

Adopción. Consentimiento de la madre biológica

TEDH, *Affaire Omorefe c. Espagne*, 23 de junio de 2020

Por Alicia A. Carnaval¹

1. Presentación

La intención de este trabajo es compartir uno de los planteos trascendentes del derecho de familia, que se presenta en la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) y a cuyo desarrollo y análisis procedo a continuación.

Destaco ante todo que no solo los enfoques son enriquecedores y de gran importancia, sino que acompañan al movimiento transformador y en constante evolución del derecho de familia o de las familias, de corte constitucional y convencional.

1.1. Los hechos del caso

La denunciante ante el TEDH en este caso es P.O., ciudadana nigeriana, nacida en 1976, residente en Pamplona. El 7 de diciembre de 2008, nació un niño prematuro, cuya madre biológica es la aquí requirente. En ese momento, vivía en una situación migratoria irregular, tenía dificultades personales y familiares –entre ellas, ausencia de recursos, vivienda y trabajo–, e invocando dichos motivos, el 3 de

¹ Abogada. Traductora Pública (francés). Responsable Sección Legislación y Jurisprudencia extranjera de la *Revista Derecho de Familia* de Abeledo Perrot. Profesora Consulta Adjunta (Facultad de Derecho, UBA).

febrero de 2009 solicitó que su hijo fuera acogido bajo tutela en un Centro de Protección del Gobierno regional de Navarra, España. Al mes siguiente, el niño fue declarado en situación legal de abandono por la Dirección General de la Familia y la Infancia (en adelante, DGFI) y llevado a un Centro de Acogimiento, administrado por la asociación Xilema, habiendo la Administración asumido su tutela.

En ese sentido, se suspendió la responsabilidad parental de la madre biológica, aunque se mantuvo tanto el régimen de visitas fijado por las autoridades como el derecho de los progenitores del niño a ser informados de su situación, salvo decisión judicial en contrario.

Al mes siguiente, la madre fue informada de que la medida decidida había sido el acogimiento familiar en un Centro de Protección y que su hijo podría reintegrarse en breve a su familia biológica, siempre que sus padres cumplieran con ciertos objetivos y que en caso de que ello no ocurriera, se tomaría una medida de protección más severa.

El 25 de marzo de 2009, la Comisión de Evaluación del Gobierno de Navarra propuso implementar una medida de acogimiento familiar preadoptivo del niño, fundada en que la madre no asistía a todas las visitas programadas con su hijo, y que cuando lo hacía, demostraba un desapego evidente en dichos encuentros; que no realizaba las gestiones para regularizar su situación en España, que se encontraba en una situación personal muy inestable y que no se avizoraba que pudiera encarar los objetivos que se le habían señalado. Asimismo, se precisó que la madre no se oponía al acogimiento familiar del niño, pero que insistía en solicitar que dicha medida no la prive del contacto con su hijo.

La DGFI mediante una decisión del 8 de mayo de 2009 suspendió las visitas de la madre del niño, debido a una falta de frecuencia adecuada y a las dificultades que esta tenía para establecer un vínculo afectivo con el niño.

El 25 de mayo de 2009, dicha dirección solicitó al juez de Primera Instancia de Pamplona la declaración provisoria del niño en acogimiento familiar preadoptivo, así como decidió privar a la madre de su responsabilidad parental.

Finalmente, el niño fue declarado en situación de acogimiento familiar preadoptivo por decisión judicial.

1.1.1. Procedimiento judicial de oposición a la adopción, ante la ausencia de consentimiento del progenitor

El 22 de julio de 2009 la presentante se opuso, mediante la vía judicial, a la propuesta de la DGFI, según la cual su consentimiento para la adopción no era necesario debido a que ella habría faltado a sus deberes parentales.

En su informe del 22 de setiembre de 2009, la DGFI estimó que suponer que la requirente llegaría a desarrollar sus aptitudes parentales y estabilizar su situación personal y profesional en el nivel solicitado era imposible y que mientras tanto el niño ya se habría arraigado a su familia de acogida, con la que habría creado vínculos y, por otra parte, que el retorno con su madre biológica no podría

luego ser posible, dado que se provocaría un trauma psicológico de consecuencias emocionales muy negativas para su desarrollo futuro.

