento de sus hijos. El Tribunal también criticó a las autoridades judiciales por una falta de diligencia seria en cómo los procedimientos fueron llevados a cabo: entre otras cosas, por un cierto grado de inacción, por reproducir automáticamente los argumentos de las autoridades administrativas y por no tener en cuenta el archivo final del proceso penal contra el demandante.

Las autoridades españolas proporcionaron una información preliminar referente a las medidas individuales. Se propusieron una serie de medidas con el fin de dar efecto a las indicaciones del Tribunal bajo el artículo 41 para reexaminar la situación del demandante y su hija a la mayor brevedad posible, pero estas medidas no fueron finalmente eficaces. La primera se refería al proceso de adopción: el abogado del demandante y el abogado que representaba a la Comunidad Autónoma de Murcia solicitaron al Juzgado de familia número 15 de Murcia, suspender el proceso de adopción ya que todavía la menor estaba en situación de acogimiento provisional y la adopción no se había producido, incluida la suspensión de la vista que estaba prevista para el 25 de noviembre de 2019.

En segundo lugar, en relación a las medidas para reasumir un posible contacto entre el demandante y su hija, los servicios sociales de Murcia elaboraron un plan de mediación para restablecerlo que incluía asesorar a las dos familias, la biológica y la de acogimiento, preparando a la menor para establecer contactos progresivamente con su familia biológica, supervisados en la fase inicial, y eventualmente establecer un régimen de visitas. Se llevaron a cabo entrevistas con las dos familias, y otros preparativos encaminados a ayudar a la niña a conocer su propia historia. Se acordó que el plan de mediación se podía revisar en cualquier momento si se observaban reacciones adversas por parte de la menor.

## **B) La sentencia de revisión en el Tribunal Supremo español en ejecución de la sentencia del TEDH en el caso *Haddad***

42. Sin embargo, el demandante, el Sr. Haddad, interpuso en 2020 una demanda de revisión para exigir la ejecución de la sentencia del TEDH ante el Tribunal Supremo, de lo que se infiere que ese plan de mediación no ha producido ningún efecto real de contacto de la menor con su padre y sus hermanos. El demandante interpuso esta demanda de revisión, en ejecución de la sentencia del TEDH contra el auto 86/2015, de 11 de febrero dictado por el Juzgado de Primera instancia número 3 de Murcia en procedimiento número 1676/2013 de constitución de acogimiento, y el auto 117/2016, de 7 de abril, dictado por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia y suplicó a la Sala dos cuestiones diferentes: la primera, que se estimara procedente la revisión solicitada y la rescisión de las resoluciones judiciales impugnadas; segunda, una indemnización por el daño sufrido.

La sentencia del TS se hizo pública el 10 de diciembre de 2021<sup>23</sup>. El procedimiento se realizó con vista, en la que comparecieron además del letrado del demandante, el letrado de la madre de la menor, el letrado de la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

43. El Tribunal Supremo falla a favor del demandante en relación con su primera petición: ordena que se rescindan los dos autos citados, y que se retrotraigan las actuaciones nuevamente al tribunal competente para que se repita el procedimiento referente al acogimiento pre-adoptivo. La sentencia es muy clara con respecto al efecto de la estimación de revisión, ya que la decisión significa que se rescinde

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Recurso de revisión, Sentencia número 858/2021. Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. Se celebró la vista el 1 de diciembre de 2021, dictándose sentencia el 10 de diciembre de 2021.

el auto que autorizó el acogimiento, en el sentido de que se deja sin efecto, pero eso no significa que la menor sea entregada nuevamente a su familia biológica, sino que el proceso debe ser reabierto siendo el tribunal competente el que debe retomar el caso por el cauce correspondiente, ya que se deberá tener en cuenta cuáles vayan a ser las medidas más ajustadas al interés superior de la menor en la situación actual. A su vez el TS añade que: “excede al ámbito del proceso de revisión pronunciarnos sobre las medidas que resultarían más ajustadas al interés superior de la menor, en relación con lo previsto por el TEDH en los apartados 79 y 80 de su sentencia. Eso deberá ser acordado por las autoridades públicas y, en su caso, por el tribunal competente, por el cauce correspondiente” (STS Fundamento cuarto, punto 3). En consecuencia, será el juez de Murcia quien tendrá que dictar un nuevo auto oyendo a todas las partes y a la vista de la situación presente de la menor.

Efectivamente lo que se indicó en la sentencia del TEDH es que el demandante sea puesto en la medida de lo posible en idéntica situación a la que se encontraría si el artículo 8 del Convenio no hubiera sido violado. Pero hay que analizar de nuevo lo que es conveniente en la actual situación de la menor y eso le corresponde hacerlo al juez competente con la inmediatez de la prueba, de los hechos, oyendo a las partes. Eso excede de la función revisora del TS en este caso concreto, así como excedía al rol del juez de un Tribunal Internacional como es el de Estrasburgo. También hay que añadir que ese “poner al demandante en la idéntica situación” (que es una fórmula habitual en la sentencias del TEDH) en cuestiones relacionadas con menores nunca será idéntica, ya que el paso del tiempo es inexorable, y el menor después de tantos años en una nueva familia no se encuentra en la misma situación que se encontraba en 2015 cuando se dictó el primer auto. Será el juez competente el que decida los efectos de la revisión, y tiene abierta la posibilidad de mantener el acogimiento, de ver la conveniencia o no de que además del acogimiento la menor conozca o no a su padre y hermanos. De ninguna manera la sentencia del TEDH obliga a que la única solución sea un retorno inmediato con el padre, y mucho menos todavía que la menor volviera a una institución bajo la tutela del Estado. Ante el TS el demandante ha alegado también, por ejemplo, el derecho que la menor podría tener de conocer además de a su padre y hermanos, a sus abuelos paternos y tíos paternos que residen en Suecia como refugiados (Fundamento primero, 6).

## V. El caso *Omofefe c. España*

44. En el caso *Omofefe c. España*, la demandante es una inmigrante nigeriana, ahora ya con permiso de residencia en España. En el momento en que dio a luz a un menor de bajo peso estaba en una situación de precariedad, sin alojamiento, ni permiso de residencia, y con un progenitor que no quiso reconocer la paternidad. Cuando nace el menor, ella misma solicita la actuación de la administración y se declara una situación legal de desamparo por procedimiento de urgencia. No debemos olvidar que la suspensión de la patria potestad como consecuencia de la declaración de la administración como tutora debe ser aprobada por un juez y que además ello no implica la privación de la patria potestad, que requiere un procedimiento específico <sup>24</sup>.

45. Se acuerdan los derechos de visita, con la precisión de que serían revisados a los seis meses. Sin embargo, este acuerdo es incumplido por la administración a los tres meses. A la demandante se le retira el derecho de visitas y se coloca al niño en una familia de acogimiento preadoptivo sin su conocimiento y sin que hubiera habido en ningún momento una privación judicial de su patria potestad. El derecho de visitas se retira contra la voluntad de la madre y sin ningún informe psicológico. Se desprende de todo el caso, que existía desde el inicio una voluntad por parte de la administración de dar al niño en adopción, sin tener en cuenta otras medidas alternativas más respetuosas con el derecho a la vida familiar de la madre.

46. A partir de ese momento, la demandante inicia una larga vía de reclamaciones judiciales, en las que todas las instancias admitieron su derecho de visitas, pero que fueron incumplidas por la admi-

<sup>24</sup> M. V. MAYOR DEL HOYO, *La adopción en el derecho común español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 240-243.

nistración. A los seis años, ya la Audiencia Provincial de Navarra accedió a la adopción y en esa misma sentencia privó de patria potestad a la madre <sup>25</sup>. La argumentación se basó más bien en la existencia de una situación de hecho por la que el menor desde los tres meses había convivido con esa familia de acogida y no había llegado a conocer a su madre.

47. La sentencia de Estrasburgo, después de recordar todos los principios generales que ha asentado en su jurisprudencia (*Omorefe*, § 36-38), establece que las autoridades deben cumplir con sus obligaciones positivas de facilitar en la medida de lo posible la reunificación familiar desde el primer momento en que se encargan del menor. Además, estas medidas deben ejecutarse de inmediato porque de lo contrario el paso del tiempo puede acabar teniendo consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y el padre o madre biológica que no vive con él. Si se ponen obstáculos contra los encuentros fáciles y regulares los vínculos entre los miembros de una familia y las posibilidades de un reagrupamiento acabarían debilitándose por la fuerza de los hechos (*Omorefe*, § 39).

Además de la petición de la madre de la intervención de la administración, las autoridades administrativas hicieron una evaluación propia de la situación, que resultó ya inamovible, a pesar del cambio posterior de circunstancias con una evolución positiva de la situación de la madre, que para entonces ya había aprendido español, tenía alojamiento, permiso de residencia y un trabajo estable. Entre otras cosas, se siguió teniendo en cuenta las circunstancias iniciales cuando carecía de recursos tanto la demandante como el padre biológico, estaba en situación legal irregular, carecía de empleo y de alojamiento estable y estaba en una situación emocional propia del postparto (*Omorefe*, § 47). En un inicio, se le había otorgado un derecho de visitas y se supeditó una reevaluación de la declaración de abandono a la obtención de un alojamiento por parte de la madre y a que mejoraran sus condiciones socio-económicas, con el apoyo de los servicios sociales de base del barrio. En ningún momento del proceso hubo una evaluación de la ayuda real prestada por estos servicios, que sí que fue prestada, más que seis años más tarde en la sentencia de adopción.