Mediante sentencia del 28 de enero de 2010, el juez de Primera Instancia de Pamplona rechazó la oposición de la presentante, estimando que existían motivos para privarla de la responsabilidad parental y limitó su intervención en el procedimiento de adopción a la simple participación en la audiencia.

Ante dicha decisión, la solicitante interpuso recurso de apelación. El 10 de febrero de 2012 la Audiencia provincial de Navarra hizo lugar al recurso interpuesto, concluyendo que la adopción no podía tener lugar sin el consentimiento de la madre y sin hacer uso del derecho de defensa.

Contrariamente a las afirmaciones de la sentencia de primera instancia, la Audiencia provincial recordó que el único caso en el que sería posible no solicitar el asentimiento de la madre biológica para la adopción de su hijo sería la existencia de un motivo legal de pérdida de la responsabilidad parental, y que tal motivo solo podría apreciarse en el marco de un procedimiento judicial contradictorio conforme a las previsiones del Código Procesal Civil.

La Audiencia provincial citó jurisprudencia del TEDH respecto de la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre el interés superior del niño y los derechos que el artículo 8 de la Convención reconocían a la requirente. Indicó, por otra parte, que no existía ninguna evaluación psicológica que demuestre una ausencia de afección de la madre para su hijo, haciendo hincapié en que la pobreza no podía ser el motivo principal invocado para privar a una madre de sus derechos y obligaciones.

Resalta, asimismo, que hay otros tipos de acogimiento para proteger a los menores, más allá del acogimiento preadoptivo y que la adopción no puede tener lugar sin el asentimiento de la requirente, debiéndose adoptar medidas positivas susceptibles de facilitar la reinserción del niño en su familia de origen, aunque rechaza el pedido de obtener la guarda de su hijo.

Ante ello, la DGFI interpone un recurso de casación ante la Sala Civil del Tribunal Supremo, que fue declarado inadmisibile el 4 de junio de 2013.

El 6 de setiembre de 2013 se realizó un informe elaborado por una psicóloga y una trabajadora social, que determinó la falta de aptitudes parentales de la madre para enfrentar las necesidades psicológicas del niño, así como la ausencia de posibilidades para ofrecerle un entorno familiar. Remarcaron, asimismo, que la peticionante había obtenido una residencia temporaria y un permiso de trabajo, y que se beneficiaba de un programa de ayuda para la integración social, mediante el cual tenía un contrato de seis meses renovable por el que realizaba trabajos de costura.

En función del fallo mencionado en párrafos precedentes, el 3 de febrero de 2014 el juez de Primera Instancia anuló la medida de acogimiento familiar preadoptivo.

II. Procedimiento mediante el que se reclama el derecho de contacto y comunicación con el niño

El 6 y 7 de marzo de 2014 la madre biológica solicitó a la Administración una autorización para poder tener contacto y comunicación con su hijo. Frente al silencio de esta, presentó un recurso judicial.

Mediante la sentencia del 15 de junio de 2015, el juez de Primera Instancia reconoció el derecho solicitado por la peticionante y estableció visitas de una hora por mes, en el marco de encuentros supervisados en un lugar gestionado por la Administración, motivando su decisión en la evaluación psicosocial de la madre, del mes de setiembre de 2013, así como en que habían pasado dos años durante los que las circunstancias personales, psicológicas y sociales han podido cambiar, conforme testimonios recibidos, sin valorar la variación de su situación migratoria y el trabajo obtenido, aconsejando un nuevo examen psicosocial de la interesada.

Destaca, asimismo, los extendidos tiempos que manejan los servicios sociales, la falta de diligencia y toma de conciencia de la situación y la necesidad de evaluar los efectos negativos para el menor con bases ciertas y no en razón de un posible efecto, dado que no hay motivos suficientes para romper el vínculo afectivo natural, considerando que la propia Administración generó esta situación desagradable.

Por otra parte, resalta que los efectos negativos eventuales mencionados por los expertos son pura especulación y no pueden ser sostenidos firmemente en la medida en que no examinaron a todas las partes afectadas. Por ejemplo, la psicóloga nunca analizó al niño y, en todo caso, tampoco a la requirente.

2.1. Procedimiento de adopción

Mientras tanto, mediante decisiones del 26 de junio y 2 de julio de 2014, el juez de Primera Instancia rechazó nuevas demandas de la DGFI tendientes al acogimiento preadoptivo del menor por su familia de acogida y a la adopción de este último debido a que la madre no había dado el consentimiento, siendo absolutamente necesario para implementar dichas medidas.

La Administración apeló dichas decisiones. El 11 de setiembre de 2014, la DGFI presentó un informe, cuando el niño ya vivía hacía 5 años con su familia de acogida, resaltando la situación de exclusión social de la requirente y los vínculos que el niño había creado con dicha familia, que le permitían su desarrollo adecuado a su evolución.

El 1° de diciembre de 2014, un informe psicoevolutivo del niño indicaba que un lazo afectivo del niño con su madre biológica podría constituir un vínculo inseguro y dar lugar a disturbios emocionales que afectarían su desarrollo.

Mediante una decisión del 28 de octubre de 2015, la Audiencia provincial revocó su precedente sentencia e interpretando el artículo 177 del Código Civil autorizó el otorgamiento de la adopción del hijo de la requirente, sin tener el consentimiento de la madre biológica, desoyendo la opinión del

fiscal. Se fundamentó en la jurisprudencia del Tribunal de Casación y en los tratados internacionales, tales como la Convención de los Derechos del Niño, considerando que la ausencia de consentimiento de la madre biológica no era un obstáculo para la autorización judicial de la adopción, si esta era conforme al interés del niño.

En este caso, aclara que la adopción era en beneficio del interés del niño por dos razones: el niño, a la época, contaba con 7 años de edad, habitaba con su familia de acogida prácticamente desde su nacimiento y la madre no tenía todas las competencias parentales requeridas. En ese sentido, consideró que la mejor forma de proteger al niño era mantenerlo en la familia de acogida, que es la única que conoce, ya que no tiene vínculos con su madre biológica, que es para él una extraña, y que cuenta con padres adoptivos con los que tiene vínculos de afectividad y cuya separación podría tener graves consecuencias en su integridad psíquica.

No obstante, señala que conforme al artículo 178 del Código Civil, luego de la modificación de la Ley N° 267/2015, referente a la reforma del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, si las condiciones legales se reúnen y siempre protegiendo el interés superior del niño, es deseable la posibilidad de adoptar una forma de relación o contacto a través de visitas o comunicación con la madre biológica.

La requirente interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue declarado inadmisibile el 12 de septiembre de 2016, en razón de estar desprovisto de importancia constitucional especial.

3. La admisibilidad en la sentencia del TEDH

El Gobierno alega que la requirente no atacó la decisión que declaró legalmente el abandono de su hijo, sosteniendo que no intentó recuperar la responsabilidad parental demostrando ante el juez que reunía las condiciones pedidas.

La requirente recuerda que la decisión legal de abandono de su hijo fue consecuencia de sus propios actos, ya que ella solicitó a la Administración que proveyera a sus necesidades y a las de su hijo. Agrega que la declaración de abandono no implicó más que una suspensión y no la pérdida de la responsabilidad parental. No existía ninguna razón, conforme a sus dichos, para atacar la declaración de abandono ni la suspensión de su responsabilidad parental, debido a que ella no la perdió y, por otra parte, hubiera sido resorte de la Administración y no de la presentante, demostrar que existía un motivo justificante para que se declarara la pérdida de dicha autoridad parental.

El Tribunal destaca que la requirente se queja del procedimiento de adopción de su hijo en base a que esta se otorgó sin su consentimiento y destaca que la Audiencia provincial afirmó que la requirente no había sido desposeída de la responsabilidad parental y que su consentimiento era legalmente requerido para otorgar la adopción.

Respecto a la declaración legal de abandono de su hijo, el Tribunal observa que la propia requirente la solicitó, dado que no podía atender las necesidades del recién nacido, solicitando a la Administración que asume su guarda.

Por dichos motivos, el Tribunal rechaza la excepción introducida por el Gobierno, respecto a la falta de agotamiento de las vías de recurso internas.

4. Argumentos de las partes ante el TEDH

La requirente estima que, si bien la tutela de su hijo por parte de la Administración pudo ser la mejor solución en respuesta a su situación de desamparo al momento del nacimiento del niño, la Administración de Navarra no hizo ningún esfuerzo a continuación para permitirle recuperarlo. Sostiene que solo fue interrogada por la DGFI en el año 2013, es decir, cuatro años después de haber declarado al niño en acogimiento preadoptivo luego del fallo de la Audiencia provincial. Recuerda que este último había anulado la medida, dado que no se había requerido el consentimiento de la solicitante para otorgar la adopción de su hijo. Asimismo, destaca que había obtenido un permiso de residencia y otro de trabajo, lo que demostraba que no se encontraba más en la situación de exclusión en la que estaba al comienzo del procedimiento, al momento del nacimiento del niño. Subraya que esta mejora importante de su situación personal no fue tenida en cuenta, e insiste en que se considere la violación del artículo 8 del CEDH.