También el TEDH llama la atención sobre la celeridad con la que se otorga al niño en acogimiento preadoptivo, siendo ejecutado el 25 de marzo de 2009, cuando la demandante fue informada por una carta pocos días antes, el 6 de marzo. Ya entonces la administración propone al juez no sólo suprimir su derecho de visitas, sino privarle de la patria potestad. Además, desde entonces en cada proceso judicial, la administración se opone a las visitas y pide la privación de la patria potestad. La madre insistirá en lo contrario y los jueces dan razón a la demandante, pero sin acabar tampoco de pronunciarse sobre el derecho a recuperar al menor. El juez de primera instancia, el 28 de enero de 2010, falla a favor de la administración y de apartar a la madre en el proceso de adopción, cuando la ley exigía que eso no era viable sin un proceso judicial de privación de patria potestad, proceso contradictorio con audiencia de la madre. La Audiencia Provincial de Navarra anula esa primera sentencia el 10 de febrero de 2012. Para entonces ya habían pasado dos años. El 3 de febrero de 2014 el juez de primera instancia anula la medida de acogimiento familiar preadoptivo, pero la administración no ejecuta esta sentencia y el niño sigue en la familia preadoptiva. La madre continúa su batalla legal solicitando el derecho de visitas. En una sentencia de 15 de junio de 2015 el juez de primera instancia reconoce su derecho a visitas, concretándolas en una hora al mes en un lugar de encuentro familiar supervisado por la administración. Esta sentencia tampoco fue nunca ejecutada (*Omorefe* §§ 45, 55 y 57).

48. El TEDH constata que el paso del tiempo ha llevado a hacer definitiva una decisión que se había tomado con idea de que fuera provisional (*Omorefe*, § 56). Reconociendo que las jurisdicciones internas han actuado de buena fe para preservar el bienestar del niño, sin embargo el TEDH juzga que ha habido falta de diligencia en el procedimiento llevado a cabo por las autoridades responsables de la tutela en la colocación del niño en preadopción y en la adopción (*Omorefe*, § 57), como por ciertas jurisdicciones de primera instancia, que por inercia han tenido en cuenta sólo los informes elaborados por la propia administración, que era una de las partes en el proceso. Se concluye que ni las autorida-

---

<sup>25</sup> M. V. MAYOR DEL HOYO, “El asentimiento a la adopción de la madre biológica y la limitación de la autonomía de la voluntad de la mujer. Una propuesta de *lege ferenda*”, *Revista de Derecho privado*, nº 104, mes 5, 2020, pp. 105-122.

des administrativas, ni las instancias judiciales han ofrecido ninguna razón convincente de que fuera necesario un acogimiento familiar preadoptivo y una adopción, ambas sin consentimiento de la madre, y sin permitirle visitar al menor desde que tenía tres meses (*Omorefe*, § 58). Por tanto, ha habido una violación del derecho a la vida familiar de la demandante.

Por otra parte, las autoridades internas son invitadas a reexaminar, en un breve plazo, la situación de la demandante y de su hijo menor y de ver la posibilidad de establecer algún contacto entre los dos teniendo en cuenta la situación actual del niño y de su interés superior.

## VI. El artículo 46 del CEDH y la ejecución de las sentencias de Estrasburgo

49. En los casos de *Haddad* y *Omorefe* a pesar de que, como hemos indicado anteriormente, el TEDH no tiene competencias para ordenar una devolución de los menores a sus padres biológicos, o una posible reunificación familiar, que sea contraria a lo acordado por los tribunales internos, cuando los menores están en situación de pre-adopción u adopción legal, el fallo en ambas sentencias ha hecho uso del artículo 46 para indicar al Estado que estudie la posibilidad de restablecer el contacto entre los padres biológicos y los menores si esto fuera en interés del menor, y un posible derecho de visitas, compatible con la situación de adopción en el caso *Omorefe* y compatible con el acogimiento provisional en el caso *Haddad*.

50. En ambos casos las sentencias expresamente han indicado que se tenga en cuenta esta posibilidad a la hora de ejecutar la sentencia del TEDH. Esto corresponderá otra vez a las autoridades nacionales, bajo el control del Comité de Ministros. Esa posible ejecución, como es sabido, no es automática, y exigiría nuevamente la actuación de un juez español, tanto si los demandantes accionan la revisión ante el TS (véase supra el caso *Haddad*), como si las autoridades de *motu proprio* iniciaran una posible mediación.

51. No pretendo ahora abordar el complejo tema de la ejecución de sentencias del TEDH, sino simplemente destacar algún aspecto que afecta a estos dos casos. Como es sabido, en España hay una vía para la revisión de la ejecución de las sentencias de Estrasburgo, previstas en el ordenamiento jurídico español. Fue abierta en el año 2015. La Ley Orgánica 7/2015 en su artículo 5bis ofrece una posible revisión ante el Tribunal Supremo. En el contexto de lo previsto en el artículo 510 y 511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Siempre que no perjudique a los derechos adquiridos por terceros de buena fe”. El demandante ante Estrasburgo cuyo caso ha finalizado con el reconocimiento de la violación de algún artículo del Convenio, especialmente los casos referentes a violaciones de garantías procesales, que todavía pudieran tener una posible revisión, pueden solicitar en el plazo de un año, que se abra un proceso de revisión ante el Tribunal Supremo. Ya existe experiencia al respecto y en estos siete años han sido varias las sentencias revisadas, que alcanzan la decena<sup>26</sup>. Además de ese posible procedimiento, cabe una ejecución *ex officio* realizada por las autoridades españolas para el caso concreto. Y los gobiernos pueden proponerse cambios legislativos a la luz de ciertas indicaciones realizadas en determinadas sentencias.

Volviendo a estos dos casos, el TEDH ha indicado literalmente en el caso de *Haddad* “Que habida cuenta de las circunstancias particulares del presente asunto y de la necesidad urgente de poner

---

<sup>26</sup> Véase el capítulo de Luis López Guerra en el libro *Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, 2020. Al margen de nuestro caso concreto, debe ser dicho que no siempre la revisión es la panacea cara precisamente a los derechos adquiridos por terceros de buena fe. No todos los países contratantes prevén sistemas de revisión de las sentencias de Estrasburgo. Dado el carácter subsidiario del TEDH, muchas veces la revisión doméstica cuando lo que se ha detectado es un vicio procesal puede exigir la retroactividad del proceso al momento en el que se ha detectado el vicio. A partir de ahí el demandante, está en la situación en la que se hubiera debido encontrar de no existir ese vicio, pero eso no significa que el nuevo fallo le vaya a resultar necesariamente favorable o absolutorio. Este es un mecanismo que a las partes les resulta en ocasiones difícil de entender desde el punto de vista jurídico. Es frecuente que si por ejemplo lo que ha faltado es la audiencia del acusado en una segunda instancia condenatoria, tras una primera absolutoria, el Tribunal Supremo retrotraiga el proceso a ese momento procesal y lo devuelva al tribunal pertinente. Igualmente, si por ejemplo ha faltado el llamamiento del interesado en un procedimiento contencioso-administrativo, como es por ejemplo el caso *Naranjo v. España*.

fin a la vulneración del derecho del demandante al respecto de la vida familiar, el Tribunal invita a las autoridades nacionales a reconsiderar en el plazo más breve posible la situación del demandante y de su hija menor a la vista de la presente sentencia, así como la posibilidad de establecer cualquier tipo de contacto entre ellos, teniendo en cuenta la situación actual de la menor y su interés superior, y adoptar cualquier otra medida que resulte apropiada en el interés superior de la menor”<sup>27</sup>.

**52.** La sentencia elige las palabras exactas de “la posibilidad de restablecer cualquier tipo de contacto”. Coviene matizar que no se utiliza el termino “reunificar”<sup>28</sup>. El Sr. Haddad en su demanda no había solicitado ninguna indemnización por daños morales en caso de que el TEDH declarara una violación, sino que había pedido recuperar la guarda y custodia de su hija, algo que quedaba fuera de la competencia del TEDH.

En el caso de *Omrefe*, la sentencia del TEDH es todavía más concreta y, a lo ya dicho en el caso *Haddad*, se añade una referencia a la Sentencia de 28 de octubre de 2015 de la Audiencia Provincial de Navarra, la cual había precisado ella misma que “sería oportuno señalar la posibilidad de adoptar en el futuro, si se estima deseable y si las condiciones legales se cumplen, y siempre en interés del menor, alguna forma de relación o de contacto a través de visitas o de comunicaciones con la madre biológica”.

El TEDH observa que no ha habido ningún contacto entre la demandante y su hijo, ni antes, ni después de esta decisión y estima que la ejecución de la presente sentencia debería seguir la decisión interna citada. Además, estas referencias se han incluido en la parte operativa de la sentencia como parte del fallo, lo que les da más fuerza.

## VII. El caso *M.L. v. Noruega*

**53.** Como se observó en el caso de *Strand Lobben c. Noruega*, los servicios sociales noruegos se han caracterizado por un activismo a favor de la preadopción de menores cuando las madres estaban en situación difícil con una enorme celeridad e intentando de modo inmediato eliminar el derecho de visitas y el vínculo de la madre con el hijo. De ahí la conclusión de la sentencia *Strand Lobben* y los criterios sentados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por no haber respetado el derecho de la demandante a la vida familiar.

**54.** En cuanto a los cinco casos ya sentenciados contra Noruega (ver *supra*) la descripción de hechos es muy similar a la de los casos españoles de *Haddad* y *Omrefe*. En el último de ellos, *M.L. v. Noruega*, más allá de los concretos hechos, se observa una pauta que se ha repetido en los casos contra Noruega, la actuación de los servicios sociales y de County Social Welfare Board (Junta) en unos periodos muy tempranos. A los nueve días de haber nacido la niña ya se le coloca en una familia de acogida. Las visitas entre la madre y la hija son establecidas desde un inicio de dos horas cuatro veces al año (*M.L. v. Noruega*, § 23). La mayoría de la junta (que está compuesto por tres personas) decide además que no se le debe proporcionar a la madre la dirección de la familia de acogida. Las sucesivas demandas de la madre no son atendidas. En ellas se demuestra también que su situación de salud ha evolucionado positivamente y que algunos diagnósticos que se le habían realizado no habían sido adecuados.