El Gobierno, por su parte, sostiene que el proceso decisorio interno ha sido equitativo y destinado a preservar el justo equilibrio entre el derecho a la vida familiar de la requirente y el niño. Estima que las autoridades judiciales internas están bien ubicadas para apreciar en qué medida debe primar el interés superior del niño sobre el de los padres biológicos y que han asegurado el justo equilibrio al permitir a la solicitante continuar en contacto con su hijo, al conceder al niño una situación de seguridad jurídica en el seno de su familia de acogida, donde el entorno habría sido favorable a sus necesidades y a su desarrollo.

5. La sentencia del TEDH

5.1. Principios generales relativos a las obligaciones positivas que incumben al Estado demandado en virtud del artículo 8 de la Convención

El Tribunal recuerda que, para un progenitor y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar² y que las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 de la Convención.³

² TEDH, *Buscemi c. Italia*. Application 29569/95, de 16 de septiembre de 1999; *Saleck Bardi c. España*. Application 66167/09, 24 de mayo de 2011 y *R.M.S. c. España*. Application 28775/12, de 18 de junio de 2013.

³ TEDH, *Barnea y Caldaranu c. Italia*. Application 37931/15, de 22 de junio 2017.

Como lo indicó en diferentes oportunidades el Tribunal, el artículo 8 de la Convención tiene esencialmente por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas: no se contenta sin embargo con encargarle al Estado de abstenerse de injerencias similares. En efecto, si las decisiones tomadas por la autoridad responsable que culminan con el acogimiento de un niño en un Centro de Protección se analizan como injerencias en el derecho de un progenitor al respeto de su vida familiar, las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar pueden implicar la adopción de medidas enfocadas al respeto de la vida familiar hasta en las relaciones de los individuos entre ellos.⁴

El Tribunal recuerda que los principios aplicables a la apreciación de las obligaciones positivas que incumben a un Estado, conforme el artículo 8, son comparables a aquellas que rigen la apreciación de sus obligaciones negativas. En un caso como en el otro, es necesario prestar atención al justo equilibrio a proporcionar entre los intereses concurrentes, los del niño, los de ambos progenitores y aquellos del orden público,⁵ concediendo no obstante una importancia determinante al interés superior del niño, el que según su naturaleza y gravedad podrá vencer al de los progenitores.⁶

En los casos en los que están en juego temas de acogimiento de niños y restricciones al derecho de comunicación, el interés del niño debe estar antes de toda otra consideración.⁷

Al mismo tiempo, es necesario notar que la búsqueda de la unidad familiar y de la reunión de la familia en caso de separación, constituyen consideraciones inherentes al derecho al respeto de la vida familiar garantizada por el artículo 8 de la Convención. En consecuencia, toda autoridad pública que ordene una medida que tenga por efecto restringir la vida familiar será considerada por la obligación positiva de tomar medidas a fin de facilitar la reunión de la familia a partir de que sea posible, aunque esta obligación deba siempre equilibrarse con el deber de considerar el interés superior del niño. Al respecto y tratándose de la obligación del Estado de tomar medidas positivas, el Tribunal afirmó reiteradamente que el artículo 8 de la Convención implica el derecho de un progenitor a obtener medidas apropiadas para reunirse con su hijo y a la obligación de las autoridades nacionales de llevarlo a cabo.⁸

El punto decisivo consiste en saber si en este caso las autoridades nacionales tomaron todas las medidas necesarias que se les podía razonablemente exigir para facilitar las visitas entre el progenitor y el niño.

La obligación positiva de tomar medidas a fin de facilitar la reunión de la familia a partir de que ello fuera realmente posible se impone a las autoridades competentes desde el comienzo del período en

4 TEDH, *Wet Y c. Países Bajos*, 26 de marzo 1985, serie A Nº 91 y *Mincheva c. Bulgaria*, Application 21558/03, 2 de setiembre 2010.