**55.** Ya desde el inicio la junta tiene una idea preconcebida de eliminar los derechos de visita de la madre y los vínculos con ella. Siendo que las propias autoridades han creado esa situación, luego es el argumento que se utiliza para dar la niña en adopción alegando la ausencia de contacto de facto entre la madre y su hija. El Tribunal del distrito apoya todas las decisiones tomadas por los servicios sociales

<sup>27</sup> STEDH, *Haddad c. España*, § 79.

<sup>28</sup> A diferencia de lo que señala Simona Florescu en la introducción de su, por lo demás, acertado artículo: “In addition to finding a violation, the Court called upon the Spanish authorities to re-examine the situation in light of the judgment. Thus, arguably the Spanish authorities are to endeavor to secure the applicant’s reunification with his daughter”. “Por tanto, podría decirse que las autoridades españolas deben esforzarse por garantizar la reunificación del demandante con su hija”.

y la junta, y deja claro que la colocación de la menor en una familia de acogida no ha sido tomada como una medida temporal sino desde el inicio como una medida a largo plazo y que la finalidad del posible contacto entre la madre y el niño no era hacer posible una reunificación familiar, construyendo un vínculo entre la demandante y su hija (Ver *M.L.* § 32).

Con posterioridad, los servicios sociales y la Junta toman la decisión de privar a la madre de la patria potestad y autorizar la adopción por los padres de acogida. La razón principal era que la niña vivía con la familia de acogida ya desde que había nacido y tenía en ese momento cuatro años. Para ella eran realmente sus padres y no conocía prácticamente a su madre (Ver *M.L.* § 35). El juzgado, a pesar de reconocer que la salud de la madre había mejorado y que el diagnóstico inicial no había sido correcto, antepone la situación de hecho del arraigo en la nueva familia y el desconocimiento de su madre biológica para decidir que era más conveniente la adopción, añadiendo dos nuevas razones como el hecho de que la madre biológica en caso de no producirse la adopción seguiría acudiendo a los tribunales para reclamar sus derechos a la reunificación familiar y a ampliar sus derechos de contacto con su hija. Además, los padres de acogida habían establecido que, caso de producirse la adopción, no aceptaban una adopción abierta con derecho a contacto con la madre. Este último argumento que es ajeno a cualquier acción negativa atribuible a la madre biológica se usa sin embargo en su contra, alegando que dado que esa va a ser la situación no interesa dar más peso al “principio biológico” y fomentar el vínculo con la madre biológica (Ver *M.L.* § 45).

El Tribunal resume, una vez más, sus principios generales, en su mayoría extraídos del caso *Strand Lobben* y de los otros cuatro casos contra Noruega posteriores, en los que se aplicó estos principios sentados en la mencionada sentencia de Gran Sala. Se reitera que el principio del interés superior del menor prevalece sobre cualquier otro, aunque haya que hacer un balance con los otros derechos en juego (*Strand Lobben*, § 204). El Tribunal recuerda que la reunificación familiar es inherente al artículo 8 del Convenio y que por tanto en caso de imponer por parte de las autoridades unos cuidados en manos de una familia de acogida que restringe la vida de familia de los padres biológicos, las autoridades deben tomar todas las medidas posibles para facilitar la reunificación. Por tanto, hay que preservar los vínculos y el contacto entre ellos (Ver *Strand Lobben*, §§ 205-208): “Es crucial que el régimen de contacto, sin exponer al niño a ninguna carga excesiva, apoye de modo efectivo la finalidad de la reunificación y que las autoridades puedan justificar que el fin último de la reunificación ya no es compatible con el interés superior del menor. No puede normalmente esperarse que la reunificación familiar haya sido apoyada si hay intervalos de semanas, o incluso meses, entre cada sesión de contacto (ver *K.O. y V.M. c. Noruega* § 69)” (*M. L.* § 79).

**56.** El Tribunal reconoce que puede haber situaciones de conflicto entre los derechos del niño y los de los padres. En esas ocasiones en circunstancias muy excepcionales, dependiendo de la naturaleza y seriedad de estos conflictos, los derechos del niño pueden prevalecer sobre los de los padres (*Strand Lobben*, §§ 206 y 207) (ver *M.L.* § 80). Sin embargo, hay que tener en cuenta que en principio también es parte del derecho de un niño el convivir y ser educado por sus padres biológicos. En mi opinión, hay que tener cuidado de que la idea del “interés superior del menor” no se utilice para justificar un intervencionismo no justificado o desproporcionado de la administración contra los padres biológicos, entendiendo erróneamente que el bienestar del menor no incluye esa vinculación biológica y priorizando el bienestar material del niño y un presunto orden social impuesto desde el Estado, incluso contra la voluntad de los individuos implicados.

Aunque las autoridades nacionales tengan un gran margen de apreciación en esta materia para juzgar los hechos del caso y hacer un balance de la situación, el Tribunal considera que en estas materias cualquier limitación de las autoridades impuesta para restringir los derechos de los padres en el acceso al contacto con sus hijos debe estar sujeta a un escrutinio más estricto (*stricter scrutiny*), debido a que esas medidas pueden suponer un peligro y cortar de raíz las relaciones entre un hijo y sus padres.

Un buen ejemplo de cómo el Tribunal ha aplicado este test de un escrutinio más estricto puede apreciarse en la sentencia que estamos comentando. En realidad, este concepto es un término abstracto que se aplica para ver si las restricciones de distintos derechos del Convenio están justificadas (ver *supra* epígrafe II del presente artículo). Frecuentemente se utiliza unido al test de proporcionalidad. Se trataría

de razonar por qué una medida que va contra la futura unificación familiar, puede estar justificada por una situación excepcional para evitar un riesgo para el niño si siguiera en compañía de sus padres biológicos, especialmente cuando las autoridades deciden establecer su propia tutela al declarar una situación legal de desamparo.

Aplicando estos criterios al caso presente, el TEDH observa que se suprimieron los vínculos familiares *de iure* y *de facto*. A continuación, afirma que la sentencia del juzgado de distrito que decidió la adopción no aportó ninguna razón que confirmara que existían circunstancias excepcionales que justificaran cortar todos los vínculos entre la demandante y su hija (Ver *M.L.* § 90). Además, el mencionado juzgado no tuvo en cuenta la importancia del principio de vínculo biológico, basándose en el poco contacto entre la madre y su hija. Sin embargo, el TEDH considera que no se les dio a la madre y a la hija ninguna oportunidad de desarrollar ese vínculo, ya que a los nueve días del nacimiento se reubicó a la niña en una familia de acogida y a la madre biológica se le restringieron las visitas de inmediato (Ver *M.L.* § 91). Ya hemos señalado que la junta le otorgó un derecho de visitas de dos horas cuatro veces al año, con unos supuestos previos de que la madre tenía dificultades en dar los cuidados debidos a su hija y que no los iba a adquirir nunca, por lo que ya se asumió que la acogida sería de larga duración y que en realidad nunca se iba a conceder una reunificación de la madre con su hija, de lo que se infiere que la restricción de los derechos de visita era premeditada (Ver *M.L.* §§ 92 y 93).

**57.** En ningún momento posterior y tras demandas de la madre, esas mismas instituciones revisaron la evolución de esta persona y las mejoras en su salud, así como el cambio de diagnóstico. Las autoridades implicadas no establecieron ningunas medidas positivas para evitar que la madre y la hija terminaran siendo permanente y completamente una extraña la una para la otra. En este caso concreto parece que la posibilidad que debe mantenerse siempre del derecho a la reunificación familiar fue abandonada por la propia Junta desde el primer instante en 2011. En realidad, las escasas horas de derecho de visita hacían imposible desarrollar ninguna relación significativa (Ver *M.L.* § 93). Todo ello es contrario a los criterios que el TEDH ha establecido en su jurisprudencia para que el artículo 8 sobre el derecho a la vida familiar sea respetado.

**58.** Además, el argumento del juzgado de consolidar la adopción para evitar que la madre hiciera uso de los procedimientos judiciales para seguir insistiendo en su derecho de vistas y a la reunificación no puede ser usado como una razón para terminar con la situación de acogimiento. Precisamente el derecho de los padres biológicos de acceder a los procesos judiciales es parte también del artículo 8. Es en esos procesos, donde los tribunales deben de aportar sus razones para justificar una posible limitación de esos derechos (Ver *M.L.* § 95). El argumento del juzgado para otorgar la adopción se basa en una constatación de una falta de vínculo de hecho, promovido por las propias autoridades, pero éstas no justificaron la existencia previa de razones graves a favor de la decisión de cortar esas relaciones desde el inicio y de un modo permanente o a favor de una declaración de abandono permanente o de una privación de la patria potestad. El TEDH concluye que las autoridades no cumplieron con sus obligaciones positivas de preservar los vínculos familiares de un modo razonablemente eficiente (ver *M.L.* § 97). Por otra parte, también se sabía que los padres adoptantes no aceptaban una adopción abierta, por lo que el derecho de visitas iba a quedar suprimido en un futuro.

**59.** En cuanto al papel del TEDH en estos asuntos es relevante lo que se concluye en esta sentencia. El Tribunal es consciente de que su tratamiento de casos como el presente en los que se analiza la situación del iter doméstico en su conjunto de una manera retrospectiva puede diferir sistémicamente de la perspectiva seguida por los servicios domésticos especializados en el cuidado de los menores y por las autoridades (incluidos los tribunales domésticos), que tienen que decidir lo que hacer con el niño y su familia en base a la situación de ambos en el momento en que la decisión es tomada y con un ojo puesto en el futuro (ver *Hernehult c. Noruega*, §§ 75-76). Esto es una consecuencia de las distintas perspectivas unidas a su rol respectivo, siendo el rol del TEDH asesorar, en el margen de la demanda planteada ante él, si los órganos del correspondiente Estado actuaron en conformidad con las obligaciones de ese Estado bajo el Convenio. El Tribunal está de acuerdo con una de las decisiones del Tribunal Supremo

noruego, posterior a *Strand Lobben*, en la que se indica que los servicios sociales, la Junta de Bienestar Social y los tribunales domésticos deben incorporar todas las exigencias relevantes previstas en el artículo 8 del Convenio para evitar errores y deficiencias que no pueden ser reparados en un momento posterior (Ver *M.L.* § 98).

Los procedimientos a través de los que la adopción de la menor fue autorizada y las razones aportadas para las medidas decididas reflejan que: primero, fue dada una insuficiente importancia a la finalidad de que el acogimiento debía ser temporal y que la familia afectada debía ser reunificada; segundo, se prestó poca atención a la obligación positiva de tomar medidas que preservaran los vínculos familiares en una forma razonablemente eficiente (Ver *M.L.* § 89).

## VIII. El caso *Abdi Ibrahim v. Noruega*

### 1. Hechos del caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*

60. El caso de Gran Sala *Abdi Ibrahim c. Noruega*, cuyo fallo fue pronunciado el 10 de Diciembre de 2021 recuerda mucho en alguno de sus puntos al caso *Omofe c. España*. El asunto, primero deliberado en Sala y se llegó a una sentencia de violación del art.8. La demanda de la madre se ha centrado no en la recuperación de la guarda y custodia de su hijo, sino en que se mantuviera el acogimiento permanente, que es compatible con que ella ostentara la patria potestad y que no se diera al niño en adopción a la familia de acogida.

61. El Gobierno solicitó el reenvió a la Gran Sala que fue aceptado. Ciertamente se daba un elemento novedoso como era la insistencia de la demandante no sólo en la violación del derecho a la patria potestad de su hijo, sino también en su queja de que además se había dado en adopción al niño a una familia que no era musulmana, lo que suponía según ella una violación de su derecho a la libertad religiosa porque ella deseaba que el niño fuera educado en la religión islámica. Finalmente, la Gran Sala analizó el artículo 8 a la luz de los elementos también culturales y religiosos, pero sin realizar un examen separado del artículo 9, ya que consideró que no había una obligación propia de exigir, si se habían puesto todos los medios posibles y no se había logrado encontrar ninguna familia musulmana disponible, que la adopción se llevara a cabo en una familia de la religión de la madre biológica por encima de cualquier otro elemento.

62. La demandante es una inmigrante de origen somalí que con 16 años escapó de su casa estando ya embarazada, yéndose a Kenia a casa de un tío, donde dio a luz. No estaba casada y el padre no reconoció la paternidad. Un año más tarde comienza su periplo de inmigración junto con su niño recién nacido, llegando a Noruega con 17 años donde se le otorga asilo y derecho de residencia temporal. Allí se trasladó a un centro residencial para madres con niños. Ya en seguida los servicios sociales consideran que no va a ser capaz de cuidar a su hijo y comienzan a buscar de inmediato una familia pre-adoptiva. Sólo una semana después, se coloca al niño en el hogar de una ciudadana noruega. Al mismo tiempo, los servicios sociales intentan buscar una familia somalí, pero no hay ninguna que esté disponible para asumir una nueva carga, ya que en su mayoría no tenían apenas medios económicos. Desde el inicio la demandante insistió en sus deseos de que en todo caso el niño fuera ubicado en una familia somalí o por lo menos en una familia musulmana.

### 2. El diagnóstico temprano de los servicios sociales sobre la falta de capacidad de la madre para el cuidado de su hijo

63. La Junta de servicios sociales del Ayuntamiento consideró el 10 de diciembre de 2010, cuando el niño tenía un año, que era vulnerable y que la madre era incapaz de cuidarlo adecuadamente. Desde ese momento se decide situarlo en una familia de acogida, pero pensando en que se convirtiera en

su familia adoptiva. En relación con los derechos de visitas de la madre se acuerda reducirlo a una visita al año (Ver *Abdi Ibrahim*, § 22). La madre solicita que se envíe el niño a la familia de su prima somalí. La Junta no acepta esa propuesta por varias razones: la primera es que su prima es madre soltera y tiene ya a su cargo dos niños, pero la segunda y principal es que su objetivo es romper al máximo los vínculos entre la madre y el hijo (Ver *Abdi Ibrahim*, § 24), a la vez que se alega que el niño no tiene suficiente vínculo con la madre.

**64.** La actitud de las autoridades va en dirección opuesta a lo que exige el artículo 8 del Convenio y a los criterios establecidos en el caso *Strand Lobben* (ver *supra*) y en otra mucha de su jurisprudencia anterior. Como hemos indicado anteriormente, las autoridades deberían de poner todos los medios a su alcance para que los vínculos familiares crezcan en lugar de disminuir, en situaciones como esta, en la que las carencias iniciales de la madre se deben a su escasa edad, a su trayectoria de inmigración, pero no tienen origen en ninguna causa atribuible a la voluntad de la madre (alguna adicción, maltrato, violencia o negligencia del hijo) y tampoco ninguna carencia psíquica o física inamovible. Sin embargo, el juzgado de distrito el 6 de septiembre de 2011 fija (de un modo similar al caso *M.L. v. Noruega* que hemos visto *supra*) las visitas en una hora seis veces por año. La finalidad es que el niño tenga conexión con sus raíces culturales, ya que por otro lado no se sabe si las capacidades de la madre para el cuidado van a mejorar y si la orden de acogimiento acabará siendo más larga.

### **3. La elección de la familia de acogida contra la voluntad de la madre**

**65.** Finalmente, el niño fue asignado en acogimiento a una familia de padres cristianos. En un inicio la familia de acogimiento que es muy practicante indica que respetará la cultura del niño, pero ya el 3 de octubre de 2012 los servicios sociales envían una carta a la madre con distinta información sobre la buena integración del niño en la familia de acogida en la que asumen que el niño participa en toda la vida social de la familia, incluidos los actos religiosos, como la asistencia a la iglesia. Poco después, el 11 de septiembre de 2013 los servicios sociales solicitan a la junta que se le retire a la madre la patria potestad y que se pida el consentimiento para la adopción por parte de los padres de acogimiento. Como solicitud alternativa, se pide que se niegue el contacto de la madre con su hijo (Ver *Abdi Ibrahim*, § 32). En la respuesta de la Junta se ofrecen dos razones para conceder la adopción: una que el niño ya tiene apego a su familia de acogida, y otra que la madre no va a ser capaz nunca de proporcionarle el cuidado debido (Ver *Abdi Ibrahim*, § 35). Cara al niño se considera que la adopción le proporcionara una mayor estabilidad que un acogimiento a largo plazo y que reforzara su identidad, aunque a su vez se afirma que se le debe dar información sobre su familia biológica en el momento oportuno (Ver *Abdi Ibrahim*, § 36), cuestión, por ejemplo, a la que no se hace ninguna referencia en el caso de *Omorefe*.

**66.** Los argumentos de la Junta resultan un tanto contradictorios. Por un lado, se afirma que el niño ha sido dado en adopción tan tempranamente que no tiene ninguna relación con su cultura y sus raíces. Por otro lado, se sostiene que un contacto más adelante con su madre, cuando sea maduro, puede contribuir a su identidad y a desarrollar sus valores con respecto a su etnicidad.

**67.** La madre recurre ante el juzgado de distrito la decisión de la Junta. Un experto recomienda no proceder a la adopción y aumentar el contacto entre la madre y el niño. Pero el juzgado de distrito apoya todos los argumentos de los servicios sociales y de la Junta y ordena la adopción. En un razonamiento basado en hechos consumados, se afirma que en realidad la disvinculación con sus orígenes ya se ha producido desde el primer momento del acogimiento y que ya está integrado en su nueva familia con la que lleva viviendo cuatro años, desde que cumplió un año. En 2015, el Tribunal Supremo reitera estos mismos argumentos y aunque reconocen que la madre ha madurado se basan otra vez en los mismos informes que se realizaron cuando acababa de llegar a Noruega con 17 años. Como es apreciable, esta pauta de basarse en los informes previos a pesar de que las circunstancias han cambiado es la misma que hemos visto en el caso *Omorefe*. Además, afirma que hay que anteponer otras razones para la

adopción por encima del principio biológico. Para entonces, los padres de acogida hacen saber que en caso de adopción no admitirán el modelo de opción abierta permitido por la legislación noruega y que no quieren que el niño tenga contacto con la madre. Es más, añaden que una vez que sean padres adoptivos bautizarán al niño y le cambiarán su nombre. El Tribunal Supremo deja constancia en su sentencia de los esfuerzos que se han hecho para buscar una familia de acogida musulmana, no habiéndose hallado ninguna disponible. Una mayoría del Tribunal Supremo no encuentra que estos elementos sean de suficiente peso como para negar la adopción cuando para el niño esa es su única familia desde la infancia.

68. Aplicando los criterios sentados por el TEDH en la mencionada sentencia de Gran Sala *Strand Lobben v. Noruega*, el TEDH concluirá (como la Sala al tratar esta demanda en el presente caso) que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio porque no se ha realizado un ejercicio de proporcionalidad adecuado y las autoridades no han cumplido con su obligación positiva de poner los medios adecuados para la reunificación del niño con su madre biológica.