5 TEDH, *Hamalainen c. Finlandia (GC)* Nº de Application, 37359/09, 65 CEDH 2014; *Maoumousseau et Washington c. Francia*, Nº 39388/05, 62, 6 de diciembre 2007.

6 TEDH, *Sahin c. Alemania (GC)*, Application 30943/95, 66 CEDH 2003-VIII, *Scozzari y Giunta c. Italia (GC)*, Application 39221/98 y 41963/98, CEDH 2000VIII y *Elsholz c. Alemania (GC)*, Application 25735/94, CEDH 2000VIII.

7 TEDH, *Strand Lobben y otros*, Nº de Application de 30 de noviembre de 2017. cit.

8 TEDH, *Olsson c. Suecia (Nº 2)*, 27 de noviembre de 1992, 90, serie A Nº 250, *Haddad c. España*, Nº 16572/17, 64, 18 de junio de 2019, *Zelikha Magomadova c. Rusia*, Nº de Application, 58724/14, 107, 8 de octubre 2019.

que se toman a su cargo los cuidados del niño, considerando el equilibrio con el deber de considerar el interés superior del mismo.

En ese tipo de casos es importante la rapidez con que se tome la medida para que se la considere adecuada, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediabiles en las relaciones entre el niño y el progenitor que no vive con él. Los vínculos entre los miembros de una familia y las oportunidades de reagrupamiento exitoso serán debilitados si se plantean obstáculos que impiden los encuentros regulares de los interesados. La decisión de hacerse cargo de los cuidados de un niño debe en principio considerarse como una medida temporaria, que se suspenderá en cuanto las circunstancias sean favorables y se presten para ello, y todo accionar debe concordar con un fin último: unir nuevamente al progenitor de sangre y al niño.

Cuando haya transcurrido un período de tiempo considerable desde que el niño se encuentra bajo el cuidado y asistencia de un Centro de Protección, el interés que tiene el niño de no cambiar su situación familiar *de facto* nuevamente podrá tener ventaja sobre el interés de los progenitores a la reunión de su familia.

Por ello, el respeto efectivo de la vida familiar exige que las relaciones futuras entre progenitor y niño se regulen sobre la única base del conjunto de elementos pertinentes, y no por el simple paso del tiempo.

El Tribunal reconoce que las autoridades gozan de una gran libertad para apreciar la necesidad de cuidado de un niño, pero que este margen de todos modos no es ilimitado. Es necesario ejercer un control más riguroso sobre las restricciones suplementarias, como aquellas aportadas por las autoridades a los derechos y a las visitas de progenitores, y sobre las garantías destinadas a asegurar la protección efectiva del derecho de los padres y de los niños al respeto de su vida familiar.

Determinar si el procedimiento y la decisión han protegido suficientemente los intereses de un progenitor, depende de las circunstancias propias de cada caso. En ese sentido, el Tribunal debe verificar si las jurisdicciones nacionales se han entregado a un examen profundizado del conjunto de la situación familiar y de una serie de elementos, de orden fáctico, afectivo, psicológico, material y médico, y si han procedido a una apreciación equilibrada y razonable de los intereses respectivos.

Es obligación de cada Estado contratante dotarse de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el respeto de las obligaciones positivas que le incumben en virtud del artículo 8 de la Convención, y al Tribunal, investigar si en la aplicación y la interpretación de las disposiciones legales aplicables, las autoridades internas respetaron las garantías del artículo 8 de la Convención, teniendo especialmente en cuenta el interés superior del niño.

El Tribunal no tiene por tarea sustituir a las autoridades internas en el ejercicio de sus responsabilidades en materia de reglamentación de las cuestiones de cuidado de niños o acogimientos por la autoridad pública y los derechos de los progenitores cuyos hijos están involucrados, pero debe controlar bajo el ángulo del CEDH las decisiones que dictan en ejercicio de sus poderes de apreciación.

5.2. Aplicación en el caso de los principios mencionados

El Tribunal estima de modo inequívoco que las decisiones litigiosas pronunciadas en el curso de los procedimientos administrativos y judiciales, que desembocan en la adopción del niño de la requirente, se analizan como una intromisión en el ejercicio de esta última del derecho al respeto de la vida privada y familiar, tanto de esta como de su hijo biológico. Tampoco se discute que esta injerencia está prevista por la ley.