#### **4. El criterio del origen étnico, cultural y religioso del menor a la hora de elegir familia de acogida debe ser uno entre otros más**

69. De los Tratados internacionales y de un estudio comparado realizado por el TEDH entre los países miembros del Convenio se concluye que entre los criterios de la búsqueda del mejor interés del menor, el de tener en cuenta sus orígenes religiosos, étnicos, culturales y lingüístico no constituye una obligación independiente en sí misma, sino que es un elemento más a sopesar entre otros muchos en la elección de una familia de adopción que responda al bienestar del menor y a su interés superior, no siendo este un criterio de ningún modo decisivo (*Abdi Ibrahim*, §§ 79 y 82). Por otro lado, los Tratados Internacionales protegen el derecho de los padres adoptantes a educar al niño conforme a sus propios creencias y valores, y no conforme a las creencias o religión de sus padres biológicos, con independencia del respeto a la toma de decisiones que el menor vaya adoptando según vaya madurando.

Una novedad en este caso es que el TEDH no sólo declara que ha habido una violación del art. 8 por la falta de medidas para mantener el contacto con la madre con su hijo, sino que profundiza en un modelo que podríamos denominar de acogimiento permanente como una alternativa a la adopción en este caso concreto. En la sentencia no se utiliza este término en sí mismo, pero se afronta el hecho de que lo que la demandante solicitó a los tribunales domésticos noruegos y también ante el TEDH es la posibilidad de combinar el hecho de que su hijo siguiera de modo permanente en la familia de acogida, pero manteniendo ella la patria potestad y teniendo derecho a tener contacto y/o visitas con su hijo. Su oposición a la adopción se veía agravada por el hecho de que los padres adoptantes se habían opuesto a una adopción abierta, con lo cual la adopción *de facto* y *de iure* impedía cualquier derecho de la madre biológica a visitas y contacto con su hijo tras la adopción (ver *Abdi Ibrahim*, § 148). El TEDH reconoce que una adopción implica la colocación permanente de un niño en su nueva familia con exclusión de cualquier contacto con su familia biológica, y con exclusión de cualquier futura reunificación legal. Es decir, la patria potestad de los padres biológicos no es ya recuperable y la adopción una vez que se ha producido es irreversible. Esto es también así en los escasos países europeos que contemplan en su legislación la posibilidad de la adopción abierta, que exige siempre además el consentimiento de los padres adoptantes.

#### **5. La petición de la demandante versa sobre mantener el derecho de visitas tras la acogida y/o la adopción frente a la ruptura definitiva del vínculo entre madre e hijo**

70. La privación de la patria potestad y la colocación de un niño en una familia de adopción debe hacerse sólo basado en unas exigencias de grave peso a favor del interés superior del menor y tras una valoración con un escrutinio estricto de su necesidad (*Abdi Ibrahim*, § 149), concepto al que ya hemos hecho referencia en la sentencia *M.L. v. Noruega*. La peculiaridad de este caso, en el que la demandante

no pide recuperar la guardia y custodia (la reunificación familiar), lleva al TEDH a insistir que también en este caso las autoridades domésticas tenían obligación de preservar los vínculos familiares. De hecho, eso es lo que la demandante ha reclamado a lo largo de todas las instancias judiciales y ante el TEDH. Por eso el TEDH va a examinar si las autoridades domésticas han dado suficientes razones para justificar una completa y definitiva ruptura de los lazos entre la madre y su hijo, y si hubo unas exigencias de peso a favor del interés del menor, y una ponderación adecuada de los intereses en juego.

71. Primero el TEDH indica que el Tribunal Supremo no ha respondido a la demanda concreta de la recurrente que lo que pedía era sólo mantener el contacto con el niño y que dicho Tribunal no ha considerado la posibilidad de buscar una alternativa en la que los derechos de la madre fueran respetados a la vez que los del niño, ya que la madre no se oponía a que el niño estuviera en la familia de acogida y su oposición a la adopción era porque no era una adopción abierta.

72. En cuanto al argumento de que el menor no respondía adecuadamente a las visitas de la madre, el TEDH considera que no se puede dar peso a ese hecho, dado que a la madre se le habían otorgado escasas horas de visita de su hijo al año. De este hecho no se podía inferir que no hubiera sido bueno para el niño el haber mantenido contactos con su madre en un futuro.

El Tribunal Supremo ha dado más peso a los deseos de los padres adoptantes de no aceptar una adopción abierta que a los deseos de la madre a favor de una adopción abierta o de un acogimiento permanente que le hubiera permitido tener contacto con su hijo. En cuanto al argumento de que la madre si no se concedía la adopción podría seguir usando sus derechos procesales para lograr aumentar su derecho de visitas, se responde como en casos precedentes (véase *M.L. v. Noruega*) que los derechos procesales de los padres biológicos de acceso a los tribunales conforme a lo que esté previsto en la legislación nacional forman parte de su derecho al artículo 8 del Convenio (Ver *Abdi Ibrahim*, § 154).

## **6. La ponderación del derecho a la vida familiar desde la perspectiva de preservar en la medida de lo posible los orígenes culturales, étnicos y religiosos a la luz del artículo 9 del Convenio sobre libertad religiosa**

73. Sobre la cuestión de los orígenes culturales, étnicos y las creencias religiosas, el TEDH hace un análisis relacionado con el artículo 8 bajo el artículo 9. Es decir, el deseo de la madre de que el niño sea educado en la religión musulmana debe ponderarse con otros derechos, de un modo conjunto. El TEDH indica primero que el Tribunal Supremo priorizó los deseos de los padres de acogida de educar al niño en la religión cristiana, pero ello no sólo afecta a ese aspecto, sino que los padres adoptivos al negarse a una adopción abierta también se han opuesto a tener en cuenta otros aspectos relacionados con la etnicidad, la cultura, la religión, la conversión religiosa, especialmente a la luz de las diferencias entre los expresos deseos de la demandante de educar a su hijo en su cultura y en su religión, frente a las creencias de los padres adoptantes (Ver *Abdi Ibrahim*, § 155).

74. El Tribunal Supremo tuvo en cuenta que en la medida de lo posible la Convención de los Derechos del Niño aconseja que se tenga en cuenta este elemento si se puede respetar una continuidad en la educación del niño conforme a sus orígenes culturales y religiosos. Pero justifica la elección realizada por las autoridades de esa familia de acogida a la vista de que otros intentos por encontrar a una familia de cultura similar a la de la demandante fracasaron por falta de familias disponibles. Por otro lado, como el Tribunal Supremo tenía que decidir sobre la adopción ya después de que el niño había convivido con esa familia durante cuatro años dio más peso a la integración del niño en esa familia en lugar de acrecentar las diferencias culturales o religiosas (Ver *Abdi Ibrahim*, § 158).

75. El TEDH ante estos hechos aclara que su jurisdicción se limita a los hechos de la demanda que se ciñen a los procedimientos judiciales de 2013-2015, de manera que la decisión sobre la elección de la familia de acogida queda fuera de su jurisdicción. Sin embargo, del razonamiento del Tribunal Supremo

se deduce que la decisión de este último estuvo vinculada al hecho de la elección de familia que se había hecho en 2010. Esa inicial elección de esa familia en 2010 condicionó la decisión del Tribunal Supremo en 2015 de privar a la madre de la patria postestad y en autorizar la adopción (Ver *Abdi Ibrahim*, § 159).

76. Es decir, no hay otras razones que tengan que ver con la incapacidad de la madre, sino que era ya un hecho consumado que el niño estaba siendo educado de un modo determinado conforme a los valores de su familia de acogida. Según el Gobierno noruego, se hicieron muchos esfuerzos sin éxito para encontrar una familia de acogida somalí y la propia demandante renunció en el curso del proceso a su petición inicial de que el niño fuera colocado en una familia somalí o de religión musulmana (Ver *Abdi Ibrahim*, § 160).

77. El TEDH reconoce estos esfuerzos y afirma que la exigencia del artículo 8, interpretado a la luz del artículo 9, no exige que la familia de acogida sea de la misma cultura o del mismo origen religioso y que ese aspecto puede cumplirse de otros modos. Sin embargo, la Gran Sala está de acuerdo con la sentencia de la Sala que los preparativos para que la demandante pudiera tener contactos regulares con su hijo, culminando en la adopción, no tuvieron en cuenta los intereses de la demandante en permitir a su hijo al menos tener algún vínculo con sus orígenes culturales y religiosos (Ver *Abdi Ibrahim*, § 161).

78. En su conjunto, el TEDH encuentra una violación del artículo 8 porque al privar a la madre de su patria potestad y autorizar la adopción las autoridades domésticas no dieron suficiente peso al derecho de la demandante a su vida familiar, en particular al interés mutuo de la madre y el niño en mantener sus vínculos familiares y relaciones personales, y en consecuencia la posibilidad de mantener contacto. Las razones dadas a favor de esa decisión no fueron suficientes para demostrar que las circunstancias del caso justificaran una completa y definitiva ruptura de los vínculos entre el niño y su madre y que estuviera motivada en un requisito primordial para el interés superior del menor (Ver *Abdi Ibrahim*, § 162) y que no se tuvieron en cuenta debidamente todos los intereses en juego.

## 7. La no aplicación del artículo 46 del CEDH en este caso concreto

79. En relación con la necesidad o no de utilizar el artículo 46 del Convenio para indicar medidas individuales concretas en la demanda en cuestión, el TEDH consideró que no era necesario, ni oportuno señalar ninguna medida individual, ni general. La cuestión la suscitó la propia demandante en un momento procesal muy tardío, a saber, durante la propia vista, sin haberlo planteado antes por escrito ni ante la Sala, ni ante la Gran Sala. Sin precisarlo de un modo claro, parecía referirse a la posibilidad de que la Gran Sala ordenara la reapertura del proceso de adopción. Además, cito como referencia las dos sentencias contra España, Haddad y Omorefe como precedentes. La sentencia de GS remite a las medidas individuales que se propusieron en ambos casos, que de ningún modo ordenan una reapertura de la situación de adopción en el caso de Omorefe (en Haddad se trataba todavía de un acogimiento preadoptivo). En ambos casos se remite al criterio del mejor interés del menor y a los tribunales domésticos para que ellos tomen las medidas oportunas. Además, la situación es diferente porque para empezar en el caso Haddad no se había culminado la adopción, y así y todo la Sala aclaró que no tenía competencia para otorgar lo que el padre reclamaba, que era que inmediatamente el Tribunal ordenara la devolución de su hija. La parte operativa de la sentencia, como hemos visto antes, remite a los tribunales domésticos para que tengan en cuenta si se podría de alguna manera restaurar el derecho de la menor a conocer a su padre y a sus dos hermanos.

80. En cuanto al caso de Omorefe, la Sala se remite a una indicación que había realizado el propio tribunal español y se vuelve a remitir a las instancias internas para que en caso de que así lo solicite la demandante a través de un recurso de revisión y en caso de que fuera viable y en el mejor interés del menor pudiera conocer a su madre biológica. Pero todo ello, no es algo que haya ordenado directamente el TEDH. La adopción ya realizada en España tiene carácter irreversible y la adopción abierta requiere el consentimiento de los padres adoptivos.

Volviendo al presente caso, el Tribunal indica que el niño y sus padres adoptivos disfrutaban ya de una vida familiar común y que cualquier medida individual supondría una interferencia con su actual vida de familia. Además, estos aspectos no han sido alegados durante el proceso, ni se ha hecho un análisis de los mismos en la presente sentencia (Ver *Abdi Ibrahim*, § 183).

**81.** En cuanto a medidas generales relacionadas con la legislación noruega, el Tribunal es consciente de la información a su disposición sobre los esfuerzos que Noruega está haciendo para ejecutar las sentencias del TEDH en esta materia concerniente a los distintos tipos de medidas de bienestar de los menores y también de que dicho país está en el proceso de poner en vigor una nueva legislación. Por tanto, considera que no es necesario indicar ninguna medida general. En los temas relacionados con menores, como hemos dicho previamente, el paso del tiempo es irreversible. En consecuencia, desgraciadamente hay situaciones que ya no pueden ser revertidas.

## **IX. Algunas conclusiones: La actitud del juez en casos de declaración de desamparo y acogimiento y la motivación de la sentencia**

### **1. La actitud del juez y la motivación de la sentencia**

**82.** En cuestiones tan delicadas como las que venimos tratando, el juez debería tener una actitud de escucha de todas las partes implicadas y recabar *motu proprio* pruebas e informes con premura para ser capaz de conocer los hechos de primera mano.

**83.** En los casos examinados que han sido visto por muchas instancias judiciales se observan distintas actitudes por parte de los jueces. Algunos se implican en la cuestión y recaban información, no aceptan los datos como *fait accompli* (hechos consumados) sino que escuchan a los padres biológicos, llaman como testigos a las personas que les han acompañado en su proceso de inmigración, asistentes sociales o asociaciones de barrio o de inmigrantes que les hayan conocido de primera mano, al margen de los técnicos de la propia administración implicada, que es parte interesada (véase en el caso *Omrefe* la sentencias de lo civil de primera instancia de 2015).

**84.** Esa diversa actitud, se refleja también en la motivación y la argumentación de la sentencia. Algunas reproducen mecánicamente lo aportado por la administración, sin atender a la posible evolución de las circunstancias, otras reflejan un mayor acercamiento del juez al caso concreto. Otras son muy breves y carecen de motivación. Y no faltan las que muestran la implicación del juez y la actitud de escucha e interés personal por informarse bien de la situación de los padres y los menores, adoptando un papel activo.

### **2. El juez como intermediario entre las partes en los procesos de acogimiento y la correcta evaluación del cambio de las circunstancias**

**85.** El juez nacional en los procedimientos de declaraciones de situación legal de desamparo, así como en todos los pasos posteriores de posibles acogimientos, pre-adopciones, adopciones, debería de actuar como garante de todos los implicados, y no solo del menor. El juez no debe adoptar un papel a priori de defensa de la administración, sino de todos los afectados por el proceso. Concretamente en lo referente a la solicitud de prueba y de la solicitud de informes periciales *ex officio*, sin conformarse con aquellos ofrecidos por los servicios sociales de la propia administración.

**86.** Especialmente, el juez debe atender a la evolución en las circunstancias de los padres biológicos (además de la evolución del menor) y no quedarse inmovilizado en los informes iniciales que han motivado una primera declaración de desamparo. En los dos casos españoles examinados, Haddad

y Omorefe, se produce una declaración de situación legal de desamparo solicitada por la administración y consentida por las madres biológicas, en las que la Comunidad Autónoma asume la tutela por procedimiento de urgencia y se adoptan medidas necesarias para la guarda <sup>29</sup>.

**87.** Especialmente en el caso de menores, la adecuación de una medida se juzga por la rapidez en su aplicación, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación entre el niño y el progenitor que no vive con él, tanto a la hora de declarar una situación de desamparo, como a la hora de restablecer la guardia y custodia de los padres biológicos si la situación ha evolucionado favorablemente a favor de estos.

**88.** Ante unos hechos consumados y con el niño viviendo durante varios años en una familia de acogida, pre-adoptiva, una posible devolución del niño a sus padres biológicos o una toma de contacto (cuando en ocasiones puede ni siquiera saber que sus padres viven o no los haya visto nunca) podría ser contraria al interés del menor.

**89.** Por otra parte, tanto las administraciones, como los jueces deberían priorizar la búsqueda de soluciones en este tipo de casos y no demorar los procedimientos judiciales. Algunas posibles alternativas al acogimiento en vías a la adopción podrían ser los acogimientos temporales o permanentes con personas del mismo entorno familiar o cultural u otras (ver experiencias de buenas prácticas recogidas en el último epígrafe del artículo). Incluso distinguir entre los padres que están en lista de espera porque desean adoptar frente a otros que no les importaría tener un menor en acogida permanente tutelado por la administración y con la ayuda de eta. Otra alternativa es emplear todos los esfuerzos en apoyar la socialización, empleo, vivienda, talleres laborales, aprendizaje del idioma de esa madre inmigrante con carencias de todo tipo, en lugar de hacer toda una inversión de psicólogos y servicios sociales para prohibirles el contacto con sus hijos. En algunos casos, hemos visto que las asociaciones de barrio, las ONG's y la misma sociedad civil han ayudado mucho más a través del trabajo de voluntariado, teniendo muy pocos medios económicos, que los profesionales de las administraciones. El juez podría llamar como testigos a estos actores de la sociedad civil. La judicialización lleva a retrasar las soluciones y a dar por definitivas medidas que deberían haber sido sólo temporales <sup>30</sup>.

**90.** Como hemos visto, el TEDH lleva ya tiempo con una larga jurisprudencia estableciendo unos criterios. Esa línea jurisprudencial se ha mantenido, si bien hay una nueva insistencia del TEDH en afirmar que “La decisión de tutelar un niño debe considerarse en principio una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como las circunstancias lo permitan, y cualquier acto de ejecución debe ser coherente con un objetivo último: reunir al padre biológico y al menor” (*K.T. v. Finlandia*, § 178), (citado en *Haddad v. Spain* § 54).

---

<sup>29</sup> M.V. DEL HOYO, *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Cedecs, 2000.

<sup>30</sup> S. FLORESCU, “The importance of time in child protection decisions; a commentary on *Haddad v. Spain*”. Leiden Law School, the Child Law Department, *Strasbourgobservers.com*, September 12, 2019:

“In line with its well-established case law the Court proceeded to assess (i) whether the decision making process was fair, allowing the applicant to properly participate in the proceedings and (ii) whether the Spanish authorities appropriately discharged of their positive obligation to take all reasonable measures for reunification of the applicant with his daughter. The Court found no issues with the decision making process as the applicant was represented by a lawyer and he had the opportunity to challenge the domestic decision. The Court did however rule that the Spanish authorities had not adequately complied with their positive obligation to take all necessary steps in facilitating the father daughter reunification. For the Court it was particularly problematic that the authorities did not change their attitude following the applicant’s acquittal. The authorities did not conduct any personalized assessment of the situation in light of the new circumstances. Also, they did not appropriately assess the applicant’s parenting capabilities. Of special importance was the fact that the lack of contact between the applicant and his daughter was caused by the restraining order and it was precisely this lack of contact which served as a justification by the authorities for placing the daughter in pre-adoption proceedings. I would also like to highlight that – somewhat unusually – the Court ordered Spain to reexamine in a short delay the case in the light of this judgment”.

91. Concretamente, el propio Código Civil español prevé en su artículo 173 bis la posibilidad de utilizar figuras como el acogimiento similar simple o el acogimiento familiar permanente, antes de dar paso a la guarda con vistas a la adopción en su artículo 176 (anteriormente denominada acogimiento pre-adoptivo) o a la adopción definitiva.

92. Muchas veces dadas las circunstancias, puede haber una cierta previsión de que la familia de acogida terminará siendo la familia de adopción. Sin embargo, lo que hemos observado en estos dos casos es que ya se eligió a las familias pensando directamente en la adopción. Esto podría causar también una injusticia con esas propias familias de acogimiento porque no se les ha informado adecuadamente sobre las posibles soluciones de futuro, entre las que se encuentra el retorno del menor a la familia de origen. De esta jurisprudencia, se infiere que la información a los padres de acogida debería ser más clara. Además, esas familias de acogida o pre-adoptivas se ven directamente afectados y sin embargo no son parte en el procedimiento o lo son de un modo pasivo sufriendo sus consecuencias.