Luego de un análisis de los hechos, el Tribunal destaca que el proceso de adopción revela que las autoridades internas no han conciliado los intereses en juego ni tenido en cuenta la insistencia de la peticionante en todo momento para reunirse con su hijo; es decir, que no se ha tenido en cuenta el esfuerzo de la requirente para regularizar y estabilizar su situación, habiéndosela privado incluso del derecho de comunicación con su hijo, sin ninguna prueba psicológica que demuestre su falta de aptitud y a pesar de habersele reconocido dicho derecho en un primer momento.⁹

Estima que el procedimiento no ha sido rodeado de las garantías proporcionales a la gravedad de la intromisión y a los intereses en juego, habiendo notado especialmente que las autoridades españolas no desplegaron los esfuerzos adecuados para hacer respetar el derecho de la requirente a guardar contacto con su hijo, desconociendo su derecho al respeto de la vida privada y familiar.

En cuanto al pedido de restitución de contacto con su hijo biológico, el Tribunal recuerda que el Estado demandado bajo el control del Comité de Ministros es libre de elegir las formas de saldar sus obligaciones conforme lo dispuesto por el artículo 46 de la Convención, en la medida en que esos modos sean compatibles con las conclusiones del presente fallo, no correspondiendo al Tribunal entender en dicho tema.

Vistas las circunstancias particulares del presente caso y a la urgente necesidad de poner fin a la violación del derecho de la requirente al respeto de su vida familiar, el Tribunal invita a las autoridades internas a reexaminar en un breve plazo la situación de esta y su hijo a la luz del presente fallo, y de encarar la posibilidad de establecer algún contacto entre ellos, tomando medidas apropiadas.¹⁰

El Tribunal considera, por unanimidad, que se ha vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de la demandante, y que la forma más adecuada de reparación en un caso como el presente, en el que el proceso llevado a cabo por las autoridades y los tribunales nacionales condujo a la adopción del hijo de la demandante por su familia de acogida, consiste en garantizar que la demandante se encuentre, en la medida de lo posible, en la situación en la que se encontraría si no se hubiera vulnerado su derecho. Señala que el derecho interno prevé la posibilidad de revisar las decisiones firmes declaradas contrarias a alguno de los derechos reconocidos en el CEDH, de conformidad con los artículos 510 y 511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que no perjudique los derechos adquiridos por terceros de buena fe.¹¹

⁹ TEDH, *Affaire Omorefe c. Espagne*, N° de Application 69339/16, 23 de junio de 2020, párr. 46, 49 y 53.

¹⁰ Ídem, párr. 70.

¹¹ Ídem, párr. 71.

6. Consideraciones finales

Para Grosman, “si como juristas podemos sentir la impotencia de los discursos frustrados, también tenemos el privilegio de brindar caminos de tutela, que al mismo tiempo que ofrecen amparo, transforman ideas y nos aproximan a la verdad de los derechos humanos”.¹²

Luego de la reseña efectuada, surge con evidencia que el TEDH critica a las autoridades españolas por no aplicar medidas menos radicales respecto del niño y su familia y por unanimidad declara que hubo violación del artículo 8 de la CEDH y que se ha negado el derecho de la requirente y su hijo al respeto de su vida familiar, lo que constituye una injerencia.

El caso plantea hasta qué punto puede limitarse el derecho al respeto a la vida privada y familiar frente a las injerencias de las autoridades. No debe olvidarse que la demandante pidió en febrero de 2009 que su hijo, nacido dos meses antes, quedara bajo la tutela de las autoridades en un Centro de Acogida gestionado por el Gobierno de Navarra dado que tenía dificultades personales y familiares para hacerse cargo. Un mes después se realizó una evaluación que propuso la acogida familiar previa a la adopción, alegando que la madre no había asistido a todas las visitas y que su situación personal era muy inestable, la cual señaló que *no se opondría a esta medida mientras no le prohibieran mantener el contacto con el niño*. Sin embargo, un par de meses después, el Centro suspendió los encuentros insistiendo en que la madre no estuvo presente en todas las visitas programadas y que tenía serias dificultades para establecer un vínculo emocional con el niño.