### 3. Las partes afectadas en el proceso interno. Los padres adoptivos y/o los padres de acogida

93. Una peculiaridad en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que las partes afectadas en el proceso doméstico no son parte en la demanda ante Estrasburgo. Las partes contenciosas son el demandante contra el Estado. Son los abogados del Estado los que defienden la legitimidad de los procedimientos domésticos, y en cierto modo apoyan las actuaciones de las administraciones, de los tribunales y de otros implicados cuando se dirimen controversias entre particulares a los que les ha podido favorecer la sentencia interna. Curiosamente lo que se denomina en el derecho del Convenio “terceras partes” nada tiene que ver con ello. Son habitualmente ONG’s, otros Estados, universidades que pueden ser aceptados para aportar información jurídica sobre el tema, pero deben de abstenerse de analizar o entrar en el caso concreto pendiente de resolverse.

94. Al respecto, el juez Pastor Vilanova publicó un artículo remarcable apuntando esta problemática<sup>31</sup>. Es esta una discusión viva en el propio Tribunal de Estrasburgo. Por ejemplo, en el caso *Strand Lobben c. Noruega*, que se llevó a la Gran Sala, cuando por primera vez se decidió informar a los padres adoptivos del proceso por si querían aportar alguna información al proceso en curso. No quisieron hacer uso de ese derecho, pero es loable haberles brindado esa oportunidad. En el caso *Ibrahim v. Noruega*, los padres adoptantes se personaron en el proceso como terceras partes y se refirieron a los derechos de los cuatro hermanos adoptivos a convivir con el niño adoptado (*Ibrahim v. Noruega*, §§ 128-129). También en el caso español Omorefe la Sala invitó a los padres adoptivos a presentar por escrito información sobre el caso. En la mayoría de las ocasiones, ni los padres de acogida, ni los padres adoptivos tampoco son parte en los procesos domésticos.

95. En otro tipo de procedimientos relacionados con la guarda y custodia, o procesos de secuestro internacional también a uno de los padres biológicos, que no era el demandante, se le ha permitido acudir al Tribunal como tercera parte y presentar un informe escrito. Por ejemplo, en *Y.Y and Y.Y. v. Russia*, el padre aportó sus propias observaciones, evidencias, documentos y opiniones, desafiando la versión de la madre que era la demandante. La decisión de permitir al padre intervenir como tercera parte fue otorgada a requerimiento del padre por el vicepresidente de la Sección, en virtud del artículo 36 § 2 de la Convención y la Regla 44 §3 de las Reglas del Tribunal. El padre que actuó como tercera parte no tenía la custodia del niño, a quien él había secuestrado en el parvulario y se oponía a devol-

---

<sup>31</sup> P. PASTOR VILANOVA, “Las terceras partes involucradas en procedimientos contenciosos internacionales. ¿Quiénes son los terceros para el TEDH?”, en María Elósegui, Carmen Morte, Anna-María Mengual, Guillem Cano, (Coords.), *Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa. La organización internacional explicada por sus funcionarios españoles con ocasión del 60 aniversario del TEDH y 70 del COE*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

vérselo a la madre, aunque la madre lo recuperó finalmente<sup>32</sup>. También en el *caso Y.S. y O.S. v. Russia*, concerniente al secuestro de un menor por su madre, quien le llevó de Ucrania a Rusia, se le permitió al padre que tenía la guardia y custodia, acudir al Tribunal como tercera parte, ya que la demandante era la madre que no tenía la custodia<sup>33</sup>.

## X. Experiencias de acogimiento familiar permanente. Ejemplos de buenas prácticas en Guipuzcoa/Gipuzkoa<sup>34</sup>

96. Como colofón de este artículo, se ha realizado una pequeña investigación de la práctica real del procedimiento de acogimiento llevado a cabo en la provincia de Guipuzcoa, por parte de la Diputación Foral de la misma. Lo aquí expuesto, quiere ser un botón de muestra de que son posibles modos de hacer respetuosos con los criterios indicados por el TEDH. Esta institución Foral, como muchas otras, trabaja con la ayuda de la intermediación de varias ONG's profesionales dedicadas al acogimiento y en contacto con las instituciones públicas. En esta provincia también son varias las entidades que trabajan en el acogimiento y adopción: Lauka, Baketik, Beroa, Lauka y Agintzari. El Centro Lauka es una sociedad limitada, dirigida por tres profesionales, que actualmente cuenta con un equipo de 62 trabajadores, en su mayoría psicólogos de formación<sup>35</sup>. Su especialidad es el trabajo en acogimientos voluntarios y guardas con orientación a la adopción.

97. Una peculiaridad de la Diputación Foral de Gipuzkoa es la posibilidad de establecer un acogimiento familiar permanente y con contacto con la familia de sangre (más del 90% de los casos). En esta modalidad, esta institución provincial mantiene la tutela del menor y se hace un seguimiento del tutelado hasta que esté cumple 23 años. Es decir, se le ayuda hasta su posible emancipación. Algunos de estos menores siguen siempre en su familia de acogida y pueden pasar también a ser adoptados cuando cumplen 18 años si la familia acogedora y ellos lo desean, según se vaya evolucionando en esa relación y también teniendo en cuenta el factor de la familia biológica. Estos acogimientos permanentes se hacen en principio no de cara a un retorno a la familia biológica, pero sí del mantenimiento de un derecho de visitas.

En 2017 se legisló en la Comunidad Autónoma del País Vasco, a través del Decreto 152/2017, de 9 de mayo, por el que se aprueba la actualización del instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo y desamparo de los Servicios sociales, Municipales y Territoriales de Atención y Protección a la Infancia y adolescencia en la Comunidad Autónoma del País Vasco (BALORA), con un texto de uso obligatorio por parte de los servicios sociales municipales y territoriales de Atención y Protección a la infancia y adolescencia en la Comunidad del País Vasco<sup>36</sup>. En este diagnóstico, se estudia con ayuda de profesionales médicos, psicólogos y trabajadores sociales el pronóstico de recuperación de esos padres biológicos (generalmente, madres). Si existen circunstancias no recuperables que hacen imposible no sólo el ejercicio de la guardia y custodia (ya existe una declaración de desamparo), sino también el contacto (visitas) con los hijos/hijas, entonces no se permite la relación. Por ejemplo, esto sucede en el caso en que haya maltrato crónico, que no tiene que ser sólo un maltrato físico, o cuando determinadas problemáticas derivadas de una situación de desadaptación y /o aisla-

<sup>32</sup> ECtHR, *Y.Y. and Y.Y. v. Russia*, nº 43229/18, § 44, 15 febrero de 2022. Para un estudio más detallado de la representación de los menores en el TEDH, véase M. Elósegui, "The Subsidiarity Principle and its application to the Representation of Children before the European Court on Human Rights", *Liber Amicorum Judge Robert Spano*, Bruselas, Anthemis, 2022. En prensa.

<sup>33</sup> ECtHR, *Y.S. and O.S. v. Russia*, nº 17665/17, 15 de junio de 2021.

<sup>34</sup> Cristina Herce de la entidad Lauka es directora del Servicio de Asistencia Técnica en El Acogimiento Familiar de Menores en Situación de Desprotección/Basbesik Gabeko Egoeran Dauden Adingabeen Famili-Harrera Zerbitzuaren Zuzendaria) y Cristina Achucarro, dirige el Programa de Formación y Selección de Familias Acogedoras de dicho Servicio.

<sup>35</sup> Una de las familias que tiene un hijo en acogimiento me puso en contacto con la entidad Lauka. Por otra parte, el juzgado de lo civil de San Sebastián/Donostia me facilitó el contacto con la jurista de la Diputación Foral de Guipuzcoa/Gipuzkoa, Lupe Imaz, que se encarga de estos procedimientos con las familias y ante el juzgado. Le agradezco enormemente toda la información que me facilitó sobre la puesta en práctica en esa provincia de lo previsto en el Código civil.

<sup>36</sup> El Decreto incluye una taxonomía de necesidades básicas en la infancia y adolescencia e indicadores para su evaluación, así como una guía instrumento (Fecha de la última modificación: 06/09/2018).

miento social, de toxicomanía, trastornos psiquiátricos severos, a veces sin diagnosticar, hacen que las visitas, en caso de producirse, fueran tóxicas.

**98.** Una cuestión importante es la de la posibilidad o no de retorno a su familia biológica. Esta entidad de profesionales hace una valoración global de la familia biológica. Cuando se trata por ejemplo de situaciones de precariedad de los padres, por encontrarse en situación de drogadicción, alcoholismo etc, el menor no puede estar en una situación continua de incertidumbre y necesita estabilidad. Es decir, no debe estar en una situación transeúnte dependiendo de la evolución de la salud de sus padres biológicos. Se analiza y se hace un seguimiento de los padres y se ve si es compatible con que el menor no pierda el vínculo con ellos. Se intenta al máximo preservar ese vínculo, en la medida en que no sea perjudicial para el menor. A través de los servicios sociales del Ayuntamiento y de los programas de preservación familiar se hace un esfuerzo por reforzar a la familia biológica.

Por tanto, se distinguiría entre estas familias no capacitables ni a corto, ni a largo plazo, frente a otras con un pronóstico de capacitación, en la que con ayuda de esta entidad y de los servicios de la administración es posible establecer unas visitas con apoyo (si el apoyo es necesario). Es en estas situaciones en las que se establece ese acogimiento permanente, sin pasar por un acogimiento temporal. Este modelo es más respetuoso con los derechos del niño y de la familia biológica porque el niño se encuentra más arraigado, conoce a su madre, padre y hermanos, y la familia biológica está incentivada para mejorar. Si la situación mejorara muchísimo en la recuperación del padre y/o la madre biológica y en el cambio de circunstancias que han originado la tutela de la administración, el acogimiento permanente es en teoría reversible, si ello responde al interés superior del menor.