Se recuerda que el rol de la Administración en el cuidado y la tutela del niño fue voluntariamente solicitado por la progenitora, pero dicha decisión hubiera debido acompañarse de medidas más apropiadas que permitieran evaluar en profundidad la situación del niño y sus relaciones con sus progenitores, a fin de respetar el marco legal vigente. No debe olvidarse que el niño tenía dos meses de edad, y hubieran podido implementarse medidas previstas por el ordenamiento español, medidas positivas intermedias, tales como el acogimiento temporario o simple, y no el preadoptivo, y no desvincular a la madre biológica del niño creando expectativas en aquellos que pudieran convertirse en progenitores adoptivos. Todo ello, debido a que la función de las autoridades encargadas de la protección social es justamente ayudar a las personas en dificultad, en este caso a la madre biológica, que se vio obligada por las circunstancias a entregar al niño bajo tutela de la Administración, dada la gravedad de su situación familiar y social, y esta, con una premura fuera de lo habitual, prohibió las visitas y terminó entregando el niño en adopción contra la voluntad de la madre, configurando un típico caso de violencia institucional.

El TEDH no se convenció con las razones que esgrimieran las autoridades españolas para ingresar al niño a un acogimiento para adopción, a pesar de la oposición de la madre y tampoco con que posteriormente se le hayan prohibido las visitas.

¹² Grosman, C. P. (1995). Los derechos del niño y la reforma de la Constitución. Estudios sobre la reforma constitucional de 1994. *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, 159.

Tampoco debemos soslayar que no se introdujeron mecanismos para garantizar que el niño pudiera expresar sus opiniones y que estas se hubieran tenido debidamente en cuenta, sobre todo cuando tenía suficiente edad y capacidad para que se lo escuchara en cualquier instancia de los procedimientos.

Tal como lo destaca el Tribunal, la requirente, a pesar de sus dificultades personales y profesionales, mantuvo su firme oposición respecto a la privación, tanto de su derecho de comunicación con el niño como de sus cuidados personales y responsabilidad parental, y que en último caso fue privada en contra de lo dispuesto por los procedimientos judiciales establecidos.

Las autoridades españolas olvidaron por completo que el niño es un sujeto de derecho, cuando el interés preponderante en las decisiones debió ser justamente privilegiar su propio interés. Resulta altamente criticable la forma en que se dilató extremadamente el procedimiento, jugando el paso del tiempo en contra no solo de los intereses del niño en cuestión, sino también de las familias comprometidas.

Por ello, considero que, dado el contexto de la situación, el TEDH esboza un mensaje positivo, imaginando un modo distinto de relacionar al niño con su madre biológica. Se observa además que ninguno de los interesados fueron actores del proceso, provocando un daño irreversible, o bien, difícil de revertir.

Conforme jurisprudencia constante del TEDH, la Convención no tiene la pretensión de crear un derecho único para todos los Estados que integran el sistema; se trata, simplemente, de delimitar los estándares mínimos dentro de toda sociedad democrática y pluralista [...] De cualquier modo, la discrecionalidad del Estado siempre queda limitada por dos conceptos “gemelos”, *proporcionalidad y justo equilibrio*, utilizados por el TEDH en numerosas sentencias como factor de control del margen de apreciación nacional.¹³

Aunque presumo la buena fe de las autoridades locales, no puedo dejar de perfilar cierta discriminación hacia la mujer, quizás una actitud de xenofobia, de indiferencia hacia el inmigrante, que solo destruye el tejido de la vida, el derecho a la identidad y a los modos diferentes de habitar y de vivir, sobre todo cuando hay desarraigo, exclusión y pobreza, como en este caso. Nunca se consideró en las instancias locales que esos progenitores inmigrantes hicieron esfuerzos denodados por regularizar su situación.

En las causas de adopción no es conveniente que el juez cumpla su función de manera aislada, sino que debe contar con el apoyo y colaboración de un equipo interdisciplinario formado por profesionales especializados...creando un espacio de reflexión conjunta.¹⁴

13 Citado por Kemelmajer de Carlucci, A. (2010). Las relaciones paterno filiales extramatrimoniales en la jurisprudencia del TEDH. Derecho de Familia. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Abeledo Perrot, 46, 124.

14 Ríos, J. P. y Nicolino, M. (2018). La Adopción y la interdisciplina. Derecho de Familia. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Abeledo Perrot, 87, 229.

En la misma línea de pensamiento, puedo afirmar que el otorgamiento de la adopción, no respetó el derecho a la identidad del niño, ni agotó la posibilidad de permanecer en la familia de origen. No se observa, por otra parte, una búsqueda de otros familiares, vulnerando la normativa vigente.

Además, no surge que las autoridades españolas hubieran declarado judicialmente al niño en situación de adoptabilidad ni que la madre hubiera tomado una decisión libre e informada para que el niño fuera adoptado legalmente.

Es destacable el esfuerzo de esa madre, con el asesoramiento de su abogado oficial, en las sucesivas presentaciones, durante años, intentando ofrecer la asunción de la guarda del niño, regularizar su situación y conseguir trabajo, y solo se destaca una entrevista psicológica, realizada varios años después, así como conjeturas y especulaciones infundadas acerca de su falta de aptitud parental, sin que se hayan realizado informes periódicos al respecto ni haya intervenido un equipo interdisciplinario que trabaje junto a los encargados de decidir.

Como afirma Herrera,

La función judicial se torna exigua ciertas veces a la hora de resolver determinadas cuestiones que presentan una mayor complejidad por lo que se torna necesario el acompañamiento de otras ciencias que le permitirán al juzgador, desde una visión más amplia y cercana de la realidad que se presenta, poder comprender y resolver de un modo equitativo.¹⁵

No hay constancias de que la madre y el padre fueran citados para ser entrevistados por el juez, el padre permanece invisible y nunca es considerado una opción, y aparentemente surgiría que la madre es la única responsable del niño, de su cuidado, en función de estereotipos de roles tradicionales. En ese sentido, perpetúa a la madre, a la familia, en la situación de desigualdad y exclusión, cuando el cuidado personal y la responsabilidad parental compartida es el corolario del principio de igualdad y no discriminación.

La adopción solo puede otorgarse cuando la familia o el medio más cercano no puede o no quiere asumir la responsabilidad del cuidado del niño o no exista un ámbito que pueda satisfacer sus necesidades, extremos que no se comprueban en la especie ni tampoco un acompañamiento de políticas sociales que ayuden a los progenitores a poder y ser tales.

Reiterada jurisprudencia afirma que la constatación judicial del abandono habilita la adopción del menor que padece dicho estado, aunque no puede desconocerse que dicha institución no es una solución principal para la desprotección y el desamparo de los niños, debiendo, en primer lugar, agotarse las posibilidades de reunirse con su propia familia o grupo de pertenencia, tal como surge principalmente de la Convención de los Derechos del Niño, rectora en la materia.

¹⁵ Herrera, M. (2014). Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo C.C.C.N. *Infojus*. Recuperado de www.infojus.gov

Como señaláramos, la extrema lentitud del procedimiento agudizó la vulneración de los derechos del niño, y el otorgamiento de la adopción se hizo sin una mirada humanística de la problemática y, como suele ocurrir, de acuerdo a la ideología de los jueces que intervengan, que deja traslucir una falta de equidad en el tratamiento del caso y una falta de adaptación de los derechos reconocidos por la normativa a la real situación del niño y su familia. Así, los derechos consagrados por la legislación son simples declaraciones vanas y vacías de contenido que no tienen aplicación práctica.

En esa línea de pensamiento, solo se rescata el fallo del 10/2/12 de la Audiencia Provincial de Navarra, que concluyó que la adopción no podía otorgarse sin el consentimiento de la madre. Lamentablemente, luego el mismo Tribunal decidió lo contrario, basado en el interés del niño, interpretando su contenido con argumentos que son solo palabras huecas, sin fundamento fáctico.

No se advierte tampoco una estrategia de precaución y atención ante la vulnerabilidad de la requirente frente al riesgo que plantea el contexto ni política pública que la ampare. Las sentencias de los tribunales españoles no fueron dictadas de forma justa, rápida y oportuna, agudizando la marginación y desconociendo las más elementales medidas de protección o la construcción de caminos alternativos. En ese sentido, debemos reconocer que el TEDH hace un sustancial aporte con sus decisiones y trata de encontrar una solución que aproxime al niño con su madre, luego de once años de litigio.

Se requiere un urgente compromiso del país condenado a fin de que genere cambios, amplíe la agenda de derechos o *utilice y aplique los derechos vigentes*.

Quizás el cambio debe ser acompañado por los operadores del derecho, los responsables de decisiones como las que revisa el TEDH, violatorias de los derechos humanos del niño y sus familias. Queda abierta la esperanza.