**99.** Si en los dos primeros años de acogida tras el desamparo, la situación de la familia biológica no ha revertido, el acogimiento familiar se convierte, o continúa siendo, permanente; a partir de ese plazo de tiempo, la familia biológica tiene derecho a presentar nueva información que dé cuenta de sus cambios, pero ello no implicará un retorno para el niño, que solo se produciría en el caso de que el acogimiento familiar no fuera bien y se vea que un retorno sería más adecuado; la falta de adaptación en la familia de acogida no suele ser nada frecuente porque suele darse una previa y adecuada valoración y selección de la familia.

**100.** En opinión de estos profesionales, los dos primeros años del menor son muy importantes. Entienden que se debe encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos de los padres biológicos y la protección de los derechos del menor. Estamos hablando de situaciones en la que los padres biológicos viven y están en el entorno del menor. Hay que compaginar lo previsto en el Código Civil de que a los dos años ya no se puede recuperar la patria potestad, con estas situaciones en las que se da un proceso de acogimiento apoyado por las administraciones que están en contacto con la familia acogedora. La administración sigue teniendo la tutela y la patria potestad está suspendida, pero no se ha llevado a cabo una privación de la misma porque esto es compatible con el acogimiento permanente, en el que los padres de acogida son guardadores, pero no tienen la patria potestad, lo que no sería posible en una adopción que requiere privación de la patria potestad de los padres biológicos y tutela de los padres de adopción.

**101.** Por parte de las familias acogedoras en Guipuzcoa, un elemento importante es que éstas provienen de un listado diferente al de personas y familias que quieren adoptar. En la mayoría de las Comunidades Autónomas, el acogimiento se ve como un paso para la adopción, por eso se ha denominado hasta ahora acogimiento preadoptivo. Y en muchas de ellas, si los padres no se han recuperado en dos años se procede ya a dar los niños en adopción y a romper todo vínculo con sus padres biológicos, en la línea habitual hasta el presente de intentar cortar todos los vínculos e incluso el conocimiento sobre su familia de origen. Esto ha sido lo común y lo sigue siendo todavía en muchos casos.

**102.** Este intento de salvar los vínculos con una mayor dedicación y apoyo a la familia biológica es bastante novedoso. La selección de estas personas y familias acogedoras es diferente a la personas y familias que quieren adoptar, aunque si posteriormente por ejemplo los progenitores fallecieran, estos

niños serían adoptables por la familia de acogida y no por una nueva familia de adopción. El primer paso que se da es el de buscar esas personas de acogida en el propio entorno familiar, comenzando por abuelos, abuelas, tíos, tías. Es decir, la familia extensa.

**103.** Esto ha dado muy buenos resultados porque hay que tener en cuenta que los acogedores cuentan con el apoyo de la administración, para empezar económico y además psicológico. Es decir, la Diputación de Guipúzcoa da una ayuda económica mensual para gastos ordinarios del menor, se hace cargo del pago del refuerzo educativo del menor, hace de mediador entre la familia de acogida y la biológica, apoya las visitas de los padres biológicos al menor. Con todo ello, la familia acogedora no se ve sólo y por otro lado, en el supuesto de que no tengan muchos medios económicos, los gastos que genere el menor estarían sufragados por la administración. También en el caso de que haya varios hermanos de una misma madre se les sitúa en familias cercanas y se promueve el conocimiento y el trato entre ellos desde el inicio.

**104.** Hay ocasiones en las que la familia acogedora solicitante, sea extensa o ajena, no reúne las condiciones para un acogimiento de modo permanente del menor o incluso una adopción. En estos casos, si no están conformes con las razones dadas por la administración, cabe que interpongan un recurso judicial. El Decreto 179/2018, de 11 de diciembre por el que se regula el acogimiento familiar en la Comunidad Autónoma del País Vasco, al igual que la anterior ley de referencia, la Ley 3/2005 de 18 de febrero, prioriza a las familias extensas frente a las ajenas; pero ambas tienen que cumplir los requisitos de adecuación estipulados. Todas las familias pueden recurrir su resultado en el juzgado. La Diputación Foral de Gipuzkoa otorga a todas las familias, sean extensas o ajenas, los mismos derechos y obligaciones y, en este sentido, todas las personas y familias acogedoras son objeto de valoración y seguimiento. Todas reciben la misma dotación económica mensual, en concepto de ayuda para el cuidado del niño o niña acogida, que es superior en caso de que el niño o niña tenga necesidades especiales y, por tanto, requiera más dedicación. En el caso de Gipuzkoa, la proporción de familias ajenas es superior a la media nacional.

**105.** En los momentos iniciales en los que se debe actuar con urgencia ante el abandono o el maltrato de un menor, se busca una familia de acogida de urgencia para seis meses, que luego puede pasar a ser acogimiento familiar temporal o permanente o derivar en una adopción según la evolución y las circunstancias. Lo habitual es que el niño pase de la familia de acogida de urgencia a una familia definitiva, que suele ser otra. No obstante, si una familia de urgencia se ofrece para el acogimiento temporal, y si la familia temporal se ofrece para el acogimiento permanente, una vez valorada la adecuación para ello, la Diputación Foral de Gipuzkoa va a respaldar esa posibilidad, ya que redundará en la estabilidad del menor.

**106.** El objetivo prioritario por parte de los servicios sociales es intentar la continuidad y evitar que los menores tengan una vida fragmentada con cambios de familias. La mayoría de los acogimientos son permanentes, porque ya se ha indicado previamente que se invierten muchos recursos para evitar la separación, y que, en la mayoría de casos una vez que se ha decretado el desamparo, el retorno puede no ser viable. Muchas veces, sobre todo al inicio, las visitas a la familia biológica se realizan con el acompañamiento de un profesional. Por otro lado, no se debe imponer al menor esas visitas a los padres biológicos, que incluso en muchas ocasiones están separados. Es decir, la situación de acogimiento permanente las permite, pero no las exige. En ocasiones los efectos pueden resultar contraproducentes para el menor si es testigo del deterioro de su madre biológica (casos de drogadicción, alcoholismo). Sí que se tiene muy en cuenta el derecho de visitas a las abuelas y abuelos, sobre todo cuando estas han manifestado la voluntad de ofrecerse para el acogimiento permanente, pero se ha visto que no era adecuado este último porque por la edad o debido a sus circunstancias no lo podían asumir. Todas las solicitudes de visitas son objeto de valoración, y todos los casos tienen un plan de contactos que se revisa periódicamente, al igual que la conveniencia, o no, de que cuenten con acompañamiento profesional. Al inicio del acogimiento, lo habitual es que las visitas cuenten con el servicio de supervisión o acompañamiento y, de hecho, el mismo puede llegar a mantenerse muchos años. Sin embargo, en la medida en que se valora que se puede

prescindir, el acompañamiento se deja de hacer. Por otro lado, se organizan las visitas en un contexto lo más normalizado posible, considerándose tanto un derecho del niño como de la familia biológica.

**107.** Como hemos indicado, hay una gran diferencia legal y práctica entre el acogimiento permanente y la adopción abierta porque en el primero es la administración la que tiene la patria potestad y la tutela, y no los padres acogedores; mientras que en la adopción son los padres adoptantes los que asumen la tutela y la patria potestad, y toman ya todas las decisiones sobre los menores, y la administración desaparece de esa relación. Si se estableciera una adopción abierta el juez establecería las medidas acordadas de posibles visitas etc, entre las dos familias y debe hacerse siempre con el consentimiento de la familia adoptante y la del menor.

**108.** En este contexto de trabajo, este modelo de adopción abierta previsto en el Código Civil en la reforma de 2015, resultaría aplicable a este tipo de situaciones de acogimiento permanente en las que los menores ya son adolescentes o adquieren la mayoría de edad y quieren ambas partes, después de todos esos años de convivencia, proceder a una adopción.

**109.** Los datos concretos son que a fecha de 2020 había en Guipúzcoa 414 niños, niñas y jóvenes en familias de acogida, de los que 338 son menores de edad y otros 76 chicos y chicas siguen viviendo con ellas tras su mayoría de edad. Este programa de acogimiento familiar de la DFG lleva funcionando 33 años y es una figura de protección consolidada. También se ofrece una fórmula de apadrinar a través de otro proyecto a menores en acogimiento residencial con familias que hacen el papel de tíos o tías. En esta situación hay 158 personas, ayudadas por la asociación Baketik. En relación con la búsqueda de familias de acogida, concretamente la Diputación Foral de Guipúzcoa el 2 de noviembre de 2020 realizó una campaña de búsqueda de 60 familias de acogida, titulada “invisibles”, con el objetivo de visibilizar a los niños y niñas en situación de desprotección, y tratar de encontrar familias de acogida <sup>37</sup>. Respecto a la eficacia de este modelo es significativo el informe del Defensor del Pueblo Vasco (Ararteko) de año 2017, que fue cuando este sistema cobró auge. Este informe, sobre la valoración de los servicios sociales sobre la declaración de desamparo y medidas de acogimiento, refleja que las quejas recibidas tras la puesta en práctica de su recomendación General 1/2015 sobre la regulación del acogimiento familiar, eran infundadas y que la administración había actuado en la mayoría de los casos correctamente <sup>38</sup>.

<sup>37</sup> <https://www.gipuzkoa.eus/es/-/gipuzkoak-60-harrera-familia-behar-ditu>

<sup>38</sup> ARARTEKO, Derecho a ser protegido frente al abandono, el maltrato o la violencia. Informe sobre la actividad desarrollada en el año 2016 por la Oficina para la Infancia y la Adolescencia del Ararteko. 2016. [https://argitalpen.ararteko.eus/index.php?leng=cast&id\\_1=114&id\\_a=3260](https://argitalpen.ararteko.eus/index.php?leng=cast&id_1=114&id_a=3260)